

Le responsabilità penali dell'amministratore possono compromettere i requisiti di partecipazione della società alla gara

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 21-6-2022

Nell'ipotesi di procedimento penale avviato nei confronti del solo amministratore della società, non è sufficiente la sua sostituzione prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara a far mantenere in capo alla società il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dall'Avviso pubblico

I fatti penalmente rilevanti contestati all'amministratore della società, qualora attengano all'attività della società e non sono confinati nella sfera personale dell'amministratore sottoposto a procedimento penale, assumono rilevanza giuridica ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Infatti, le persone giuridiche agiscono sul piano giuridico e materiale per mezzo dei propri organi – persone fisiche, con la conseguenza che, a prescindere dalle responsabilità penali di natura personale, l'attività materiale posta in essere nell'ambito di quella societaria non può che essere imputata alla società in nome e per conto della quale l'amministratore ha agito.

Pertanto, il procedimento penale avviato nei confronti del solo amministratore della società, sostituito da altri prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, può compromettere i requisiti di partecipazione della società previsti dall'avviso pubblico.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 01/06/2022

N. 04442/2022REG.PROV.COLL.

N. 09777/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Settima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9777 del 2021, proposto da -OMISSIS- s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiana Fedeli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, via Cicerone 28;

contro

Comune di Civitavecchia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Marino, Domenico Occagna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Civitavecchia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2022 il Cons. Paolo Marotta; nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso in appello, ritualmente notificato e depositato in giudizio, la società appellante ha impugnato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. II - *bis*, n. -OMISSIS-, pubblicata il -OMISSIS-, con la quale è stato respinto il ricorso di primo grado,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della determina n. -OMISSIS-, con la quale il Comune di Civitavecchia ha disposto l'esclusione dalla procedura di affidamento, tramite convenzione, ai sensi dell'art. 45 - bis c.n., dei servizi connessi alla balneazione riferiti alla spiaggia libera del -OMISSIS-, dal 2021 e per la durata di anni 6.

1.2. L'odierna appellante ha chiesto, in riforma della sentenza impugnata, oltre all'annullamento degli atti impugnati con il ricorso di primo grado, anche l'accoglimento della domanda di risarcimento dei danni asseritamente subiti.

1.3. A sostegno del proposto gravame, la società appellante ha formulato una serie di censure, che nel prosieguo del presente provvedimento saranno oggetto di specifica disamina.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Civitavecchia, contestando le deduzioni di parte appellante e chiedendo la reiezione del gravame.

3. Con memorie depositate rispettivamente nelle date del 29 marzo 2022 e del 2 aprile 2022 il Comune di Civitavecchia e la società appellante hanno avuto modo di rappresentare compiutamente le relative tesi difensive.

4. All'udienza pubblica del 19 aprile 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5.1. Con un primo ordine di censure l'odierna appellante contesta l'interpretazione del giudice di prime cure in merito alla clausola dell'Avviso pubblico (par. 5, co. 3, lett. c, del predetto Avviso), in base alla quale è stata estromessa dalla procedura di gara, evidenziando che, essendo la responsabilità penale di natura personale ed essendo stato sostituito l'amministratore della società, non potrebbero essere imputati alla società appellante fatti relativi alla pregressa gestione.

5.2. La società appellante si duole inoltre della omessa pronuncia del giudice di prime cure in ordine alla nullità della clausola dell'Avviso pubblico pubblicato dal Comune di Civitavecchia, che, fissando i requisiti di partecipazione alla procedura di gara *de qua*, si porrebbe in contrasto con il principio di tipicità delle clausole di esclusione dalle procedure di gara per l'affidamento degli appalti pubblici, sancito nell'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016.

5.3. L'odierna appellante deduce la nullità della clausola in questione, per violazione dell'art. 83, co. 8, ultima parte, d.lgs. n. 50/2016 sotto diverso profilo, evidenziando che, da un lato, la predetta clausola richiede quale requisito di partecipazione l'insussistenza di procedimenti penali e di sentenze definitive di condanna per gli illeciti diversi da quelli che determinano l'esclusione automatica ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 80 dello stesso codice dei contratti pubblici, dall'altro, l'illecito professionale, di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, è causa di esclusione solo se grave e tale da rendere dubbia l'integrità del partecipante alla procedura, attraverso una valutazione discrezionale dalla p.a. Nel caso di specie la sanzione della esclusione automatica sarebbe stata disposta senza un accertamento in concreto della gravità delle condotte contestate.

5.4. L'odierna appellante denuncia il carattere equivoco della clausola dell'Avviso (sopra

richiamata), con la conseguenza che la violazione del relativo obbligo dichiarativo non sarebbe sanzionabile con l'esclusione dalla procedura di gara.

5.5. Con un ultimo ordine di censure la parte appellante sostiene che il provvedimento di esclusione sarebbe comunque illegittimo, proprio in ossequio ai principi del *favor participationis* e di tassatività delle cause di esclusione, che impongono, a fronte di una clausola ambigua della *lex specialis*, di prediligere l'interpretazione che favorisca la più ampia partecipazione alla procedura di gara, risolvendosi altrimenti la clausola in una illegittima violazione del principio di tipicità delle clausole di esclusione.

6. Le censure sono manifestamente infondate; esse vengono trattate congiuntamente, attenendo a profili connessi.

6.1. Occorre premettere che il Comune di Civitavecchia, in data 4 marzo 2021, ha pubblicato un Avviso pubblico volto all'affidamento in concessione, tramite convenzione, ai sensi dell'art. 45 - *bis* c.n., dei servizi connessi alla balneazione riferiti alla spiaggia libera del -OMISSIS-, per la durata di sei anni.

Il predetto Avviso all'art. 5, 3), lett. c) e d), individuava, tra agli altri, i seguenti requisiti di partecipazione:

“c) non essere interessati da procedimenti in corso o da sentenze definitive per aver realizzato innovazioni, opere abusive, occupazioni sine titulo sul pubblico demanio marittimo che comportano o hanno comportato sanzioni penali ai sensi degli artt. 31 e 44 del D.P.R. 380/2001 e ss.mm.ii., dell'art. 181 del D.Lgs. 42/2004 e ss.mm.ii. e degli artt. 54 e 1161 del Codice della Navigazione;

d) non avere contenziosi aperti con il Comune di Civitavecchia”.

Alla base del provvedimento di esclusione dell'odierna appellante dalla procedura di gara in questione vi è la constatazione (secondo quanto rilevato dal RUP in sede di gara, sulla base della documentazione trasmessa dalla Capitaneria di Porto di Civitavecchia) che la società ha abusivamente e reiteratamente occupato circa 800 mq di demanio marittimo con attrezzature che non rientrano nella tipologia di attrezzature autorizzate con convenzione dal Comune di Civitavecchia (le attrezzature in questione sono state sottoposte a sequestro penale).

L'Amministrazione comunale ha dunque estromesso dalla procedura di gara l'odierna appellante per due motivi:

- l'insussistenza del requisito previsto dall'avviso pubblico di cui all'art. 5, 3), lett. c) e d) per aver effettuato occupazioni *sine titulo* e aver realizzato opere abusive sul demanio marittimo;
- l'aver presentato dichiarazioni non veritiere, in violazione di quanto prescritto dall'art. 80, comma 5, lett. f- bis, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.

6.2 Tanto premesso, le deduzioni di parte appellante si rivelano prive di fondamento.

Il fatto che, in relazione alle violazioni accertate dalla Capitaneria di Porto di Civitavecchia, sia stato avviato procedimento penale nei confronti del solo amministratore della società e che, prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara *de qua*, l'amministratore in questione sia stato sostituito con altri non è sufficiente a ritenere che la società appellante possa considerarsi in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dall'Avviso pubblico.

I fatti penalmente rilevanti contestati all'amministratore della società attengono alla attività della società e non sono confinati nella sfera personale dell'amministratore sottoposto a procedimento penale, con la conseguenza che essi assumono rilevanza giuridica ai fini della partecipazione alla procedura di gara *de qua*.

Come correttamente evidenziato nella sentenza impugnata, le persone giuridiche agiscono sul piano giuridico e materiale per mezzo dei propri organi – persone fisiche, con la conseguenza che, a prescindere dalla responsabilità penali di natura personale, l'attività materiale posta in essere nel caso di specie (ossia, l'occupazione abusiva di circa 800 mq di demanio marittimo) non può che essere imputata alla società in nome e per conto della quale l'amministratore ha agito.

6.3. Neppure può essere condivisa la tesi della dedotta nullità della clausola del bando, per violazione del principio di tipicità delle cause di esclusione dalle procedure di gara e ciò per due ordini di ragioni.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici individua come causa di esclusione il fatto che l'operatore economico si sia reso "*colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*".

Non è condivisibile la tesi della parte appellante secondo la quale la stazione appaltante si sarebbe limitata a fissare la regola in astratto, senza verificare in concreto la gravità dei fatti contestati. In sede di gara, l'amministrazione ha verificato la sussistenza di verbali di accertamento dell'occupazione abusiva su demanio marittimo per circa 800mq con realizzazione di opere abusive sottoposte a sequestro penale. Non vi può essere dubbio che tale verifica integri l'accertamento in concreto della insussistenza delle condizioni di affidabilità, cui fa riferimento la disposizione normativa sopra richiamata.

6.4. Oltre a ciò, la stazione appaltante pone a base del provvedimento impugnato anche il fatto che la società abbia reso delle dichiarazioni non veritiere, il che integra di per sé una causa di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f- bis del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.

Ritiene il Collegio che la società appellante avrebbe dovuto indicare al Comune di Civitavecchia le violazioni accertate dalla Capitaneria di Porto di Civitavecchia in merito alle occupazioni abusive del demanio marittimo, rimettendo poi alla amministrazione la valutazione della rilevanza giuridica delle predette circostanze, ai fini della partecipazione alla procedura di gara *de qua*.

6.5. Alla luce dei gravi fatti contestati alla società appellante, destituite di ogni fondamento sono le censure relative alla dedotta violazione del principio del *favor participationis* o alla

equivocità delle disposizioni dell'Avviso pubblico (sopra richiamate), in quanto, da un lato, l'invocata applicazione del principio del *favor participationis* non può tradursi nella ingiustificata ammissione alle procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici di soggetti giuridici che, sotto il profilo della affidabilità, sono privi dei requisiti normativamente stabiliti per poter concorrere alla aggiudicazione dei predetti appalti, dall'altro, i requisiti di partecipazione alla gara *de qua* - stabiliti all'art. 5, 3), lett. c) e d) dell'Avviso pubblico - si rivelano, anche ad una lettura superficiale, di facile interpretazione e applicazione sul piano giuridico (per le ragioni sopra richiamate, le occupazioni *sine titulo* effettuate sul pubblico demanio marittimo, accertate nei confronti della società appellante dalla Capitaneria di Porto di Civitavecchia per circa 800 mq, a prescindere dalle responsabilità penali dell'amministratore *pro tempore*, non essendo confinate alla sfera personale dell'amministratore, non possono che essere imputate alla medesima società e integrano una causa di esclusione dalla procedura di gara *de qua*, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici, incidendo sulla affidabilità del predetto operatore economico).

7. In conclusione, il ricorso si rivela infondato e va respinto.

8. Le spese di giudizio, liquidate nel dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la società appellante al pagamento in favore del Comune di Civitavecchia delle spese di giudizio, liquidate in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori (se e in quanto dovuti).

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.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere



Paolo Marotta, Consigliere, Estensore