

Pubblicato il 25/08/2023

N. 07949/2023REG.PROV.COLL.
N. 01690/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1690 del 2023, proposto da Paving Technology S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG n. 7675888728, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Costanzo Cascavilla e Fiorella Forziati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Matarrese S.r.l., Chirulli Andrea, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Terza), 16 febbraio 2023, n. 329, resa tra le parti.

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;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2023 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore, Manzi e Cascavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società *Paving Technology S.r.l.* ha partecipato alla procedura di gara, indetta da *Anas S.p.a.*, per l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale (Lotto 6), risultando aggiudicataria. Su ricorso di altro concorrente (il raggruppamento Matarrese-Chirulli), l'aggiudicazione è stata annullata dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, con sentenza n. 380 del 2021, accogliendo una censura relativa alla valutazione dell'offerta tecnica del raggruppamento ricorrente; sentenza riformata da Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2022, n. 593, che ha ritenuto inammissibile il soccorso istruttorio imposto dal primo giudice, trattandosi di profili concernenti il contenuto dell'offerta.

2. Ripreso il procedimento di gara, *Paving Technology* è stata esclusa avendo la stazione appaltante rilevato, in fase di verifica dei requisiti, la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), in base alla sopravvenuta conoscenza di indagini svolte dai carabinieri del Nucleo operativo ecologico di Bari nei confronti dell'impresa in relazione a un'ipotesi di traffico di rifiuti costituiti da "fresato d'asfalto", che sarebbero stati smaltiti illecitamente.

3. Il provvedimento di esclusione è stato impugnato da *Paving Technology* con ricorso innanzi al T.a.r. per la Puglia, che lo ha rigettato con sentenza 16 febbraio 2023, n. 329, osservando che la valutazione effettuata dalla stazione appaltante si è svolta nel corso della verifica dei requisiti, e quindi a gara non ancora conclusa, per cui non si tratterebbe di autotutela; che, in ogni caso, i fatti costituenti illecito professionale si sono sicuramente svolti prima

dell'aggiudicazione; che le misure di *self cleaning* successivamente adottate dalla società sono destinate a valere solo per le gare future; che dalla motivazione dell'inaffidabilità non emergerebbero ragioni per censurare la decisione della stazione appaltante, stante la valutazione discrezionale riservata all'amministrazione appaltante e i limiti del sindacato giurisdizionale in materia; che, non essendo la società sottoposta a sequestro né affidata a custode o amministratore giudiziario, alla stessa non può essere applicato l'art. 80, comma 11, del codice dei contratti pubblici; né il fatto che in altre procedure di gara la stessa Anas ha valutato positivamente le misure di *self cleaning* può assumere rilievo, essendo diverso lo stato delle procedure (nel caso invocato da *Paving Technology* l'Anas avrebbe consentito la prosecuzione al solo fine di portare a termine i lavori già in fase di avanzata esecuzione, mentre nel caso di specie il contratto non era stato stipulato).

4. La società, rimasta soccombente, ha proposto appello essenzialmente reiterando i motivi del ricorso di primo grado, previa critica della sentenza di cui si chiede la riforma.

5. Resiste in giudizio l'Anas S.p.a., chiedendo che l'appello sia respinto.

6. All'udienza del 4 maggio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza per non aver rilevato che il provvedimento di esclusione è stato adottato da Anas a gara ormai conclusa, per fatti sopravvenuti all'aggiudicazione; e, quindi, oltre il limite temporale individuato dalla norma di cui all'art. 80, comma 6, del codice dei contratti pubblici (secondo cui le stazioni appaltanti «*escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura*»). Infatti, la procedura di gara si sarebbe definitivamente conclusa con provvedimento del 22 dicembre 2020, mentre la misura restrittiva della libertà personale adottata a carico dell'ex amministratore unico è stata adottata con ordinanza del GIP del 17 febbraio 2022.

8. Con il secondo motivo, deduce l'ingiustizia della sentenza per aver respinto la censura (conseguente a quanto dedotto col primo motivo) per cui la

stazione appaltante avrebbe dovuto (previamente) disporre l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, alle condizioni previste dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 (verificando, anzitutto, la tempestività dell'annullamento tutorio, e, in ogni caso, motivando puntualmente in ordine alle ragioni di interesse pubblico sottese all'esercizio dell'autotutela).

Non sarebbe applicabile, secondo l'appellante, il principio secondo cui i requisiti debbono essere mantenuti per tutto il corso della procedura, fino alla stipula del contratto e alla conclusione dell'esecuzione del contratto stesso, poiché tale principio deve essere coniugato con il disposto dell'art. 80, comma 6, cit., che individua nel provvedimento di aggiudicazione il limite di rilevanza dei fatti incidenti sulla procedura selettiva.

