

## **L'irregolarità contributiva dell'impresa ausiliaria: la soluzione del consiglio di stato lede il principio del favor participationis".**

*di Stefano Taddeucci*

*Data di pubblicazione: 8-1-2019*

1. In base ai principi di autoresponsabilità e diligenza, incombe all'impresa non solo la verifica possibile in ogni momento e anche online – della situazione effettiva di regolarità contributiva, ma anche della permanenza di tale situazione. Sulla base del principio di autoresponsabilità è stata esclusa la possibilità della regolarizzazione anche per il caso della irregolarità contributiva della impresa ausiliari.

### **Guida alla lettura**

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, si riallaccia alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 10.11.2016 n. C-199/15, la quale ha affermato che la causa di esclusione conseguente alla violazione degli obblighi contributivi deve potersi applicare anche quando la medesima violazione sussisteva sì al momento della partecipazione alla procedura ma era non più sussistente alla data prevista per la Determina di aggiudicazione e/o alla data della verifica di ufficio del requisito da parte della stazione appaltante.

Ebbene, il Consiglio di Stato ritiene che tale principio debba essere applicato anche nel caso in cui l'irregolarità contributiva riguardi l'impresa ausiliaria: quindi, anche in tal caso, l'impresa concorrente deve essere esclusa.

Il ragionamento del Consiglio di Stato prende le mosse dall'art. 89 comma 3, a norma del quale "la stazione appaltante verifica, conformemente agli [articoli 85, 86 e 88](#), se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'[articolo 80](#)."

Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici".

Il che equivale a dire: la stazione appaltante deve verificare i requisiti di cui all'art. 80 (tra cui la regolarità contributiva) anche nei confronti dell'impresa ausiliaria; siccome il mancato

possesso di tali requisiti configura un motivo obbligatorio di esclusione, l'unica possibilità che il concorrente ha per partecipare è quella di sostituire l'impresa ausiliaria, trovandosi un'altra impresa la quale sia disposta a ciò, perché, ai sensi del comma 3, una "regolarizzazione dell'impresa ausiliaria" è esclusa a priori; di conseguenza, il concorrente, se non trova nessun'altra ausiliaria in sostituzione, non può partecipare.

Al riguardo si evidenzia quanto segue.

L'art. 89 comma 1 del D.lgs. 50/2016 stabilisce che il concorrente può fare ricorso all'avvalimento per quanto riguarda i **requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, "con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80"**.

**Il requisito della regolarità contributiva è previsto dall'art. 80 comma 4 del D.lgs. 50/2016.**

Pertanto, se l'avvalimento non può avere ad oggetto il suddetto requisito, risulta assai poco comprensibile la ragione per la quale il Consiglio di Stato ritenga che, nel caso di irregolarità contributiva dell'impresa ausiliaria, il concorrente debba in ogni caso essere escluso.

Infatti, ad una simile conclusione si sarebbe potuti ragionevolmente pervenire solo nel caso in cui il concorrente si fosse avvalso dell'impresa ausiliaria anche per quanto riguardava il requisito della regolarità contributiva: in tal caso, effettivamente, **l'accertamento della posizione di irregolarità dell'impresa ausiliaria avrebbe dovuto comportare la sopravvenuta impossibilità per il concorrente di soddisfare un requisito previsto dal contratto di avvalimento e quindi l'esclusione del medesimo.**

**Ma se la posizione di regolarità contributiva dell'impresa ausiliaria non può essere oggetto del contratto di avvalimento (l'art. 89 comma 1 lo vieta espressamente) e quindi non incide in alcun modo sulla sussistenza dei presupposti previsti per la partecipazione del concorrente, allora per quale motivo l'accertamento dell'irregolarità contributiva dell'ausiliaria dovrebbe comunque determinare l'esclusione del concorrente?**

**Tutto ciò che non è contemplato nel contratto di avvalimento è, evidentemente, un qualcosa che deve essere posseduto solo ed esclusivamente dal concorrente, e quindi l'eventuale mancanza, in capo all'ausiliaria, di un requisito che deve sussistere unicamente in capo al concorrente, non può avere alcuna incidenza negativa sulla partecipazione di quest'ultimo.**

**Pertanto, il "problema" di una regolarizzazione tardiva da parte dell'Impresa ausiliaria non dovrebbe, a rigore, neanche porsi.**

Un collegamento diretto tra perdita dei requisiti dell'ausiliaria ed esclusione del concorrente si può porre solo per quei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale) che, legittimamente, possono essere oggetto del contratto di avvalimento, in quanto è solo in tali casi che il sopravvenuto accertamento del non possesso dei requisiti dell'ausiliaria determina, per il concorrente, l'impossibilità di partecipare.

Altrimenti si verifica uno scollamento tra quello che è l'oggetto del contratto di avvalimento e quella che invece deve essere l'attività di verifica, da parte della stazione appaltante, dei requisiti per i quali il contratto stesso è stato stipulato: tale attività non può estendersi fino all'accertamento di requisiti, di sicuro di primaria importanza come quelli dell'art. 80, ma in alcun modo ricompresi nel contratto di avvalimento, a meno di non voler considerare del tutto privo di rilevanza il divieto sancito dal comma 1 della stessa norma ("con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80").

