

Sull'applicazione dell'art. 80, 5 co., lett. c del d.lgs. 50/2016

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 3-6-2019

Per l'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo in vigore prima del d.-l. 14 dicembre 2018 n.135) la stazione appaltante può procedere all'esclusione nei casi in cui emergano:

-- condanne definitive per i delitti di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 Cod. pen., le quali costituiscono motivo di esclusione obbligatoria (comma 1, lett. b));

-- gravi illeciti professionali collegati all'esercizio dell'attività professionale, "contrari ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa" (cfr. Cons. Stato Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192);

Al di fuori di questi due casi, **all'amministrazione resta la valutazione tecnico-discrezionale della sussistenza dei presupposti per l'esclusione del concorrente qualora emergono elementi "...tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità..."**.

In tale ultimo caso, l'esclusione può prescindere dal previo accertamento penale: la stazione appaltante può fondare il provvedimento su un quadro complessivo di elementi che, sul piano sintomatico della razionalità e della imparzialità, dimostrino la ragionevolezza del giudizio di inaffidabilità o di mancanza di integrità.

GUIDA ALLA LETTURA

Nella sentenza in commento, la società ricorrente lamenta la sua esclusione dalla procedura di gara indetta dalla stazione appaltante per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico, esclusione motivata in ragione della presunta violazione dell'art. 80, co. 5, lett. C. del D.Lgs. 50/2016.

Tale norma consente l'esclusione dalla procedura qualora, in base ad una valutazione tecnico discrezionale, emergano elementi tali da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità del concorrente.

Secondo la tesi sostenuta dal ricorrente, non ricorrerebbero in tal caso i presupposti previsti dalla disposizione da ultimo citata, in quanto il comportamento riprovevole tenuto dall'operatore economico non ha costituito oggetto di un accertamento giudiziale e non risulta pertanto stigmatizzato in una sentenza di condanna. Si osserva inoltre che nessuna misura cautelare è stata adottata nei riguardi dei titolari dell'impresa.

Il ragionamento prospettato non è condiviso dal Consiglio di Stato il quale osserva innanzitutto che:

per l'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo in vigore prima del d.-l. 14 dicembre 2018 n.135) la stazione appaltante può procedere all'esclusione nei casi in cui emergano:

-- condanne definitive per i delitti di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 Cod. pen., le quali costituiscono motivo di esclusione obbligatoria (comma 1, lett. b));

-- gravi illeciti professionali collegati all'esercizio dell'attività professionale, "*contrari ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa*" (cfr. Cons. Stato Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192);

Al di fuori di questi due casi, **all'amministrazione resta la valutazione tecnico-discrezionale della sussistenza dei presupposti per l'esclusione del concorrente qualora emergono elementi "...tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità..."**.

In tale ultimo caso, l'esclusione può prescindere dal previo accertamento penale: **la stazione appaltante può fondare il provvedimento su un quadro complessivo di elementi che, sul piano sintomatico della razionalità e della imparzialità, dimostrino la ragionevolezza del giudizio di inaffidabilità o di mancanza di integrità.**

In ogni caso le linee guida ANAC n. 6/2016 sottolineano che il verificarsi delle fattispecie ivi individuate non dà luogo all'esclusione automatica dell'operatore economico dalla gara: pone, piuttosto, in capo alla stazione appaltante l'onere di procedere a una valutazione discrezionale degli elementi accertati da cui possano evincersi illeciti professionali gravi, idonei a motivare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara.

In sostanza per queste linee guida, la valutazione della rilevanza ostativa degli specifici comportamenti è rimessa a valutazioni tecnico-discrezionali di competenza della stazione appaltante e non può costituire una meccanicistica conseguenza di procedimenti penali.

Tale interpretazione è stata poi rafforzata dal recentissimo art. 5 del d.l. n. 135 del 2018 (conv. dalla n. 12 del 2019), che alla lett. *c-bis*) ha, tra l'altro, previsto l'esclusione per l'operatore economico nel caso in cui "*abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio*" senza fare alcun richiamo alla necessità della sussistenza "sentenze di condanna" definitive o non definitive.

In definitiva, per poter procedere all'esclusione, non è necessario attendere l'esito del giudizio penale dato che l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 non richiede alla stazione appaltante l'accertamento penale della responsabilità del concorrente, ma solo un'autonoma dimostrazione, con mezzi adeguati (tra i quali l'atto processuale penale di suo ovviamente non rientra) della sussistenza di elementi tali da "rendere dubbia" la sua affidabilità.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5498 del 2018, proposto da Torquato Tasso - Società Cooperativa a.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Coppola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sorrento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Pasetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza della Penisola Sorrentina non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 4271/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sorrento;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Michele Coppola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame la Torquato Tasso Società cooperativa a r.l. chiede l'annullamento della sentenza che ha respinto il suo ricorso avverso l'esclusione dalla gara per l'affidamento triennale del servizio di trasporto scolastico del Comune di Sorrento e dei Comuni limitrofi per il triennio 2018- 20, nella quale era risultata essere l'unica partecipante.

L'appello, previa una lunga premessa relativa al ricorso originario ed alla decisione di primo grado, è affidato alla denuncia di tre rubriche di censura relative alla violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016; all'errata istruttoria ed interpretazione dei fatti, all'omessa motivazione, all'erronea interpretazione delle linee ANAC ed all'omessa lettura delle motivazioni indicate dalla Corte di Cassazione; nonché eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione, assenza di prove, mancanza di imparzialità e trasparenza; arbitrarietà della valutazione per l'assenza della pretesa carenza dell'elemento fiduciario e dei requisiti ed omessa valutazione dei precedenti incarichi.

Con una memoria in data 7 dicembre 2018 si è costituito in giudizio il Comune di Sorrento confutando analiticamente le tesi di controparte ed insistendo per il rigetto dell'appello.

Con ordinanza in data 31 agosto 2018 la Sezione ha accolto, nelle more, la richiesta di sospensione cautelare della decisione impugnata.

Uditi, all'udienza pubblica di discussione, i difensori delle parti l'appello è quindi stato ritenuto in decisione dal Collegio

DIRITTO

1.§. Le tre doglianze dell'appello attengono ad un unico nucleo sostanziale di doglianza e per ragioni di economia processuale possono essere esaminate congiuntamente.

1.§.A) Con il primo motivo l'appellante assume che la sentenza, pur richiamando l'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 avrebbe poi ommesso di considerare che la stazione appaltante non avrebbe indicato e provato quale sarebbe stato l'illecito professionale commesso.

La sentenza avrebbe invece che:

-- erroneamente sostenuto che la rilevanza degli elementi di debito senza rendersi conto che tali non sarebbero mai stati nemmeno descritti, e quindi tantomeno provati;

-- che "l'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione si appunta sui comportamenti univocamente idonei, tali da non richiedere, secondo i principi sopra esposti e ritenuti applicabili alla vicenda in esame, a monte l'accertamento mediante un provvedimento giudiziale definitivo" senza premurarsi di indicare però quali sarebbero stati quali sarebbero i comportamenti univocamente idonei. L'ipotesi di reato sarebbe stata ritenuta infondata dalla Corte di Cassazione per l'assenza di indicazione degli elementi concreti;

-- che sarebbe stata "ragionevole la valutazione compiuta dalla stazione appaltante in ordine all'esistenza, per la nuova gara, di un illecito professionale escludente collegato alle condotte serbate da soggetti appartenenti alle compagini sociali riferite allo svolgimento del medesimo servizio di trasporto scolastico oggetto della gara in questione. I fatti riferiti, che coinvolgono tra gli altri l'amministratore delegato e il legale rappresentante delle cooperative, sono stati ritenuti idonei a configurare l'ulteriore ipotesi non elencata dall'art. 80 comma 5 d. lgs. 50/2016, in quanto in grado di incidere negativamente sulla integrità e/o affidabilità del concorrente in rapporto allo specifico contratto (trasporto scolastico) da affidare proprio da parte del Comune di Sorrento" senza -- ancora una volta -- di indicare quali siano i comportamenti ascritti ai responsabili dell'impresa e soprattutto come sarebbero stati provati i fatti.

Inoltre la sentenza, da un lato avrebbe sostenuto che vi sarebbe stata un'istruttoria, mentre dagli atti depositati non emergerebbe alcuna univoca prova della colpevolezza e dall'altro avrebbe avallato erroneamente il comportamento della pubblica amministrazione dato che per il punto 6.3 delle linee guida n. 6 dell'Anac la stazione appaltante valuta i provvedimenti di condanna non definitivi ma escluderebbe che il decreto di rinvio a giudizio fosse di per sé idoneo ad escludere il concorrente.

L'amministrazione avrebbe dovuto individuare i comportamenti e verificare che fossero provati in modo univoco e valutare la loro gravità.

L'atto impugnato sarebbe stato quindi privo di motivazione ed erroneamente la sentenza avrebbe sottolineato, alla luce del quadro normativo di riferimento, la sussistenza dell'illecito professionale considerato che ha reso dubbia l'integrità e l'affidabilità della società cooperativa, anche tenuto conto della stretta correlazione esistente tra i fatti oggetto del procedimento penale e l'oggetto della gara in atto.

1.§.B) Con il secondo motivo si lamenta la mancata lettura delle motivazioni indicate dalla Corte di Cassazione della quale sarebbe risultata l'insussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi di una colpevolezza degli imputati.

L'esclusione impugnata in primo grado sarebbe stata motivata dalla stazione appaltante in relazione all'avvenuto venir meno del rapporto fiduciario necessario ai fini dell'affidamento che sarebbe comprovato dalle risultanze giudiziarie antecedenti al disposto rinvio a giudizio, e che avevano determinato l'applicazione di misure cautelari a carico del socio e del legale rappresentante della società, la cui revoca può ritenersi idonea a far ritenere viziata la disposta esclusione.

L'Amministrazione non avrebbe fatto nessuna istruttoria per individuare se vi erano stati comportamenti illeciti realmente provati.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 20266/2016, aveva confermato il provvedimento del Tribunale del riesame di rigetto della richiesta di carcerazione cautelare nei confronti dei due titolari dell'impresa appellante ed aveva espressamente dichiarato che l'intero compendio investigativo non fosse idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave quadro indiziario a carico degli indagati. In particolare la sentenza di cassazione aveva rilevato che il Collegio del riesame aveva evidenziato il difetto di *"elementi concreti, se non il profilarsi del movente – soggetto favorito dall'azione fraudolenta del dirigente comunale – lumeggianti la condotta di istigazione dei due odierni indagati, in qualità di estranei del delitto proprio del pubblico ufficiale"*. Comunque la posizione dei titolari della società appellante sarebbe rimasta assolutamente in ombra.

Il Tribunale amministrativo per la Campania, senza conoscere atti ed i fatti del procedimento penale, sarebbe andato oltre quanto deciso dalla Corte di Cassazione richiamando due pronuncie del Consiglio di Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299 e 11 giugno 2018, 3592.

1.§.C.) Con il terzo motivo si impugna il punto 7.4 della sentenza nella parte in cui si dichiara inconferente *"il richiamo alla disposta proroga del precedente contratto d'appalto, limitato ad un circoscritto arco temporale e fondato sulla condivisibile necessità di assicurare la prosecuzione del regolare svolgimento del servizio di trasporto nell'anno scolastico in corso. La motivazione trova conferma nella nota prot- 588583 inviata ad Anac il 29.12.2017, in cui Comune evidenzia che, nonostante tutto, procederà in regime di "prorogatio" al fine di garantire la continuità del servizio "in quanto dimostra come non siano stati valutati tutti i motivi di doglianza e tutte le argomentazioni"*.

La stazione appaltante pur conoscendo i procedimenti penali dal dicembre 2015 non avrebbe mosso contestazione per ben due anni e, senza giustificazione, avrebbe permesso alla Cooperativa di proseguire sino alla naturale scadenza del rapporto del 31 dicembre 2017, mentre avrebbe dovuto procedere a risolvere il rapporto.

In primo luogo la sentenza non avrebbe considerato che la Torquato Tasso aveva sempre espletato il servizio di trasporto scolastico dell'ultimo quinquennio senza che mai contestazioni o sanzioni o carenze nell'esecuzione, e il Comune di Sorrento non aveva fatto luogo ad alcuna risoluzione del contratto ma anzi aveva concesso l'ulteriore proroga sino al 30 giugno 2018 mentre in presenza di un grave illecito aveva l'obbligo di risolvere il contratto.

2.§. L'assunto è infondato.

Quanto al primo motivo, non appare convincente il richiamo alla mancanza di prova dell'illecito professionale.

In linea generale, per l'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo in vigore prima del d.-l. 14 dicembre 2018 n.135) la stazione appaltante può procedere all'esclusione nei casi in cui emergano:

-- condanne definitive per i delitti di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 Cod. pen., le quali costituiscono motivo di esclusione obbligatoria (comma 1, lett. b));

-- gravi illeciti professionali collegati all'esercizio dell'attività professionale, "*contrari ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa*" (cfr. Cons. Stato Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192);

Al di fuori di questi due casi, all'amministrazione resta la valutazione tecnico-discrezionale della sussistenza dei presupposti per l'esclusione del concorrente qualora emergono elementi "*...tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità...*".

In tale ultimo caso, l'esclusione può prescindere dal previo accertamento penale: la stazione appaltante può fondare il provvedimento su un quadro complessivo di elementi che, sul piano sintomatico della razionalità e della imparzialità, dimostrino la ragionevolezza del giudizio di inaffidabilità o di mancanza di integrità.

In ogni caso le linee guida ANAC n. 6/2016 sottolineano che il verificarsi delle fattispecie ivi individuate non dà luogo all'esclusione automatica dell'operatore economico dalla gara: pone, piuttosto, in capo alla stazione appaltante l'onere di procedere a una valutazione discrezionale degli elementi accertati da cui possano evincersi illeciti professionali gravi, idonei a motivare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara.

In sostanza per queste linee guida, la valutazione della rilevanza ostativa degli specifici comportamenti è rimessa a valutazioni tecnico-discrezionali di competenza della stazione appaltante e non può costituire una meccanicistica conseguenza di procedimenti penali.

Dunque il mancato completamento del processo penale di per sé non elideva dunque il potere dell'amministrazione di valutare se sussistevano elementi tali da poter far ritenere un'indebita influenza dell'operatore economico nei processi decisionali dell'amministrazione.

Tale interpretazione è stata poi rafforzata dal recentissimo art. 5 del d.l. n. 135 del 2018 (conv. dalla n. 12 del 2019), che alla lett. *c-bis*) ha, tra l'altro, previsto l'esclusione per l'operatore economico nel caso in cui "*abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio*" senza fare alcun richiamo alla necessità della sussistenza "sentenze di condanna" definitive o non definitive.

In tale prospettiva, se le irregolarità riguardano una gara il cui esito potrebbe essere stato indebitamente influenzato da comportamenti indebiti dei dirigenti della stazione appaltante e dell'impresa aggiudicataria, la successiva conoscenza delle circostanze risultanti dalle indagini penali comunque ben giustifica l'esclusione della concorrente responsabile a tutela dell'interesse pubblico concreto alla integrità delle gare d'appalto.

In ogni caso, quanto al profilo probatorio di cui alla seconda censura, appare evidente che, nel caso l'amministrazione non poteva realmente compiere attività di verifica delle circostanze fattuali oggetto delle condotte contestate nel decreto di rinvio a giudizio della Procura della

Repubblica presso il Tribunale di Torre Annunziata, con cui erano stati ipotizzati gravi illeciti ex art 353 (*Turbata libertà degli incanti*) Cod. pen., riguardanti direttamente il procedimento di gara *de quo* (tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante da parte dei rappresentanti legali della società e di un funzionario comunale).

Certamente l'ipotesi di reato in quella sede formulato non costituisce un "accertamento" e di per sé non può essere assunta a fattore di suo rilevante.

Piuttosto, contrariamente a quanto afferma il terzo profilo, per procedere discrezionalmente all'esclusione è sufficiente che sussistano concreti profili sintomaticamente concordanti ed univoci dell'inaffidabilità, dell'incongruità o della mancanza di integrità della procedura di gara.

In ogni caso, per poter procedere all'esclusione, non è necessario attendere l'esito del giudizio penale dato che l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 non richiede alla stazione appaltante l'accertamento penale della responsabilità del concorrente, ma solo un'autonoma dimostrazione, con mezzi adeguati (tra i quali l'atto processuale penale di suo ovviamente non rientra) la sussistenza di elementi tali da "rendere dubbia" la sua affidabilità.

Nondimeno, per quel che attiene la vicenda amministrativa, i fatti cui faceva riferimento la richiesta di rinvio a giudizio -- tra cui il possibile diretto coinvolgimento di funzionari dell'amministrazione -- erano comunque di loro sufficienti a legittimare una verifica complessiva del comportamento dell'appellante con riguardo alla procedura, considerando altresì i caratteri peculiari del precedente affidamento.

In tale direzione, contrariamente a quanto assume l'appellante, anche la pronuncia della Corte di Cassazione non ha rilevanza ostativa: sebbene favorevole ai titolari dell'impresa, nondimeno è intervenuta sul solo piano, limitato, della verifica della sussistenza dei presupposti di legge per la custodia cautelare degli imputati e non definisce il procedimento penale. Del resto, dopo il provvedimento impugnato, il GUP di Torre Annunziata ha poi ritenuto sussistessero i presupposti per il rinvio a giudizio degli imputati ai sensi dell'art. 492 Cod, proc. pen..

Pertanto la considerazione delle caratteristiche specifiche del procedimento di gara conducono a ritenere che gli elementi posti a base della presente esclusione non fossero irragionevoli, irrazionali o iniqui.

L'atto appare giustificato da una situazione di irregolarità che induce a ritenere che il procedimento di affidamento del servizio di trasporto scolastico in questione fosse stato deviato dai principi di imparzialità, economicità, *par condicio* e buon andamento dell'azione amministrativa, per la ricorrenza di elementi oggettivi tali da far sintomaticamente dubitare della complessiva correttezza e della trasparenza dell'intera gara.

Tra questi, in primo luogo, l'esclusione dei titolari di taxi e licenze di autonoleggio dalla partecipazione alla gare per il trasporto scolastico aveva oggettivamente finito in grado di condizionare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante e il relativo

confronto concorrenziale. Tale determinazione aveva infatti comportato una restrizione dei requisiti di capacità professionale, tecnica ed economica previsti dal bando.

Altro elemento rilevante nel senso di cui sopra è la circostanza, singolare in questo genere di gare (normalmente affollate di numerosi concorrenti), che la società appellante era stata l'unica partecipante. Non è frequente la partecipazione di un solo concorrente ad una gara per un servizio pluriennale, peraltro di importo non modesto.

Infine sintomaticamente indicativo è anche il fatto che, anche nel precedente affidamento, la Cooperativa Tasso si era aggiudicata il servizio – ancora in assenza di altri concorrenti-- con un ribasso di appena l'1%.

In conclusione, sussistevano elementi precisi, diretti e concordanti, per ritenere che legittimamente la stazione appaltante -- nell'esercizio della sua discrezionalità – avesse radicato la convinzione che di un'oggettiva, incidente, indebita influenza dell'operatore economico nei processi decisionali dell'amministrazione e che quest'incidenza fosse stata tale “...da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità...” come afferma il ricordato art. 80, comma 5, del *Codice*.

Deve dunque escludersi la sussistenza del lamentato difetto di istruttoria, di contraddittorietà delle motivazioni o di arbitrarietà delle conclusioni dell'appellata sentenza che va condivisa per l'evidenza che il contesto complessivo giustificava la severità del provvedimento adottato.

L'appello è dunque infondato e deve essere respinto.

Le spese tuttavia, in relazione alla novità della questione, ben possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando:

1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto.
2. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere



Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere