

La “doppia analisi” del grave illecito professionale: comportamento pregresso e giudizio negativo prognostico.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 25-7-2023

Nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione.

Guida alla lettura

Con pronuncia n. 4669 dello scorso 9 maggio 2023, la **III Sezione del Consiglio di Stato** si è soffermata sulla cd. “**doppia analisi**” del grave illecito professionale, la quale si articola nel comportamento pregresso in uno al giudizio negativo prognostico.

Come correttamente rilevato anche dal TAR Lombardia nella sentenza gravata, per consolidato orientamento giurisprudenziale, **l'illecito professionale è rinvenibile ogni qual volta si verificano fatti tali da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, in base ad una valutazione discrezionale che è rimessa alla stazione appaltante**; tale **valutazione**, pertanto, è **soggetta al controllo e al sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti** (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936).

Va poi ricordato che, secondo la giurisprudenza, nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve compiere una **complessa verifica articolata su due livelli**: deve innanzitutto **qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione**; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve **verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione** (così, Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362; *Id.*, 13 maggio 2021, n. 3772; *Id.*, 8 gennaio 2021, n. 307).

In altre parole, la valutazione “in astratto” dell'affidabilità ed integrità dell'operatore

economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata “in concreto”, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di *self cleaning* nel frattempo assunte dall’operatore economico.

Di fronte a tale valutazione, non connotata da evidenti elementi di illogicità, irragionevolezza o erroneità né da profili di omissione o carenza istruttoria, le deduzioni dell’appellante (nel caso concreto) si risolvono nel sollecitare un non consentito riesame delle risultanze istruttorie esaminate dalla stazione appaltante con sovrapposizione di una nuova – e, in tesi, difforme – valutazione giudiziale a quella operata dall’Amministrazione, tenuto conto dell’ampia discrezionalità che connota quest’ultima e della conseguente limitazione del sindacato giurisdizionale alla semplice “non pretestuosità” degli elementi valorizzati ai fini dell’espressione del relativo giudizio (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2022, n. 3051; *Id.*, 27 ottobre 2021, n. 7223; *Id.*, 3 giugno 2021, n. 4248).

LEGGI LA SENTENZA

N. 04669/2023REG.PROV.COLL.

N. 01079/2023 REG.RIC.

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 1079 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- la Provincia di Monza e della Brianza - Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando e Antonietta Favale, domiciliataria ex lege in Roma, via Sistina, 48;

- il Comune -OMISSIS-, non costituito in giudizio;

nei confronti

della -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Monza e della Brianza - Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza e della -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023, il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Il Comune -OMISSIS- - amministrazione aderente alla Centrale Unica di Committenza (CUC) della Provincia di Monza e della Brianza - con determinazione -OMISSIS- ha indetto una procedura aperta, ai sensi degli artt. 60 e 164 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento, mediante concessione, del servizio di refezione scolastica ed altre utenze a ridotto impatto ambientale, per il periodo dal 1° agosto 2022 al 31 luglio 2025, con facoltà di estensione di ulteriori 36 mesi.

Con determinazione -OMISSIS- del 20 maggio 2022 la CUC ha preso atto del provvedimento comunale ed ha pubblicato il bando di gara.

Con determinazione -OMISSIS- del 15 luglio 2022, la CUC ha escluso dalla procedura la -OMISSIS-, ritenendola colpevole di gravi illeciti professionali e per significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, in applicazione dell'art. 80, c. 5, lett. c) e c-ter), d.lgs. n. 50/2016.

2. - Con il ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Quarta, la società -OMISSIS- ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara,

chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. c) e *c-ter*) del Codice e dell'art. 57, par. 4, della direttiva n. 2014/24/UE – Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria e di motivazione - Irragionevolezza e contraddittorietà manifeste – Violazione del principio del contraddittorio - Violazione dell'art. 5 Disciplinare di gara sull'identificazione dell'illecito professionale e sui motivi di esclusione – Violazione dei principi di proporzionalità e di presunzione di innocenza di cui all'art. 27 Cost. e all'art. 6 CEDU - Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del Codice - Violazione delle linee guida ANAC n. 6. In subordine, illegittimità costituzionale dell'art. 80, co. 5, lett. c) e *c-ter*) del Codice per contrasto con gli artt. 3, 27, 41, 97, 112 Cost.;

II) Incompetenza della CUC – Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. c) e *c-ter*) del Codice e dell'art. 57, comma 4 della Direttiva UE n. 24/2014 - Violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e concorrenza - Difetto di motivazione e istruttoria. In subordine, illegittimità della Deliberazione del Comune che approva la Convenzione di adesione alla Centrale di Committenza e della Convenzione medesima nella parte in cui attribuisce alla CUC, in via esclusiva, la valutazione sull'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e *c-ter*);

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 *bis* della L. n. 241/1990 e dell'art. 30 del Codice – Violazione del principio del contraddittorio - Eccesso di potere – violazione dell'art. 97 Cost. e del principio di buon andamento della p.a. - Difetto di motivazione e istruttoria.

La ricorrente ha inoltre domandato la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato nelle more con l'aggiudicatario e, in subordine, il risarcimento del danno.

3. - La società -OMISSIS- ha successivamente impugnato, con ricorso per motivi aggiunti, la determinazione -OMISSIS-, con cui l'appalto è stato aggiudicato alla -OMISSIS-, lamentandone l'illegittimità derivata dai vizi dedotti avverso il provvedimento di esclusione, e ha, altresì, domandato l'annullamento del parziale diniego espresso dalla CUC, con le note -OMISSIS- del 26 agosto 2022 e -OMISSIS- del 22 settembre 2022, sulle istanze di accesso.

4. - Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Monza e della Brianza - Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e della Brianza e la controinteressata -OMISSIS-, chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

5. - Con la sentenza -OMISSIS- il TAR ha respinto il ricorso ed i successivi motivi aggiunti.

6. - Avverso tale sentenza la ricorrente -OMISSIS- (in seguito -OMISSIS-) ha proposto appello formulando tre motivi di diritto.

6.1 - Si è costituita in giudizio la Provincia di Monza e Brianza – Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza e Brianza, chiedendo il rigetto dell'appello.

6.2 - Si è costituita anche la controinteressata -OMISSIS- per resistere all'appello.

6.3 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie difensive; l'appellante -OMISSIS- e la stazione appaltante hanno depositato anche memorie di replica.

7. - All'udienza pubblica del 20 aprile 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

8. - In data 21 aprile 2023 è stato depositato il dispositivo di sentenza -OMISSIS-, con il quale l'appello è stato respinto con condanna dell'appellante alle spese nella misura di € 3.000,00 oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti appellate.

9. - Prima di esaminare i motivi di appello è opportuno ricostruire in fatto la vicenda.

Con la determinazione dirigenziale -OMISSIS- del 15 luglio 2022, la CUC della Provincia di Monza e della Brianza ha escluso la -OMISSIS- dalla procedura per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per carenza dei requisiti di cui all'art. 80, c. 5, lett. c) e *c-ter*), d.lgs. n. 50/2016, ritenendo venuta meno l'affidabilità morale e professionale dell'operatore. La valutazione è motivata con il richiamo alla misura cautelare degli arresti domiciliari, disposta dal Tribunale di Milano con ordinanza -OMISSIS-, nei confronti del sig. -OMISSIS-, -OMISSIS- della -OMISSIS-, con carica di -OMISSIS-, indagato per i reati di cui agli artt. 110, 353, c. 1 e 2 c.p. (turbata libertà degli incanti) e agli artt. 110, 319, 319 *bis* e 321 c.p. (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio). La CUC ha attribuito rilievo al ruolo apicale rivestito dal sig. -OMISSIS- nella società, alla circostanza che lo stesso fosse -OMISSIS-; ha assegnato rilievo all'oggetto del procedimento penale, concernente la commissione di gravi reati di stampo corruttivo nell'ambito di appalti pubblici e, per di più, in relazione alla partecipazione a procedure di gara per l'affidamento di un servizio (ristorazione/refezione collettiva scolastica) analogo a quello oggetto della procedura in corso; ha ritenuto che la condotta oggetto dell'indagine penale fosse ascrivibile anche all'operatore economico, quantomeno sotto il profilo dell'inadeguatezza della catena di comando, dei controlli e delle procedure di verifica interne; ha dato atto dell'adozione da parte della società di misure di *self cleaning* - consistenti in uno stanziamento a bilancio di euro 600.000, in procedure di riorganizzazione a livello di personale con la previsione di specifiche attività formative in corso di svolgimento, in procedure di revisione e verifica della bontà del modello organizzativo e audit interno con conferimento di apposito incarico a studio legale specializzato – giudicandole, però, insufficienti.

9.1 - La seconda ragione posta a fondamento del provvedimento di esclusione è legata alla violazione di impegni contrattuali da parte dell'operatore, nell'esecuzione di attività analoghe a quelle oggetto di affidamento: sono state richiamate le penali comminate dal Comune -OMISSIS-, per un importo di euro 87.650,00, correlate ad un ulteriore filone di indagine penale a carico di dipendenti dell'operatore economico.

9.2 - Tale provvedimento è stato adottato dopo l'attivazione del contraddittorio con l'operatore economico in questione. È opportuno precisare, infatti, che nell'Allegato A al DGUE -OMISSIS- aveva documentato la vicenda penale che aveva interessato un suo -OMISSIS- per i reati di cui agli artt. 110 e 353, comma 1 e 2 c.p. e 110, 319, 319 *bis* e 321 c.p. in relazione ad una procedura di gara, avente lo stesso oggetto di quella in questione, svolta nell'interesse del Comune -OMISSIS-, in relazione alla quale il -OMISSIS- era stato colpito da una ordinanza

di custodia cautelare.

La società aveva ivi illustrato le seguenti misure di *self cleaning* che aveva immediatamente adottato a dimostrazione della propria dissociazione dal comportamento tenuto dal -OMISSIS-:

- la sospensione a tempo indeterminato dal servizio (con salvezza di adozione dell'atto di licenziamento e azione di responsabilità) con revoca della procura;
- la comunicazione inviata ai soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 di censura della condotta tenuta dal sig. -OMISSIS- con preannuncio dell'adozione di misure di *self cleaning*;
- l'adozione delle misure previste dalle Linee Guida ANAC n. 6 da parte del C.d.A. -OMISSIS-.

Quanto alla specifica posizione dell'impresa, aveva precisato che -OMISSIS- non era stata destinataria di alcuna misure inibitoria o cautelare, che aveva assunto gli atti di dissociazione aventi portata riabilitativa, che si era aggiudicata plurime gare di appalto, che disponeva di un Codice Etico e di un Organo di Vigilanza ex L. n. 231/2001.

9.3 - A seguito di richiesta di chiarimenti, -OMISSIS- aveva comunicato alla CUC:

- l'avvenuta organizzazione dei corsi di formazione da concludersi entro la fine del mese di luglio 2022;
- il conferimento dell'incarico ad un primario studio legale per tutte le attività di audit/revisione deliberate in data 24 maggio 2022, attività che erano state già avviate; ha anche precisato che, secondo lo studio legale incaricato, il *management* della società sarebbe stato consapevole dell'importanza di adottare un solido sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

In particolare, a seguito del contraddittorio, erano state documentate nel dettaglio le misure di *self cleaning* adottate dalla società appellante (stanziamento di bilancio di €600.000 a titolo di riserva legale; attivazione di otto attività formative da svolgersi nel periodo 27 giugno-27 luglio 2022; attivazione degli audit previsti a seguito del conferimento dell'incarico allo studio legale -OMISSIS- in data 24 maggio 2022 che aveva attivato la revisione e la verifica del modello organizzativo e di audit interno sulle procedure e sulle gare svolte).

L'appellante aveva anche adottato misure relative ai criteri di selezione del personale, provvedendo a verificare, in particolare, che nessuno dei collaboratori del sig. -OMISSIS- fosse stato coinvolto nelle indagini.

Aveva quindi fornito ulteriore comunicazione alla CUC circa gli incarichi conferiti ai professionisti incaricati dello svolgimento delle attività di revisione del Modello 231, al fine di dimostrare l'implementazione delle misure di *self cleaning*.

9.4 - Per quanto concerne, invece, le penali comminate dal Comune -OMISSIS-, l'appellante ha dedotto di aver trasmesso alla CUC le sanzioni disciplinari comminate ai dipendenti e di

aver risolto consensualmente il contratto con il Comune; ha quindi precisato che l'ANAC aveva archiviato il procedimento relativo alla segnalazione.

9.5 - Nondimeno la CUC, con il provvedimento impugnato in primo grado, ha disposto la sua esclusione dalla gara e, con la successiva determinazione -OMISSIS-, ha decretato l'aggiudicazione della gara in favore di -OMISSIS-

10. - Con il primo motivo di appello, articolato sulla base di due distinti profili, -OMISSIS- ha contestato il capo di sentenza che ha ritenuto sussistente:

- *“un grave illecito professionale tale da incidere sulla affidabilità di -OMISSIS-, assumendo come logiche e ragionevoli le deduzioni della CUC, invero del tutto arbitrarie e prive di alcun riscontro”* (pag. 13 atto di appello);

- l'inquinamento della società desumendolo, in via automatica, dall'ordinanza cautelare emessa nei confronti del proprio procuratore. La stazione appaltante, a detta dell'appellante, avrebbe desunto da tale condotta la responsabilità della società, qualificandola come oggettiva, laddove invece, dalla gravità del reato imputato al procuratore non potrebbe discendere, in via automatica, il giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico, dovendo provvedere la stazione appaltante a fornire una adeguata motivazione circa la riconducibilità del fatto illecito alla società, tale da giustificare la sua esclusione dalla gara;

- il giudizio di inaffidabilità della società deve essere, infatti, congruamente motivato, e deve tener conto del principio di proporzionalità;

- la stazione appaltante, invece, non avrebbe svolto alcuna autonoma valutazione dei fatti rispetto alle vicende penali, non potendo farsi coincidere la valutazione di gravità dei fatti sul piano dell'illecito professionale, con la qualificazione che gli stessi hanno avuto nel procedimento penale;

- nel caso di specie, non sarebbero stati coinvolti i vertici aziendali e, comunque, si sarebbe trattato di mere *“promesse riferite da terzi e mai portate a compimento, da cui -OMISSIS- non ha tratto alcun vantaggio”* (cfr. pag. 18 atto di appello);

- la società -OMISSIS- disporrebbe di procedure che consentono *“l'assunzione dei dirigenti solo mediante passaggio della funzione HR”*; quanto alle presunte promesse di elargizione di denaro, sempre riferite da terzi, la corruzione non sarebbe stata contestata al sig. -OMISSIS-, ma ad altri soggetti non riconducibili a -OMISSIS-;

- la stazione appaltante avrebbe illegittimamente ritenuto l'inadeguatezza delle misure di controllo interno (e quindi l'inquinamento della società) e l'asserito coinvolgimento dei collaboratori del sig. -OMISSIS-, mai neppure indagati;

- secondo la giurisprudenza penale (cfr. Cass. pen. n. 23401 del 15 giugno 2022) la commissione del reato non equivale alla dimostrazione dell'inidoneità del modello organizzativo della società: il rischio del reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di

prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente, a conferma del fatto che il legislatore ha voluto evitare di punire l'ente secondo un criterio di responsabilità oggettiva;

- nella fattispecie, il modello organizzativo doveva ritenersi adeguato, essendosi verificata l'assunzione di fatti fraudolenti -OMISSIS- (promessa di assunzione di un dirigente, dazione di danaro), che in base al modello organizzativo societario non avrebbe potuto adottare.