Inoltre, lo stesso comma 1 prevede che " il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Pertanto, l'unica ipotesi di invalidità radicale del contratto di avvalimento è quella in cui quest'ultimo non indichi i requisiti forniti: e deve trattarsi appunto soltanto dei requisiti ammessi all'avvalimento (ossia quelli di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale), con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80 (tra cui la regolarità contributiva).

Quindi, quand'anche dovesse essere accertata in capo all'impresa ausiliaria la mancanza di uno dei requisiti ex art. 80, il contratto di avvalimento sarebbe comunque valido.

A ciò si aggiunga che, ai sensi del comma 9 dell'art. 89, "il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto d'appalto".

**Quindi, la risoluzione del contratto di appalto è prevista soltanto ed esclusivamente nel caso di accertamento del mancato diretto utilizzo delle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria, e non anche nell'ipotesi di sopravvenuto accertamento del mancato possesso, in capo all'ausiliaria stessa, dei requisiti generali di cui all'art. 80.**

**Pertanto, non si capisce perché tale mancato possesso, se è irrilevante ai fini dell'eventuale risoluzione del contratto di appalto, possa al tempo stesso essere**

ritenuto quale causa preclusiva della partecipazione del concorrente.

Alla luce di tutto ciò, quindi, il subordinare la possibilità di partecipazione del concorrente al possesso, in capo all'impresa ausiliaria, anche dei requisiti di cui all'art. 80 – come il Consiglio di Stato ha ritenuto di fare – appare lesivo del principio del favor participationis , anche considerando che, ai sensi dell'art. 83 comma 2 del D.lgs. 50/2016, i casi e le modalità di avvalimento debbono essere previsti “anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese”.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6638 del 2018, proposto da Sevitalia Sicurezza s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Fiasconaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Carso 57;

***contro***

Ministero della Salute, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***e con l'intervento di***

*ad opponendum:*

Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 6144/2018, resa tra le parti, concernente l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, - del decreto del Ministero della Salute – Direzione Generale del Personale, dell'Organizzazione e del Bilancio del 9.4.2018, con cui è stata disposta l'esclusione dell'offerta presentata dalla Sevitalia Sicurezza S.r.l., ai sensi dell'art. 80, commi 4 e 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., dalla procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento quinquennale del servizio di vigilanza armata e servizi correlati delle sedi dell'Amministrazione; nonché dei seguenti atti:

- della relativa comunicazione di esclusione dalla procedura di gara del Ministero della Salute prot. n. 0015053-09/04/2018-DGPOB-MDS-P, inviata alla ricorrente in data 9.4.2018;

del parere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione prot. n. 0029143 del 4.4.2018, richiamato nel provvedimento di esclusione impugnato e trasmesso alla ricorrente in data 24.4.2018;

della richiesta di parere del Ministero della Salute prot. n. 0044662-01/12/2017-DGPOB-MDS-A, inoltrata all'Autorità Nazionale Anticorruzione e trasmessa alla ricorrente in data 24.4.2018;

della determinazione di esclusione del Ministero della Salute prot. n. 0012464-22/03/2018-DGPOB-MDS-P, inoltrata all'Autorità Nazionale Anticorruzione e trasmessa alla ricorrente in data 24.4.2018;

-del D.U.R.C. della Centralpol S.r.l. del 9.11.2017, trasmesso alla ricorrente in data 24.4.2018;

di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ivi comprese, le Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 6, approvate con delibera n. 1293 del 16.11.2016, nella parte in cui viene affermata la rilevanza di illeciti professionali gravi accertati con provvedimenti esecutivi, ancorchè non definitivi, quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Salute e di ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti gli avvocati Luca Fiasconaro, Andrea Abbamonte e l'Avvocato dello Stato Antonio Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La Sevitalia Sicurezza s.r.l. ha partecipato alla procedura aperta, indetta dal Ministero della Salute per l'affidamento quinquennale del servizio di vigilanza armata e servizi correlati presso le sedi centrali dell'Amministrazione (CIG 7101762F62) con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 12 giugno 2017, risultando prima in graduatoria. A seguito della verifica dei requisiti di partecipazione, la stazione appaltante procedeva al controllo dei requisiti anche in capo alla Centralpol s.r.l., società di cui la Sevitalia Sicurezza aveva affittato il ramo d'azienda con contratto del 24 dicembre 2004, accertando rispetto alla Centralpol la mancanza di regolarità contributiva. Inoltre, emergeva un decreto di sequestro preventivo delle quote societarie della Centralpol s.r.l. e della Sevitalia Sicurezza richiesto dalla Procura della Repubblica di Roma e disposto dal Giudice per le indagini preliminari il 24 ottobre 2017 in un'indagine per reati tributari e bancarotta fraudolenta nei confronti degli esponenti della Centralpol.

Ricorrendo tali circostanze il Ministero richiedeva un parere all'Autorità nazionale anticorruzione sulla possibilità di escludere la Sevitalia Sicurezza, ai sensi dell'art. 80 comma 3 lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016 anche in mancanza di condanne definitive; l'ANAC con parere del 4 aprile 2018 richiamando le proprie Linee guida si esprimeva nel senso della valutazione da parte della stazione appaltante delle circostanze poste a base del decreto di sequestro preventivo.

