

Il dovere di contraddittorio nei casi di esclusione per illecito professionale: la sentenza del TAR Veneto n. 371/2025 tra self-cleaning e favor participationis

di Riccardo Renzi

Data di pubblicazione: 23-5-2025

In base all'art. 5 del disciplinare di gara, 'La sussistenza delle circostanze di cui all'articolo 95 del Codice è accertata previo contraddittorio con l'Operatore Economico' [...] Lo stesso art. 96, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che 'Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico'. Prima di escludere il RTI ricorrente la stazione appaltante avrebbe quindi dovuto attivare il necessario contraddittorio procedimentale.

Il rinvio a giudizio costituisce uno dei mezzi di prova del grave illecito professionale espressamente previsti dall'art. 98, comma 6, lett. g), del d.lgs. n. 36/2023."

Sotto altro profilo, per quanto riguarda la valutazione dell'idoneità delle misure di self cleaning adottate 'a prevenire ulteriori reati o illeciti' e a 'segnare una cesura con il passato', risulta indubbiamente significativo che anche gli atti di gara in oggetto siano stati sottoscritti dallo stesso soggetto attinto dal provvedimento di rinvio a giudizio.

Il fatto che il ricorrente avesse indicato già in sede di offerta le misure di self cleaning assunte non esclude la necessità del contraddittorio procedimentale. [...] La stazione appaltante infatti non disponeva della documentazione necessaria a valutare in concreto l'effettiva portata delle misure assunte.

Nella fattispecie – lo si rimarca – si tratta di una causa di esclusione non automatica, quindi perfezionatasi dopo la presentazione delle offerte. Non poteva pertanto richiedersi alla ricorrente di dichiarare sin dall'offerta – in via anticipata - la propria disponibilità ad eseguire il servizio senza la mandataria.

Il vizio di disparità di trattamento presuppone una perfetta identità delle situazioni poste a raffronto, la cui prova deve essere fornita dalla parte interessata (Cons. Stato, Sez. VII, 4-12-2024, n. 9729).

Guida alla lettura

La sentenza n. 371 del 18 marzo 2025 del TAR Veneto affronta in maniera sistematica il tema dell'**esclusione dalle gare pubbliche per grave illecito professionale**, alla luce delle novità normative introdotte dal d.lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici). In particolare, il Tribunale ha sancito l'**illegittimità di un'esclusione disposta in assenza del**

contraddittorio procedimentale nei confronti di un RTI, la cui mandataria aveva segnalato la pendenza di un procedimento penale e la contestuale adozione di misure di *self-cleaning*. La pronuncia rappresenta un momento di **sintesi tra principi di matrice eurounitaria** (trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità) e **l'esigenza di garantire la continuità e la qualità dell'azione amministrativa**, sottolineando l'obbligo di attivare il contraddittorio anche in presenza di autodichiarazioni del concorrente. Il TAR ribadisce, inoltre, l'applicabilità dell'istituto della **sostituzione nel RTI ex art. 97 del d.lgs. n. 36/2023 anche nei casi di esclusione discrezionale**. La nota offre un'analisi critica della sentenza, inquadrandola nel contesto normativo e giurisprudenziale attuale, con particolare attenzione all'**evoluzione del concetto di affidabilità professionale** e al **ruolo della stazione appaltante nella valutazione delle misure riparatorie adottate dagli operatori economici**.

Con la sentenza n. 371 del 2025, il TAR Veneto interviene su un nodo di particolare rilevanza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica: l'esclusione per grave illecito professionale, alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). Il caso in esame ruota attorno alla decisione della Regione Veneto di escludere un RTI (Elitellina/E+S Air) da una gara per l'affidamento di servizi aerei antincendio, in ragione del rinvio a giudizio del procuratore generale della società mandataria. La stazione appaltante ha considerato inidonee le misure di *self-cleaning* e ha ritenuto non applicabile l'istituto della sostituzione dell'impresa mandataria. Il TAR, pur confermando la sussistenza dei presupposti per l'esclusione, ha accolto il ricorso per violazione del dovere di contraddittorio, ordinando la rinnovazione della fase valutativa.

Il d.lgs. n. 36/2023, in linea con la direttiva 2014/24/UE, attribuisce rilevanza al "**grave illecito professionale**" quale **causa di esclusione non automatica**, soggetta a una valutazione discrezionale della stazione appaltante (artt. 94, 95 e 98). L'**art. 96, comma 6**, impone espressamente l'obbligo di contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante di **comunicare le ragioni dell'eventuale inadeguatezza delle misure di self-cleaning adottate dal concorrente**.

La giurisprudenza amministrativa e unionale ha da tempo affermato che il **contraddittorio è principio fondamentale nei procedimenti di esclusione**, volto a **garantire il diritto di difesa, la parità delle parti e la proporzionalità delle decisioni pubbliche** (v. CGUE, *Montte SL*, C-546/16). In tale ottica, **l'esclusione è legittima solo se preceduta da un effettivo confronto con l'operatore economico**.

La sentenza riconosce che il rinvio a giudizio del procuratore generale della mandataria per turbativa d'asta integra, in astratto, una "contestata commissione" di uno dei reati previsti dall'art. 94, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023. Ai sensi dell'art. 98, comma 6, lett. g), il rinvio a giudizio è un elemento che consente alla stazione appaltante di ritenere integrato l'illecito professionale, purché ne derivi un concreto dubbio circa l'affidabilità del concorrente.

Tuttavia, tale valutazione è sempre subordinata al rispetto del principio di proporzionalità, che impone alla stazione appaltante una **puntuale verifica della gravità e rilevanza concreta del fatto contestato**, anche in funzione delle misure di *self-cleaning* adottate.

Un punto centrale della sentenza è il chiarimento che **la dichiarazione spontanea**, resa in sede di DGUE, **non esonera la stazione appaltante dall'obbligo di contraddittorio**. Il TAR precisa che, sebbene l'operatore economico avesse indicato la pendenza del procedimento penale e le misure adottate, la Regione avrebbe dovuto comunque consentire la presentazione di ulteriori chiarimenti e documenti a supporto.

La *ratio* di questa affermazione risiede nella **natura discrezionale dell'esclusione** e nella **necessità di un'istruttoria piena**, soprattutto laddove il concorrente abbia manifestato la volontà di adottare misure riparatorie. La **violazione del contraddittorio incide quindi sul corretto esercizio del potere amministrativo** e configura un **vizio procedimentale idoneo ad annullare il provvedimento**.

La decisione affronta anche il tema dell'**idoneità delle misure di self-cleaning**, sottolineando come esse **debbano essere tempestive, proporzionate e idonee a dimostrare un effettivo distacco dal comportamento illecito**. Il TAR rileva che l'utilizzo del medesimo soggetto, già attinto da rinvio a giudizio, per la sottoscrizione dell'offerta, mina la credibilità del percorso di risanamento intrapreso.

Tuttavia, la **valutazione sull'efficacia delle misure adottate spetta alla stazione appaltante**, la quale **deve esercitare tale discrezionalità previa instaurazione di un corretto contraddittorio**.

Altro profilo significativo riguarda l'**interpretazione dell'art. 97** del d.lgs. n. 36/2023, che consente la **sostituzione dell'impresa colpita da una causa di esclusione**. Il TAR ribadisce che, nei **caso di esclusione non automatica**, la **valutazione costitutiva della stazione appaltante avviene solo dopo la presentazione dell'offerta**: pertanto, **non può esigersi dall'operatore economico di manifestare preventivamente la disponibilità a proseguire la gara senza la mandataria**.

Questa affermazione rafforza il principio del *favor participationis* e l'esigenza di bilanciare le esigenze di tutela della legalità e dell'affidabilità con quelle della concorrenza e dell'economia dell'azione amministrativa.

La sentenza in commento si segnala per aver fatto **corretta applicazione dei principi fondamentali in materia di esclusione per illecito professionale: legalità, proporzionalità, trasparenza e partecipazione**. La pronuncia **valorizza il contraddittorio come momento essenziale del procedimento amministrativo**, anche alla luce del nuovo Codice, e riafferma la **funzione non solo sanzionatoria ma anche rieducativa dell'istituto del self-cleaning**.

Al contempo, il TAR chiarisce che, in un sistema di gare pubbliche sempre più complesso, **l'obiettivo non può essere la mera espulsione automatica dell'operatore, ma la garanzia di una competizione leale, affidabile e inclusiva, anche attraverso strumenti come la sostituzione del soggetto ritenuto inaffidabile**.

Pubblicato il 18/03/2025

N. 00371/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00340/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 340 del 2025, proposto da Elitellina s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e E+S Air s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nelle loro qualità rispettivamente di mandataria e mandante del costituendo RTI Elitellina/E+S, in relazione alla procedura CIG B4C2E8704B, rappresentate e difese dagli avvocati Alessandro Pellegrino e Antonio Passaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione del Veneto, in persona del Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierpaolo Agostinelli, Francesco Zanlucchi, Giacomo Quarneti e Matteo Scarbaci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Eliosola s.r.l., non costituita in giudizio;

avverso e per l'annullamento, previa sospensione con contestuale riammissione in gara del RTI ricorrente, ovvero, in subordine, della E+S Air s.r.l.

a) del decreto n. 10020 del 22-1-2025 del Responsabile Unico del Progetto per la fase dell'affidamento, fino all'aggiudicazione, Direttore della Direzione Acquisti, AA.GG. e SOS affidamento servizi e forniture, della Giunta Regionale della Regione Veneto;

b) del decreto n. 10021 del 22-1-2025 del Responsabile Unico del Progetto per la fase dell'affidamento, fino all'aggiudicazione, Direttore della Direzione Acquisti, AA.GG. e SOS affidamento servizi e forniture, della Giunta Regionale della Regione Veneto, di rettifica del precedente Decreto n. 10020;

c) della comunicazione di esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023 (All.3 – All.3.1 – All.3.2.) del 22-1-2025;

d) del decreto n. 10038 del 31-1-2025 del Responsabile Unico del Progetto per la fase dell'affidamento, fino all'aggiudicazione, Direttore della Direzione Acquisti, AA.GG. e SOS affidamento servizi e forniture, della Giunta Regionale della Regione Veneto di nomina della Commissione giudicatrice ex art. 93 del d.lgs. n. 36/2023 relativa alla procedura aperta, ai sensi dell'articolo 71 del d.lgs. n. 36/2023, per l'affidamento del servizio aereo per la prevenzione, ricognizione ed estinzione degli incendi boschivi ed altri interventi nel settore della Protezione Civile. - CIG B4C2E8704B - CUI: S80007580279202400003;

e) del verbale redatto dalla Commissione giudicatrice e relativo alle operazioni di gara;

f) del decreto di aggiudicazione definitiva;

g) dell'eventuale contratto stipulato tra Stazione Appaltante ed Eliossola, avente ad oggetto l'appalto per il quale è stata bandita la gara;

h) di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali e ciò al fine di tutelare l'interesse della Ricorrente a vedere annullata l'esclusione del RTI Elitellina/E+S dalla *“procedura aperta, ai sensi dell'articolo 71 del d.lgs. 36/2023, per l'affidamento del servizio aereo per la prevenzione, ricognizione ed estinzione degli incendi boschivi ed altri interventi nel settore della Protezione Civile”*. - CIG B4C2E8704B - CUI: S80007580279202400003 e l'eventuale aggiudicazione alla controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione del Veneto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2025 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 13-12-2024, la Regione del Veneto ha indetto una procedura

aperta, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, per l'affidamento (attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) del servizio aereo per la prevenzione, ricognizione ed estinzione degli incendi boschivi ed altri interventi nel settore della Protezione Civile - CIG B4C2E8704B - CUI: S80007580279202400003, della durata di trentasei mesi, per l'importo a base di gara di Euro 2.306.634,00.

1.1. Hanno partecipato alla procedura due operatori economici il RTI composto da Elitellina s.r.l. (mandataria) e da E+S s.r.l. (mandante) (in seguito, RTI Elitellina) e Eliossola s.r.l. (in seguito, Eliossola).

1.2. Nel DGUE il RTI Elitellina ha dichiarato di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tuttavia ha precisato che il dott. -OMISSIS- "*procuratore speciale*" della mandataria Elitellina in data 11-10-2024 è stato oggetto di un provvedimento di rinvio a giudizio da parte del GUP presso il Tribunale di Cagliari, in ordine al delitto "*p.p. dagli artt. 81 cpv, 110 e 353 c.p. avuto particolare riguardo alle procedure di gara bandite nel 2018 e nel 2020 per il servizio AIB della Regione Sardegna*".

In sede di offerta il RTI Elitellina ha altresì presentato una dichiarazione integrativa in cui la mandataria ha sostenuto che le circostanze di fatto di cui al procedimento penale di cui sopra non devono ritenersi rilevanti in quanto: "*1. non sono state applicate misure cautelari, né reali, né personali a carico del Sottoscritto né della Società; 2. non sono stati emessi: - provvedimenti di risoluzione per inadempimento di contratti, e/o di applicazione delle penali e/o di escussione delle garanzie di cui l'operatore economico è stato destinatario; - provvedimenti di condanna al risarcimento del danno ovvero altre sanzioni comparabili; - provvedimenti penali di condanna, anche non definitivi, nei confronti dei soggetti di cui all'art. 94, comma 3, del Codice*".

Elitellina ha altresì rilevato di avere "*in ogni caso adottato le seguenti misure di autodisciplina o 'Self-cleaning': 1. Le condotte oggetto di indagine sono precedenti al dicembre 2020 e già a far data dal 9 dicembre 2021, Elitellina ha adottato un Codice Etico ed un Modello di Organizzazione e Gestione ex d.lgs. n. 231/2001, nominando un Organismo di Vigilanza esterno alla Società ed indipendente, dotato di poteri di iniziativa e controllo anche nei confronti dell'organo amministrativo e, più in generale, dei soggetti muniti di rappresentanza; 2. In data 7-12-2022, il Sottoscritto si è dimesso dal Consiglio di Amministrazione; 3. In data 15-9-2022, è stata adottata un'ulteriore policy al fine di regolamentare le modalità di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, affidando uno specifico potere di controllo ad un organismo terzo indipendente ('Antitrust Compliance Officer')*".

1.3. Con decreto n. 10020 del 22-1-2025, rettificato con decreto n. 10021 di pari data, il RUP ha escluso il RTI Elitellina dalla procedura evidenziando:

- che "*l'impresa mandataria incorre nella causa di esclusione di cui agli artt. 95, comma 1 lettera e), e 98, comma 3 lettera g), del d.lgs. n. 36/2023, ovvero sia illecito professionale grave per contestata commissione ad un soggetto di cui al comma 3 dell'art. 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94*";

- che *“le misure di self cleaning indicate dal concorrente non risultano adeguate a sanare la causa di esclusione”*;

- *“risulta inapplicabile l’istituto della modifica del RTI codificato dall’art. 97 del D.lgs. 36/2023 non avendo la mandante assolto in sede di presentazione delle offerte l’onere di comunicare la causa escludente verificatasi prima del termine e comprovare le misure adottate ai sensi del comma 2 del suddetto articolo o l’impossibilità di farlo prima di tale data”*.

2. Con il ricorso in esame il RTI Elitellina ha impugnato tali provvedimenti sulla base dei seguenti motivi.

I - *Violazione e falsa applicazione dell’art. 96 del d.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell’art. 57 della direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 10, del d. lgs. n. 36 del 2023. Violazione dell’art. 5 del disciplinare di gara (sull’obbligo di avviare un contraddittorio procedimentale con l’operatore economico). 1.2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 96 del d.lgs. n. 36/2023. Eccesso di potere sub specie difetto di istruttoria e motivazione. Violazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990 (difetto di motivazione). 1.3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 4, 5, 10, del d.lgs. n. 36 del 2023. Disparità di trattamento (sull’avvio del procedimento di soccorso istruttorio esclusivamente nei riguardi della società Eliossola).*

Sotto un primo profilo, la stazione appaltante avrebbe omesso di attivare il necessario contraddittorio procedimentale, previsto sia dall’art. 96, comma 6, del d.lgs. n. 36/2023, sia dall’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE sia dall’art. 5 del disciplinare di gara.

Sotto un secondo profilo, la stazione appaltante non avrebbe svolto *“una concreta valutazione di affidabilità e integrità del concorrente*. In particolare il provvedimento di esclusione non motiverebbe in ordine: - alle *“circostanze di fatto sottese al presunto illecito”*; - alla *“adeguatezza e tempestività delle misure di self cleaning adottate dall’operatore”*.

Sotto un terzo profilo, la decisione dell’Amministrazione di escludere direttamente dalla procedura la ricorrente integrerebbe un’ipotesi di disparità di trattamento e sarebbe contraddittoria rispetto alla scelta di attivare il soccorso istruttorio nei confronti di Eliossola, la quale avrebbe presentato una dichiarazione del tutto sovrapponibile a quella contestata.

Infine la società Elitellina avrebbe adottato delle misure di *self cleaning* idonee a *“segnare una cesura con il passato”*, sarebbe *“evidente la volontà della società di prendere le distanze da ogni - pur infondato e irragionevole – motivo di incertezza circa la sua affidabilità e integrità”*. Inoltre Elitellina avrebbe *“aderito alla compliance del gruppo societario Pegasus Aero Group, approvando le relative procedure”*.

Diverse stazioni appaltanti avrebbero quindi ammesso tale società alle procedure di aggiudicazione.

II - *In via subordinata. violazione, falsa ed errata applicazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 4, 5, 10 del d.lgs. n. 36 del 2023. Violazione del*

favor participationis. Violazione della par condicio competitorum. Irragionevolezza manifesta. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. contraddittorietà.

Il RTI Elitellina avrebbe informato tempestivamente la stazione appaltante della sussistenza della potenziale causa di esclusione non automatica, dando conto della adozione di specifiche misure di *self cleaning*. Pertanto la Regione, qualora avesse ritenuto integrata una causa di esclusione in capo alla mandataria, avrebbe dovuto consentire al raggruppamento di sostituirla come previsto dall'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023.

3. La Regione del Veneto si è costituita in giudizio eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità dell'impugnazione degli atti che non riguardano l'esclusione della ricorrente dalla procedura.

Nel merito la Regione ha rilevato, in relazione al primo motivo, di aver disposto l'esclusione ai sensi degli artt. artt. 95, comma 1 lettera e), e 98, comma 3, lettera g), del d.lgs. n. 36/2023, ovvero sia illecito professionale grave per contestata commissione da parte di uno dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94, in ragione del rinvio a giudizio per il reato di turbativa d'asta del dott. -OMISSIS-, il quale sarebbe un institore e non un mero procuratore speciale della società Elitellina. Tale rinvio a giudizio sarebbe stato disposto a seguito dell'infrazione accertata dall'AGCM con provvedimento n. -OMISSIS- del 13-2-2019 e l'impugnazione proposta avverso tale provvedimento sarebbe stata respinta dal TAR Lazio con sentenza 5265/2020, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5972/2021.

L'attivazione del contraddittorio procedimentale sarebbe stata inutile in quanto già in sede di DGUE la ricorrente aveva indicato le misure di *self cleaning* assunte e le procedure di affidamento sono caratterizzate da esigenze di celerità. Inoltre la ricorrente non avrebbe indicato quali sarebbero "gli elementi che essa non ha potuto portare all'attenzione della stazione appaltante".

Quanto al lamentato vizio di difetto di istruttoria, parte ricorrente avrebbe omesso di indicare quali elementi non sarebbero stati acquisiti dall'amministrazione. L'inidoneità delle misure di *self cleaning*, a "prevenire ulteriori reati o illeciti" e a "segnare una cesura con il passato", sarebbe dimostrata dal fatto che gli stessi atti di gara sarebbero stati sottoscritti dal dott. -OMISSIS-.

Sotto altro profilo, le misure assunte non riguarderebbero in modo puntuale il soggetto rinviato a giudizio, ma sarebbero tutte di "tipo generale". Le dimissioni dal consiglio d'amministrazione della società del dott. -OMISSIS- non avrebbero comportato l'effettivo abbandono della gestione delle gare da parte di quest'ultimo.

Inoltre le misure di *self cleaning* sarebbero state assunte prima del rinvio a giudizio per turbativa d'asta (11-10-2024) pertanto non rappresenterebbero una reazione dell'impresa a tale evento.

Quanto alla lamentata disparità di trattamento rispetto alla controinteressata, i reati riferibili al presidente del consiglio d'amministrazione della società Eliossola riguarderebbero circostanze fuori dal perimetro dell'attività d'impresa e sarebbero del tutto estranee al servizio.

In ordine al secondo motivo, la Regione ha sostenuto che in base all'art. 97 la mandante avrebbe dovuto dichiarare già in fase di offerta di essere disponibile a partecipare in proprio, essendo in possesso dei requisiti necessari, in quanto la causa di esclusione si era già verificata.

4. Alla camera di consiglio del 12 marzo 2025, parte ricorrente ha chiesto la definizione del ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la Regione non si è opposta e la causa è stata trattenuta in decisione.

5. E' fondata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione proposta avverso gli atti della procedura che non riguardano l'esclusione della ricorrente.

5.1. Parte ricorrente non ha interesse all'annullamento di tali atti e in ogni caso non ha proposto censure avverso gli stessi.

6. Il primo motivo di ricorso è fondato nei sensi e nei limiti di seguito precisati.

6.1. In base all'art. 98, comma 3, lettera g), del d.lgs. n. 36/2023, l'illecito professionale si può desumere al verificarsi della *"contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94"*.

Invero, come evidenziato dall'Amministrazione, nella fattispecie in esame è incontestato che il dott. -OMISSIS- è stato rinviato a giudizio per uno dei reati di cui al comma 1 dell'art. 94 (turbata libertà degli incanti), a seguito dell'infrazione accertata dall'AGCM con provvedimento n. -OMISSIS- del 13-2-2019 e l'impugnazione proposta avverso tale provvedimento è stata respinta dal TAR Lazio con sentenza 5265/2020, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5972/2021.

E il rinvio a giudizio costituisce uno dei mezzi di prova del grave illecito professionale espressamente previsti dall'art. 98, comma 6, lett. g), del d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre, i poteri di rappresentanza, attribuiti al dott. -OMISSIS- con la *"Procura Institoria"* del 23-12-2022, risultano di tale latitudine (in particolare con riferimento alla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici) da configurare lo stesso come procuratore generale della società ai fini dell'applicazione dell'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, anziché come mero procuratore speciale.

Sotto altro profilo, per quanto riguarda la valutazione dell'idoneità delle misure di *self cleaning* adottate *"a prevenire ulteriori reati o illeciti"* e a *"segnare una cesura con il passato"*, risulta indubbiamente significativo che anche gli atti di gara in oggetto siano stati sottoscritti dallo stesso soggetto attinto dal provvedimento di rinvio a giudizio.

6.2. Tuttavia nella fattispecie in esame parte ricorrente in sede di offerta ha correttamente dato atto della “possibile” configurabilità di una causa di esclusione - non automatica/discrezionale – e dell’assunzione di misure di *self cleaning* astrattamente riconducibili a quelle tipizzate dalla giurisprudenza.

E in base all’art. 5 del disciplinare di gara, “*La sussistenza delle circostanze di cui all’articolo 95 del Codice è accertata previo contraddittorio con l’Operatore Economico*”.

D’altra parte lo stesso art. 96, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che “*Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all’operatore economico*”.

Prima di escludere il RTI ricorrente la stazione appaltante avrebbe quindi dovuto attivare il necessario contraddittorio procedimentale.

6.3. Il fatto che il ricorrente avesse indicato già in sede di offerta le misure di *self cleaning* assunte non esclude la necessità del contraddittorio procedimentale.

Come evidenziato dal RTI Elitellina in sede di discussione orale, la stazione appaltante infatti non disponeva della documentazione necessaria a valutare in concreto l’effettiva portata delle misure assunte.

6.4. Né la produzione di tale documentazione può ritenersi tardiva in quanto, da un lato, come si è detto, la legge di gara prevedeva espressamente l’attivazione del contraddittorio procedimentale e, dall’altro lato, nella fattispecie si tratta di una causa di esclusione non automatica, correlata ad un fatto verificatosi prima della presentazione dell’offerta, ma perfezionatasi solo a seguito della valutazione - costitutiva - della stazione appaltante.

6.5. Infondato è il terzo profilo di censura, con cui parte ricorrente lamentata la disparità di trattamento rispetto alla controinteressata nei confronti della quale sarebbe stato attivato il soccorso istruttorio.

Il vizio di disparità di trattamento presuppone una perfetta identità delle situazioni poste a raffronto, la cui prova deve essere fornita dalla parte interessata (Cons. Stato, Sez. VII, 4-12-2024, n. 9729).

E nella fattispecie, mentre i reati contestati al procuratore riguardano specificamente la partecipazione alle procedure di affidamento, i reati contestati al presidente del consiglio d’amministrazione di Eliossola riguardano fatti del tutto estranei all’attività d’impresa.

Si tratta in definitiva di posizioni del tutto differenti.

7. E’ altresì fondato il secondo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente lamenta che la Regione, dopo aver ritenuto integrata una causa di esclusione in capo alla mandataria, avrebbe dovuto consentire al raggruppamento di sostituirla.

7.1. Nella fattispecie – lo si rimarca – si tratta di una causa di esclusione non automatica, quindi perfezionatasi dopo la presentazione delle offerte. Non poteva pertanto richiedersi alla ricorrente di dichiarare sin dall’offerta – in via anticipata - la propria disponibilità ad eseguire il servizio senza la mandataria.

8. Il ricorso deve pertanto essere accolto nei sensi e nei limiti sopra precisati e, per l’effetto, devono essere annullati gli atti di esclusione di parte ricorrente dalla procedura nei medesimi sensi e limiti, con conseguente obbligo dell’Amministrazione di rivalutare la posizione di parte ricorrente dopo avere attivato il previsto contraddittorio procedimentale.

9. In ragione delle peculiarità della fattispecie, sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla gli atti di esclusione di parte ricorrente dalla procedura nei medesimi sensi e limiti.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il procuratore della mandataria del raggruppamento ricorrente oggetto del provvedimento di rinvio a giudizio.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Nicola Bardino, Primo Referendario

Filippo Dallari, Primo Referendario, Estensore