

Pubblicato il 02/08/2021

N. 05659/2021REG.PROV.COLL.
N. 01709/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1709 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino N 2/A;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Marafioti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Calabria - Stazione Unica Appaltante, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bivona, Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina, n. 26;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente la procedura aperta, con modalità telematica, per l'affidamento del servizio integrato di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali delle aziende sanitarie ed ospedaliere della regione Calabria.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria e della -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Valentino Vulpetti, Angela Marafioti, Antonio Bivona, Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con decreto dirigenziale n.-OMISSIS- per la Regione Calabria disponeva l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei lotti 1 e 2 della gara per l'affidamento del servizio integrato di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali delle aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Calabria, disposto in favore della società -OMISSIS-decretando al contempo l'esclusione della medesima. Ciò a cagione della scoperta postuma di indagini penali per concorso in corruzione aggravata a carico dell'ex amministratore delegato della società e di un dirigente, in relazione ai quali erano stati mossi addebiti anche alla società ai sensi del d.lgs. 231/2001. Nel

provvedimento impugnato si legge: *«in data 28.07.2020, l'impresa inoltrava l'ordinanza di cui trattasi, dalla quale si evinceva la collaborazione tra l'impresa e -OMISSIS-, la quale ha agito con comportamenti penalmente rilevanti (turbativa del regolare andamento delle gare; proroghe illegittime; minacce e costrizioni a funzionari; persuasione e pressione per simulare la maggiore convenienza dell'offerta; accettazione di promessa di denaro; etc...) favorendo gli interessi privatistici dell'impresa aggiudicataria della gara in oggetto. Invero, le norme penali evocate a carico dei soggetti sono: delitto di cui agli articoli 110 (Pena per coloro che concorrono nel reato), 319 (Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319 bis (Circostanze aggravanti corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio), 321 (pene per il conduttore) c.p.; illecito di cui all'articolo 25, comma 2, D.lgs. n. 8 giugno 2001 n. 231 (concussione, corruzione, induzione indebita a dare o promettere utilità), secondo cui "in relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319 (Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-ter (corruzione in atti giudiziari), comma 1, 321 (pene per il conduttore), 322 comma 2 e 4 (istigazione alla corruzione), del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote"».*

2. -OMISSIS- proponeva ricorso dinanzi al Tar Calabria.
3. Il TAR respingeva il ricorso con sentenza in forma semplificata in applicazione degli artt. 60 e 120, comma 6, cod. proc. amm.
4. Avverso la sentenza, -OMISSIS- ha proposto appello e, successivamente, anche motivi aggiunti.
5. Nel giudizio si è costituita la Regione Calabria. Si è altresì costituita la -OMISSIS- Entrambe hanno chiesto la reiezione del gravame.
6. E' intervenuta ad opponendum -OMISSIS-interessata all'aggiudicazione del lotto n. 3 in conseguenza delle dinamiche di scorrimento delle graduatorie e del vincolo di aggiudicazione fissato dal disciplinare di gara.
7. Le parti, in vista dell'udienza di discussione, hanno prodotto memorie e repliche con le quali hanno approfondito le rispettive tesi.
8. All'udienza dell'8 luglio la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. E' in discussione il provvedimento di esclusione di -OMISSIS-dalla gara di appalto di cui in premessa, nonchè di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione originariamente disposta in favore della medesima, e ciò a cagione della scoperta postuma di indagini penali, per concorso in corruzione aggravata, a carico dell'ex amministratore delegato della società e di un dirigente, in relazione ai quali sono stati mossi addebiti anche alla società ai sensi del d.lgs. 231/2001

1.1. In particolare, con decreto dirigenziale n. -OMISSIS-, la stazione unica appaltante (di seguito anche-OMISSIS-) ha disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, previa esclusione della società dalla gara, in quanto (i) i fatti oggetto d'indagine sono stati considerati gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016; (ii) la mancata comunicazione di tali fatti si è ritenuto integrasse l'ulteriore ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c bis), d.lgs. 50/2016; (iii) le misure di self cleaning adottate dalla società sono state considerate tardive e inidonee a impedire l'esclusione.

2. In prime cure il TAR Calabria ha respinto il ricorso ritenendo che:

- Ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016 *“non è indispensabile che i gravi illeciti professionali a supporto dell'esclusione siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, essendo sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri indizi, che secondo il discrezionale apprezzamento della stazione appaltante siano di gravità tale da compromettere l'affidabilità o l'integrità dell'appaltatore; di conseguenza, un grave illecito professionale può essere dedotto anche dalla pendenza di un procedimento penale, se, in base a un'adeguata istruttoria e una congrua motivazione, possa ragionevolmente dedursi che sia stata scalfita l'affidabilità o l'integrità dell'impresa”*.

- *“Diversamente da quanto allegato da parte ricorrente, la-OMISSIS- non si è appiattita sulla mera pendenza di indagini, ma ha effettuato un proprio apprezzamento circa la rilevanza dei fatti ai fini dell'esclusione dell'impresa, apprezzamento che non risulta affetto da illogicità, contraddizioni né travisamenti?”*.

- *“La-OMISSIS- ha legittimamente ritenuto le misure di self cleaning ininfluenti e tardive rispetto alla presente procedura di gara. Risponde infatti a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure di self cleaning abbiano effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all’adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo”.*

- *“Dalla validità della determinazione di esclusione discende automaticamente la sussistenza del primo presupposto dell’annullamento in autotutela, ossia l’illegittimità originaria dell’atto”*

- *“È del pari evidente l’interesse pubblico ulteriore perseguito dall’amministrazione, che è quello di non instaurare il rapporto contrattuale con un soggetto che essa stessa ha valutato inaffidabile”.*

“Sotto il profilo dell’affidamento della società, occorre considerare che l’annullamento è intervenuto entro un termine ragionevole e inferiore a diciotto mesi dall’aggiudicazione e che l’interesse dell’aggiudicataria ad addivenire al contratto è stato adeguatamente considerato mediante un accurato contraddittorio, volto non solo a fare chiarezza sui fatti ma anche, in un’ottica evidentemente collaborativa, a verificare se l’impresa avesse adottato adeguate misure di self cleaning che potessero impedire l’esclusione”.

- *“L’amministrazione non ha in alcun modo impedito alla società di presentare memorie difensive. Prova ne è che essa ha dato rituale comunicazione di avvio del procedimento e acquisito le osservazioni presentate in data 18.9.2020, a seguito delle quali ha potuto legittimamente emettere il provvedimento. Se la società avesse voluto contestare altri profili rinvenibili dai documenti analizzati in sede di accesso avrebbe ben potuto farlo nei dodici giorni successivi (considerato che l’accesso è avvenuto il 1.10.2020 e il provvedimento è stato emesso il 12.10.2020), ma della propria inerzia non può accusare l’amministrazione”*

- *Le censure di sviamento di potere (secondo le quali la scoperta dell’indagine penale sarebbe stata una mera scusa opportunisticamente sfruttata dall’amministrazione per non concludere il contratto con la società) “non possono essere positivamente apprezzate, poiché basate su mere illazioni e sospetti”.*

- *Da ultimo “per quanto riguarda il parere dell’avvocatura interna – del quale parte ricorrente non ha neppure richiesto giudizialmente l’accesso – e le consultazioni avute con*

gli esperti, ai presenti fini è sufficiente osservare che non vi è alcun obbligo dell'amministrazione di menzionare tali atti né far confluire il loro contenuto nel corpo del provvedimento”.