Con provvedimento del Direttore generale del personale, dell'organizzazione e del Bilancio del Ministero della Salute, del 9 aprile 2018 è stata disposta la esclusione della Sevitalia Sicurezza s.r.l. dalla procedura di gara sulla base delle disposizioni dell'art. 80 comma 4 per la mancanza di regolarità contributiva a carico della Centralpol s.r.l. e, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione alle circostanze di cui al decreto di sequestro preventivo, in particolare alla natura dei reati contestati e alla considerazione del contratto di affitto d'azienda come elemento del reato di bancarotta, con riferimento alla specificità del servizio di vigilanza armata.

Avverso tale provvedimento e avverso tutti gli atti preordinati e connessi compreso il parere e le Linee guida ANAC è stato proposto dalla Sevitalia Sicurezza s.r.l. ricorso davanti al

Tribunale amministrativo regionale del Lazio- sede di Roma formulando le seguenti censure:

-violazione e falsa applicazione degli articoli 7 e seguenti della legge n. 241 del 1990; degli articoli 6.1,7.1 e 7.4 delle Linee guida ANAC n. 6/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione ; violazione dei principi di buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. ;

-violazione e falsa applicazione dell'articolo 80 comma 5 lettera c) e dell'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 6 e 7 delle Linee guida ANAC n. 6/2016; eccesso e sviamento di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di motivazione; violazione dei principi di proporzionalità ragionevolezza e buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa ex artt. 3 e 97 Cost.;

-violazione e falsa applicazione dell'articolo 80 comma 4; eccesso e sviamento di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di motivazione; violazione dei principi di proporzionalità ragionevolezza e buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa ex artt. 3 e 97 Cost..

La società ricorrente lamentava in primo luogo la mancanza di partecipazione al procedimento di esclusione, nel quale avrebbe potuto apportare anche elementi relativi all'adozione di misure di self cleaning, nonché la violazione dell'art. 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013, non essendovi stato il procedimento di cd. preavviso di DURC negativo; sosteneva, poi, la violazione dell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, atteso che la mancanza dei requisiti di affidabilità ed integrità professionale avrebbe dovuto essere tratta da accertamenti giurisdizionali di carattere definitivo e non provvisori quale il sequestro; la violazione dell'art. 80, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016, essendo stata valutata una irregolarità contributiva relativa a società diversa da quella che aveva partecipato alla gara; nonché la violazione dell'art. 168 della Legge Fallimentare, in quanto la presentazione della domanda di concordato preventivo da parte della Centralpol il 7 luglio 2017 avrebbe determinato la sospensione legale dei pagamenti e, quindi, anche dei debiti previdenziali.

Nel giudizio di primo grado le Amministrazioni intimete si costituivano con atto di stile. Alla camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare è stata pronunciata sentenza in forma semplificata, con cui è stato respinto il ricorso.

La sentenza, prescindendo dall'esame del motivo di ricorso relativo alla violazione dell'articolo 80 comma 5 lettera c), ha comunque ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione sulla base dell'accertata irregolarità contributiva della Centralpol che, in quanto concedente in affitto la propria azienda alla Sevitalia Sicurezza, aveva trasferito all'affittuaria tutti i rapporti compresi nel complesso aziendale, sia attivi che passivi; respingeva le ulteriori censure, richiamando l'orientamento giurisprudenziale, per cui il c.d. preavviso di DURC negativo può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione, e, con riferimento alla pendenza della domanda di concordato preventivo presentata dalla Centralpol, ha escluso che tale domanda potesse sanare la irregolarità contributiva.

La Sevitalia Sicurezza s.r.l. ha proposto avverso la sentenza i seguenti motivi di appello:

-error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'articolo 80 comma 4; eccesso e sviamento di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di motivazione ; violazione dei principi di proporzionalità ragionevolezza e buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa ex artt. 3 e 97 Cost., sostenendo che il giudice di primo grado avrebbe errato nel ritenere rilevante la irregolarità contributiva, che riguardava esclusivamente la Centralpol, soggetto concedente il ramo d'azienda con contratto del 24 dicembre 2014, quindi, del tutto estraneo alla gara indetta dal Ministero della Salute nel giugno 2017, avendo anche cessato l'attività con dipendenti al 31 marzo 2017;

- error in iudicando per violazione dell'art. 168 della legge fallimentare e dell'art. 3 comma 2 lettera b) del D.M. del Ministero del Lavoro del 30 gennaio 2015; travisamento, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di motivazione, sostenendo che, con la presentazione della domanda di concordato fallimentare il 7 luglio 2017, sarebbe intervenuta la sospensione dei pagamenti, ai sensi dell'art. 161 della legge fallimentare;

- error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli articoli 7 e seguenti della legge n. 241 del 1990; degli articoli 6.1,7.1 e 7.4 delle Linee guida ANAC n. 6/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; violazione dei principi di buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., in quanto alla Sevitalia avrebbe dovuto essere comunque consentita la regolarizzazione, applicando la procedura di cd. preavviso di DURC negativo e comunque la partecipazione al procedimento di esclusione.

L'appellante ha, altresì, riproposto, lamentando l'omessa pronuncia sul punto, il motivo di ricorso relativo alla violazione e falsa applicazione dell'articolo 80 comma 5 lettera c) e dell'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 6 e 7 delle Linee guida ANAC n. 6/2016 e ai vari profili di eccesso e sviamento di potere, per difetto di istruttoria, irragionevolezza ed ingiustizia manifeste, difetto di motivazione ; violazione dei principi di proporzionalità ragionevolezza e buon andamento, correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa ex artt. 3 e 97 Cost., sostenendo la illegittimità del provvedimento di esclusione, in quanto basato su un decreto di sequestro preventivo e non una condanna definitiva, al di fuori delle ipotesi dell'art. 80 comma 5 lettera c) e comunque non motivato.

Si sono costituiti nel presente giudizio il Ministero della Salute e l'ANAC, Autorità nazionale anticorruzione, con atto di stile; con successive memorie hanno contestato la fondatezza dell'appello con specifico riferimento a tutti i motivi.

Con atto notificato il 2 ottobre 2018 e depositato il 3 ottobre 2018 è intervenuta in giudizio *ad opponendum* la società Security Service, deducendo di essere aggiudicataria della procedura gara a seguito del provvedimento di aggiudicazione del 16 maggio 2018 (depositato in giudizio con il contratto stipulato il 22 giugno 2018).

La Sevitalia Sicurezza s.r.l. ha, quindi, impugnato il provvedimento di aggiudicazione davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (r.g. n. 11509/2018) con atto notificato il 12 ottobre 2018.



La Security Service s.r.l. ha eccepito nel presente giudizio la tardività di tale impugnazione con conseguente improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse dell'appellante alla partecipazione alla gara.

La Sevitalia Sicurezza s.r.l. ha replicato circa la tempestività del ricorso avverso l'aggiudicazione, non avendo avuto alcuna comunicazione dell'aggiudicazione, prevista dagli articoli 120 comma 5 c.p.a. e 76 comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016, e di averla quindi conosciuta solo con il deposito nel presente giudizio da parte della Security Service; l'interveniente ha successivamente depositato copia del ricorso incidentale presentato nel ricorso n. 11509/2018, con ulteriori motivi di esclusione dalla procedura di gara della Sevitalia Sicurezza.

All'udienza pubblica del 15 novembre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

In via preliminare, il Collegio ritiene di non potere dichiarare improcedibile il presente appello per la intervenuta aggiudicazione della gara, in quanto il provvedimento di aggiudicazione risulta, allo stato, impugnato nel termine di sessanta giorni dal deposito del provvedimento di aggiudicazione nel presente giudizio. Sarà, quindi, il giudice di primo grado a valutare l'effettiva tempestività del ricorso, in base al momento di conoscenza dell'aggiudicazione da parte della Sevitalia Sicurezza.

In ogni caso tale questione è anche superflua in relazione alla evidente infondatezza dei motivi del ricorso di primo grado e di appello.

Con il primo motivo di appello la società Sevitalia Sicurezza s.r.l. contesta la sentenza impugnata, in quanto avrebbe dato rilevanza alla posizione contributiva della Centralpol s.r.l., concedente il ramo d'azienda alla Sevitalia Sicurezza in forza di contratto del 24 dicembre 2014, mentre tale impresa sarebbe del tutto estranea alla gara indetta dal Ministero della Salute. A sostegno di tale estraneità deduce che la Centralpol aveva ceduto i propri dipendenti alla Sevitalia dall'inizio del 2015 e cessato l'intera attività con dipendenti al 31 marzo 2017, in data antecedente al termine per la presentazione delle offerte (17 luglio 2017).

Ritiene il Collegio che sul punto le argomentazioni del giudice di primo grado debbano essere confermate.

Ai sensi dell'art. 80 comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, "un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle

ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

Nel caso di specie, successivamente al termine di presentazione delle offerte (17 luglio 2017) la stazione appaltante ha verificato l'esistenza di irregolarità contributiva (per 1425,5 euro oltre all'omessa o incompleta presentazione di denunce mensili e periodiche INAIL) a carico della Centralpol s.r.l., impresa concedente il ramo d'azienda alla Sevitalia Sicurezza.

Correttamente il giudice di primo grado, così come la stazione appaltante, hanno fatto applicazione dei principi che regolano il contratto d'affitto d'azienda (artt. 2558 e 2560 del codice civile relativi alla cessione ma applicabili per costante giurisprudenza anche all'affitto cfr. Cass. civ. Sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, 16 giugno 2004, n. 11318; Sez III, 7 novembre 2003, n. 16724 ) per cui l'affittuario subentra nei rapporti attivi e passivi dell'impresa concedente.

Con particolare riferimento alla partecipazione alla gare pubbliche, tale interpretazione è stata già affermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha ritenuto, con riferimento alla cessione d'azienda, che “la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio *ubi commoda, ibi incommoda*: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente” (Adunanza plenaria n. 10 del 4 maggio 2012). In particolare, con riferimento al contratto di affitto di azienda, è stato affermato che “non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale”( Consiglio di Stato sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, per cui, inoltre, “la continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante risulta insita *in re ipsa* nello stesso trasferimento della disponibilità economica di una parte dell'azienda ad altra impresa, giuridicamente qualificabile come affitto, ad eccezione della sola ipotesi in cui il soggetto interessato abbia fornito la prova di una completa cesura tra le gestioni”).

Applicando tali principi al caso di specie, deve ritenersi legittimo il provvedimento di esclusione basato sulla mancanza di regolarità contributiva a carico della Centralpol; così come appare corretto il percorso argomentativo del giudice di primo grado.

Infatti, nella domanda di partecipazione alla gara, la Sevitalia Sicurezza ha indicato i requisiti di capacità economica e finanziaria (fatturato) per gli anni 2013 e 2014 e i requisiti di capacità

tecnica

con contratti per periodi dal 2012 al 2016, utilizzando i requisiti dalla concedente il ramo d'azienda.

Né nel caso, di specie, risultano particolari condotte di "dissociazione" dalla gestione della società concedente risultando, anzi, non solo dal decreto di sequestro preventivo del 24 ottobre 2017, ma anche dalla visura camerale del 14 luglio 2017, depositata in giudizio dalla difesa appellante, che il legale rappresentante della Sevitalia Sicurezza s.r.l. indicato nella domanda di partecipazione alla gara era, a quella data, socio al 49% della Centralpol.

Neppure può avere la rilevanza la circostanza che i dipendenti della Centralpol siano passati alla Sevitalia nel 2015, prima del termine di presentazione delle offerte della gara, a cui secondo l'appellante la Centralpol sarebbe rimasta estranea, dovendo ritenersi anzi che la irregolarità contributiva riguardi comunque il mancato versamento di contributi previdenziali per lavoratori successivamente passati alla Sevitalia, con evidente posizione di debito anche della Sevitalia.

Inoltre, pur non essendo una circostanza posta a base del provvedimento di esclusione, si deve evidenziare che nel decreto di sequestro preventivo del 24 ottobre 2017, depositato agli atti del giudizio, si fa riferimento ad un rilevantisimo debito tributario della Centralpol per gli anni 2009-2012 già iscritto a ruolo, che comunque avrebbe impedito la partecipazione alla gara anche della Sevitalia, sia in forza della disciplina generale della cessione d'azienda sia in base alla disciplina speciale dettata dall'art. 14 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, per la successione dei debiti tributari nelle ipotesi di trasferimento d'azienda, applicabile a tutte le ipotesi di trasferimento d'azienda ai sensi del comma 5 ter aggiunto dall'art. 16, comma 1, lett. g), d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

Infondato è, altresì, il motivo di appello relativo alla mancata applicazione della procedura di preavviso di DURC negativo, ai sensi dell'art. 31 comma 8 del d.l., 21 giugno 2013, n. 69 convertito nella legge 9 agosto 2013 n. 98. Tale disposizione, che prevede che "ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità", in base all'orientamento espresso dalle Adunanze Plenarie n. 5, n. 6 e n. 10 del 2016 si applica solo al DURC richiesto dalla impresa e non al DURC richiesto dalla stazione appaltante nella successiva fase di verifica dei requisiti. Tale orientamento (confermato anche di recente, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V n. 2537, 26 aprile 2018) deriva dalla applicazione del principio per cui tutti i requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e rimanere per tutta la durata della procedura di gara, con la conseguenza di escludere una regolarizzazione successiva al termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara, momento in cui devono essere posseduti i requisiti di partecipazione, compresa la

regolarità contributiva.

L'impresa deve, dunque, essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1497).

Tale orientamento, pienamente condiviso dal Collegio, è stato ribadito anche a seguito della modifica dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, che consente – nel testo vigente a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56- la partecipazione alle gare qualora l'operatore "ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande". La norma aggiunta al comma 4 consente all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma purché a tale data si sia formalmente impegnata al pagamento. Non supera, quindi, il disposto del comma 6 dell'art. 80 per cui " le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5", che non consente di distinguere tra omissioni di pagamenti di contributi precedenti o sopravvenute all'inizio della procedura; né consente di distinguere, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche successivamente, a meno che l'operatore economico abbia pagato o si sia impegnato a pagare "prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande" (Consiglio di Stato Sez. V, 2 luglio 2018, n. 4039).

La irrilevanza della regolarizzazione successivamente al termine di presentazione delle offerte è stata ritenuta conforma all'ordinamento comunitario dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 10 novembre 2016 n. C-199/15, in cui ha affermato, con riferimento all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che "non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice". E ciò anche nel caso in cui "l'importo dei contributi sia poi stato regolarizzato, prima dell'aggiudicazione o prima della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice". La Corte ha inoltre aggiunto che non sussiste violazione della disposizione innanzi citata anche nel caso in cui la disciplina nazionale preveda "quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un

certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, escludendo così ogni margine di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici a tale riguardo”.

Anche l'art. 57 paragrafo 3 della direttiva 2014/24 si riferisce in via generale al limite massimo del termine di presentazione delle offerte, attribuendo agli Stati membri la facoltà di prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 (tra cui il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali) “nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, (pagamento o impegno vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe) prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta”.

La difesa appellante sostiene che l'orientamento del Consiglio di Stato, richiamato anche dal giudice di primo grado, non sarebbe applicabile al caso di specie, in cui la mancanza di regolarità contributiva riguarda un soggetto diverso dal partecipante, il quale dovrebbe essere messo quindi in condizione di regolarizzare il mancato pagamento di contributi previdenziali anche successivamente.

Ritiene il Collegio che anche per tale ipotesi debba essere applicato l'orientamento citato, sulla base del principio di autoresponsabilità e dell'obbligo di diligenza che è posto sui partecipanti alla gara che, nel caso di specie avrebbe dovuto riguardare anche una verifica sulla impresa concedente (cfr. Consiglio di Stato, V, 11 gennaio 2018, n.110, per cui in base ai principi di autoresponsabilità e diligenza, incombe all'impresa non solo la verifica- possibile in ogni momento e anche online- della situazione effettiva di regolarità contributiva, ma anche della permanenza di tale situazione).

Sulla base del principio di autoresponsabilità è stata esclusa la possibilità della regolarizzazione anche per il caso della irregolarità contributiva della impresa ausiliaria (Consiglio di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, che ha affermato che in tal caso l'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 consente la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ma non la regolarizzazione tardiva).

Nel caso di specie, al momento di presentazione della domanda di partecipazione, la Centralpol versava in una situazione di irregolarità contributiva, come risulta dal DURC del 9 novembre 2017 e dall'invito a regolarizzare del 16 novembre 2017, depositati in giudizio dalla difesa appellante.

Sotto tale profilo, l'appellante, con ulteriore motivo, sostiene l'erroneità della sentenza di primo grado per la violazione e falsa applicazione dell'art. 168 della legge fallimentare e dell'art. 3 comma 2 del D.M. 30 gennaio 2015, che prevederebbero – secondo la sua

ricostruzione- la sospensione dei pagamenti in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo, nel caso di specie, depositata dalla Centralpol presso la cancelleria del Tribunale fallimentare di Roma il 7 luglio 2017.

Il motivo è infondato.

Ai sensi dell'art. 168 della legge fallimentare, richiamato dall'appellante, "dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.

I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato".

Tale norma è posta a tutela della *par condicio* (principio posto a base delle procedure fallimentari) tra i creditori, che non possono procedere ad azioni individuali dovendo ormai essere soddisfatti nella procedura concorsuale; e per questo è sospeso il termine di prescrizione, in funzione di tutela dei creditori. Da tale disposizione non può dunque derivare alcun effetto sulla posizione debitoria della impresa che permane se mai congelata, visto che i debiti verso gli enti previdenziali saranno soddisfatti nella procedura concorsuale o nel caso di concordato, secondo il piano ammesso al concordato, mentre può rilevare la presentazione della domanda di concordato al fine dell'applicazione di sanzioni per mancato pagamento o del decorso di interessi moratori (cfr. Cass. civ. Sez. V, 19 febbraio 2016, n. 3282 che riferisce la norma alle sanzioni per il mancato pagamento delle imposte).

Correttamente, quindi, il giudice di primo grado ha ritenuto che la norma non possa essere interpretata nel senso di consentire la partecipazione alle gare pubbliche in caso di omissioni contributive.

La interpretazione data dall'appellante sarebbe del resto del tutto illogica se consentisse ad una impresa in procinto di essere dichiarata fallita o essere ammessa al concordato di potere "azzerare" la posizione debitoria pregressa verso gli enti previdenziali e poter partecipare alle gare pubbliche.

Si deve, infatti, considerare che l'art. 80 comma 5 lettera b) del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone l'esclusione dalle gare per gli operatori economici che si trovino in stato di "fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110". In base all'art. 110 "l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, può

partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto; eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale”.

Solo le imprese ammesse al concordato con continuità aziendale possono, dunque, continuare a partecipare alle gare pubbliche. Ciò trova conferma nella disciplina dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare, per cui “l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici”

Alla luce di tale disciplina devono essere, altresì, lette le disposizioni del decreto del Ministero del Lavoro del 30 gennaio 2015.

Infatti l'art 5 prevede espressamente che “in caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano di cui all'art. 161 del medesimo regio decreto sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge “

Poiché, dunque, l'ammissione al concordato con continuità aziendale consente la partecipazione alle gare, in base alla lettera b) del comma 5 dell'art. 80, e all'art. 186 bis della legge fallimentare, l'art. 5 del D.M. 30 gennaio 2015 prevede che la impresa sia considerata regolare nella fase precedente alla ammissione al concordato, subordinando la regolarità alla condizione – in funzione di tutela dell'interesse pubblico al pagamento dei debiti previdenziali - che nel piano sia prevista la integrale soddisfazione dei crediti previdenziali.

Da tale previsione riferita al concordato con continuità aziendale deriva che la disposizione dell'art. 3 comma 2 lettera b) del D.M. 30 gennaio 2015 che prevede la regolarità contributiva in caso di “sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative”, non può, quindi, riguardare la domanda di ammissione al concordato preventivo, se non nei casi specificamente disciplinati dall'art. 186 *bis* della legge fallimentare, pena l'assoluta illogicità dell'ordinamento.

Una differente interpretazione sarebbe, infatti, in contrasto sia con i principi posti a base delle procedure concorsuali, ovvero di tutela dei creditori e della *par condicio* tra essi (si deve altresì considerare che i crediti degli enti previdenziali sono crediti privilegiati) nonché con la stessa previsione espressa dell'art. 80 comma 5 lettera b), che esclude dalla partecipazione alle gare le imprese per cui sia pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, “salvo il caso di concordato con continuità aziendale”.

E' evidente, quindi, che solo nel caso di concordato con continuità aziendale la impresa si considera regolare con i contributi previdenziali.

In ogni caso, anche a ritenere che l'art. 3 comma 2 lettera b) faccia riferimento anche all'art. 168 della legge fallimentare, la sospensione si potrebbe riferire ai crediti previdenziali a

scadenza nel periodo successivo alla presentazione delle domanda non certo a quelli già maturati nel periodo pregresso. Altrimenti, la presentazione della domanda di concordato comporterebbe una sanatoria delle posizioni debitorie nei confronti degli enti previdenziali.

Nel caso di specie, inoltre, la mera presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo (circostanza meramente dedotta dalla difesa appellante, non risultando depositata in giudizio e di cui non è stato ulteriormente dedotta alcuna circostanza circa la sua definizione) senza alcuno specifico riferimento né al piano presentato o ad una eventuale continuità aziendale né alla soddisfazione dei creditori e tanto meno alla soddisfazione integrale dei debiti previdenziali, non è certo idoneo a consentire il rilascio del DURC positivo.

Ne deriva la infondatezza anche della domanda di accertamento in questa sede della irregolarità del DURC.

Un ulteriore motivo di appello viene rivolto alla sentenza impugnata, nella parte in cui ha escluso la necessità della comunicazione alla Sevitalia Sicurezza dell'avvio del procedimento di esclusione; sostiene, in particolare, l'appellante che la comunicazione era dovuta in quanto si trattava della situazione contributiva di altro soggetto (concedente il ramo d'azienda) e che in fase partecipativa la Sevitalia avrebbe potuto apportare elementi di fatto rilevanti, quali l'adozione di misure di *self cleaning*, in particolare la nomina del nuovo amministratore nella assemblea ordinaria del 6 aprile 2018.

La censura è infondata.

La costante giurisprudenza esclude la previa comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, in quanto la verifica dei requisiti è una sequenza procedimentale successiva alla presentazione della domanda di partecipazione di cui la impresa partecipante è già a conoscenza (Consiglio di Stato, sez. III, 13 aprile 2016, n. 1471; III, 8 giugno 2016, n. 2450; VI 21 dicembre 2010, n. 9324).

Nel caso di specie, inoltre, la eventuale partecipazione non avrebbe potuto apportare alcun elemento né sotto il profilo dell'omissione contributiva della Centralpol, né rispetto all'adozione delle misure di *self cleaning*, che la appellante deduce sarebbero state adottate con la nomina del nuovo amministratore in data 6 aprile 2018, come risulta dal verbale dell'assemblea ordinaria depositato in giudizio. Tale circostanza di fatto è, infatti, irrilevante rispetto al procedimento di gara in questione, trattandosi di misure adottate successivamente al termine di presentazione delle offerte. Si deve richiamare l'orientamento già espresso da questo Consiglio e condiviso dal Collegio, per cui il termine per l'adozione delle misure di *self cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte, posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, alterativa della par condicio dei concorrenti (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424; V, 6016 del 22 ottobre 2018, che ha affermato altresì che non assumono rilievo gli stati soggettivi di buona o malafede, di conoscenza o ignoranza della causa di esclusione da parte dell'operatore economico, al quale resta imputabile, quanto meno, la violazione di un obbligo di diligenza).



L'appellante ripropone poi il primo motivo di ricorso di primo grado - lamentando l'omessa pronuncia sul punto - relativo alla violazione dell'art. 80 comma 5 lettera c) del d.lgs. 50 del 2016, sostenendo che le ipotesi previste dalla lettera c) sarebbero tassative e che comunque, anche a ritenere un potere discrezionale di valutazione di ulteriori fattispecie, l'Amministrazione non avrebbe operato alcuna valutazione nella motivazione del provvedimento.

La censura è infondata.

Il provvedimento di esclusione è stato basato, infatti, proprio sulla previsione dell'art. 80 comma 5 lettera c), e sulla sussistenza di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la integrità o affidabilità della impresa appellante, come risulta anche dalla richiesta di parere inviata dal Ministero della Salute all'ANAC su tale specifico profilo e dal parere reso dall'Autorità, impugnato anch'esso nel presente giudizio.

Ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c) del d.lgs., 18 aprile 2016, n. 50, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Sulla base del tenore testuale della disposizione dell'art. 80 comma 5, lettera c), ritiene il Collegio di aderire all'orientamento già espresso dal Consiglio di Stato, per cui la indicazione delle specifiche fattispecie contenuta alla lettera c) sia meramente esemplificativa e attribuisca un potere discrezionale alla stazione appaltante circa la valutazione del concetto dei "gravi illeciti professionali" rilevanti ai fini della "integrità o affidabilità".

