Pubblicato il 21/10/2019

N. 12106/2019 REG.PROV.COLL.

N. 04659/2019 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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4659 del 2019, proposto da Repin S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Comune di Vittoria, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Monica Lo Piccolo e Angela Bruno, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;
Centrale Unica Committenza (CUC) Trinakria Sud, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del paragrafo "III. Ambito soggettivo" delle Linee Guida ANAC n. 6 nella versione aggiornata con la Deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017;
- della Determinazione Dirigenziale CUC n. 506 del 12 marzo 2019 recante revoca aggiudicazione gara per affidamento lavori relativi agli "Interventi migliorativi al Mercato Ortofrutticolo di Vittoria" ed annessa nota di comunicazione prot. n. 941 del 14 marzo 2019;
- ove occorra, del punto 12 del Disciplinare di gara, nella parte in cui dovesse estendere le ragioni di esclusione previste per i soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016, alle fattispecie previste dal successivo comma 5 dello stesso art. 80;
- di ogni ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale,

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica, tramite affidamento della commessa o subentro nella stessa previa declaratoria di inefficacia/nullità del contratto se *medio tempore* stipulato, ovvero, in via subordinata, attraverso risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAC e del Comune di Vittoria;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;
Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2019, i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe Repin S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda ATI con Ponteggi Tubolari S.r.l., ha impugnato il paragrafo "III. Ambito soggettivo" delle Linee Guida ANAC n. 6 nella versione aggiornata con la Deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017 e la Determinazione Dirigenziale della Centrale Unica di Committenza (CUC) Trinakria n. 506 del 12 marzo 2019, recante revoca dell'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori relativi agli "Interventi migliorativi al Mercato Ortofrutticolo di Vittoria".

Lamenta che la stazione appaltante l'avrebbe illegittimamente esclusa dalla gara in questione, mediante revoca dell'aggiudicazione già disposta in suo favore, fondandosi sul paragrafo "III. Ambito soggettivo" delle Linee Guida ANAC n. 6, a suo dire illegittimo.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame sia l'ANAC sia il Comune di Vittoria.

Con ordinanza n. 2963 del 23 maggio 2019 è stata respinta l'istanza cautelare per assenza di *periculum*.

In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato memorie conclusive e all'udienza pubblica del 16 ottobre 2019, sentiti i difensori presenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. La ricorrente ha partecipato, in ATI con Ponteggi Tubolari S.r.l., alla "Procedura aperta per l'affidamento dei "Lavori relativi agli interventi migliorativi al Mercato Ortofrutticolo di Vitoria"", indetta dalla CUC Trinakria – Sezione di Vittoria, risultando aggiudicataria provvisoria con verbale del 29 gennaio 2018.

Alle prime verifiche di rito sul possesso dei requisiti generali la ricorrente risultava regolare, pertanto con Determinazione Dirigenziale n. 659 del 29 marzo 2018 veniva disposta in suo favore l'aggiudicazione definitiva. Prima della stipula del contratto la stazione appaltante effettuava una seconda verifica sul possesso dei requisiti generali rilevando, questa volta, dal certificato dei carichi pendenti dell'ing.

Eva Finocchiaro (indicata nelle dichiarazioni di gara come procuratore di Repin), emesso in data 5 novembre 2018, una sentenza non definitiva di condanna, emessa dal Tribunale di Catania, per il reato di cui all'art. 353 c.p. (turbata libertà degli incanti) a mesi 8 di reclusione ed € 400,00 di multa.

La stazione appaltante, in base a quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n. 6, versione 2017, riteneva che il fatto integrasse la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lettera c), D.Lgs. n. 50/2016, quale ipotesi di grave illecito professionale incidente sull'affidabilità dell'operatore economico; dunque, dopo regolare contraddittorio, con Determinazione Dirigenziale n. 506 del 12 marzo 2019 disponeva la revoca dell'aggiudicazione definitiva per non avere l'aggiudicataria informato la stazione appaltante della condanna dell'ing. Finocchiaro, intervenuta dopo l'aggiudicazione, così facendo venir meno l'elemento fiduciario.

3. La ricorrente deduce in via principale: violazione e falsa applicazione art. 80, commi 3 e 5, lettera c), D.Lgs. n. 50/2016; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016; violazione art. 5, comma 2, D.Lgs. 231/2001; violazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per irrazionalità evidente e manifesta e sviamento della causa dell'atto dall'interesse pubblico.

Con tale motivo, in sintesi, la ricorrente contesta il paragrafo "III. Ambito soggettivo" delle Linee Guida ANAC n. 6 perché, a suo dire, conterrebbe un indebito ampliamento dell'ambito soggettivo della fattispecie tipizzata dall'art. 80, comma 5, lettera c) del codice dei contratti, in asserita violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, riconducendo al suo interno anche fatti e situazioni riferibili non già all'operatore economico partecipante, bensì ai diversi soggetti (persone fisiche) indicati dal precedente comma 3 i quali, però, per

espressa previsione normativa, assumerebbero rilievo solo ai fini delle ipotesi espulsive previste dai precedenti commi 1 e 2 e non per la fattispecie di cui al successivo comma 5. Tale illegittimo ampliamento delle ipotesi di esclusione determinerebbe l'illegittimità dell'impugnata revoca dell'aggiudicazione.

In subordine deduce: violazione del paragrafo VI delle Linee Guida ANAC n. 6/versione 2017 e difetto di motivazione perché, a suo dire, non sussisterebbero oneri informativi asseritamente violati da Repin né sussisterebbero gli elementi sintomatici dell'inaffidabilità professionale di Repin.

4. Il ricorso è infondato.

La ricorrente sostiene l'illegittimità del par. "III. Ambito soggettivo" delle Linee Guida n. 6 nella parte in cui afferma che il requisito dell'assenza di gravi illeciti professionali deve essere accertato nei confronti dei soggetti indicati all'articolo 80, comma 3, per i casi in cui la condotta sia riferibile ad una persona fisica.

Recita il citato paragrafo: "3.1. I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 2, del Codice. Ai fini della partecipazione alla gara, la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo: - all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica; - ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche".

4.1. Osserva il Collegio che, come correttamente evidenziato dalla difesa erariale, la diversa natura delle condotte ascrivibili ai gravi illeciti professionali impone di differenziare (come appunto avvenuto nelle Linee Guida) le ipotesi in cui le condotte sono imputabili direttamente all'operatore economico persona giuridica (es. le risoluzioni contrattuali, le penali, le annotazioni nel casellario informatico

dell'ANAC), da quelle in cui i comportamenti sono invece riferibili soltanto indirettamente all'impresa, in quanto posti in essere da persone fisiche che agiscono in nome e per conto dell'ente.

In quest'ultimo caso, la ricorrenza della causa ostativa deve essere accertata nei confronti dei soggetti legittimati ad agire in rappresentanza dell'ente e, quindi, dei soggetti individuati all'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici, sulla base del principio dell'immedesimazione organica, che consente l'imputazione all'ente delle azioni poste in essere dai propri organi nel suo interesse. Diversamente opinando resterebbero impunite tutte quelle condotte illecite che presuppongono un'azione umana.

Nel caso di specie la condanna per il reato di cui all'art. 353 c.p. (turbata libertà degli incanti) a mesi 8 di reclusione ed € 400,00 di multa emessa dal Tribunale di Catania ha riguardato un soggetto, l'ing. Eva Finocchiaro, indicata espressamente nelle dichiarazioni di gara quale socio e procuratore della società, munita dunque di poteri di rappresentanza.

In proposito è stato osservato che non è corretto distinguere concettualmente l'impresa (in quanto tale, un'entità puramente giuridica) dai soggetti – di cui all'art. 80 comma 3 – per il tramite dei quali, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, la medesima impresa concretamente opera sul mercato. Tale tesi "produrrebbe l'effetto aberrante di escludere la rilevanza di qualsiasi sentenza di condanna ai fini della valutazione di affidabilità sottesa al precetto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50 del 2016, dal momento che nel vigente sistema normativo la responsabilità penale riguarda direttamente le sole persone fisiche e non anche le imprese, ritenendo invece il Collegio di dover confermare il generale principio (*ex multis*, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6016) secondo cui tra le condanne rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del Codice dei Contratti, ai fini dell'esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle

specificamente elencate ai commi 1 e 2 della norma, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del successivo comma 5, sull'affidabilità dell'impresa" (Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649). Condanne che, per le ragioni innanzi ricordate, non potranno che essere riferite agli esponenti dell'impresa, quale nel caso di specie l'ing. Finocchiaro, per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato, tenuti ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti; ciò depone, tra l'altro, per l'infondatezza della subordinata censura per cui non sussisterebbero oneri informativi asseritamente violati da Repin.

L'opzione interpretativa delle impugnate linee Guida ANAC dunque, sul punto, deve ritenersi immune dai denunciati vizi.

Ne discende che l'Amministrazione ha fatto corretta applicazione della norma in rassegna, come interpretata dalle Linee Guida.

4.2. Né rileva la circostanza che la sentenza di condanna sia intervenuta nel periodo intercorso fra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, atteso che, per giurisprudenza granitica, i requisiti di partecipazione alla gara devono essere mantenuti dall'impresa partecipante, senza soluzione di continuità, per tutta la durata non solo della procedura di aggiudicazione, ma anche del rapporto con la stazione appaltante (cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Ad. Plenaria, nn. 5, 6 e 10/2016). Il bando di gara, infatti, prevedeva al par. III.2.2: "Il concorrente dovrà dichiarare: - di non trovarsi in alcuna della condizioni di esclusione di cui all'art. 80 del Codice o in ogni altra situazione che possa determinare l'esclusione o l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione".

4.3. Del pari irrilevante è l'obiezione della ricorrente per cui i fatti ascritti all'ing. Finocchiaro non sarebbero stati realizzati per conto di Repin ma a titolo personale dall'interessata. Invero dalla lettura dell'impugnato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione risulta che l'esclusione della concorrente dalla gara trova la propria causa non solo nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera

c) del D.Lgs. 50/2016, della condanna a carico dell'allora procuratore e socio ing. Finocchiaro, ma anche nella mancata comunicazione alla stazione appaltante di detta condanna, da parte dell'operatore Repin, che ha impedito alla stessa di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente.

Ciò posto, deve confermarsi il principio per cui qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti circa l'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787; id. Sez. V, 13 giugno 2018, n. 3628; id. Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 761). In questi termini, sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti: costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500).

4.4. Le considerazioni che precedono privano di fondatezza le subordinate censure di difetto di motivazione del provvedimento e di asserita insussistenza degli elementi sintomatici dell'inaffidabilità professionale di Repin.

Secondo consolidata e condivisibile giurisprudenza "Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, è consentito alle stazioni appaltanti escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di pregressi gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. In tali ipotesi, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; id. 23 agosto 2018, n. 5040; id. Sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; id. 3 aprile 2018, n. 2063; id. 2 marzo 2018, n.

1299; id. 4 dicembre 2017, n. 5704); "Il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima (stazione appaltante) un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il G.A. 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 non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa" (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312), mentre "L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione 'con mezzi adeguati', sia dall'*incipit* del secondo inciso ('Tra questi (*id est*, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]') che precede l'elencazione" (Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367 che richiama Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299).

Conclusivamente, per quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

5. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alle spese del giudizio che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento) per parte costituita, oltre oneri di legge ove dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Laura Marzano	**Antonino Savo Amodio**

IL SEGRETARIO