3. Secondo -OMISSIS- la sentenza:

3.1. Avrebbe violato l'art. 120 c. 6 c.p.a. avendo il Tar deciso con sentenza in forma semplificata sulla base dell'erronea convinzione che l'istruttoria fosse compiuta, mentre, in realtà la ricorrente aveva richiesto per via giudiziale accesso ai i pareri legali, diritto riconosciute dal medesimo TAR con successiva sentenza -OMISSIS-

3.2. Non sarebbe dato comprendere come nel provvedimento d'esclusione della -OMISSIS- possa rinvenirsi il presupposto dell'interesse pubblico, là dove “non solo è stata svolta effettiva istruttoria sull'affidabilità di TS, ma non è stato per niente considerato l'indubbio vantaggio per la p.a. a ottenere i servizi de quibus al prezzo più vantaggioso offerto da TS”. Inoltre, a differenza di quanto sostenuto dal TAR, non sarebbe stato preso affatto in considerazione l'impatto del provvedimento finale sugli interessi dell'appellante e in ispecie sugli ingenti investimenti sostenuti da TS al fine di prepararsi alla esecuzione del contratto.

3.3. Quanto alle censure di sviamento, ritenute dal TAR fondate su “mere illazioni e sospetti” l'appellante sottolinea l'anomalia che avrebbe caratterizzato la gestione dei tempi dell'azione amministrativa: lentissimo il procedimento di gara (verifica di anomalia perfezionata il 25.6.20, aggiudicazione definitiva ed efficace il 8.1.2020, nessuna stipula entro i 60 giorni previsti dalla legge), assai rapidi (almeno dalla conoscenza delle notizie di stampa sull'inchiesta giudiziaria) i tempi dell'autotutela che la -OMISSIS- ha intrapreso al fine di privare TS dei lotti conseguiti.

3.4. L'amministrazione avrebbe sottaciuto l'esistenza di appositi pareri rilasciati su sua richiesta da legali esterni, con riguardo ai quali è stato anche ingiustamente negato l'accesso – come poi accertato dal medesimo TAR con

sentenza -OMISSIS-- con conseguente compromissione delle facoltà partecipative;

3.5. Diversamente da quanto affermato in prime cure i gravi illeciti professionali non costituirebbero oggetto di un apprezzamento di un potere discrezionale, quanto di un potere vincolato di accertamento mediante mezzi adeguati, adeguatezza che le Linee Guida Anac n. 6, approvate con delibera del n. 1293 del 16 novembre 2016, escludono quando non si sia ancora giunti ad una condanna pur non definitiva. Nella specie l'amministrazione avrebbe agito in modo del tutto imprevedibile ed oscuro, espellendo l'operatore sulla base di criteri nient'affatto predeterminati (né dalle Linee Guida Anac né dalla lex specialis di gara) e ad effetto sostanzialmente ostruzionistico nei confronti dell'operatore interessato. L'appellante chiede anche di valutare un eventuale rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato UE, sulla compatibilità dell'art. 80 co. 5^o lett. c) del d.lgs. 50/2016, se inteso nel senso di consentire l'esclusione di un operatore da una gara, addirittura dopo l'aggiudicazione definitiva ed efficace, sulla base di illeciti professionali accertati attraverso mezzi non preventivamente determinati dalla normativa statale, legislativa e/o regolamentare, applicabile o dalla lex specialis".

3.6. Secondo l'appellante, poiché il mero coinvolgimento di un operatore nelle indagini preliminari non può costituire di per sé mezzo idoneo ed adeguato a dimostrare l'esistenza del grave illecito professionale, giusto quanto anche chiarito dalle Linee Guida n. 6, al paragrafo 2.2. (ove si individuano – quali gravi illeciti professionali – i soli reati di cui all'art. 80 co. 1^o e di cui al D.lgs. n. 231/2001 accertati con sentenza anche se non definitiva), l'amministrazione avrebbe dovuto motivare approfonditamente il diverso convincimento.

