

APPALTI: Gara - Esclusione - Disposta qualora la P.A. appaltante riesca a dimostrare, mediante “mezzi adeguati”, che al concorrente interessato è imputabile un grave illecito professionale - Art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs n. 50/2016 - Revoca in autotutela - Valutazioni della P.A. appaltante sulla sussistenza di tali gravi illeciti professionali.

Tar Campania - Salerno, Sez. I, 10 giugno 2022, n. 1626

1. “[...] Secondo l’art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs n. 50/2016, la Stazione appaltante può procedere all’esclusione del concorrente qualora riesca a dimostrare, mediante “mezzi adeguati”, che allo stesso sia imputabile un grave illecito professionale; la disposizione riserva all’Amministrazione un ampio potere discrezionale anche nell’individuazione degli strumenti probatori della specifica causa di esclusione [...]”.

2. “[...] Secondo l’art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs n. 50/2016, la Stazione appaltante può procedere all’esclusione del concorrente qualora riesca a dimostrare, mediante “mezzi adeguati”, che allo stesso sia imputabile un grave illecito professionale; la disposizione riserva all’Amministrazione un ampio potere discrezionale anche nell’individuazione degli strumenti probatori della specifica causa di esclusione.

La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale.

Tali possono essere anche gli atti da cui emergano le risultanze di un’indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell’autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, cooperativa sociale, è risultata aggiudicataria del lotto G della procedura per l’affidamento biennale dei servizi di manutenzione ordinaria e conservativa del patrimonio cittadino del Comune di Salerno e, nelle more della stipula del contratto, ha avviato l’esecuzione in via d’urgenza, secondo le disposizioni della Stazione appaltante.

La ricorrente tuttavia è stata attinta da indagini della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Salerno, che hanno riguardato il Presidente del Consiglio di amministrazione e hanno condotto alle sue dimissioni.

In relazione a tale vicenda, il competente Settore ha provveduto a sospendere la procedura (per la quale era prossima la stipula del contratto), “in attesa degli sviluppi legali relativi all’inchiesta in corso e di eventuali comunicazioni ufficiali in merito da parte dell’Amministrazione comunale”.

2. Con ricorso notificato il 10 novembre 2021 e depositato il 23 novembre 2021, la ricorrente impugna tale atto deducendo la violazione dell’art. 21 *quater* della legge n. 241/1990 per l’assenza del termine finale di sospensione, la mancata indicazione delle gravi ragioni poste a fondamento della stessa nonché l’irrelevanza della vicenda giudiziaria, considerato che il procedimento penale versa nella fase delle indagini preliminari e sono state adottate misure di *self cleaning* mediante la nomina di un nuovo Presidente del Consiglio di amministrazione.

3. L’Amministrazione comunale, previa contestazione del motivo di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016 e acquisizione di elementi ulteriori in merito alle misure di *self cleaning* adottate, ha provveduto alla revoca dell’affidamento, alla segnalazione all’ANAC della ricorrente, ritenendo:

a) sulla base dell’ordinanza cautelare del G.I.P. presso il Tribunale di Salerno del 7 ottobre 2021, che la ricorrente fosse incorsa in un grave illecito professionale;

b) irrilevanti le misure di *self cleaning* adottate, non integranti un’effettiva dissociazione e rilevanti solo *pro futuro*;

4. Con ricorso notificato il 13 gennaio 2022 e depositato il 20 gennaio 2022, la ricorrente deduce:

– la violazione degli artt. 7 e 10 della legge n. 241/1990 “per mancata corrispondenza dei motivi di avvio del procedimento e dei motivi della revoca” in quanto solo con il provvedimento conclusivo l’Amministrazione ha ritenuto sussistente anche un unico centro decisionale tra la ricorrente e altre cooperative concorrenti ai fini della elaborazione delle offerte nonché la perplessità della comunicazione di avvio del procedimento in quanto non consente l’esatta individuazione della contestazione e richiama la vicenda giudiziaria facendo riferimento a non ben specificati “imprenditori di fatto”;

– la violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016 in quanto le contestazioni avanzate si basano sulle “tesi accusatorie” formulate con un’ordinanza cautelare di divieto di dimora, che non possono costituire mezzo adeguato di accertamento di un grave illecito professionale, senza che sia stato adottato un provvedimento di rinvio a giudizio, anche considerato che le Linee guida ANAC n. 6 richiedono a tal fine almeno una sentenza di condanna non definitiva;

– l’irrelevanza della vicenda giudiziaria che ha riguardato il Presidente del Consiglio di Amministrazione, in ragione delle misure di *self cleaning* adottate (peraltro immediatamente e

senza attendere la conclusione delle indagini preliminari e l'accertamento di eventuali responsabilità), sufficienti anche ai sensi del par. VII, punti 3 e 5, delle citate Linee guida e peraltro non adeguatamente valutate dall'Amministrazione che ha ridotto tali misure alla semplice modifica soggettiva del legale rappresentante della cooperativa (sebbene lo stesso sia stato anche privato della qualità di socio) e ha attribuito alle medesime misure una valenza solo *pro futuro* (sebbene i fatti contestati siano emersi soltanto da ultimo con la conseguenza che le citate misure non avrebbero potuto essere introdotte entro il termine fissato per la presentazione delle offerte);

– l'estraneità della ricorrente alla vicenda giudiziaria che ha riguardato “il legale rappresentante del Consorzio ovvero un soggetto terzo che non ha alcun collegamento con la ricorrente” e solo marginalmente l'ex presidente della cooperativa. Con specifico riferimento alla configurabilità di un “unitario centro di interessi”, si evidenzia che gli elementi rappresentati sono frutto di atti di indagine e non di accertamento giurisdizionale e non risultano valutati alla luce dell'appartenenza della cooperativa ricorrente e delle altre cooperative a un unico consorzio (che non ha partecipato alla procedura), di per sé insufficiente a configurare l'unicità del centro decisionale e la commistione gestoria, con conseguente difetto di istruttoria e di motivazione nonché illogicità del provvedimento adottato che si è limitato a recepire l'impianto accusatorio penale senza alcuna valutazione del singolo concorrente;

– l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 per omessa esplicitazione dei motivi di interesse pubblico, diversi dal mero ripristino della legalità, che hanno indotto l'Amministrazione al ritiro del provvedimento già adottato.

Risultano di conseguenza illegittimi la revoca dell'affidamento, la segnalazione all'ANAC e la determina di avvio della nuova procedura.

5. Si è costituita l'Amministrazione, eccettuando l'improcedibilità del ricorso principale in quanto il provvedimento con lo stesso impugnato risulta ormai superato dai provvedimenti successivamente adottati e impugnati con il ricorso per motivi aggiunti di cui chiede il rigetto, ampiamente argomentando per l'infondatezza.

6. Con ordinanza n. 55/2022 è stata accolta la domanda cautelare ai soli fini della prosecuzione dell'esecuzione anticipata dei servizi.

7. All'udienza pubblica del 25 maggio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Deve essere preliminarmente accolta l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo in quanto il provvedimento impugnato risulta sopravanzato dal successivo provvedimento di revoca dell'affidamento che determina, di conseguenza, la cessazione delle attività esecutive, assorbendone definitivamente gli effetti.

9. Si procede all'esame del ricorso per motivi aggiunti.

È infondato il primo motivo di ricorso.

La comunicazione di avvio del procedimento individua chiaramente l'origine dello stesso nelle risultanze delle attività investigative condotte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Salerno, evidenziando altresì gli addebiti formulati e l'attinenza degli stessi alla partecipazione a procedure di gara e, in particolare, alle procedure per l'affidamento della gestione della manutenzione ordinaria e conservativa del patrimonio del Comune di Salerno nonché alla stessa procedura nell'ambito della quale sono stati adottati i provvedimenti impugnati.

Inoltre, la predetta comunicazione dà atto della contestazione relativa alla turbata libertà degli incanti nonché all'esercizio di fatto, da parte del Presidente di una delle cooperative sociali, di poteri gestori nei confronti anche delle altre cooperative.

In ogni caso, occorre rilevare che il riferimento alla commistione gestoria tra le cooperative e alla configurabilità tra le stesse di un gruppo economico qualificabile come unitario centro di interessi, contenuto nel provvedimento, non è finalizzato, alla luce di un'interpretazione complessiva dello stesso, ad accertare il ricorrere della causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. m. del d.lgs. n. 50/2016 bensì a consolidare il quadro degli elementi fondanti il giudizio di inaffidabilità formulato nei confronti della ricorrente.

10. Sono altresì infondati il secondo e il quarto motivo di ricorso.

Secondo l'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs n. 50/2016, la Stazione appaltante può procedere all'esclusione del concorrente qualora riesca a dimostrare, mediante "mezzi adeguati", che allo stesso sia imputabile un grave illecito professionale; la disposizione riserva all'Amministrazione un ampio potere discrezionale anche nell'individuazione degli strumenti probatori della specifica causa di esclusione.

La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale.

Tali possono essere anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione.

Pertanto le stesse Linee guida n. 6 sono state adottate dall'ANAC al dichiarato fine di "fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica

dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici"; tali Linee guida precisano che "Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi", evidenziando il carattere "aperto" del novero degli illeciti professionali e dei relativi mezzi di prova.

La stessa giurisprudenza ha chiarito che *"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 verifichi 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 Cons. Stato Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8211, ma in tal senso anche Ad. Plen. n. 16/2020) 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)" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659 e Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198).

La valorizzazione degli elementi emersi nella fase delle indagini è ben possibile in quei casi, come quello all'esame, in cui nell'ambito della medesima indagine sono stati adottati provvedimenti di applicazione di misure cautelari, sottoposti a uno specifico vaglio, in grado di descrivere in maniera compiuta e circostanziata fatti specificamente afferenti a procedure di gara e non altrimenti rilevabili, specie per la collusione tra soggetti appartenenti all'impresa e soggetti appartenenti alla medesima amministrazione.

La stessa giurisprudenza ha affermato che “qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1° aprile 2019, n. 2123).

La medesima giurisprudenza aveva infatti già sostenuto che “Secondo consolidata e condivisibile giurisprudenza non è, infatti, indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati; è stato evidenziato infatti che “Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, è consentito alle stazioni appaltanti escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di pregressi gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. In tali ipotesi, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; 23 agosto 2018, n. 5040; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; 3 aprile 2018, n. 2063; 2 marzo 2018, n. 1299; 4 dicembre 2017, n. 5704) e che “Il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima (stazione appaltante) un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. 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 pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa” (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312), mentre “L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione <<con mezzi adeguati>>, sia dall'incipit del secondo inciso (<<Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]>>) che precede l'elencazione” (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299)” (cfr. Consiglio di Stato sez. V – 27/02/2019, n. 1367).

Il provvedimento impugnato fa espressamente riferimento all'ordinanza cautelare da cui emerge, al di là della gravità delle misure applicate nei confronti dei singoli soggetti, il coinvolgimento della

ricorrente nella alterazione delle attività di affidamento, protrattasi nel tempo e fino alla procedura di gara in questione, volta all'illecita ripartizione delle commesse oggetto della procedura.

Pertanto gli elementi posti dall'Amministrazione a sostegno del provvedimento adottato travalicano i limiti collaborativi derivanti dall'appartenenza della ricorrente e delle altre cooperative ad un unico consorzio; tale appartenenza, infatti, non può giustificare la citata turbativa e gli elementi fattuali da cui la stessa è stata desunta.

Il provvedimento adottato dà atto dell'acquisizione di copia dell'ordinanza cautelare e dell'autonoma valutazione condotta in merito agli elementi fattuali ricavabili dalla medesima ordinanza, seppure con una sintetica motivazione stante l'evidente e indiscutibile gravità della vicenda.

11. Non può trovare accoglimento il terzo motivo di ricorso.

Poiché i requisiti generali di partecipazione devono permanere inalterati per tutta la durata della procedura, la Stazione appaltante deve verificare l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico già con riferimento al momento della presentazione dell'offerta e in relazione all'offerta presentata.

Di conseguenza, eventuali misure di *self cleaning*, volte a rimediare alla commissione di gravi illeciti professionali in grado di comprometterle, possono avere rilevanza solo se adottate prima della presentazione dell'offerta, in modo da assicurare il ripristino delle condizioni di corretta partecipazione alla procedura.

La giurisprudenza ha infatti chiarito 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”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659 e Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198).

Le misure di *self cleaning*, la cui adozione rientra nella piena disponibilità dell'operatore economico, hanno infatti l'obiettivo non di sanare in corso di gara l'illecito professionale già riferibile al concorrente e di ripristinare un'integrità e un'affidabilità non sussistenti al momento della partecipazione alla procedura e della predisposizione dell'offerta ma di conservare l'operatività dell'impresa, evitandone la definitiva espulsione dal mercato di riferimento, mediante l'adozione di provvedimenti volti al recupero delle condizioni di regolarità partecipativa e alla prevenzione della commissione di ulteriori illeciti, in vista della partecipazione alle successive

procedure di gara, nell'ambito delle quali l'operatore economico potrà dimostrare l'originaria sussistenza del requisito.

Nel caso di specie, l'ordinanza cautelare del G.I.P. presso il Tribunale di Salerno risale al 7 ottobre 2021 mentre l'assemblea ha disposto la sostituzione del Presidente del Consiglio di amministrazione della cooperativa solo con verbale del 28 ottobre 2021 e l'esclusione dello stesso, quale socio, con verbale del 23 novembre 2021.

Le misure di *self cleaning* adottate risultano pertanto non rilevanti in quanto tardive e appare di conseguenza giustificato il giudizio di inaffidabilità formulato anche dopo la loro adozione.

In ogni caso, la citata modifica soggettiva è stata ritenuta non sufficiente dalla Stazione appaltante, stante il particolare contesto di illecita manipolazione degli affidamenti che ha riguardato, tra le altre, anche la cooperativa in questione e, di conseguenza, il radicato *modus operandi* non eliminabile mediante la mera sostituzione del solo soggetto più direttamente coinvolto nell'attività di indagine.

12. Deve essere respinto altresì il quinto motivo di ricorso.

L'Amministrazione, nell'ambito del provvedimento impugnato ha effettuato una valutazione dell'interesse pubblico, sottolineando "i riflessi di simili emergenze investigative sulla valutazione di tutela e salvaguardia dell'interesse pubblico a che l'amministrazione interagisca con gli operatori economici concorrenti sulla base di un permanente e solido rapporto fiduciario, in termini di integrità ed affidabilità".

La gravità dei fatti rilevati nell'ambito dell'indagine penale e la diretta afferenza degli stessi alla partecipazione a procedure di evidenza pubblica e, in particolare, a procedure della medesima specie bandite dalla medesima Amministrazione nonché alla stessa procedura nell'ambito della quale sono stati adottati i provvedimenti impugnati, hanno costituito il fondamento dell'atto di ritiro, al fine di evitare (e in ciò risiede l'interesse pubblico al ritiro del provvedimento già adottato, come rilevato dall'Amministrazione) l'instaurarsi di un rapporto contrattuale con una controparte di cui non sia certa l'integrità e l'affidabilità e a cui siano anzi attribuibili fatti in grado di minare alla radice il rapporto fiduciario che la lega all'Amministrazione.

In ogni caso, il provvedimento in questione risultava doveroso in quanto derivante dall'accertata perdita del possesso dei requisiti di partecipazione che, secondo consolidata giurisprudenza devono essere posseduti dai candidati dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte e per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto nonché per intero periodo di esecuzione, senza soluzione di continuità.

Inoltre, se si considera che gli stessi esiti della stessa procedura in questione potrebbero essere stati indebitamente influenzati dalle condotte addebitate ai soggetti coinvolti, ben si comprende come l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di ritiro si ricollegi non al mero ripristino della legalità ma al ripristino della correttezza delle condizioni di svolgimento della procedura.

13. In conclusione, il ricorso principale è improcedibile e il ricorso per motivi aggiunti è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile il ricorso principale e respinge i motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'Amministrazione, liquidate in euro 1.500,00, oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Anna Saporito, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO