

Pubblicato il 13/07/2022

N. 00829/2022REG.PROV.COLL.  
N. 00179/2022 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**

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE  
SICILIANA**

**Sezione giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 179 del 2022, proposto dalla -  
OMISSIS-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*

l'Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Sergio De Salvo e Riccardo Giglione, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

del -OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito  
in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione  
Prima) n. 391/2022, resa tra le parti, pubblicata il 2 febbraio 2022, notificata il  
4 febbraio 2022, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 1325/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2022, il consigliere Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato Giovanni Lentini e l'avvocato Sergio De Salvo;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per la Sicilia, notificato il 13 luglio 2021 e depositato il 15 luglio 2021, la società -OMISSIS-esponeva:

- che l'Anas, con provvedimento di aggiudicazione prot. n. 271257 del 1° giugno 2020, aveva affidato alla costituenda r.t.i., tra la società -OMISSIS- (mandataria) ed il consorzio stabile-OMISSIS- (mandante), i lavori di manutenzione straordinaria relativamente all'accordo quadro triennale per il risanamento strutturale delle opere d'arte, relativamente al lotto n. 20 (Sicilia-Area compartimentale di Palermo)
- di aver comunicato all'Anas, in data 21 gennaio 2021, che, a seguito di un provvedimento di rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 319-*quater*, comma 2, c.p. nei confronti del precedente amministratore, aveva proceduto ad allontanare il medesimo dagli organi sociali e tecnici;
- che, a fronte di tale informazione, l'Anas aveva avviato il procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016;
- che la società ricorrente aveva presentato una memoria in sede procedimentale, evidenziando l'insussistenza di un grave illecito professionale, considerati sia i provvedimenti di *self-cleaning* posti in essere, sia l'effettività della posizione giudiziaria del precedente amministratore.

2. La società -OMISSIS-impugnava quindi – unitamente agli atti presupposti – il provvedimento dell’Anas prot. n. 373624 del 14 giugno 2021, di annullamento in autotutela della precedente aggiudicazione.

2.1. Il ricorso di primo grado era articolato nei seguenti due motivi:

i) violazione dell’art. 80, commi 7 ed 8, del decreto legislativo n. 50/2016 con riferimento all’art. 57 della direttiva dell’Unione europea 2014/24, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), difetto assoluto di istruttoria e di motivazione, in quanto la società ricorrente aveva evidenziato di aver adottato, in data 14 gennaio 2021, le misure di *self cleaning* necessarie per sottrarre la stessa società al controllo del precedente amministratore (il quale aveva appreso della conclusione delle indagini preliminari in data 28 luglio 2020 ed era stato rinviato a giudizio in data 9 dicembre 2020), escludendolo dalla predetta carica di amministratore nonché da quella di direttore tecnico e nominando un nuovo amministratore, considerato poi che il precedente amministratore, nella stessa data del 14 gennaio 2021, aveva altresì ceduto tutte le sue quote, uscendo pertanto dalla compagine sociale; proseguiva la società ricorrente affermando che, al momento della partecipazione alla gara e sino alla data dell’aggiudicazione del 1° giugno 2020, non era a conoscenza dell’esistenza di un’indagine penale a carico del precedente amministratore, con la conseguenza che: *“l’assunto dell’Anas conduce a un’aberrante discriminazione e cioè se l’operatore economico avesse ricevuto la comunicazione del procedimento penale prima dell’aggiudicazione, poteva sottrarsi all’esclusione adottando provvedimenti di self-cleaning, se invece lo avesse ricevuto dopo l’aggiudicazione doveva subire le conseguenze della esclusione, senza potere utilizzare lo strumento di protezione previsto dalla direttiva comunitaria e dall’art. 80, commi 7 e 8, quale diritto proprio dell’impresa. [...]. Invero, l’art. 80 commi 7 e 8 del dlt 50/2016 non limita affatto l’effetto discriminante del self-cleaning al solo periodo procedimentale antecedente l’atto di aggiudicazione [...].”* (pag. 3 del ricorso di primo grado), né tale limitazione alla operatività del *self-cleaning* (alla fase precedente

all'aggiudicazione) sarebbe prevista dalla direttiva europea 2014/24, come interpretata dalla Corte di giustizia;

ii) violazione dell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016 e totale assenza di istruttoria e motivazione sulla sussistenza del grave illecito professionale, in quanto le ipotesi escludenti ivi contemplate possono determinarsi in capo all'operatore economico soltanto a seguito dell'apprezzamento discrezionale di inaffidabilità da parte della stazione appaltante sulla base di una valutazione in concreto, essendosi al contrario l'Anas limitata a dare esclusiva rilevanza al solo provvedimento di rinvio a giudizio del precedente amministratore, omettendo di acquisire "*mezzi adeguati che abbiano la forza causale di dimostrare che l'operatore economico si sia reso colpevole del grave illecito professionale di cui al capo di imputazione*" (pag. 8 del ricorso di primo grado).

