

Legittimo il provvedimento di esclusione dell'operatore economico il cui amministratore sia sottoposto a misure cautelari

di Margherita Galletti

Data di pubblicazione: 8-3-2019

1. 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” .

In senso conforme: Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; Cons. Stato 23 agosto 2018, n. 5040; Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; Cons. Stato, 3 aprile 2018, n. 2063; Cons. Stato, 2 marzo 2018, n. 1299; Cons. Stato, 4 dicembre

2017, n. 5704.

2. Il legislatore ha voluto riconoscere alla 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 divisibilità" della valutazione stessa”

3. 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”.

1. In senso conforme: Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; Cons. Stato 23 agosto 2018, n. 5040; Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; Cons Stato, 3 aprile 2018, n. 2063; Cons. Stato, 2 marzo 2018, n. 1299;

Cons. Stato, 4 dicembre 2017, n. 5704.

2. In senso conforme: Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312.

3. In senso conforme: Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299.

Guida alla lettura

Nella sentenza in esame il Collegio si pronuncia sulla legittimità di un provvedimento di esclusione di un concorrente dalla gara di appalto (di cui era aggiudicatario provvisorio) in seguito all'emissione di una ordinanza cautelare applicativa di misura coercitiva degli arresti domiciliari per il rappresentante legale dell'operatore economico, indagato

per il reato di istigazione alla corruzione.

La ricorrente chiedeva la riforma della sentenza di primo grado con cui il giudice di prime cure aveva respinto l'annullamento della determinazione recante la sua esclusione dalla gara. Secondo l'odierna appellante la sentenza del TAR Puglia avrebbe erroneamente considerato la mera pendenza di un procedimento penale a

carico dell'amministratore della società, peraltro poi cessato dalla carica, integrante la fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, al contrario di quanto precisato dalle linee guida n. 6 dell'ANAC, per le quali il presupposto per la sussistenza di un grave illecito professionale può essere costituito

solo da una sentenza di condanna, anche se non definitiva.

Il Consiglio di Stato, allineandosi a quanto statuito dalla giurisprudenza dominante, ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione richiamando lo stesso art. 80, comma

5, lett. c) del Codice Appalti sui gravi illeciti professionali.

Secondo la V Sezione, non è indispensabile che i gravi illeciti professionali, 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 che la stazione appaltante ha la

possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati. Basta dunque, per

procedere all'esclusione di concorrenti, la presenza di pregressi gravi illeciti

professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. Rileva altresì che la

stazione appaltante ha un ampio margine di apprezzamento in merito alla sussistenza

del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Conseguenza di ciò è che il sindacato che

il g.a. è chiamato a compiere su tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano

della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto e non può pervenire ad

evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa.

Con riferimento alle linee guida ANAC n. 6, al contrario di quanto sostenuto dall'appellante, il Collegio ritiene che queste ultime non smentiscono la suddetta esegesi in base alla quale il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati, rileva ai fini dell'esclusione qualora, sulla base del discrezionale giudizio della stazione appaltante, sia idoneo ad integrare il "grave illecito professionale", e sia

in grado dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. La V Sezione si concentra poi sul caso specifico, confermando la

legittimità dell'attività amministrativa. In particolare viene ritenuto del tutto influente

che la misura cautelare sia stata successivamente revocata: il fatto che le esigenze

cautelari siano venute meno, a seguito all'esclusione, non cambia la situazione di fatto

sottesa al provvedimento di esclusione.

Venendo alle misure di *self-cleaning* che la società riteneva di aver posto in essere, in

particolare la sostituzione dell'amministratore, il Collegio l'ha ritenuto irrilevante;

l'unica modifica intervenuta ha riguardato il mutamento dell'amministratore della società, che peraltro era stato sostituito dal coniuge del medesimo, senza che sia mutata la porzione maggioritaria delle quote societarie che lo stesso deteneva, circostanza che gli garantiva dunque una posizione di rilevante influenza, in considerazione del fatto che la società era composta da soli due soci.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4256 del 2018, proposto da

Sedir S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma,

piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Comune di Cerignola, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Paradiso e Giuliana Nitti, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza del Tavoliere, Comune di Stornarella, Comune di Orta

Nova, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Iti Costruzioni S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Prima, n.

562/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi

per le parti gli avvocati Vagnucci e Paradiso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Sedir S.r.l. era risultata aggiudicataria provvisoria della procedura negoziata indetta dalla Centrale Unica di Committenza del Tavoliere per l'affidamento dei

lavori di «miglioramento della sostenibilità ambientale e prestazioni energetiche del

patrimonio edilizio settore terziario nell'Area Vasta "Capitanata 2020" a valere

sull'azione 2.4.1 PO FESR Puglia 2007/12 sulla scuola elementare materna ed

elementare A. Moro», per un importo a base di gara pari a €761.001,46.

Con l'appello in esame del Collegio la suddetta società ha chiesto la riforma della sentenza del TAR Puglia, sezione I, n. 562 del 13 aprile 2018, che ha respinto il ricorso da lei proposto per l'annullamento della determinazione recante la sua esclusione dalla gara, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e la nuova aggiudicazione provvisoria e definitiva della procedura alla ITI Costruzioni S.r.l. Unipersonale, oltre che per il risarcimento dei danni subiti in forma specifica, mediante declaratoria di inefficacia del

contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione dello stesso.

I provvedimenti impugnati in primo grado erano stati adottati in conseguenza dell'emissione di un'ordinanza cautelare applicativa di misura coercitiva degli arresti domiciliari emessa il 25 ottobre 2017 nei confronti dell'amministratore della Sedit - cessato dalla carica il 30 ottobre successivo -, perché indagato in concorso con altro soggetto per il reato di istigazione alla corruzione, ai sensi degli artt. 110 e 322 c.p., a seguito del verbale di ricezione di denuncia/querela del Sindaco del Comune di

Cerignola in data 7 dicembre 2016.

L'appello è stato affidato al seguente motivo di diritto: violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione delle linee guida ANAC n. 6 del 23 ottobre 2017; violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990; violazione del principio del contraddittorio e del principio di non colpevolezza; eccesso di potere per

difetto assoluto di istruttoria e di motivazione e ingiustizia manifesta.

Si e? costituito in giudizio il Comune di Cerignola, che ha chiesto il rigetto dell'appello

per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 31 gennaio 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La società appellante, con un'unica ed articolata doglianza, ha dedotto l'erroneità della sentenza del giudice di primo grado il quale non avrebbe considerato che la mera pendenza di un procedimento penale a carico dell'amministratore della Sedir, peraltro poi cessato dalla carica, non poteva integrare la fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, come precisato dalle linee guida n. 6 dell'ANAC, aventi, sul punto, carattere vincolante, per le quali presupposto per la sussistenza di un grave illecito professionale può essere costituito solo da una

sentenza di condanna, anche se non definitiva.

In ogni caso, secondo l'appellante, anche a voler ritenere le succitate linee guida di

natura non vincolante, sussisteva l'obbligo della stazione appaltante di motivare in maniera adeguata e congrua le ragioni della scelta di escluderla dalla gara sulla base di meri indizi, che, peraltro, pur sussistendo sin dal 7 dicembre del 2016 (data della denuncia del Sindaco di Cerignola), non avevano impedito alla medesima amministrazione di procedere originariamente all'aggiudicazione provvisoria in suo favore; ciò tanto più che l'ordinanza cautelare, su cui la misura espulsiva si è basata, era stata prima revocata e sostituita da altra misura e poi definitivamente rimossa sin dal 3 maggio 2018, essendo così venuto meno lo stesso presupposto giuridico e di

fatto che aveva determinato il deficit di fiducia a fondamento dell'esclusione.

Inoltre, sempre ad avviso dell'appellante, erroneamente non sarebbero state ritenute rilevanti le misure di self-cleaning adottate ai sensi dell'art. 80, comma 7, del d.lgs. n.

50 del 2016, consistite nel mutamento dei vertici amministrativi della stessa.

La censura non coglie nel segno.

Come correttamente statuito dal giudice di primo grado, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione della società appellante dalla gara si fondano legittimamente sul venir meno dell'affidabilità in considerazione degli eventi giudiziari che avevano coinvolto il suo amministratore con l'emissione da parte del GIP del Tribunale di Foggia di un'ordinanza cautelare applicativa di misura coercitiva degli arresti domiciliari, perché indagato in concorso con altro soggetto per il reato di istigazione alla

corruzione, circostanza di indubbia gravità.

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).

Sulla scorta del delineato quadro giurisprudenziale nonché dei pareri di questo Consiglio del 3 novembre 2016, n. 2286 e del 25 settembre 2017, n. 2042, si ricava,

altresì, l'utilità, ma non la decisività, delle linee guida ANAC n. 6, approvate con la

delibera del 16 novembre 2016, n. 1293 ed aggiornate con la delibera dell'11 ottobre

2017, n. 1008 (recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze

nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi

significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80,

comma 5, lett. c) del Codice", emanate in attuazione dell'art. 80, comma 13, del d.lgs.

n. 50 del 2016), al fine della soluzione interpretativa da fornire della disposizione

normativa più volte citata, che, peraltro, non smentiscono la suddetta esegesi in base

alla quale il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati,

rileva ai fini dell'esclusione qualora, sulla base del discrezionale giudizio della stazione

appaltante, sia idoneo ad integrare il "grave illecito professionale", e sia in grado

dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Riguardo poi al profilo dedotto dall'appellante con riferimento alla assunta carenza di motivazione dei provvedimenti impugnati, che si correla ai più rigorosi oneri posti a carico dell'amministrazione rispetto alle ipotesi esemplificate nel testo di legge e nelle linee guida, è sufficiente rilevare che la stessa appellante ha dimostrato, al di là di ogni ragionevole dubbio, di aver pienamente compreso le ragioni poste alla base dei medesimi, costituite dall'ordinanza cautelare emessa nei confronti dell'amministratore della società e dal conseguente venir meno dell'affidamento (il cosiddetto "deficit di fiducia") in capo alla società da parte della stazione appaltante, motivazione risultante per relationem dal verbale n. 4 del 17 novembre 2017, citato nei provvedimenti

impugnati.

Né rileva in alcun modo che l'ordinanza cautelare sia stata oggetto di revoca successivamente all'adozione dei provvedimenti di cui si controverte in questa sede,

essendo, ai fini della decisione sul vaglio di legittimità degli stessi, irrilevante la sopravvenuta cessazione delle esigenze cautelari rispetto alla situazione di fatto sottostante, pacificamente sussistente al momento di emissione dei medesimi, che non

è per nulla mutata.

Con riferimento, infine, alle misure di self-cleaning che la società afferma di aver posto in essere, deve rilevarsi che, al momento dell'adozione dei provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione e di esclusione dell'appellante dalla gara, l'unica modifica intervenuta concerneva il mutamento dell'amministratore della Sedir, che peraltro era stato sostituito dal coniuge del medesimo, senza che fosse mutata, dunque, la porzione maggioritaria delle quote societarie che il medesimo deteneva, circostanza che gli garantiva comunque una posizione di rilevante influenza, in considerazione del fatto che la società era composta da soli due soci. Come risulta dalla documentazione versata in atti, tale quota di maggioranza societaria è stata, infatti, dismessa dallo stesso socio in favore del coniuge (altro socio, nonché nuovo amministratore) solo

successivamente, prima di ottenere la revoca delle misure cautelari.

Per le suesposte considerazioni l'appello va respinto.

Sussistono, tuttavia, alla luce delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi

per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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