

EDILIZIA ED URBANISTICA: Oneri di urbanizzazione - Istanza del privato tendente ad ottenerne la restituzione e/o ripetizione - Fondata sulla circostanza secondo cui è stato realizzato soltanto uno degli interventi edilizi assentiti con permesso di costruire - Può essere accolta - Ragioni - Fattispecie.

Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2022, n. 164

- in *Urb. e appalti*, 3, 2022, pag. 335 e ss.;

- in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2022, pag. 1456 e ss., con commento di Giovanni Balocco e Martina Minetti, *I requisiti di moralità tra principio di tassatività e discrezionalità amministrativa*.

1. L'obbligo dichiarativo dei fatti potenzialmente rilevanti ai fini della valutazione di affidabilità professionale, ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016, sussiste in capo all'operatore economico in fase di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, permane per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione. Il Consiglio di Stato precisa che deve essere disposta l'esclusione per l'operatore economico partecipante che non fornisce un aggiornamento delle dichiarazioni rese, relativamente alle vicende sopravvenute e agli sviluppi di procedimenti pendenti a suo carico.

2. Il comportamento omissivo costituisce ragione, ex sé, di inaffidabilità dell'operatore e dunque autonomo motivo di esclusione, in quanto non consente alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti relativi alla propria attività professionale sulla reale integrità e affidabilità, morale e professionale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria – Alisa – Area Centrale Regionale D'Acquisto e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'odierna appellante, -OMISSIS- (in prosieguo anche solo -OMISSIS-), con atto depositato il -OMISSIS-, è insorta avanti al Tribunale Amministrativo per la Liguria avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'affidamento alla contropartita -OMISSIS- (di seguito anche solo -OMISSIS-) del -OMISSIS-, relativo al servizio di pulizia e sanificazione, occorrente alle Aziende del Servizio sanitario regionale.

In punto di fatto, giova premettere quanto segue: i.) A.li.sa. – Azienda Ligure Sanitaria (di seguito anche solo Alisa), ha indetto una gara per il “servizio di pulizia e sanificazione”, occorrente alle AA.SS.LL., EE.OO., e I.R.C.C.S. della Regione Liguria, suddivisa in -OMISSIS-, per la durata di -OMISSIS-, che veniva aggiudicata, come accennato, alla -OMISSIS-; ii.) -OMISSIS-, -OMISSIS-, lamenta che -OMISSIS-, dopo aver presentato, -OMISSIS-, la dichiarazione sostitutiva, ai sensi degli articoli 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 per attestare l’inesistenza di motivi di esclusione dalla procedura concorsuale *ex art. 80* del codice dei contratti, non avrebbe fornito alla stazione appaltante alcun aggiornamento riguardo agli sviluppi dei procedimenti pendenti sia, -OMISSIS- sia, -OMISSIS-, nonché alle vicende professionali sopraggiunte, con la conseguenza che la stazione appaltante non sarebbe stata messa in condizione di valutarle per la prodromica decisione (*rectius*: il mantenimento della sua ammissione in gara), all’aggiudicazione definitiva; iii) che, in estrema sintesi, l’aggiudicataria avrebbe omesso di segnalare ad Alisa in ossequio del dovere di *clare loqui* sui fatti sopravvenuti a suo carico.

Nello specifico, con la vista nota, l’interessata allega di avere informato la stazione appaltante sui seguenti accadimenti e precisamente: a) che, -OMISSIS-, l’istruttoria avviata nei confronti di -OMISSIS- da AGCM si era conclusa con provvedimento di -OMISSIS- e ...-OMISSIS-; b) che, nel mese di -OMISSIS-, la Procura -OMISSIS- - in relazione all’appalto per le pulizie di tutte le aziende sanitarie della -OMISSIS- - aveva instaurato, nei confronti di -OMISSIS- della società appellata, un procedimento penale per i delitti -OMISSIS-; c) che, -OMISSIS-, la Procura -OMISSIS-, sempre in relazione ad un appalto di pulizie, aveva avviato, contro -OMISSIS-, un procedimento penale per i delitti -OMISSIS-; d) che, infine, -OMISSIS-, il G.I.P. del Tribunale -OMISSIS-, aveva sottoposto altri -OMISSIS- alla -OMISSIS- per gli addebiti di -OMISSIS-. -OMISSIS- proponeva ricorso dinanzi al Tar Liguria. .

Il Tribunale, con dispositivo di sentenza -OMISSIS- ha, in parte, dichiarato improcedibile il ricorso, respingendolo per il resto.

Avverso la sentenza, -OMISSIS- ha proposto appello.

Nel giudizio si è costituita la Azienda Ligure Sanitaria. Si è altresì costituita la società -OMISSIS-. Entrambe hanno eccepito l’inammissibilità e nel merito la reiezione del gravame.

Nelle conclusioni del ricorso l’appellante ha insistito nelle proprie domande.

All’udienza del 9 dicembre 2021, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

E’ in discussione il provvedimento di affidamento alla società controinteressata -OMISSIS- del -OMISSIS-, relativo alla procedura servizio di pulizia e sanificazione occorrente alle Aziende del Servizio sanitario regionale, ritenuto illegittimo da -OMISSIS- in ragione, tra l’altro, della scoperta postuma di indagini penali -OMISSIS-.

Nello specifico: *i.*) la Procura -OMISSIS-, in relazione ad un appalto di cospicuo importo per le pulizie di tutte le Aziende sanitarie della -OMISSIS- aveva avviato, nei confronti dei -OMISSIS- di -OMISSIS-, un procedimento penale per -OMISSIS-; *ii.*) la Procura della Repubblica -OMISSIS-, -OMISSIS-, in relazione all'appalto di pulizia presso -OMISSIS-, avviava nei confronti del legale rappresentante un procedimento penale per i delitti -OMISSIS-; *iii.*) il GIP del Tribunale -OMISSIS-, sempre in relazione all'appalto di servizi di pulizia emetteva nei confronti dei -OMISSIS- di -OMISSIS- - -OMISSIS- - la -OMISSIS- per gli addebiti di -OMISSIS-.

Il Seggio di gara ha escluso di dover annullare l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, disattendendo l'istanza della ricorrente principale, in quanto: *i.*) la fase relativa all'ammissione dei concorrenti - benché si tratti di distinti lotti - sotto il profilo della verifica del possesso dei requisiti generali e morali, attiene alle caratteristiche dell'operatore economico ed è quindi necessariamente unilaterale... *ii.*) le vicende penali di -OMISSIS- non configurano la fattispecie ex art. 80, co 5 del d.lgs. n. 50/2016, automaticamente escludente, in assenza di decisione passata in giudicato; rilevando, in realtà, non solo le ipotesi oggetto di obblighi dichiarativi, ma piuttosto quelle situazioni evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico". Del resto, -OMISSIS- l'esclusione del visto automatismo espulsivo è poi confermata dalla circostanza di avere in spontaneamente avviato il procedimento in autotutela in virtù della determinazione -OMISSIS-, riguardante l'ammissione alla gara per tutti i lotti; *iii.*) le vicende penali "pur se riferite a fatti gravi", non avrebbero potuto costituire mezzo di prova adeguato a fondare un giudizio d' inaffidabilità dell'aggiudicatario, in considerazione del fatto che la valutazione circa la incidenza dell'omissione informativa sulla integrità del concorrente è stata, nella specie, eseguita mediante supplemento istruttorio il cui esito non potrebbe non incontrare i limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere tecnico discrezionale; *iv.*) con la determinazione -OMISSIS-, adottata a conclusione del visto supplemento istruttorio, Alisa avrebbe, comunque, preso motivata posizione su ciascuna delle situazioni segnalate da -OMISSIS- anche per -OMISSIS-.

Sul punto, aggiunge la difesa appellata, le censure di -OMISSIS-, che si limitano a contrapporre valutazioni restrittive, si risolverebbero, tuttavia, in una critica alquanto soggettiva di considerazioni, eminentemente opinabili, operate dall'amministrazione, circa la ritenuta affidabilità del -OMISSIS-, senza che ne siano stati evidenziati profili di macroscopica irragionevolezza.