L'elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, ha carattere esemplificativo nei riguardi della stazione appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136). Infatti, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione

del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici" (Consiglio di Stato Sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467).

La previsione del comma 5, lett. c), non comporta, dunque, una preclusione circa la valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti, siano astrattamente qualificabili come "gravi illeciti professionali", sì da essere ostative alla partecipazione alla gara (V, 28 luglio 2018, n. 4594). Con tale norma è stato, infatti, attribuito alla stazione appaltante un potere discrezionale di valutare "i gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", in quanto rimette alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere esemplificativo (Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142).

La norma richiede, dunque, una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità delle inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, siano tuttavia qualificabili come "gravi illeciti professionali" e siano perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente (Sez. III, 29 agosto 2018, n. 5084). In particolare, l'art. 80, comma 5, lett. c) mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo. Il concetto di grave illecito professionale ricomprende, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192).

Anche le linee guida 6 del 2016 aggiornate con delibera dell'11 ottobre 2017, richiamate nel parere ANAC reso sul caso di specie, si riferiscono ad una indicazione esemplificativa dell'art. 80 comma 5 lettera c), che lascia, dunque, alla stazione appaltante il potere discrezionale di valutare anche ipotesi non previste. In particolare il punto 2 delle Linee guida indica "gli illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente intesa come moralità professionale o la sua affidabilità intesa come reale capacità tecnico professionale, nell'attività oggetto di affidamento"; nell'ambito della "moralità professionale" sono inquadrati "gli illeciti professionali gravi che rilevano a prescindere dalla natura civile, amministrativa o penale"; alla valutazione discrezionale della stazione appaltante circa la "moralità professionale" le Linee guida conducono anche le condanne non definitive, indicando tra l'altro espressamente i reati di bancarotta e i reati tributari, non compresi nella previsione dell'art. 80 comma 1.

Le linee guida, pur non vincolanti, ma impugnate anch'esse nel presente giudizio, sul punto sono conformi alla giurisprudenza di questo Consiglio, fornendo una interpretazione esemplificativa delle fattispecie individuate dal legislatore all'art. 80 comma 5 lettera c).

Tale interpretazione deve ritenersi anche conforme alla previsione della direttiva comunitaria, 2014/24/ del 26 febbraio 2014, recepita con il nuovo codice dei contratti pubblici, che

all'articolo 57 comma 4, distingue le differenti cause di esclusione facoltative di un concorrente, prevedendo autonomamente alla lettera c) l'ipotesi in cui "l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità", distinta dalle altre ipotesi poi trasfuse nell'art. 80 comma 5 lettera c) erano indicate autonomamente (g- se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili; h- se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59; i-se l'operatore economico ha tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione).

La valutazione della "integrità" dell'operatore è anche nella direttiva, quindi, un concetto indeterminato, affidato al potere discrezionale della stazione appaltante.

L'esercizio del potere discrezionale comporta, peraltro, una adeguata valutazione e una congrua motivazione da parte della stazione appaltante.

Nel caso di specie, non si può dubitare che le circostanze emerse a carico della Centralpol e della Sevitalia incidano sulla integrità professionale della società partecipante alla gara.

Il decreto di sequestro preventivo ha avuto ad oggetto anche le quote del capitale sociale sia della Centralpol che della Sevitalia; i reati contestati nel decreto, quali la bancarotta fraudolenta e i reati tributari attengono strettamente all'esercizio dell'attività professionale; nel decreto di sequestro una delle condotte della fattispecie del reato di bancarotta è considerata proprio la stipula del contratto di affitto di ramo d'azienda tra la Centralpol e la Sevitalia Sicurezza. Inoltre, il legale rappresentante della Sevitalia Sicurezza, indicato nella domanda di partecipazione (Massimiliano Dionisi) e socio al 49% della Centralpol, risulta indagato per il reato di bancarotta.

L'Amministrazione, nella motivazione del provvedimento di esclusione, ha dato conto non solo delle specifiche circostanze risultanti dal decreto di sequestro, ma anche dei profili per cui ha ritenuto rilevanti tali elementi, facendo riferimento alla peculiarità, sotto il profilo della natura fiduciaria e dell'affidabilità, del servizio di vigilanza armata.

Tale valutazione, che, peraltro, attiene al rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico, risulta svolta nel corretto esercizio della discrezionalità, in relazione agli elementi di fatto idonei a rendere dubbia, nel caso di specie, l'integrità o affidabilità dell'operatore economico.

L'appello è quindi infondato e deve essere respinto con la conferma della sentenza di primo grado integrata con la motivazione sul primo motivo di ricorso.

Le spese liquidate in euro 3000,00 (tremila,00) per il presente grado di giudizio, oltre accessori di legge, seguono la soccombenza e sono poste a carico della parte appellante in favore del Ministero della Salute.

Le spese possono essere compensate – sussistendo giusti motivi- rispetto alla parte intervenuta in giudizio.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante alla rifusione delle spese processuali del presente grado in favore del Ministero della Salute, liquidate in euro 3000,00 (tremila,00) oltre accessori di legge.

Spese compensate rispetto alla parte intervenuta in giudizio.

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