3. L'Anas si costituiva nel giudizio di primo grado, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Il T.a.r. per la Sicilia, con la gravata sentenza n. 391 del 2022:

a) ha respinto entrambi i motivi di ricorso;

b) ha compensato le spese di lite.

5. Con ricorso in appello notificato il 25 febbraio 2022 e depositato il 1° marzo 2022, la società -OMISSIS- ha impugnato la predetta sentenza del T.a.r. per la Sicilia, riproponendo i due motivi di ricorso dedotti in primo grado (seppur con ordine invertito).

6. L'Anas si è costituita in giudizio con atto depositato il 14 marzo 2022, chiedendo il rigetto dell'appello e depositando successivamente, in data 28 aprile 2022, una memoria difensiva con la quale ha illustrato le proprie difese.

7. All'udienza pubblica del 25 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Occorre esaminare prioritariamente – per esigenze logico giuridiche – il secondo motivo d'appello (riproduttivo del primo motivo del ricorso di primo grado), tenuto conto che solo qualora si concordi con la tesi sostenuta

dall'appellante (circa la possibilità di valutare le misure di *self-cleaning* poste in essere dall'operatore economico anche successivamente all'aggiudicazione) sarà possibile valutare il lamentato difetto di istruttoria asseritamente commesso dall'Anas.

9. Il secondo motivo d'appello è infondato e deve essere respinto.

9.1. Infatti:

- a) la possibilità concessa all'operatore economico, ai sensi dell'art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, di adottare “*provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*” (cd. misure di *self cleaning*) è ontologicamente limitata alla fase della procedura ad evidenza pubblica (procedura che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione), considerato che la disciplina del codice degli appalti concerne unicamente tale fase e non riguarda ciò che avviene successivamente all'aggiudicazione stessa;
- b) la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza del 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha più volte ribadito che le misure di ravvedimento operoso (c.d misure di *self cleaning*) possono essere poste in essere “*in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione*” (cfr. § 29 della sentenza della Corte di giustizia; negli stessi termini, sulla necessità che il ravvedimento operoso intervenga nell'ambito “*della procedura d'appalto*” - e non oltre - si veda il successivo § 33 della citata sentenza);
- c) nel caso di specie risulta *per tabulas* che il ravvedimento operoso è avvenuto nel gennaio del 2021, successivamente all'aggiudicazione del 1° giugno 2020, con la conseguenza che l'Anas, ai fini dell'adozione del gravato provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, non doveva tenere in conto le misure di *self cleaning* poste in essere dalla società aggiudicataria dopo l'aggiudicazione stessa, potendo tali misure valere solo *pro futuro*, per la partecipazione a future gare (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, sent. n. 198 del 2022; id., sent. n. 164 del 2022).

10. Stante il rigetto del secondo motivo d'appello (riproduttivo del primo motivo del ricorso di primo grado), ne consegue l'infondatezza ed il rigetto del primo motivo d'appello (riproduttivo del secondo motivo del ricorso di primo grado), non potendo lamentarsi alcun difetto di istruttoria commesso dall'Anas a fronte di misure di *self-cleaning* poste in essere dalla società -OMISSIS- successivamente all'aggiudicazione e, come tali, inidonee a scongiurare il gravato provvedimento escludente, tenuto conto altresì che, ai fini della valutazione del grave illecito professionale, non occorre attendere l'esito del giudizio penale, ben potendo la stazione appaltante desumere elementi di fatto dagli atti del relativo procedimento, idonei comunque ad ingenerare seri dubbi di affidabilità e di integrità dell'operatore economico, come appunto avvenuto nel caso di specie, avendo l'Anas preso a riferimento il contenuto del decreto di rinvio a giudizio pronunciato dal Tribunale di Messina il 9 dicembre 2020, per fatti commessi dal precedente amministratore della società -OMISSIS- durante l'esecuzione di un precedente appalto di lavori in qualità di sub appaltatore (sul punto cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3107 del 2022; id., sez. III, sent. n. 164 del 2022).

11. In definitiva l'appello deve essere respinto.

12. Le spese di lite del presente giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate, in favore dell'Anas, nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 179/2022, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente giudizio in favore dell'Anas s.p.a., liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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 la parte appellante e le persone fisiche indicate in sentenza.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Michele Pizzi**

**IL PRESIDENTE**

**Fabio Taormina**

**IL SEGRETARIO**

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