3.7. Errata sarebbe altresì l'affermazione secondo la quale *“le misure di self cleaning hanno effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo”*. Secondo l'appellante, innanzitutto la persona giuridica non potrebbe ritenersi

automaticamente ed oggettivamente responsabile degli illeciti ascritti a persone fisiche che rivestono ruoli all'interno dello stesso ente, a ciò ostando i principi di cui al d.lgs. 231/2001 in forza dei quali l'ente risponde solo se non ha apprestato adeguati presidi organizzativi al fine di prevenire il compimento di illeciti; in ogni caso le misure sarebbero state adottate ben prima di quanto astrattamente prevede l'art. 80 co. 7 del D.lgs n. 50/2016, il quale le contempla nella fase successiva all'intervenuta condanna. Da ciò discenderebbe la loro efficacia immediata.

3.8. La sentenza del giudice di prime cure avrebbe del tutto omesso di esaminare il motivo VII del ricorso, con cui si contestava il provvedimento di esclusione nella parte in cui ritiene TS responsabile di illecito dichiarativo e reticenza. Sul punto l'appellante sottolinea che la versione dell'art. 80 comma 5 *ratione temporis* applicabile alla procedura *de qua*, il cui bando è stato pubblicato in data 11.09.2018, consta della sola lett. c), in quanto le lett. c bis) e c ter) sono state introdotte solo successivamente, con la novella entrata in vigore in data 15.12.2018. In ogni caso sarebbe falso che TS non abbia dichiarato la vicenda penale *de qua*. Infatti, appresa la notizia dalla stampa il 21.05.2020, in data 08.06.2020 (su richiesta dell'amministrazione della Regione del 03.06.2020) TS avrebbe prontamente informato l'amministrazione di quanto a sua conoscenza.

3.9. Con i motivi aggiunti, l'appellante evidenzia ulteriormente, in fatto, di avere, con nota del 06.11.2020, richiesto accesso ai pareri e/o relazioni rese dagli -OMISSIS-con riguardo alla procedura di gara *de qua*. In data 3.12.2020, con nota prot. n. -OMISSIS-- ha negato l'ostensione della documentazione in parola, ritenendo la richiesta di accesso generica e rivolta ad un controllo inammissibile dell'operato dell'amministrazione.

Con sentenza n. -OMISSIS-il Tar adito ha accolto integralmente il ricorso osservando anzitutto che la richiesta non è affatto generica giacché “[...] è stata circoscritta ai documenti rilasciati dai legali in relazione alla specifica gara di appalto cui aveva partecipato la società ed era motivata in relazione a esigenze difensive.

A seguito della sentenza, la -OMISSIS-, con nota prot. -OMISSIS-, ha rilasciato a TS la seguente documentazione: i) parere legale prot. n. -OMISSIS- ii) parere legale del -OMISSIS-

3.9.1. Sulla base di tale documentazione l'appellante in questa sede osserva che: a) la -OMISSIS- avrebbe sostanzialmente abdicato all'esercizio della propria funzione amministrativa, avente ad oggetto la valutazione dell'affidabilità del concorrente alla stregua dell'art. 80 co. 5[^] lett. c) del d.lgs. 50/2016, chiedendo ai legali esterni di formulare le valutazioni ad essa invece riservate, e aderendo poi, in modo del tutto acritico, alle indicazioni formulate -OMISSIS-con il "parere" del -OMISSIS-, basato su inammissibili valutazioni di merito.

3.9.2. La -OMISSIS- non avrebbe tenuto conto del parere -OMISSIS-, in cui si affermava chiaramente l'inesistenza dei presupposti di legge per l'esclusione dell'operatore, né del parere -OMISSIS-, in cui si rimetteva alla stazione appaltante la valutazione discrezionale in merito all'affidabilità dell'operatore TS.

3.9.3. Nascondendo l'esistenza dei pareri dei legali esterni e rifiutando l'accesso al parere dell'Avvocatura Regionale, la -OMISSIS- avrebbe violato gravemente il diritto di accesso endoprocedimentale e il diritto di difesa ex art. 24 Cost. dell'impresa incisa dall'autotutela, vanificando del tutto la funzione del procedimento avviato.