Sarebbe erroneo, inoltre, anche l'assunto del primo giudice secondo cui *«i fatti contestati sono verosimilmente riferibili ad un periodo precedente l'aggiudicazione: il numero di registro della notizia di reato è 716/2020 e l'aggiudicazione è stata disposta il 23 dicembre dello stesso anno»*. Infatti, secondo la stessa stazione appaltante, la rottura dell'elemento fiduciario deriverebbe non dai fatti di reato (già conosciuti e valutati da Anas) ma esclusivamente dall'adozione del provvedimento di restrizione della libertà individuale nei confronti dell'ex amministratore della società, che pacificamente è intervenuta a febbraio 2022, quindi a procedura di gara da tempo conclusa.

9. I due motivi vanno trattati unitariamente, essendo connessi.

Essi sono infondati.

9.1. Per confutare gli argomenti invocati dall'appellante non è necessario esaminare la questione dei limiti entro i quali si applica il principio di continuità del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario (che, nelle tesi dell'appellante, non si applicherebbe a seguito dell'aggiudicazione definitiva, che segnerebbe la conclusione della procedura, paralizzando, quindi, il potere di esclusione per il successivo venir meno di uno dei requisiti dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici), ma è necessario e sufficiente determinare il momento in cui si può ritenere definita la procedura di gara. A

tal fine occorre muovere dall'esame dell'art. 32, comma 7, del codice dei contratti pubblici, secondo cui «[l]'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti». Il momento finale della procedura di gara, dopo il quale si apre la fase della stipulazione del contratto di appalto (art. 32, comma 8, cit.), si identifica con la conclusione della fase di verifica dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* e con la conseguente efficacia dell'aggiudicazione.

9.2. Nel caso di specie, all'epoca in cui la stazione appaltante è venuta a conoscenza dei fatti riguardanti l'amministratore della *Paving Technology* la fase di verifica dei requisiti non era stata ancora conclusa, come si evince sia dalla determinazione del 22 dicembre 2020 (n. 689981) con cui Anas ha disposto «l'approvazione ai sensi dell'art. 33, comma 1, del Codice della proposta di aggiudicazione riportata nelle premesse e, ai sensi dell'art. 32, comma 5, del medesimo Codice, l'aggiudicazione a favore dell'impresa *Paving Technology S.r.l.* [...]», prevedendo espressamente che «[a]i sensi dell'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000 e dell'art. 32 comma 7 del Codice, l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata alla positiva verifica del possesso, da parte del menzionato appaltatore, dei requisiti prescritti dalla vigente normativa in materia e dalle disposizioni del procedimento concorsuale»; sia dalla nota Anas del 23 febbraio 2022, con la quale si invitava *Paving Technology* «nelle more del perfezionamento dell'efficacia dell'aggiudicazione stessa e subordinatamente al positivo esito delle relative verifiche [...] a voler produrre le aggiornate dichiarazioni sostitutive che attestino l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016». Il che conclusivamente dimostra che, ancora nel febbraio 2022, la verifica dei requisiti non era stata conclusa.

9.3. Ne deriva come conseguenza che la decisione di escludere il raggruppamento con mandataria la *Paving Technology* si colloca nella fase di verifica dei requisiti; e che il travolgimento dell'aggiudicazione (non efficace, e quindi atto endoprocedimentale) non consegue a un provvedimento di autotutela o di secondo grado, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento finale della procedura di gara.

Pertanto, le censure dedotte con i primi due motivi d'appello sono infondate.

10. Con il terzo motivo, la società impugna la sentenza anche per avere ingiustamente respinto il motivo del ricorso di primo grado con cui veniva censurata la mancata valutazione, da parte della stazione appaltante, degli effetti prodotti dalle misure di *self cleaning* adottate dalla società. L'amministrazione avrebbe dovuto considerare la concreta incidenza di tali misure sull'affidabilità professionale dell'aggiudicataria quando (come nel caso di specie) esse intervengano prima della presentazione delle offerte (anche se dopo l'indizione della gara). Non sarebbe quindi applicabile la tesi secondo cui le misure produrrebbero effetti solo sulle procedure future e non su quella in corso (come sostenuto dal T.a.r. richiamando la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in tal senso).

11. Con il quarto motivo, l'appellante deduce l'erroneità dell'affermazione, contenuta in sentenza, relativa alla adeguatezza della motivazione adottata dalla stazione appaltante circa la rilevanza dei fatti quali gravi illeciti professionali. In realtà, secondo l'appellante, tale valutazione sarebbe sostanzialmente mancata, posto che l'attenzione della stazione appaltante si sarebbe rivolta non tanto ai fatti oggetto della vicenda penale ma alle misure cautelari (personali: gli arresti domiciliari nei confronti dell'amministratore; e reali, ossia il sequestro dell'impianto di produzione di conglomerato bituminoso con sede a Modugno).

È mancata quindi la valutazione della gravità del fatto integrante l'illecito professionale e della idoneità di questo a incidere sull'affidabilità dell'impresa in relazione al contratto da stipulare.

12. In ordine logico va preliminarmente esaminato il quarto motivo.

12.1. Precisato che la rilevanza del fatto assunto quale grave illecito professionale deve essere vagliata alla luce dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici [nel testo risultante dopo le modifiche introdotte dall'art. 5, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, secondo cui «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico [...] c) [...] qualora*

[dimostrino] *con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»*], è pur vero che secondo un determinato indirizzo della giurisprudenza (su cui si veda la sintesi effettuata nell'ordinanza di questa Sezione Quinta, 9 aprile 2020, n. 2332) la norma in questione, quanto ai fatti qualificabili come gravi illeciti professionali ha un carattere aperto, in grado di comprendere tutti quei fatti riguardanti l'operatore economico partecipante alla procedura di gara di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, e quindi possibili oggetti della valutazione di incidenza sulla affidabilità professionale. Tuttavia, il carattere aperto del catalogo dei potenziali illeciti professionali trova un bilanciamento nell'esigenza di uno specifico apprezzamento della stazione appaltante circa il valore dei fatti presi in considerazione, che deve investire, in prima battuta la qualifica di gravità dell'illecito professionale e successivamente la sua incidenza sull'affidabilità professionale dell'operatore economico (secondo quanto affermato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16, e poi costantemente applicato dalla giurisprudenza [cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2022, n. 7823], anche con riguardo all'altro fondamentale principio posto dall'Adunanza plenaria, ossia l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un esteso margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore). Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e segnatamente della non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto, non potendosi accedere a una mera non condivisibilità della valutazione stessa (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223).

12.2. Nel caso di specie, nel provvedimento di esclusione del 22 luglio 2022, l'Anas – dopo aver riepilogato i fatti di reato per i quali l'amministratore unico di *Paving Technology* risultava indagato e in base ai quali gli è stata applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari – ha ritenuto che i due elementi (ossia la gravità dei fatti di reato, concernenti la abusiva gestione di rifiuti pericolosi, e la intervenuta misura cautelare personale), nonché la circostanza che detti fatti riguardassero precedenti appalti affidati da Anas, determinassero *«un deficit di fiducia [...] e appare del tutto ininfluyente il fatto che successivamente la misura cautelare sia stata revocata: il fatto che le esigenze cautelari siano venute meno, non cambia la situazione di fatto sottesa al provvedimento di esclusione. Invero, i fatti che hanno condotto ad emettere la misura cautelare personale degli arresti domiciliari [...] (seppure successivamente revocata), sono di estrema gravità ed incidono sulla integrità morale del concorrente, con la conseguente legittima qualificazione in termini di grave illecito professionale di tali condotte»*.

12.3. Seppure sinteticamente esposta, la motivazione esprime adeguatamente le ragioni che hanno indotto l'Anas a ritenere integrata la causa di esclusione; che – considerati i noti limiti posti al sindacato giurisdizionale di legittimità, come già ricordato – non appaiono connotate dalla manifesta abnormità, contraddittorietà o illogicità, né da errori o travisamenti di fatto.

13. È invece fondato il terzo motivo, in punto di omessa valutazione delle misure organizzative e relative al personale (c.d. *self-cleaning*) adottate dalla società al fine di prevenire la commissione di ulteriori illeciti, dopo le vicende descritte.

13.1. Nel provvedimento di esclusione, così come nella sentenza impugnata, pur dando atto che l'indagato *«non riveste più la carica di Amministratore unico, avendo rassegnato le dimissioni ed essendo stato nominato in data 23/04/2022 dalla assemblea dei soci della Paving Technology S.r.l. [il] nuovo Amministratore Unico»*, si ritiene che la misura *«seppure rientrante tra i “provvedimenti concreti di carattere tecnico-organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti”, previsti dall'art. 57 della direttiva 2014/24, atti a dimostrare il permanere dell'affidabilità*

dell'azienda, [...] potrà spiegare la propria "efficacia sanante" solo in una prospettiva futura», secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza.

Tale orientamento, tuttavia, va ripensato alla luce sia dei principi affermati in materia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, sia degli orientamenti della giurisprudenza nazionale maturati recentemente.

13.2. Muovendo dalla giurisprudenza europea, la Corte di giustizia ha ricordato come, in base a quanto previsto dall'art. 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, *«un operatore economico che sia interessato, in particolare, da uno dei motivi di esclusione facoltativi di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, fermo restando che, se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto per un siffatto motivo. Tale disposizione introduce, dunque, un meccanismo di provvedimenti di ravvedimento operoso (self-cleaning) conferendo al riguardo un diritto agli operatori economici che gli Stati membri devono garantire al momento della trasposizione di tale direttiva, nel rispetto delle condizioni stabilite da quest'ultima [v., per analogia, per quanto riguarda l'articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), che è equivalente all'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, punti 16 e 17]»* (Corte di giustizia U.E., sez. IV, 14 gennaio 2021, RTS *infra* BVBA, C-387/19, punto 26) . Il diritto dell'operatore economico a vedersi valutate le misure correttive dell'organizzazione e dell'amministrazione aziendale adottate dopo la scoperta degli illeciti non può essere limitato sulla base della considerazione che queste misure producono effetti esclusivamente nelle procedure di gara successive e future rispetto a quella in cui è stato rilevato e valutato l'illecito professionale; e ciò sempre e indipendentemente dalle concrete vicende. La Corte lo ha escluso, infatti, sulla base del tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24 e del considerando 102 di tale direttiva, i quali non stabiliscono *«in che modo o in quale fase della procedura d'appalto possa essere fornita la*

prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso. [...] In tali circostanze, si deve constatare che, alla luce del solo tenore letterale dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, la possibilità lasciata agli operatori economici di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati può essere esercitata su iniziativa di questi ultimi o su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, così come può essere esercitata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta o in una fase successiva della procedura. [...] Tale interpretazione è suffragata dall'obiettivo perseguito dall'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24. Infatti, prevedendo che un operatore economico debba fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, tale disposizione mira a sottolineare l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico nonché a garantire una valutazione obiettiva degli operatori economici e ad assicurare una concorrenza effettiva (v., per analogia, sentenza dell'11 giugno 2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, punto 22). Orbene, tale obiettivo può essere raggiunto qualora sia fornita la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso, in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione, essendo essenziale che l'operatore economico abbia la possibilità di far valere e far esaminare i provvedimenti che, a suo avviso, consentono di rimediare a un motivo di esclusione che lo riguarda» (Corte di giustizia U.E., sez. IV, 14 gennaio 2021, RTS infra BVBA, C-387/19, punti 27, 28 e 29).

13.3. Non è superfluo aggiungere che anche la norma nazionale, di cui all'art. 80, comma 7, del codice dei contratti pubblici, prevede che «[u]n operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti»; e anche la legge nazionale non stabilisce in quale fase della procedura di gara possa essere fornita la

prova delle misure correttive adottate dall'operatore economico. Pertanto, sostenere che le misure di *self-cleaning*, se adottate prima della presentazione dell'offerta o nel corso della procedura di gara di cui trattasi, operano sempre e solo in relazione alle gare indette successivamente alla loro adozione, significa evitare di valutare la concreta incidenza di tali misure sulla affidabilità dell'operatore economico nella gara in corso e quindi procedere alla automatica esclusione dalla procedura, in contrasto con i principi della Corte UE che, in tema di esclusione facoltativa, precludono forme di esclusione automatica, ossia senza una previa valutazione e motivazione da parte della stazione appaltante.

13.4. Come anticipato, in tal senso si sta orientando la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. sez. III, 7 novembre 2022, n. 9782; id., 22 febbraio 2023, n. 1791), secondo cui la valutazione della gravità dell'illecito professionale e della incidenza sull'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico non può essere disgiunta dalla valutazione (anche) delle misure di *self-cleaning* adottate e della loro idoneità – sul piano organizzativo e tecnico dell'impresa – a prevenire ulteriori illeciti, consentendo il superamento dei dubbi insorti sull'affidabilità dell'aggiudicatario.

13.5. Nel caso di specie, risulta che le misure correttive sono state assunte da *Paving Technology* prima della presentazione dell'offerta. La stazione appaltante dovrà quindi valutare, in contraddittorio con l'operatore economico, se dette misure consentano di superare i dubbi di inaffidabilità suscitati dalle vicende penali sopra richiamate.

14. Ne deriva come conseguenza che rimane assorbita la censura di cui al quinto motivo (con cui l'appellante ha denunciato la contraddittorietà delle condotte di Anas, che in analoghe procedure avrebbe valutato positivamente le misure di *self cleaning* adottate da *Paving Tecnology*).

15. L'appello, in conclusione, va accolto nei termini sopra enunciati; e, previa riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado e

annullato il provvedimento di esclusione con esso impugnato.

16. Le spese giudiziali del doppio grado di giudizio vanno integralmente compensate tra le parti, in ragione della novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento con esso impugnato.

Compensa tra le parti le spese giudiziali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO