

Esclusione per grave illecito professionale e obbligo di contraddittorio preventivo

di Davide Angelucci

Data di pubblicazione: 19-6-2024

L'illecito professionale non può essere mai fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale, nel corso del quale l'impresa accusata di illecito professionale deve essere ammessa a provare di avere adottato efficaci misure di self cleaning – che debbono riguardare sia i comportamenti contrattualmente scorretti ma anche quelli proceduralmente sleali - da valutarsi non solo per le gare future ma anche per quelle in corso.

Il contraddittorio procedimentale è diretto a valutare, infatti, se il comportamento sleale nei confronti della stazione appaltante sia da ascrivere soltanto al precedente assetto organizzativo decisionale.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10134 del 2023, proposto in relazione alla procedura CIG 925635167C da

Ufficio Territoriale del Governo di Terni, Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

L'Aurora Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Laffranco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Laboratorio I.D.E.A. Impresa Sociale, Arci Solidarieta' Terni Odv Ets, Casa Vincenziana G. Andreoli – Cassa Vincenziana S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 621/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di L'Aurora Società Cooperativa Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti l'avv. Lafranco e l'Avvocato dello Stato Gerardis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto per la gestione di un centro di accoglienza migranti per 500 posti.

Dopo un primo provvedimento di esclusione dovuto a irregolarità dichiarative (provvedimento annullato dal TAR Umbria) veniva adottato un secondo provvedimento di esclusione, questa volta motivato da gravi illeciti professionali non altrimenti comunicati dalla odierna appellata Cooperativa (in particolare: una risoluzione contrattuale, misure interdittive e indagini in corso nei confronti di alcuni componenti della cooperativa stessa, diverse penali contrattuali per analoga commessa ed esclusione da due ulteriori gare dello stesso genere): di qui, secondo la stazione appaltante, la perdita di integrità ed affidabilità professionale in capo alla ridetta cooperativa.

2. Il TAR Umbria annullava anche tale provvedimento di esclusione in quanto sarebbe del tutto mancato il contraddittorio tra prefettura e cooperativa esclusa, ai sensi dei commi 7 ed 8 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, affinché la cooperativa stessa potesse fornire dimostrazione delle misure di *self cleaning* nel frattempo adottate.

2. Il Ministero propone appello avverso la suddetta sentenza per violazione dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, e ciò dal momento che il giudice di primo grado non avrebbe tenuto conto che, in assenza di qualsivoglia comunicazione da parte dell'impresa concorrente in merito a fatti potenzialmente rilevanti ai fini della sua persistente affidabilità, alcun obbligo di contraddittorio graverebbe sulla stessa stazione appaltante proprio a cagione di tali *comportamenti sleali* del privato operatore economico.

3. Si costituiva in giudizio l'appellata cooperativa per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

4. Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2024 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

5. Tutto ciò premesso, l'appello è infondato e deve essere rigettato per le ragioni di seguito indicate.

5.1. Per principio generale, simili esclusioni debbono essere di regola precedute da un adeguato contraddittorio, tra stazione appaltante e impresa, affinché quest'ultima possa fornire adeguata dimostrazione di eventuali misure di *self cleaning* nel frattempo adottate sul piano tecnico ed organizzativo. Come rilevato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5732), la normativa di cui all'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (commi 7 ed 8) prevede in estrema sintesi che:

“a) le Stazioni Appaltanti possono procedere all'esclusione di un concorrente unicamente dopo che le stesse dimostrano, con mezzi adeguati, che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, vietando qualsiasi automatismo all'esclusione dalle procedure di gara;

b) il concorrente che si trova in una delle ipotesi di esclusione, deve essere messo nelle condizioni di fornire la prova di aver adottato tutte le misure contestate, dimostrando la sua affidabilità per non essere escluso dalla gara (principio di proporzionalità)”.

Prosegue la stessa decisione di questa sezione affermando che: *“L'onere del contraddittorio - oltre ad esser stato introdotto normativamente - è stato anche ribadito e procedimentalizzato dall'ANAC nel paragrafo VI delle Linee Guida n. 6-2017, ove è stato previsto che "l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato". Ed ancora si evidenzia che: “La ratio di tali disposizioni è da ricercare nella volontà del legislatore di consentire ad un operatore economico, che ha subito una risoluzione contrattuale ma che ha successivamente posto rimedio, di partecipare ad altre procedure d'appalto, previa valutazione da parte della stazione appaltante. Gli operatori economici che si trovano in una delle situazioni di esclusione devono avere la possibilità di chiedere che siano esaminate tutte le misure dagli stessi adottati (quali ad es: riguardanti la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento) per garantire l'osservanza degli obblighi imposti e ad impedire efficacemente che tali comportamenti scorretti si verificano di nuovo, al fine di valutare se tali misure offrano garanzie sufficienti e, in caso positivo, la loro ammissione alla procedura d'appalto. Diversamente opinando, detti operatori economici non potrebbero mai più partecipare ad una procedura di gara, anche nel caso in cui avessero rimediato ai loro eventuali errori, con l'ovvia conseguenza che gli stessi sarebbero costretti a chiudere le rispettive attività ed avviare le procedure di liquidazione e/o fallimento”.*

5.2. Ancora sul piano giurisprudenziale va ormai affermandosi l'indirizzo secondo cui, in particolare: *“la giurisprudenza più recente, anche della Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2023, nn. 1700 e 1719) ha, in effetti, superato l'impostazione per cui le misure di self-cleaning sono irrilevanti se adottate nel corso della gara, in quanto destinate a valere solo per il futuro, in favore di una lettura maggiormente in linea con i principi europei per cui le predette misure vanno sempre valutate dalla stazione appaltante”*. Ed ancora: *“la giurisprudenza nazionale più recente (cfr. CGA, 13 luglio 2022, n. 829), facendo, invero, applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere “in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione” (cfr. § 29 della sentenza)”*.

Dunque, le misure di *self cleaning* possono essere dimostrate non solo *de futuro* ma anche per le gare “in corso”.

5.3. Tanto ulteriormente premesso, questo collegio non ignora un certo orientamento (tra l'altro proprio di questa sezione: Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 7749; *ibidem*, 12 marzo 2019, n. 1644) secondo cui la mancanza di leale collaborazione da parte del concorrente escluso (informazioni omesse su fatti rilevanti per la affidabilità professionale) possa esonerare la stazione appaltante dall'obbligo di attivazione dell'invocata misura partecipativa.

5.4. A tale ultimo riguardo, il provvedimento di esclusione non ha comunque dato conto dell'omissione dichiarativa, né tanto meno esplicita le ragioni della mancata attivazione del prescritto contraddittorio. In altre parole non è stata data evidenza circa la slealtà della cooperativa appellante, sì da far venire meno ogni obbligo partecipativo da parte della stazione appaltante. Nel provvedimento di esclusione, oltre alla assenza di affidabilità, andava comunque evidenziata anche la mancanza di lealtà da parte della cooperativa poi esclusa. Tale mancata valutazione (di slealtà e mancata attivazione del contraddittorio) si rivela dunque idonea a dare luogo ad un difetto di motivazione.

5.5. La circostanza che tale causa di esonero dall'obbligo partecipativo sia invocata soltanto nel presente atto di appello – mediante formulazione di specifico motivo di gravame – lascia anzi presupporre che si tratti, nella sostanza, di inammissibile integrazione postuma della motivazione.

5.6. In linea generale e complementare, poi, la portata dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 verrebbe del tutto vanificata. E tanto soprattutto in considerazione del fatto che la previsione di cui all'art. 80, commi 7 ed 8, del d.lgs. n. 50/2016, costituisce ipotesi di partecipazione e di contraddittorio persino rafforzato rispetto all'ordinaria partecipazione di cui all'art. 7 della legge generale sul procedimento amministrativo. Ciò in quanto in quella peculiare sede procedurale, appositamente disciplinata dal codice dei contratti, il privato concorrente è specificamente ammesso a dimostrare di avere recuperato quel *gap* tecnico ed organizzativo che gli consentirebbe di non assumere ulteriormente comportamenti *scorretti* sul piano contrattuale e *sleali* sul piano procedimentale (ossia nei rapporti con la PA). Non si può essere del resto in grado di affermare con giudizio prognostico se, ove l'avviso partecipativo fosse

stato dato, la parte avrebbe dichiarato il *self cleaning* e questo sarebbe stato accettabile. Né questo si può valutare in tale specifico momento in quanto si trattava di vicende da far emergere con la corretta partecipazione procedimentale. In altre parole, affermare per tale via che l'avviso di partecipazione e contraddittorio procedimentale non va dato quando la parte è stata sleale significa introdurre una eccezione all'applicazione delle disposizioni sopra richiamate che non ha fondamento normativo. In siffatta direzione, non si può affermare che le stazioni appaltanti siano esonerate dall'onere di consentire la partecipazione procedimentale se ritengono che la controparte è stata sleale. Anche la slealtà della parte non può essere una petizione di principio o dimostrata *ex post*, ma va verificata nel contraddittorio procedimentale.

5.7. In questa medesima prospettiva, va osservato che lo stesso comportamento sleale non può essere atomisticamente considerato ma deve pur sempre essere messo in relazione alla fase ed ai relativi comportamenti organizzativi, caratterizzati da una certa devianza, che con il *self cleaning* si intende al contrario correggere: in altri termini, al pari dei gravi illeciti professionali anche tali atteggiamenti sleali potrebbero ben essere ascritti a quello stesso vertice societario dal quale, attraverso il *self cleaning*, si intende invece prendere le distanze. Dunque non si potrebbe escludere che la stessa slealtà, e non solo i gravi illeciti professionali, sia da ricondurre allo stesso centro decisionale poi successivamente oggetto, se del caso, di radicale cesura di tipo organizzativo. In questa direzione, *slealtà* e *inaffidabilità* si rivelano "facce della stessa medaglia". Di qui il diritto dell'operatore economico di dimostrare che, attraverso una rimodulazione del proprio assetto societario di vertice, tali comportamenti devianti non possano più essere messi in atto.

5.8. Entro questi stessi termini, l'unico motivo di appello non può dunque trovare ingresso in questa sede. E ciò dal momento che, nella specie, è stato chiaramente omesso un passaggio procedimentale indefettibile sulla scorta della normativa comunitaria per come interpretata dalla richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, e cioè la necessaria valutazione - in contraddittorio, appunto - della rilevanza e significatività delle misure di *self cleaning*. Misure queste che avrebbero dovuto essere valutate per la potenziale capacità, in capo all'operatore economico, di evitare taluni comportamenti rilevanti non solo sul piano della affidabilità professionale ma anche su quello della leale collaborazione con gli enti istituzionali.

6. Riassumendo i termini della questione:

6.1. L'illecito professionale non può essere mai fonte di esclusione automatica ma soltanto di estromissione disposta a seguito di contraddittorio procedimentale;

6.2. In occasione di tale contraddittorio, l'impresa accusata di illecito professionale è ammessa a provare di avere adottato efficaci misure di *self cleaning*;

6.3. Tali misure debbono essere valutate, dalla stazione appaltante, non solo per le gare future ma anche per quelle in corso;

6.4. L'efficacia o meno di tali misure deve riguardare non solo i comportamenti *contrattualmente scorretti* ma anche, se del caso, quelli *proceduralmente sleali*;

6.5. In altre parole, il contraddittorio procedimentale è diretto a valutare, altresì, se il comportamento sleale nei confronti della stazione appaltante sia da ascrivere soltanto al precedente assetto organizzativo decisionale (dal quale ci si intende poi discostare).

7. Alla luce di quanto sopra complessivamente riportato e considerato, emerge come la stazione appaltante abbia del tutto omesso la fase del contraddittorio procedimentale, così ponendo in essere un provvedimento di esclusione nel quale non si è tenuto conto delle misure di *self cleaning* e della loro potenziale capacità di superare le suddette lamentate ipotesi di comportamenti contrattualmente scorretti e proceduralmente sleali. Di qui la conferma della sentenza di primo grado sotto il profilo della violazione del contraddittorio procedimentale di cui al richiamato art. 80, commi 7 ed 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nonché del conseguente difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento stesso.

8. In conclusione il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato. Le spese di lite, stante la sostanziale novità della esaminata questione, vanno compensate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la sentenza n. 3858 del 29 aprile 2024, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato **si è pronunciata sulla obbligatorietà per la Stazione Appaltante, in caso di riscontrati illeciti professionali, di attivare il contraddittorio con l'operatore economico prima di assumere la decisione in ordine all'esclusione o meno dal confronto**

concorrenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 febbraio 2023, nn. 1700 e 1719; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2020, n. 5732; Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2019, n. 7749; Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2019, n. 1644).

Nel caso di specie, la Stazione Appaltante ha giustificato, soltanto in occasione della proposizione dell'appello, l'esclusione diretta e, quindi, l'omissione del contraddittorio con la mancata comunicazione da parte dell'operatore economico di gravi illeciti professionali consistenti in una precedente risoluzione contrattuale, in misure interdittive e indagini in corso nei confronti di alcuni suoi componenti, in diverse penali contrattuali per analoga commessa ed in esclusioni da due ulteriori gare dello stesso genere.

Nella sostanza, secondo la Stazione Appaltante, il grave illecito professionale sarebbe consistito anche in uno sleale comportamento dell'operatore economico in fase di gara.

Al riguardo, pur sussistendo un orientamento giurisprudenziale, peraltro proprio della medesima Sezione Quinta, secondo cui lo sleale comportamento in gara potrebbe costituire una deroga all'obbligo del contraddittorio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2019, n. 7749; *ibidem*, 12 marzo 2019, n. 1644), nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno messo in evidenza come il provvedimento espulsivo non contenesse una precisa motivazione sul punto.

Pertanto, anche in questa ipotesi, secondo il Consiglio di Stato trova applicazione il principio dell'obbligo del contraddittorio, espressamente previsto dall'art. 80, commi 7 ed 8, del d.lgs. n. 50/2016 in misura persino rafforzata rispetto all'ordinaria partecipazione di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990 e s.m.i..

Difatti, la slealtà della parte non può essere una petizione di principio o dimostrata *ex post*, ma va verificata nel contraddittorio procedimentale, posto che al pari dei gravi illeciti professionali anche gli atteggiamenti sleali potrebbero ben essere ascritti a quello stesso vertice societario dal quale, attraverso il *self cleaning*, si intende invece prendere le distanze.

In tal modo, i Giudici hanno ritenuto applicabile, sul solco delle ultime pronunce in tema (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2023, nn. 1700 e 1719; cfr. CGA, 13 luglio 2022, n. 829), il *self cleaning* non soltanto prima di partecipare alla gara, ma anche in corso di gara e prima dell'aggiudicazione, di fatto anticipando l'attuale disciplina contenuta nell'art. 96, commi 4, 5, 6 e 14, del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In altri termini, non si può escludere che anche il comportamento sleale in fase di gara possa essere superato dall'adozione di tempestive misure di *self cleaning* prima che si addivenga alla conclusione del confronto selettivo e, di conseguenza, va sempre attivato il contraddittorio con l'operatore economico.