In estrema sintesi, il seggio di gara ha ritenuto che le vicende penali a carico dei -OMISSIS-, non costituiscono mezzo di prova idoneo a fondare il giudizio di sopravvenuta carenza affidabilità dell'aggiudicatario, tanto più in una fase tuttora procedimentale.

La Sessione di gara ha ritenuto poi le misure di *self cleaning* adeguate rispetto alla presente procedura di gara, tenuto anche conto che la stessa Anac aveva evidenziato l'idoneità delle misure

rimediali, adottate in tempi financo antecedenti alla conclusione della fase istruttoria. Con sentenza -OMISSIS-, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria ha, nella sostanza, respinto il ricorso, osservando che il giudizio di affidabilità dell'operatore economico è espressione di ampia discrezionalità da parte della amministrazione pubblica e che, nella specie, è stato svolto un giudizio, anche sulla scorta della rinnovata valutazione in autotutela, di complessiva *...non incidenza sull'integrità ed affidabilità della -OMISSIS- degli episodi a carico degli -OMISSIS- e -OMISSIS-*.

Prima di passare all'esame del primo motivo di appello, con il quale detta interpretazione è stata frontalmente contestata, il Collegio deve darsi carico dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalle odierne appellate sul rilievo che, la sequenza degli atti successivi alla pubblicazione anticipata del deposito del dispositivo, avrebbe reso nel suo complesso inammissibile il gravame, per l'incertezza che ne era derivata, anche in ordine all'atto -OMISSIS-, a mezzo del quale la difesa appellante aveva omissis, nelle conclusioni, di specificare la richiesta di riforma della sentenza appellata.

Ad avviso di -OMISSIS- andrebbe, quindi, stigmatizzata la circostanza, inerente alla notifica del visto atto difensionale recante *"motivi dell'appello" in data -OMISSIS-*, che avrebbe dovuto precludere, come detto, l'ammissibilità del successivo analogo atto -OMISSIS-, in ragione del "divieto di frazionamento dell'impugnazione".

Detto ordine d'idee non è condiviso dal Collegio, non potendosi non riconoscere alla vista eccezione una valenza eccessivamente formalistica, tenuto anche conto che l'appellante, nei secondi motivi d'appello, -OMISSIS-, aveva -nelle conclusioni- specificato che *...i presenti motivi d'appello sostituiscono quelli notificati e depositati il -OMISSIS-, fermi i depositi*.

Da ciò deriva, poi, con riguardo alla questione della valutazione di anomalia dell'offerta che, il capo della appellata sentenza riguardante il -OMISSIS-, sia divenuto intangibile.

L'eccezione deve essere, perciò, respinta.

Nel merito, imprendendo l'esame dal primo articolato motivo di appello dedotto nei motivi aggiunti l'odierna appellante sostiene, con dovizia di argomentazioni, che erroneamente il primo giudice ha ritenuto -malgrado la incontestata violazione di obblighi informativi inerenti alla doverosa segnalazione alla stazione appaltante di vicende sopravvenute - che il giudizio svolto dalla Stazione appaltante fosse "scevro da manifesta illogicità ed irragionevolezza" circa la mancata esclusione per grave illecito professionale dell'aggiudicataria laddove, ad avviso di -OMISSIS-, la valutazione svolta -OMISSIS- era, invece, manifestamente incongrua, in quanto fondata su una valutazione solo astratta dei fatti, non idonea quindi a giustificare il provvedimento di conferma, in esito all'esercizio

del potere di autotutela da parte di Alisa, del possesso continuativo dei requisiti in capo a -OMISSIS-

In estrema sintesi, l'appellante contesta la motivazione resa da Alisa che ha ritenuto insussistenti, nonostante l'omessa segnalazione delle gravi vicende successive alla dichiarazione sostitutiva del -OMISSIS-, le sopravvenute cause di perdita dei requisiti di affidabilità ed integrità, intesa come moralità professionale, ex art. 80, comma 5, lett. c), malgrado la gravità degli addebiti penali ascritti ai -OMISSIS- societari e alla Società stessa, per vicende -OMISSIS-.

Detto ordine di idee deve essere pienamente condiviso.

Come brevemente esposto in fatto nella specie sono intervenute -OMISSIS- disposte dal GIP a carico dei visti -OMISSIS- della società proprio per uno dei delitti espressamente contemplati.

L'obiezione di "merito" del Seggio di gara riguardo alla società -OMISSIS-, i cui -OMISSIS- sono stati -OMISSIS-, è fondata sull'asserita "non adeguatezza" della prova dell'illecito, in ragione dell'insussistenza di un accertamento giudiziario in sede penale. Che solo la condanna non definitiva (ovviamente ove intervenisse la definitiva si ricadrebbe nella fattispecie ostantiva di cui all'art. 82 comma 1 lett. b) costituisca titolo per integrare il livello di "adeguatezza", deriverebbe, secondo quanto adombrato dall'appellata dal chiaro disposto delle linee guida Anac che non menzionano, in ambito probatorio, -OMISSIS-.

Ritiene il Collegio, sotto tale ultimo profilo, che la questione debba porsi in termini diversi. Le linee guida contengono indirizzi tesi a dare uniformità e prevedibilità all'azione amministrativa delle stazioni appaltanti esonerandole da valutazioni complesse o stringenti oneri motivazionali laddove si verifici la fattispecie espressamente e previamente delineata quale "adeguata" dal punto di vista probatorio, secondo un regime presuntivo che non trova applicazione in altre fattispecie (sul punto -OMISSIS-) in cui invece dev'essere l'amministrazione a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore. In tali valutazioni l'amministrazione deve ovviamente considerare i fatti emergenti dall'indagine penale, le conseguenze dell'indagine e le regole che previamente si è data, attraverso la legge di gara, per vagliare il disvalore specifico delle condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale.

Tale interpretazione è, peraltro, l'unica conforme al diritto europeo. Secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia, il potere della stazione appaltante non può essere limitato da preclusioni poste dal diritto nazionale, ma si deve basare sull'accertamento in concreto dei fatti, rimesso esclusivamente al vaglio della stazione appaltante medesima (sul punto si veda CGUE n. C-425/18, nonché, sull'importanza che sia la stazione appaltante a effettuare in concreto anche C-41/18 del 19.06.2019).

Quanto all'efficacia delle misure di cd *self cleaning* ex post adottate, il TAR ha ritenuto – disattendendo l'ulteriore profilo di censura di -OMISSIS- - “le misure rimediali di carattere organizzativo adottate da -OMISSIS- -consistenti nella rimozione, dopo l'apprensione della notizia di indagini penali, dei -OMISSIS- della società -OMISSIS- e nell'adozione di iniziative propedeutiche all'adeguamento del modello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001- idonee già allo stato a consentire la formulazione di offerte in pubblici incanti”.

Al riguardo è sufficiente invece far richiamo alla recente giurisprudenza del Consiglio di stato (-OMISSIS-), che ha avuto modo di chiarire, in analoga vicenda, ...che risponde a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure c.d. di *self cleaning* abbiano effetto *pro futuro*, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento (in termini, Cons. Stato, -OMISSIS-).

Stante la sufficienza di tale ragione a determinare l'esclusione di -OMISSIS- che non aveva segnalato le surrichimate vicende penali peraltro, rimangono assorbite, per la loro irrilevanza ai fini del presente giudizio, tutte le altre questioni inerenti agli altri profili dedotti con il ricorso introduttivo e qui riproposte, peraltro, dalla stessa appellante principale.

In conclusione, per tutte le ragioni esposte da ritenersi assorbenti di ogni altra questione, l'appello principale di -OMISSIS- deve essere accolto, sicché, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso principale proposto in primo grado dalla società appellante e deve essere annullata definitivamente l'aggiudicazione della gara a -OMISSIS-.

La complessità dei motivi sin qui esposti costituisce ragione atta a giustificare la compensazione delle spese inerenti al doppio grado del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello cautelare di -OMISSIS- (Ricorso numero: 5510/2021) e per l'effetto, in riforma della sentenza -OMISSIS- del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria annulla gli atti impugnati in primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Michele Corradino