

Publicato il 17/09/2025

N. 07352/2025REG.PROV.COLL.  
N. 01417/2025 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1417 del 2025, proposto da  
-OMISSIS- società cooperativa onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

*contro*

Comune di Mozzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Gorlani, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Brescia, via Romanino, 16;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, Sez. I, n. 104 del 2025, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Mozzo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2025 il Cons. Stefano Fantini; viste le conclusioni delle parti come da verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-La -OMISSIS- cooperativa sociale *onlus* ha interposto appello nei confronti della sentenza 10 febbraio 2025, n. 104 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, Sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso la -OMISSIS- in data 13 agosto 2024, con cui il Comune di Mozzo (BG) la ha esclusa dalla procedura aperta per l'affidamento della gestione in concessione del servizio asilo nido comunale per il periodo che va dall'1 agosto 2024 al 31 luglio 2026 (con possibilità di proroga sino al 31 luglio 2029).

L'esclusione è stata disposta in considerazione della sussistenza di gravi illeciti professionali, rilevanti ai sensi degli artt. 95, comma 1, lett. e), e 98, commi 2, 3, lett. c), 4 e 6, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023. invero dichiarati nel DGUE, tradottisi in due provvedimenti di risoluzione contrattuale, nonché in plurime penali e contestazioni.

2. - Con il ricorso in primo grado la società cooperativa -OMISSIS- ha impugnato il provvedimento recante la sua esclusione, deducendone l'illegittimità per violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, degli artt. 95, 96 e 98 del d.lgs. n. 36 del 2023, nell'assunto, tra l'altro, che il provvedimento di esclusione violi il principio di proporzionalità e sia stato adottato in assenza dei presupposti di legge.

3. - La sentenza appellata, come premesso, ha respinto il ricorso nella considerazione che *«dalla lettura dello stesso DGUE compilato dalla ricorrente si evincono numerose irregolarità, sanzioni, una revoca dell'aggiudicazione, contestazioni e due successive risoluzioni consensuali che, nel loro complesso, hanno determinato il Comune di Mozzo ad un giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico nient'affatto sproporzionato, soprattutto in considerazione, da un lato, della tipologia di irregolarità*

*commesse in precedenti affidamenti [...] e, dall'altro, alla natura del servizio oggetto di affidamento, alla circostanza che detto servizio sia finanziato con fondi PNRR [...]*». La sentenza, con riguardo ai singoli episodi contestati, ha poi evidenziato l'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel valutare la sussistenza dei presupposti per l'esclusione a fronte di varie situazioni riconducibili nell'ambito nozionale del "grave illecito professionale", e comunque escluso la ravvisabilità dei vizi di contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza inficianti il provvedimento gravato.

4. - Con il ricorso in appello la cooperativa sociale -OMISSIS- ha criticato la sentenza di prime cure, sostanzialmente reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, incentrate sulla : a) violazione del contraddittorio, essendo stati assegnati alla società solamente cinque giorni (dal 31 luglio al 5 agosto 2024) per controdedurre; b) violazione del principio di proporzionalità, quale emerge anche dal considerando n. 101 della direttiva 24/2014/UE; c) insussistenza dei presupposti di legge per l'esclusione, nell'assunto che la revoca dell'affidamento da parte del Comune di Velletri (come pure della CIISAF e del Comune di Cerignola) non poteva essere considerata, risalendo ad oltre tre anni dalla commissione dell'illecito, che le penali avevano un importo inferiore all'1 per cento del valore dell'affidamento e che le risoluzioni contrattuali disposte dai Comuni di Ayas e di Portici avevano natura consensuale; d) irragionevolezza della statuizione di condanna al pagamento di euro diecimila/00 di spese legali.

5. - Si è costituito in resistenza il Comune di Mozzo eccependo l'inaammissibilità per genericità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso in appello.

6. - All'udienza pubblica del 3 luglio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello deduce che, trattandosi di una causa di esclusione discrezionale ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 36 del 2023,

l'amministrazione era tenuta ad avviare un procedimento in contraddittorio con il concorrente, secondo quanto disposto dall'art. 96, comma 6, dello stesso testo normativo. Lamenta come nel caso di specie il Comune abbia comunicato il preavviso di esclusione ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, con nota in data 31 luglio 2024, ma, anziché i dieci giorni normativamente previsti, le sono stati assegnati solo cinque giorni (dal 31 luglio al 5 agosto 2024) per controdedurre. Critica la statuizione di primo grado che ha ritenuto inapplicabile alle procedure di gara il predetto art. 10-*bis*, e comunque congruo il termine di cinque giorni, come si desumerebbe anche dalla disciplina in materia di soccorso istruttorio (art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023); aggiunge come la incongruità del termine trovi conferma anche nel fatto che dei cinque giorni concessi, due (3 e 4 agosto 2024, rispettivamente sabato e domenica) erano festivi e dunque da non conteggiare.

Il motivo è infondato.

La disciplina sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, prevedente il termine di dieci giorni per la presentazione delle controdeduzioni, non si applica al procedimento di gara per espressa previsione dell'art. 10-*bis*, che, al penultimo periodo, espressamente esclude dalla sfera di applicazione oggettiva i procedimenti concorsuali.

Il che appare, del resto, coerente con l'esigenza di celerità di un procedimento già di per sé significativamente strutturato, ferma restando l'esigenza del contraddittorio, espressamente contemplata dall'art. 96, comma 6, del d.lgs. n. 36 del 2023, per le cause di esclusione non automatica dalla gara.

Ha condivisibilmente rilevato il primo giudice che il preavviso di esclusione era stato anticipato da una corposa interlocuzione e che la congruità del termine di cinque giorni concesso è desumibile anche dalla disciplina sul soccorso istruttorio, a proposito della quale l'art. 101, comma 1, prevede che la stazione appaltante assegni un termine non inferiore a cinque e non superiore a dieci giorni.

2. – Il secondo motivo deduce la violazione del principio di proporzionalità, affermato anche dal considerando 101 della direttiva 24/2014/UE, in quanto l'impugnato provvedimento di esclusione non avrebbe tenuto conto, in forza della connotazione discrezionale della scelta, degli elementi adottati dalla società appellante in favore della propria affidabilità; in particolare, alla base della valutazione di esclusione sono stati posti accadimenti risalenti ad oltre tre anni fa, oppure concernenti sanzioni di importo ridotto, o comunque fattispecie non replicabili nei confronti del Comune di Mozzo, indicate nel DGUE seppure al di fuori di ogni obbligo dichiarativo (anche perché non annotate nel casellario Anac).

Anche tale motivo è infondato.

Ciò che rileva, nella prospettiva della sentenza impugnata, è l'elenco delle innumerevoli irregolarità contestate, delle sanzioni, esclusioni, risoluzioni contrattuali che ha subito la società appellante.

Ora, è pur vero che il principio di proporzionalità, a termini del considerando 101 della direttiva 2014/24/UE, deve presiedere alla valutazione della esclusione facoltativa, sì che soltanto eccezionalmente lievi irregolarità possono comportare il provvedimento espulsivo, ma è altrettanto vero che lo stesso considerando aggiunge che *«tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbe giustificare l'esclusione»*. Nel rispetto del principio di proporzionalità, le stazioni appaltanti devono valutare l'idoneità della condotta a giustificare l'esclusione dalla gara e ciò nel rispetto delle regole del contraddittorio e della adeguata motivazione.

Tali criteri risultano essere stati rispettati nella vicenda controversa, avendo l'appellante avuto la possibilità di dimostrare la sua affidabilità nelle plurime interlocuzioni avute con l'amministrazione ed al contempo l'esclusione appare adeguatamente motivata, nei termini estremamente analitici emergenti principalmente dal preavviso di esclusione e dal verbale di esclusione, cui il provvedimento fa rinvio.

L'esclusione tiene conto dell'oggetto del servizio (gestione di un asilo nido) ed al contempo del fatto che le carenze hanno riguardato principalmente la gestione del personale, traducendosi in plurime risoluzioni contrattuali e nella revoca dell'aggiudicazione.

Né può assumere rilievo decisivo, ai fini della valutazione discrezionale sull'affidabilità dell'operatore economico rimessa all'amministrazione, la circostanza per cui la società -OMISSIS- abbia in corso molteplici contratti.

Ed infatti il sindacato della proporzionalità non può spingersi sino ad un controllo di merito, dovendosi limitare alla verifica della congruità e non contraddittorietà dell'istruttoria, quale esternata nella motivazione del provvedimento (Cons. Stato, IV, 18 ottobre 2002, n. 5714).

Non sussiste neppure una relazione biunivoca tra l'obbligo dichiarativo e la possibilità, per la stazione appaltante, di porre a fondamento della valutazione di esclusione le condotte comunque portate a sua conoscenza, e rilevanti come illecito professionale grave, come inferibile dall'art. 98, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023.

3. – Il terzo motivo, articolato e sviluppato in più punti, che meritano di essere trattati unitariamente, critica poi la statuizione di prime cure che ha ritenuto sussistenti i presupposti per la esclusione, disattendendo la censura con cui erano stati contestati singolarmente gli episodi posti a fondamento del provvedimento stesso. Deduce, in particolare, come l'amministrazione non abbia considerato l'irrilevanza della determina di revoca in data 1 agosto 2019 del Comune di Velletri, atteso che le cause di esclusione di cui all'art. 95 hanno rilievo per tre anni decorrenti dalla commissione del fatto *ex* art. 96, comma 10, del d.lgs. n. 36 del 2023; analogo ragionamento può farsi con riguardo all'esclusione disposta dal CIISAF in data 24 giugno 2021, a quella disposta dal Comune di Cerignola in data 17 dicembre 2020 ed ancora dal Comune di Lodi in data 29 luglio 2021. Quanto alle penali, quelle comminate dalla Comunità di Primiero sono pari ad euro 500.000 e anche quelle del Comune di Cagliari non superano l'1 per cento del valore dei contratti. Va poi

aggiunto che il Comune di Ayas e quello di Portici hanno disposto risoluzioni consensuali del contratto, non presupponenti pertanto un inadempimento contrattuale da parte della -OMISSIS-, e non rilevanti ai fini dell'art. 98 del d.lgs. n. 36 del 2023. Con riguardo al Comando di sanità e veterinaria, il provvedimento di esclusione non terrebbe conto che erano state adottate misure di *self-cleaning*, in violazione dell'art. 96, comma 6, del solito d.lgs. n. 36 del 2023. La sentenza, per l'appellante, non ha dimostrato l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore, né ha dimostrato i mezzi di prova necessari per comprovare l'inaffidabilità del concorrente, con conseguente violazione dell'art. 98, commi 7 e 8.

Il motivo, nel suo complesso, è infondato.

Va premesso che la questione della incompletezza della documentazione non rientra tra gli innumerevoli "elementi di forte criticità" posti dalla stazione appaltante a fondamento dell'esclusione.

Procedendo con ordine, il primo gruppo di criticità riguarda "*numerose e ripetute carenze professionali nella gestione del personale*", cui è correlata l'irrogazione di sanzioni o penali.

Dalla lettura del verbale di esclusione emerge che assumono rilievo, in tale prospettiva, oltre al provvedimento di revoca del Comune di Velletri, effettivamente ultratriennale, la sanzione del Comune di Adria in data 8 novembre 2022 per ritardata od omessa formazione professionale del personale, la sanzione irrogata dal Comune di Portici nel 2022 allo stesso titolo, dal Comando militare di Cecchignola nel 2023 (per assenza del medico pediatra), dalla Comunità di Primiero nel 2024 (per tardiva corresponsione della tredicesima mensilità ai lavoratori).

Inoltre rileva, quale elemento di forte criticità, l'inadempienza contestata, con escussione della penale, dal Comune di Teramo nel 2022 in ragione della mancata regolarizzazione dell'istanza di autorizzazione al funzionamento, come pure i molti altri provvedimenti sanzionatori indicati nel verbale di esclusione.

Ulteriore elemento di criticità è la revoca dell'aggiudicazione del Comune di Appiano sulla strada del vino nel 2023 per il mancato reperimento dei locali in cui svolgere il servizio.

Le stesse risoluzioni consensuali del Comune di *Ayas-Unitè des Communes valdotaines Evancon* (2023) e Portici (2022) rinvengono il proprio fondamento in inadempimenti contestati dalle stazioni appaltanti e poi trasfusi in rimedi consensuali per evitare contestazioni e conseguenziali rallentamenti nello svolgimento del servizio.

Tali situazioni sono state ritenute dalla stazione appaltante elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale, in ragione della numerosità e significatività dei rilievi contestati, riconducibili alla previsione di cui all'art. 98, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023; detto illecito professionale è stato ritenuto idoneo ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore economico.

La valutazione della stazione appaltante non appare manifestamente irragionevole, tale essendo, secondo consolidata giurisprudenza, il perimetro del sindacato giurisdizionale sull'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione; e tale discrezionalità risulta in qualche modo ulteriormente rafforzata dal d.lgs. n. 36 del 2023, che ha enucleato, tra gli altri, il principio della fiducia, anche quale criterio interpretativo delle disposizioni del codice (art. 4). Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può porsi sul piano della "*non condivisibilità*" della valutazione stessa (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7223).

In questa cornice di riferimento si è mantenuta la sentenza oggetto di gravame, il cui corredo motivazionale appare condivisibile, anche nel passaggio in cui ha rilevato che «[...] nonostante gli sforzi nel cercare di *minimizzare* la gravità del quadro complessivamente delineato dal Comune di *Mozzo*, non emerge la c.d.

*soglia critica che consenta al Tribunale di ritenere viziata la valutazione espulsiva, non emergendo nella stessa evidenti vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità, irragionevolezza».*

Merita in particolare aggiungere come il primo giudice abbia posto in evidenza la rilevanza anche delle risoluzioni consensuali, in quanto indicative di una condotta carente nell'esecuzione di un precedente contratto (art. 98, comma 3, lett. c), emergendo dalle delibere dei Comuni di Portici e di Ayas come detti epiloghi siano stati concordati a seguito di plurime contestazioni sulla corretta esecuzione dei contratti.

4. – Il quarto mezzo deduce ancora, a dimostrazione della affidabilità della società appellante, che non si è mai determinata alcuna interruzione del servizio pubblico, che non sussiste alcuna annotazione nel casellario Anac e che non è mai stata escussa la polizza; inoltre la società appellante avrebbe visto accrescere il proprio *rating* di legalità.

Il motivo è infondato.

Non si pone un problema di prova ed è dunque inutile indugiare sulla disamina di tale profilo, in quanto le circostanze dedotte non risultano idonee ad inficiare la valutazione discrezionale di idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore, di pertinenza della stazione appaltante.

Giova aggiungere che la pubblicità del casellario informatico non è costitutiva e neppure vincolante per quanto riguarda le modalità con cui il fatto viene descritto. Se un episodio della vita professionale viene inserito nel casellario informatico, le stazioni appaltanti non possono ignorarlo, ma sono autonome nel valutarne la rilevanza nelle gare di loro competenza. In mancanza di iscrizione le stazioni appaltanti possono procurarsi con altri mezzi le informazioni (oppure, come nel caso di specie, essere direttamente informate dal soggetto interessato) sulla vita professionale dei concorrenti.

5. – Discende da quanto esposto la reiezione anche del quinto motivo, postulante in via ipotetica l'illegittimità derivata (dall'esclusione) del

provvedimento di aggiudicazione, che peraltro, secondo le allegazioni dell'appellante, non risulterebbe ancora intervenuta (si è in presenza peraltro della proposta di aggiudicazione in favore della Fondazione scuola dell'infanzia -OMISSIS-).

6. – Il sesto ed ultimo motivo critica la statuizione di condanna al pagamento delle spese di giudizio, nella misura di euro diecimila, ritenuta dall'appellante sproporzionata ed eccessivamente punitiva.

Il motivo è infondato.

Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, la statuizione sulle spese del giudizio costituisce espressione della discrezionalità di cui dispone il giudice in ogni fase del processo, ed è sindacabile in sede di appello solo nell'ipotesi di condanna della parte totalmente vittoriosa oppure per il caso in cui la decisione sia manifestamente irrazionale o si riferisca al pagamento di somme palesemente inadeguate (Cons. Stato, VII, 29 gennaio 2025, n. 700).

Ne consegue che detta statuizione può essere riformata in appello solo ove sia modificata la decisione principale, ovvero salvo il caso della manifesta abnormità (Cons. Stato, V, 5 novembre 2024, n. 8817).

Nel caso di specie non ricorre alcuno di tali presupposti, dovendosi apprezzare l'importo delle spese in ragione del valore della controversia, e dunque del valore stimato della procedura.

7. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto e ciò esime il Collegio dalla disamina della preliminare eccezione di inammissibilità del ricorso.

Le spese di questa fase di giudizio possono tuttavia essere compensate, tenendo conto dell'ambito di discrezionalità che connota la tipologia di esclusione oggetto di controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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 9, paragrafo 1, 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 la società appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.