4. Nelle memorie conclusive l'appellante allega che con Delibera del 13.04.2021 l'Anac ha accertato e confermato ad ogni effetto che (i) le risultanze della vicenda giudiziaria su cui si basa l'esclusione non configurano grave illecito professionale a carico di TS; (ii) TS è dotata di struttura organizzativa idonea a prevenire illeciti di qualsiasi genere.

5. -OMISSIS-controinteressata, eccepisce che TS non avrebbe interesse al ricorso *de quo* considerato che l'art. 10 dello Schema di Convenzione posto a base di gara prevede che la -OMISSIS- risolva di diritto il contratto, ai sensi dell'art. 1456 c.c., qualora durante l'esecuzione del contratto (o comunque

dopo la stipula dello stesso) sia stata disposta, nei confronti dell'imprenditore, dei componenti della compagine sociale o dei dirigenti dell'impresa con funzioni specifiche relative all'affidamento, misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluni dei delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 322, 322 bis, 346 bis, 353 e 353 bis c.p..

6. Ritiene il Collegio che debba partirsi da tale ultima considerazione. La - OMISSIS- ha approntato una preventiva regolazione dei futuri rapporti contrattuali, attraverso lo "schema di convenzione", costituente parte degli atti di gara, in cui ha chiaramente delineato la propria volontà di risolvere *ipso iure* il contratto ove fossero intervenute misure cautelari o un rinvio a giudizio per alcuni delitti specificatamente indicati, con ciò palesando, sin dall'inizio della procedura di evidenza pubblica, di volere adottare un livello elevato di cautela, anche in considerazione, evidentemente, del contesto territoriale e socio economico in cui l'appalto avrebbe dovuto eseguirsi.

7. Nel caso di specie sono intervenute misure cautelari restrittive a carico dell'amministratore delegato della società e di un dirigente (invero risulta dagli atti che il procedimento è poi successivamente evoluto con un rinvio a giudizio dei medesimi) proprio per uno dei delitti espressamente contemplati, sicchè l'amministrazione, trovandosi in uno stadio del procedimento in cui il futuro partner contrattuale era stato già selezionato a mezzo dell'aggiudicazione ma non ancora "contrattualizzato" ha preferito non procedere alla stipula, annullando l'aggiudicazione in ragione della sussistenza di grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016.

8. L'obiezione di "merito" della società i cui amministratori sono stati attinti dalla misura cautelare è fondata sull'asserita "non adeguatezza" della prova dell'illecito, in ragione dell'insussistenza di un accertamento giudiziario in sede penale sfociato in condanna sia pur non definitiva. Che solo la condanna non definitiva (ovviamente ove intervenisse la definitiva si ricadrebbe nella fattispecie ostativa di cui all'art. 82 comma 1 lett. b) costituisca titolo per integrare il livello di "adeguatezza", deriverebbe, secondo l'appellante dal

chiaro disposto delle linee guida Anac n. 6 del 16 novembre 2016, che appunto non menzionano, in ambito probatorio, le mere indagini o le misure cautelari.

9. Ritiene il Collegio che la questione debba porsi in termini diversi. Le linee guida contengono indirizzi tesi a dare uniformità e prevedibilità all'azione amministrativa delle stazioni appaltanti esonerandole da valutazioni complesse o stringenti oneri motivazionali laddove si verifichi la fattispecie espressamente e previamente delineata quale "adeguata" dal punto di vista probatorio, secondo un regime presuntivo che non trova applicazione in altre fattispecie (sul punto Cons. Stato Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8211, ma in tal senso anche Ad. Plen. n. 16/2020) in cui invece dev'essere l'amministrazione a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongano per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore. In tali valutazioni l'amministrazione deve ovviamente considerare i fatti emergenti dall'indagine penale, le conseguenze dell'indagine e le regole che previamente si è data, attraverso la lex gara, per vagliare il disvalore specifico delle condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale.

9.1. Tale interpretazione è peraltro l'unica conforme al diritto europeo. Secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia, il potere della stazione appaltante non può essere limitato da preclusioni poste dal diritto nazionale, ma si deve basare sull'accertamento in concreto dei fatti, rimesso esclusivamente al vaglio della stazione appaltante medesima (sul punto si veda CGUE n. C-425/18, nonché, sull'importanza che sia la stazione appaltante a effettuare in concreto anche C-41/18 del 19.06.2019).

10. L'appellante nelle sue memorie conclusive fa un'ulteriore obiezione di "metodo", ritenendo innanzitutto che il diritto di risoluzione connesso alla clausola della *lex gara*, di cui si discute, riguardi l'esecuzione del contratto e non la fase dell'evidenza pubblica, e che essa scatti solo allorquando: (a) la misura cautelare sia stata disposta durante l'esecuzione del contratto; (b) il

soggetto attinto dalla misura in parola sia un membro della compagine sociale o un dirigente dell'impresa con funzioni specifiche relative all'affidamento. Nel caso di specie invece la misura sarebbe stata disposta prima della stipula del contratto.

10.1. Ritiene il Collegio che l'obiezione pecchi di formalismo. E' chiaro che trattandosi di una clausola dello schema di convenzione essa è destinata naturalmente a disciplinare le sorti del contratto già stipulato; nondimeno occorre tenere presente che la procedura di evidenza pubblica è tutta proiettata alla stipula di un contratto, e di un contratto valido e utile, talchè non a caso lo schema di convenzione è portato a conoscenza all'offerente unitamente al bando e al disciplinare quale insieme di condizioni che governeranno la procedura e l'instaurando rapporto. Non v'è una sola ragione per ritenere che ciò che è considerato dall'amministrazione ostativo alla prosecuzione del rapporto non debba essere considerato anche ostativo all'instaurazione del rapporto e, più a monte, per dubitare della stessa opportunità di mantenere in vita un'aggiudicazione in favore di un operatore che non ha più le condizioni (secondo la valutazione ex ante fatta dall'amministrazione e portata a conoscenza dei concorrenti in fase di gara) per stipulare.

11. L'appellante insiste altresì sull'efficacia chiarificatrice e "sanante" della delibera Anac del 13.04.2021 con la quale è stato archiviato il procedimento per l'inserimento dell'annotazione nel Casellario informatico, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice, avviato dall'ASP Palermo.

Secondo la tesi di TS, tale determina di archiviazione dimostrerebbe la permanente integrità ed affidabilità di TS e dunque la presunta erroneità del provvedimento espulsivo, adottato dalla -OMISSIS- Calabria ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c).

12. La tesi non può essere condivisa per plurime ragioni.

12.1. Innanzitutto l'archiviazione Anac è successiva all'emanazione del provvedimento oggetto di causa, e com'è noto la verifica di legittimità

dev'essere condotta alla luce del principio *tempus regit actum*. Del resto se dovessero considerarsi le sopravvenienze, allora occorrerebbe altresì precisare che alle misure cautelari nei confronti degli amministratori è seguito il rinvio a giudizio, nonché pesantissime richieste di condanna da parte del Pubblico Ministero.

12.2. Inoltre il sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità della p.a. non può essere condizionato da valutazioni dell'ANAC rese nell'ambito del procedimento di annotazione di una vicenda professionale nel Casellario informatico ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice, per di più successive rispetto al provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione Appaltante. Nel valutare se un fatto rientri o meno tra le cd "notizie utili", l'Autorità non esprime una propria valutazione sulla rilevanza del fatto, ma verifica solo l'utilità dell'inserimento della notizia nel Casellario ai fini alle future valutazioni delle Stazioni Appaltanti, che tuttavia rimangono sempre libere di esaminare sia i fatti annotati nel Casellario, sia altre vicende professionali, come chiarito sia dal testo delle Linee Guida stesse (par. 4.2.), che dalla consolidata giurisprudenza. Come di recente statuito dalla V Sezione in merito alla *ratio* dell'annotazione nel casellario informatico delle notizie utili ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice appalti, la finalità del compito affidato all'Anac traspare dalla stessa formulazione dell'enunciato normativo e consiste nella realizzazione di una banca dati integrata, che raccolga le informazioni e le notizie rilevanti per le stazioni appaltanti in vista della verifica del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici (Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2021, n. 4299) il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell'ambito della singola procedura di gara.

12.3. Per altro verso, Anac, nell'archiviare la segnalazione ha dato rilievo a due considerazioni di fondo:

a) la prima concernente le linee guida che essa stessa ha emanato, le quali individuano nella condanna l'adeguato livello di prova. E tuttavia si è già detto che le indicazioni delle linee guida citate devono considerarsi esemplificative e

non tassative. Nel rendere parere sulla proposta di aggiornamento delle stesse, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nell'adunanza del 23.10.2018 ha posto in risalto la *“chiara e inequivoca – e logica e forse inevitabile – scelta del legislatore, prima di tutto, e al massimo grado di quello eurounitario, di optare per una tecnica normativa imperniata sull'uso di termini generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati, che rimandano naturalmente al completamento del precetto in sede applicativa mediante integrazione del fatto facendo ricorso a nozioni e valutazioni anche extragiuridiche (paradigmatico è l'art. 57 par. 4 lett. c) della direttiva UE 24/2014, secondo un approccio che, peraltro, a suo tempo era stato già seguito, in Italia dalla normativa contabilistica degli anni '20 del secolo scorso ed il cui successivo abbandono non sembra avere dato risultati appaganti). Ciò sul rilievo che la casistica degli illeciti è molto vasta, oltre che mutevole, e che l'apprezzamento del fatto in questa materia ha un peso preponderante, il che rende impossibile ovvero illusorio e controproducente prevedere ex ante ogni singola ipotesi”*. Il concetto, a ben vedere, è precisato nelle stesse linee guida, che in premessa precisano che *«le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi»*

b) la seconda, relativa alle circostanze fattuali connesse alla segnalazione da parte dell'ASP di Palermo, dalle quali è emerso che, nonostante la segnalazione fosse basata sulla mancata stipula del contratto, quest'ultimo era stato comunque stipulato il 20/06/2019, con conseguente venir meno della fattispecie che avrebbe potuto consolidare il grave illecito professionale.

13. Tanto chiarito si può procedere all'esame degli altri motivi di ricorso.

14. Secondo l'appellante il TAR avrebbe violato l'art. 120 c. 6 c.p.a., avendo deciso con sentenza in forma semplificata sulla base dell'erronea convinzione che l'istruttoria fosse compiuta.

14.1. Il motivo è privo di fondamento. Il Collegio ha dato espresso avviso alle parti della possibilità di adozione di una decisione in forma semplificata e le parti nulla hanno osservato in merito (si veda verbale della Camera di

Consiglio svoltasi il 24.11.2020). In ogni caso l'accesso ai pareri legali (adempimento istruttorio che sarebbe mancato) non avrebbe spostato le conclusioni, anche in ragione di quanto appresso si dirà.

15. Quanto all'asserito difetto dei presupposti dell'autotutela (sussistenza dell'interesse pubblico e mancanza di un affidamento in capo al destinatario dell'atto illegittimo) basti osservare, in linea con quanto osservato in replica dagli appellati, che secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 5/2018, nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2021, n. 386). Il provvedimento di autotutela del -OMISSIS- Calabria era quindi doveroso in quanto conseguente all'accertata perdita del possesso continuativo dei requisiti ex art. 80, comma 5, del Codice.

16. Quanto alle censure di sviamento basate sull'asserita anomalia che avrebbe caratterizzato la gestione dei tempi dell'azione amministrativa (lentissimo il procedimento di gara, assai rapidi tempi dell'autotutela) non può che condividersi quanto affermato in proposito dal TAR, ossia che trattasi di mere congetture prive di qualsivoglia sostegno indiziario.

17. Prive di fondamento sono altresì le censure tese a stigmatizzare la violazione dei diritti di partecipazione procedimentale in ragione della non ostensione (e ancor prima della non indicazione) dei pareri legali acquisiti nel corso del procedimento di autotutela. Il diniego di accesso ha trovato pronta risposta giudiziaria nella sentenza del TAR Calabria n. 349/2021. Gli atti sono stati poi resi disponibili e il ricorrente ha potuto svolgere motivi aggiunti in appello. L'infondatezza di tali motivi, giusto quanto appresso si dirà, rende la violazione procedimentale del tutto influente rispetto alla "spettanza del bene della vita", ex art. 21 octies della legge generale del procedimento.

17.1. Che tali atti non possano assurgere a parametro di legittimità del provvedimento adottato, o di valutazione della congruità della motivazione, deriva all'evidenza dalla circostanza che trattasi di atti non vincolanti, a contenuto meramente consulenziale, finalizzati nella sostanza a consentire alla -OMISSIS- di avere contezza dei diversi e più recenti orientamenti giurisprudenziali circa l'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs n. 50/2016, che la -OMISSIS- non aveva di certo l'obbligo né di menzionare, né di far confluire nel corpo del provvedimento, né, a fortiori, di valorizzare o confutare in tutto o in parte nella parte motiva del provvedimento impugnato.

18. Quanto all'efficacia delle misure di self cleaning ex post adottate il TAR ha chiarito che *“La-OMISSIS- ha legittimamente ritenuto tali misure ininfluenti e tardive rispetto alla presente procedura di gara. Risponde infatti a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure di self cleaning abbiano effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6.4.2020, n. 2260; T.A.R. Roma, Sez. II, 2.3.2018, n. 2394; T.A.R. Brescia, Sez. II, 26.2.2018, n. 218)”*.

18.1. L'affermazione è e condivisa dal Collegio. In ogni caso, in replica alle osservazioni dell'appellante si precisa che a nulla rileva la mancata adozione di misure cautelari o interdittive nei confronti della persona giuridica, né tanto meno lo stato del procedimento penale, atteso che le misure di *self-cleaning* non sono “doverose” ma costituiscono una “possibilità” data all'operatore economico per dimostrare di non essere incorso nella perdita del requisito dell'affidabilità secondo quanto previsto dall'art. 57, par. 6, della Direttiva n. 24/2014. Tuttavia, nel caso di specie l'amministrazione ha ritenuto non dimostrata l'affidabilità avendo ampiamente valorizzato, attraverso valutazione che il Collegio non ritiene manifestamente irragionevole, la circostanza che l'inchiesta della Procura di Palermo abbia riguardato condotte

attuare dai vertici societari non in quanto persone fisiche, ma in quanto dotate di poteri di gestione e rappresentanza dell'impresa.

19. Da ultimo, non dirimente è l'omesso specifico esame del settimo motivo dell'originario ricorso (con cui si contesta il provvedimento di esclusione nella parte in cui si afferma la sussistenza di un illecito dichiarativo e reticenza) atteso che il provvedimento è plurimotivato, e quanto sopra osservato in ordine al resto del tenore motivazionale è ampiamente sufficiente a sorreggere la legittimità di quanto deciso.

20. L'appello è in conclusione respinto.

21. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione delle spese sostenute per il giudizio d'appello dalla parti resistenti e intervenute, forfettariamente liquidate in €. 3.000, per ciascuna, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO