

Publicato il 02/02/2022

N. 00391/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01325/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1325 del 2021, proposto dalla -
OMISSIS-S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Lentini, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Sergio De Salvo, Riccardo Giglione, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso la
Struttura Territoriale Sicilia sita in Palermo, Viale Alcide De Gasperi, 247.

nei confronti

-OMISSIS-a r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione della gara per lavori di
manutenzione straordinaria relativamente all'accordo quadro triennale DG
06\19 limitatamente al lotto 20 Sicilia area compartimentale di Palermo ex
art. 80 co. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 per rinvio a giudizio dell'amministratore per

reato ex art. 319-quater c.p. anche in presenza di una attività di *self-cleaning* ed in assenza di autonoma valutazione sull'illecito professionale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il dott. Luca Girardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente proposto, la -OMISSIS-e costruzioni s.r.l. ha impugnato, tra gli altri, il provvedimento del responsabile Unità Appalti Lavori dell'ANAS spa del 14 giugno 2021 reg. uff. 0373624 con cui è stata annullata l'aggiudicazione n. CDG 271257 dell'1 giugno 2020 relativa alla gara per lavori di manutenzione straordinaria relativamente all'accordo quadro triennale DG 06\19 limitatamente al lotto 20 Sicilia area compartimentale di Palermo codice cig 7783742319 per l'importo base d'asta di euro 30.000.000,00.

In fatto, la ricorrente deduce che con atto di aggiudicazione dell'1 gennaio 2020, l'ANAS affidava alla costituenda -OMISSIS-srl + Consorzio -OMISSIS-scarl" i lavori di cui alla gara sopra descritta.

In data 28 luglio 2020, il Sig. -OMISSIS-, Amministratore *pro tempore* della società ricorrente, riceveva la comunicazione del difensore di ufficio che era stato depositato l'avviso di conclusione delle indagini per il reato di cui all'art. 319-quater, comma 2, nei suoi confronti. Il fatto contestato riguardava la presunta promessa di assunzione di un certo -OMISSIS-, su richiesta del direttore dei lavori che la società -OMISSIS-s.r.l. stava eseguendo nel territorio di Messina quale subappaltatrice della società -OMISSIS-. Tale fatto sarebbe stato commesso nel periodo da aprile a luglio 2018.

In data 9 dicembre 2020, il GIP del Tribunale di Messina, su richiesta del P.M., disponeva il rinvio a giudizio del Sig. -OMISSIS-.

In data 21 gennaio 2021, la società ricorrente comunicava all'ANAS che, in seguito ad un provvedimento giudiziario di rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 319-quater, comma 2, c.p. nei confronti del suo precedente amministratore, la società aveva proceduto ad allontanare dagli organi sociali e tecnici, il Sig. -OMISSIS-, imputato del reato anzi indicato.

In seguito a tale informazione, l'ANAS avviava il procedimento di annullamento dell'aggiudicazione ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016, avviso che era riscontrato dalla ricorrente con propria memoria ed allegati con cui evidenziava sia i provvedimenti di *self-cleaning* posti in essere, sia l'effettiva posizione giudiziaria del -OMISSIS-, che non consentiva di ritenere l'esistenza del grave illecito professionale.

A tale difesa seguiva il provvedimento oggi impugnato per i seguenti motivi:

I. Premessa una breve cronologia dei fatti che hanno portato all'esclusione del -OMISSIS- quale amministratore della società ricorrente, la società istante rileva che al momento della partecipazione alla gara, e sino alla data di aggiudicazione, la società -OMISSIS-ed il Sig. -OMISSIS- non conoscevano l'esistenza di una indagine penale a carico di quest'ultimo.

A tal proposito, la ricorrente sostiene che l'art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. 50/2016 non limita l'effetto discriminante del *self cleaning* al solo periodo procedimentale antecedente l'atto di aggiudicazione, così come sostiene la stazione appaltante nel provvedimento impugnato.

Ancora, la ricorrente lamenta che il provvedimento dell'ANAS sarebbe anche carente di motivazione in ordine all'efficacia della misura di allontanamento dell'autore del presunto illecito. Infatti, a suo dire, l'Anas non avrebbe compiuto su tale questione alcuna verifica istruttoria, nè avrebbe espresso alcuna motivazione contraria alla efficienza della misura stessa;

II. Con una seconda censura, la ricorrente sottolinea che le ipotesi escludenti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016 vengono a determinarsi in

capo all'operatore economico soltanto a seguito dell'apprezzamento discrezionale di inaffidabilità da parte della Stazione appaltante, che assume pertanto natura costitutiva. Ne consegue, pertanto, che fino al momento dell'esercizio da parte dell'Amministrazione di tale potere valutativo, l'operatore economico non può dirsi "gravato" da alcuna causa escludente. Ciò posto, mentre la norma richiede che la Stazione appaltante abbia acquisito con mezzi adeguati la consapevolezza che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità, l'unico elemento su cui l'ANAS fonda il suo giudizio sulla colpevolezza del -OMISSIS- per il reato di cui all'art. 319-quater, comma 2, è il provvedimento del GIP di rinvio a giudizio. Da ciò ne discenderebbe, a suo dire, la carenza di istruttoria che vizia il provvedimento gravato.

Risulta costituita in giudizio ANAS s.p.a. che ha all'uopo depositato memoria difensiva con la quale chiede il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 27 gennaio 2022, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso va respinto in ragione dell'infondatezza delle due censure che saranno trattate congiuntamente attesa la loro connessione.

Come chiarito in narrativa, la società ricorrente lamenta l'erroneità del presupposto sulla cui base l'amministrazione ha comminato la sanzione espulsiva, atteso che i fatti in contestazione, per cui pende un procedimento penale per violazione dell'art. 319 quater comma 2, c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità) in tesi commesso dall'amministratore *pro tempore* della società ricorrente, non sarebbero affatto qualificabili in termini di grave illecito professione ex art. 80, comma 5, lett. c, D.lgs. 50/2016 del codice dei contratti, in ragione dell'irrilevanza del quadro indiziario offerto, peraltro in difetto di una sentenza di condanna, ancorché non definitiva. Così come la ricorrente si duole sostanzialmente del fatto che la stazione appaltante ha ritenuto che le misure di *self cleaning* di cui all'art. 80, co. 7, D.lgs. n. 50/2016, poste in essere dalla ricorrente dopo il rinvio a giudizio del -OMISSIS-,

dispiegano effetti soltanto *pro futuro* e non per le gare in corso, lamentando pertanto omessa istruttoria e motivazione circa l'efficacia delle misure di allontanamento del proprio Amministratore Unico poste in essere.

Giova in premessa ricordare, in conformità al consolidato formante giurisprudenziale, che la norma contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c) codice dei Contratti pubblici (per cui è possibile l'esclusione di un operatore economico dalle gare pubbliche allorché 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"*), posta alla base della controversa esclusione, ha valore di clausola generale, essendo idonea a ricomprendere tutte le condotte poste in essere dalle imprese nell'ambito della propria attività professionale, in violazione di una norma d'obbligo, a prescindere dal rilievo civile, penale o amministrativo della stessa, e che siano in astratto suscettibili di minare o revocare in dubbio l'affidamento nella lealtà e integrità professionale dell'operatore economico, tenuto conto che proprio l'elemento fiduciario connota il contratto di appalto a salvaguardia del buon andamento dell'azione amministrativa.

La previsione in esame che affascia in sé molteplici fattispecie, ricomprendendo condotte, anche diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate esemplificativamente ai punti c-bis), c-ter) e c-quater, esprime una chiara scelta legislativa, *in primis* eurounitaria, di far ricorso ad una peculiare tecnica normativa che prevede per la descrizione della fattispecie astratta l'utilizzo di termini generici, introduttivi di concetti giuridici indeterminati, di modo che il fatto produttivo di effetti giuridici non viene individuato in maniera tassativa ed esaustiva dal legislatore, bensì attraverso il rinvio, per la sussunzione della fattispecie concreta nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (cfr. parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato nn. 2616/2018 e 1503/2017).

Dunque, è ben possibile desumere i gravi illeciti professionali posti a fondamento dell'esclusione del concorrente dalla gara da fatti i quali, pur astrattamente suscumbibili nell'area del penalmente rilevante, non siano stati ancora accertati con sentenza, ancorché non definitiva.

Ed invero, diversamente dall'ipotesi di commissione dei reati di cui al primo comma dell'art. 80 citato, ritenuti dal legislatore di per sé automaticamente escludenti se e in quanto acclarati con sentenza definitiva, le fattispecie suscettibili di essere incluse nell'ambito dei gravi illeciti professionali possono essere accertate dalla S.A. con qualsiasi mezzo adeguato e idoneo a provare la compromissione del vincolo fiduciario con la S.A., di talché non è necessario a tal fine che sia intervenuto un accertamento giudiziale definitivo, essendo sufficiente che la valutazione discrezionale dell'amministrazione circa il venir meno dell'affidabilità dell'aspirante affidatario, sottesa all'esclusione, sia corroborata da una autonoma considerazione della vicenda che dia conto della gravità e serietà degli elementi concreti raccolti, sia pure, come nella specie, sulla base di un complessivo quadro indiziario in ordine alla commissione di fatti suscettibili d'incidere sull'affidabilità professionale del concorrente e tale da metterne seriamente in dubbio l'integrità morale e professionale (cfr. in termini Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2019 n. 1846).

Una tale soluzione implica in maniera chiaramente ineludibile che, nel passaggio dall'astratta previsione normativa alla sua concreta applicazione, vi sia un margine significativo di discrezionalità della stazione appaltante, cui è rimesso l'apprezzamento della idoneità di ogni singola condotta esaminata, collegata all'esercizio dell'attività professionale e contraria ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, a rientrare nel perimetro della previsione astratta, in quanto sia permeata da una "gravità" tale da rendere "dubbia" l'integrità o affidabilità dell'operatore economico, sempre che ne sia data "dimostrazione con mezzi adeguati", alla stregua di sufficienti elementi probatori e di una ponderata e motivata valutazione (cfr. C.G.A. Regione

Sicilia, 30 aprile 2018, n. 252e 12 aprile 2019, n. 2407; Sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

Ciò posto, ritiene il Collegio che nel caso all'esame, come traspare dalla motivazione contenuta nell'atto gravato, sul punto adeguatamente approfondita, la stazione appaltante ha dato conto di aver effettuato un'autonoma valutazione delle fonti di prova da cui ha tratto la pregressa commissione di un illecito professionale grave, tenuto conto della gravità della base probatoria a carico dell'indagato, necessaria e sufficiente a integrare la prognosi di reità, e di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2020, n. 1762 e 21 gennaio 2020, n. 479).

Invero, la gravità dei fatti emerge *ex se* dal capo di imputazione di cui al punto o) del decreto del GIP del Tribunale di Messina, del 09.12.2020, che dispone il giudizio a carico del -OMISSIS- per il *“reato di cui all' art. 319 quater comma 2) cod. pen.; perché nella qualità di privato sub-appaltatore nell'ambito dei lavori affidati alla -OMISSIS- - per la messa in sicurezza della -OMISSIS-, DL nell'ambito dei lavori sopra indicati, e per conseguire un vantaggio, prometteva al pubblico ufficiale l'assunzione di -OMISSIS-”*.

Ciò posto, il comportamento illecito contestato in sede penale all'amministratore *pro tempore* dell'impresa ricorrente è stato del tutto plausibilmente ritenuto dalla S.A. rilevante ai fini della disposta esclusione, in quanto le circostanze emerse sono state giudicate idonee a ritenere oramai incrinato il rapporto fiduciario tra le parti, di talché, a giusta ragione, è stato sussunto tra le attività rilevanti nel giudizio di affidabilità, rientrando nell'esercizio dell'attività professionale svolta dall'operatore economico e oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante.

Piuttosto, ciò che emerge dalle valutazioni sottese all'esclusione è l'oggettivo disvalore delle condotte penali astrattamente ascrittegli come fatto-reato,

riferibili *lato sensu* alla stessa società ricorrente, che ha agito per il tramite del suo amministratore pro tempore, intessendo, in tesi, una rete di rapporti criminosi con un pubblico ufficiale.

Né, con riferimento alla gara all'esame, può avere rilievo alcuno la circostanza che il legale rappresentante implicato nella vicenda non abbia più alcun ruolo all'interno della società, per essersi dimesso dopo l'aggiudicazione del giugno 2020 (in realtà diversi mesi dopo, infatti pur avendo conosciuto delle indagini a suo carico nel luglio 2020, le misure di *self cleaning* sono state poste in essere solo nel gennaio 2021, dopo il rinvio a giudizio), atteso che, al momento della presentazione dell'offerta, così come al momento dell'aggiudicazione, il predetto rivestiva ancora la carica di Amministratore, per cui è evidente che non sussiste affatto la dovuta distanza, neppure temporale, tra (anche ex) amministratore e la società esclusa.

Le su riferite vicende, richiamate nel provvedimento di esclusione e oggetto di autonoma considerazione da parte della S.A., si apprezzano nella loro gravità in ragione della natura dell'imputazione, di talché nemmeno si richiedevano eloquenti motivazioni in relazione alla ritenuta incidenza sul requisito di integrità e affidabilità e sulla attinenza del requisito della professionalità, essendo evidente l'idoneità di determinate condotte a turbare l'interesse della stazione appaltante a contrattare solo con operatori che diano garanzie di piena integrità, affidabilità e serietà, a salvaguardia delle esigenze di imparzialità e trasparenza della procedura di gara. Si rammenta nuovamente che le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nella ricomprensione degli illeciti di varia natura nella fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett c) del d.lgs. n. 50/2016 e nell'adozione delle conseguenti determinazioni espulsive, mentre il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente un sindacato sulla motivazione nel senso che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce delle ragioni articolate dalla stazione appaltante nella motivazione del provvedimento, la valutazione non sia connotata da illogicità, irrazionalità, abnormità o, comunque, da travisamento dei fatti,

circostanze come chiarito non rinvenibili nel caso in esame (cfr. Cons. Stato V, 6 aprile 2020, n. 2260).

Ciò posto, non appare irragionevole la decisione dell'amministrazione che ha ritenuto il decreto di rinvio a giudizio per il grave reato contestato all'Amministratore Unico della ricorrente quale fattore sintomatico dell'inaffidabilità dell'operatore economico, di per sé sufficiente a giustificarne l'esclusione, in quanto indicativo di una dubbia integrità dell'operatore economico.

Sotto altro aspetto, nemmeno può rilevare in senso ostativo alla disposta esclusione l'asserita efficacia e adeguatezza delle misure adottate.

A tal proposito, è pacifico in giurisprudenza l'indirizzo, ribadito a più riprese anche da questo Giudicante, per cui *“risponde a logica, prima che alla normativa vigente in materia di appalto, che le misure di self cleaning abbiano effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo; solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali. Per ogni offerta precedente le misure di self cleaning, dunque, l'apprezzamento di inaffidabilità è comunque giustificato, anche se avviene quando le misure sono già state prese. Infatti, la stazione appaltante valuta l'affidabilità dell'operatore qual si presentava al momento dell'offerta, e per l'offerta che ha presentato, dovendo anzitutto cautelarsi da comportamenti scorretti che incidono sulla procedura ad evidenza pubblica”* (da ultimo, T.A.R., Firenze, sez. II, 19/01/2021, n. 77).

Ne consegue che dette misure, benché poste in essere prima della sanzione espulsiva, e anzi al precipuo scopo di impedirne l'insorgenza, non potrebbero impedire il provvedimento espulsivo da parte della Stazione appaltante.

Concludendo, il ricorso deve essere rigettato nel suo complesso in ragione della plausibilità della valutazione svolta dalla S.A. che ha portato all'esclusione della ricorrente, così come della riconosciuta operatività delle misure di *self cleaning* solo *pro futuro* e per successive gare.

La spese di lite possono essere compensate attesa la lata discrezionalità che connota i poteri valutativi della stazione appaltante *in subiecta materia*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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 i soggetti coinvolti dalle vicende penali richiamate in sentenza.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Luca Girardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Girardi

IL PRESIDENTE

Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.