11. - Con il secondo profilo l'appellante ha censurato la sentenza per aver ritenuto:

- insufficienti le misure di *self cleaning* adottate dalla società ai fini dell'ammissione alla gara, in quanto non immediatamente efficaci per impedire il ripetersi delle condotte contestate, sebbene il sig. -OMISSIS- fosse solo indagato, a suo carico vi fossero solo asserite promesse e non fatti materiali, e nessun altro soggetto riconducibile alla società fosse coinvolto nell'inchiesta;

- che la società non disponesse di un sistema di controllo interno ritenuto valido ed efficace, anche a seguito di revisione da parte di un consulente esterno.

L'appellante ha censurato la decisione di primo grado che avrebbe svalutato le misure di *self cleaning* adottate in seguito alla vicenda che aveva interessato -OMISSIS-, sostenendo che sarebbero state tempestive ed efficaci (revoca della procura ed allontanamento dal servizio del sig. -OMISSIS-; stanziamento di fondi a copertura dell'eventuale danno, incarico ad un primario studio legale della revisione delle procedure aziendali e dei modelli organizzativi, calendarizzazione dei corsi di formazione).

11.1 - Ha poi rilevato l'erroneità della sentenza per aver ritenuto insufficienti tali misure, in quanto adottate dopo il termine di presentazione delle offerte, sottolineando come, secondo la giurisprudenza, sussista un onere di valutazione delle misure di ravvedimento operoso anche nel corso della procedura di gara.

L'interpretazione della stazione appaltante sarebbe quindi irragionevole e lesiva dei principi del *favor participationis* e di proporzionalità, anche alla luce dell'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24 e del considerando 102 di tale direttiva.

11.2 - Quanto alle penali comminate dal Comune -OMISSIS-, queste sarebbero del tutto irrilevanti, in quanto il contratto sarebbe stato risolto consensualmente, e l'ANAC avrebbe archiviato il procedimento relativo alla iscrizione nel casellario.

12. - Il motivo è complessivamente infondato e va, quindi, respinto.

L'art. 80, comma 5, del d. lgs. n. 50/2016 dispone che la stazione appaltante procede all'esclusione di un operatore economico "*qualora [...] 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*".

Come correttamente rilevato anche dal TAR Lombardia nella sentenza gravata, per

consolidato orientamento giurisprudenziale, l'illecito professionale è rinvenibile ogni qual volta si verificano fatti tali da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, in base ad una valutazione discrezionale che è rimessa alla stazione appaltante; tale valutazione, pertanto, è

soggetta al controllo e al sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936).

Va poi ricordato che, secondo la giurisprudenza, nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362; id 8 gennaio 2021, n. 307; id. 13 maggio 2021, n. 3772).

In altre parole, la valutazione "in astratto" dell'affidabilità ed integrità dell'operatore economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata "in concreto", tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di *self cleaning* nel frattempo assunte dall'operatore economico.

12.1 - Nel caso di specie, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, da una piana lettura del provvedimento di esclusione impugnato in prime cure, emerge che lo stesso, adottato all'esito di un approfondito e articolato contraddittorio con l'operatore odierno appellante, risulta assistito da un'ampia e analitica motivazione, nella quale la stazione appaltante ha dato conto del proprio giudizio discrezionale circa l'incidenza in concreto della vicenda giudiziaria dichiarata da -OMISSIS- sulla sua affidabilità professionale in relazione allo specifico appalto di che trattasi, nonché circa l'insufficienza delle misure di *self-cleaning* che l'operatore ha dichiarato di avere – pur tempestivamente – posto in essere (dovendo pertanto ritenersi destituite di fondatezza le censure di parte appellante laddove parla di "*automatismo espulsivo*" ovvero di "*responsabilità oggettiva*" imputata alla società per un fatto esclusivamente riconducibile a un suo dipendente).

12.2 - Di fronte a tale valutazione, non connotata da evidenti elementi di illogicità, irragionevolezza o erroneità né da profili di omissione o carenza istruttoria, le deduzioni dell'appellante si risolvono nel sollecitare un non consentito riesame delle risultanze istruttorie esaminate dalla stazione appaltante con sovrapposizione di una nuova – e, in tesi, difforme – valutazione giudiziale a quella operata dall'Amministrazione, tenuto conto dell'ampia discrezionalità che connota quest'ultima e della conseguente limitazione del sindacato giurisdizionale alla semplice "non pretestuosità" degli elementi valorizzati ai fini dell'espressione del relativo giudizio (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2022, n. 3051; id., 27 ottobre 2021, n. 7223; id., 3 giugno 2021, n. 4248).

12.3 - Le suesposte conclusioni non mutano neanche a fronte del sopravvenuto provvedimento di ANAC, prodotto in appello dall'appellante, con cui si è deliberata la non annotazione nel Casellario informatico delle informazioni relative alla vicenda che ha condotto all'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura per cui è causa, stante l'autonomia e le diverse finalità delle due valutazioni discrezionali ancorché aventi ad oggetto i medesimi fatti, l'una (quella della stazione appaltante) funzionale a verificare l'affidabilità dell'operatore economico in relazione a una specifica procedura selettiva, l'altra (quella dell'ANAC) tesa a verificare la "utilità" anche *de futuro* dell'annotazione nel casellario (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2021 n. 5659).

13. – Svolte queste premesse di carattere generale, è opportuno precisare che, il provvedimento di esclusione (costituito da ben 9 pagine), risulta ampiamente motivato sotto tutti i profili rilevanti.

In particolare, quanto alla tesi dell'appellante secondo cui la stazione appaltante non avrebbe svolto una valutazione adeguata dalla vicenda penalistica, con riferimento alla sua incidenza sulla valutazione di integrità ed affidabilità dell'impresa, è opportuno sottolineare che la CUC ha esaminato la vicenda penalistica alla luce dei principi costantemente espressi dalla giurisprudenza e dalle Linee Guida ANAC n. 6; quanto alla questione generale della possibile rilevanza in senso ostativo, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, della semplice pendenza di un procedimento penale (ancorché accompagnata dall'emissione di misure cautelari personali), occorre tener conto del carattere cogente della previsione di legge, per come interpretata dalla consolidata giurisprudenza (ossia, come peraltro nella specie correttamente evidenziato dal T.A.R., quale previsione "di chiusura" che consente alla stazione appaltante di valutare l'incidenza sull'affidabilità professionale di un operatore, in senso "escludente", di qualsiasi pregressa vicenda professionale, purché motivando in modo oggettivo e non irragionevole sulla sua gravità e idoneità a compromettere il necessario rapporto di fiducia che deve intercorrere tra committente e appaltatore).

14. - È opportuno considerare che il fatto storico è di per sé grave, trattandosi di una vicenda penale relativa alla gara per l'affidamento del servizio di ristorazione (analogo a quello oggetto della presente gara) per un Comune della stessa Regione Lombardia, nel quale -OMISSIS- (e quindi anche in relazione alla gara in questione) risulta indagato per i reati di turbata libertà degli incanti e di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio; la sua condotta sarebbe stata finalizzata al conseguimento di vantaggi per la società, derivanti dall'aggiudicazione di appalti pubblici.

L'ingente elargizione di denaro sarebbe stata promessa in cambio di un'attività compiacente di pubblici funzionari e dipendenti di altre società attive nel settore della ristorazione; tale attività non avrebbe potuto essere nella disponibilità materiale e decisionale del dipendente: da ciò è stata desunta dalla CUC, in modo né illogico, né irragionevole, l'inidoneità delle procedure di controllo interno della società dirette ad impedire la condotta contestata al sig. -OMISSIS-.

Quest'ultimo, inoltre, avrebbe promesso l'assunzione, con incarico dirigenziale, nella società appellante, di uno dei soggetti coinvolti nell'indagine penale, pur non disponendo del relativo

potere.

14.1 - Si tratta di elementi di spessore, che sono stati ritenuti idonei dalla stazione appaltante per ritenere inaffidabile l'operatore economico, essendo emerse da questa vicenda numerose criticità nelle procedure interne e nei controlli della società, tali da non potersi ritenere adeguate ed in grado di impedire la condotta ascritta al dipendente attualmente sottoposto a procedimento penale.

14.2 - A questo proposito è opportuno sottolineare che – come ha correttamente sottolineato la CUC nel provvedimento di esclusione – *“la condotta penalmente ascritta al dipendente, come emerge dal provvedimento applicativo di misure cautelari, era in corso da tempo senza che venisse effettuata alcuna segnalazione o preso alcun provvedimento diretto -OMISSIS-, dimostrando in tal modo sia una carenza e inadeguatezza dei controlli e delle procedure, sia – sotto ulteriore e concorrente profilo – una non efficiente catena di comando a vigilanza dell'operato del responsabile della suddetta struttura regionale, tale da permettere il prolungarsi nel tempo delle condotte illecite ascritte -OMISSIS-”*.

Quanto affermato dalla CUC trova riscontro dalla disamina delle intercettazioni poste a fondamento della misura cautelare, che sono state depositate in giudizio.

14.3 - Ne consegue che – la valutazione discrezionale della CUC – secondo cui il modello organizzativo della società non sarebbe stato idoneo ad impedire illeciti, come quelli contestati al -OMISSIS-, non si appalesa illogica o irragionevole, anche alla luce dei principi della giurisprudenza della Corte di Cassazione in precedenza richiamati: è del tutto evidente che la reiterazione di condotte irregolari nella gestione delle gare per la ristorazione scolastica in Lombardia, senza che ciò venisse alla luce, non può essere solo imputabile alla condotta fraudolenta di un dipendente infedele, ma deve ritenersi, ragionevolmente, che sia stato agevolato dalla mancanza di “contromisure” adottate dall'operatore economico, in grado di impedire fenomeni corruttivi e di turbativa d'asta.

14.4 - Alla luce di questi presupposti, si appalesa legittima la valutazione di insufficienza delle misure di *self cleaning* predisposte dalla società appellante: la CUC, infatti, a seguito di approfondita istruttoria aveva ritenuto *“l'inadeguatezza della catena di comando, dei controlli e delle procedure di verifica interna che è in grado di compromettere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico concorrente incrinando il rapporto fiduciario con la stazione appaltante”*; tenuto conto dell'inidoneità del modello organizzativo esistente al momento della presentazione dell'offerta, del solo avvio e non completamento delle misure rimediale, assunte urgentemente a seguito della vicenda penale in questione, e quindi della mancanza di sufficienti elementi di prova dai quali desumere – allo stato – il venir meno del giudizio di non integrità e di non affidabilità della società -OMISSIS-, legittimamente la CUC ha ritenuto inidonee, in relazione alla gara in questione, le misure di *self cleaning* adottate.

Tale giudizio non contrasta con la giurisprudenza richiamata dall'appellante, relativa alla valutabilità delle misure rimediale assunte in corso di causa (cfr. sul punto, Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2023, nn. 1790 e 1791), in quanto il giudizio sfavorevole della CUC è stato reso tenendo conto che le misure adottate non erano state ancora attuate e, quindi, dovevano

ritenersi, a quel momento, come meramente formali e, pertanto, non idonee a far venire meno la valutazione negativa sull'affidabilità dell'operatore economico.

15. - Per quanto concerne, infine, la vicenda relativa all'appalto -OMISSIS-, per il quale era stata applicata dall'Amministrazione la penale per frode nelle pubbliche forniture ed inadempimento, si tratta, evidentemente, di un elemento aggiuntivo addotto dalla CUC per ribadire la mancata affidabilità ed integrità dell'operatore economico; è del tutto evidente che il provvedimento di sospensione si fonda, legittimamente, sul primo aspetto, quello relativo alla condotta penalmente rilevata tenuta -OMISSIS- nell'appalto relativo al Comune -OMISSIS-.

Trattandosi di provvedimento plurimotivato, il primo presupposto (ritenuto immune da vizi di legittimità) è di per sé idoneo a sostenerlo.

Ne consegue l'infondatezza del primo motivo di appello.

16. - Altrettanto infondato deve ritenersi il secondo motivo con il quale è stata dedotta l'incompetenza della CUC ad emettere il provvedimento di esclusione.

Con il ricorso di primo grado, infatti, -OMISSIS- aveva sostenuto che sarebbe spettato valutare l'affidabilità professionale della Società non già alla CUC quale soggetto conducente la gara *de qua*, bensì al Comune -OMISSIS-; sostenendo, altresì, che il provvedimento adottato dalla CUC non sarebbe neppure stato condiviso con il Comune -OMISSIS-, come invece avrebbe dovuto.

Sul punto, il TAR Lombardia, del tutto correttamente, ha evidenziato l'infondatezza della censura *“avendo il Comune -OMISSIS- aderito a una convenzione che attribuisce alla competenza della CUC della provincia di Monza e della Brianza la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'articolo 80 del codice dei contratti e le decisioni relative alla missione e all'esclusione dei partecipanti (art. 5.6 della Convenzione)”* (cfr. sentenza impugnata par. 14).

Ed infatti, come rilevato, il Comune -OMISSIS- ha aderito alla Convenzione con la Centrale Unica di Committenza della Monza e della Brianza, ivi delegando alla stessa ogni attività per l'acquisizione di lavori, servizi e beni nel pieno rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario e dei principi definiti dal codice dei contratti, anche al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie

imprese.

16.1 - L'art. 5.6 di detta Convenzione precisa inequivocabilmente che *“Sono di competenza della CUC MB tutti gli atti e le decisioni di carattere giuridico amministrativo riguardanti la gestione della procedura di gara e precisamente:*

- stabilire il termine di presentazione delle offerte;

- redigere e pubblicare il bando di gara, previa condivisione con l'Ente aderente degli elementi

di valutazione e dei requisiti di ammissione alla procedura;

- procedere all'ammissione ed esclusione dei partecipanti al termine della fase amministrativa;

- effettuare la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici".

Tale convenzione, peraltro, risulta pienamente in linea con la disciplina ad oggi vigente (si veda, in particolare, l'articolo 37, comma 9, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: "La centrale di committenza che svolge esclusivamente attività di centralizzazione delle procedure di affidamento per conto di altre amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori è tenuta al rispetto delle disposizioni di cui al presente codice e ne è direttamente responsabile"), rispetto alla quale quella contenuta nello schema di nuovo codice dei contratti pubblici, richiamata nell'appello, si porrà come innovativa e non certo meramente interpretativa.

Pertanto, anche la seconda doglianza va rigettata.

17. – Va, infine, respinto anche il terzo motivo con cui è stata reiterata la censura di violazione dell'articolo 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto le argomentazioni di parte appellante appaiono scarsamente perspicue e comunque non condivisibili, atteso che il giudizio di affidabilità espresso dalla stazione appaltante su circostanze suscettibili di costituire grave illecito professionale ex articolo 80, comma 5, lettera c), d.lgs. n. 50/2016 non integra affatto un "subprocedimento", né tanto meno un procedimento esterno e connesso rispetto alla procedura di aggiudicazione, ma forma parte integrante di quest'ultima, con la conseguente inapplicabilità dell'obbligo di preavviso di rigetto (trattandosi, come evidenziato dal T.A.R. e non revocabile in dubbio, di procedura concorsuale/competitiva).

18. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto.

19. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese relative al grado di appello che liquida nella misura di € 3.000,00 oltre accessori di legge, in favore della Provincia di Monza e della Brianza - Centrale Unica di Committenza della Provincia di Monza della Brianza ed € 3.000,00 oltre accessori di legge in favore della -OMISSIS-

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte

interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti nonché le persone fisiche citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere