

Pubblicato il 18/10/2022

N. 08864/2022REG.PROV.COLL.
N. 00685/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 685 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna, 39;

contro

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo D'Alia e Lucia Anna Rita Sonnante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lucia Anna Rita Sonnante in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, 8;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Terza, n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-. e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Mastroianni per delega di Perfetti, Sonnante e Ferola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

-OMISSIS-. ha impugnato l'aggiudicazione a -OMISSIS-. del lotto 10 della gara indetta da -OMISSIS- per l'affidamento dei servizi di sanificazione degli immobili dell'Istituto adibiti ad uffici e centri sanitari.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso con sentenza n. -OMISSIS-, appellata da -OMISSIS- per i seguenti motivi di gravame:

I) *error in procedendo*; omessa pronuncia sulle ragioni per le quali -OMISSIS- ritiene che il sig. -OMISSIS- sia ancora in grado di esercitare una influenza nella gestione societaria; *error in iudicando* nella parte in cui la sentenza impugnata ritiene che l'influenza del sig. -OMISSIS- sia "neutralizzata" dalle misure di *self-cleaning* implementate dall'aggiudicataria.

II) *error in procedendo*; omessa pronuncia sulle ragioni per le quali -OMISSIS- ritiene inidonee le misure di *self-cleaning* implementate da -OMISSIS- -OMISSIS- a ripristinarne l'affidabilità professionale; *error in iudicando* nella misura in cui il giudice di primo grado ha condiviso la valutazione espressa da -OMISSIS-.

III) *error in iudicando*; erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che la sanzione antitrust irrogata a -OMISSIS- -OMISSIS-non valga a comprometterne l'affidabilità e il possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

IV) *error in procedendo*; omessa pronuncia sui procedimenti penali a carico di -OMISSIS--OMISSIS- e sulla loro rilevanza quale grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016.

V) *error in iudicando*; erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ritiene che il provvedimento oggetto di impugnazione non sia viziato dalla mancata valutazione dell'incidenza della sanzione pecuniaria irrogata dall'AGCM sulla stabilità economico-finanziaria di -OMISSIS-.

L'appellante formula nuovamente, ai sensi dell'art. 63, comma 4 e 66 c.p.a., la richiesta di verifica sulle misure di *self-cleaning* adottate da -OMISSIS-, onde valutare se esse siano effettivamente idonee a determinare un cambiamento nella organizzazione e gestione della società che è stata espressione dei gravi illeciti professionali di cui si è detto, posto che l'esame di queste misure richiede delle competenze tecnico-specialistiche di diritto societario.

Formula, altresì, istanza di risarcimento del danno.

Si sono costituiti per resistere all'appello -OMISSIS-. e -OMISSIS-.

Con ordinanza n. -OMISSIS- del 6 ottobre 2021 la Sezione ha disposto l'acquisizione di copia leggibile dell'ordinanza del Tribunale di Roma dell'1 agosto 2017 di revoca dell'interdizione di -OMISSIS-. a contrattare con la pubblica amministrazione, nonché del provvedimento con cui il Presidente dell'Anac, preso atto delle misure di *self-cleaning* adottate dalla Società, ha proposto alla Prefettura di Roma l'inserimento nella compagine sociale di un "*presidio a tutela della correttezza e legalità dell'operato aziendale sotto la guida di esperti di nomina prefettizia*".

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 29 settembre 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da -OMISSIS-, contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. -OMISSIS- che ha respinto il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione a -OMISSIS-, del lotto 10 della gara indetta da -OMISSIS- per l'affidamento dei servizi di sanificazione degli immobili dell'Istituto adibiti ad uffici e centri sanitari.

-OMISSIS- all'esito della rinnovata valutazione imposta dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. -OMISSIS- del 2020, ha confermato l'aggiudicazione della gara in favore di -OMISSIS- gestioni.

La sentenza appellata ha ritenuto che l'amministrazione, diversamente da quanto fatto in precedenza, avesse assunto una motivata decisione sull'insussistenza di elementi ostativi all'aggiudicazione dell'appalto, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Per l'appellante la sentenza impugnata si sarebbe limitata ad operare un mero rinvio alla relazione del Rup (condivisa da -OMISSIS-) recante la valutazione sull'affidabilità di -OMISSIS-, senza considerare le censure di -OMISSIS- tese a dimostrare che, ad un più attento esame, il nuovo provvedimento di aggiudicazione è solo apparentemente motivato, poiché -OMISSIS- (e lo stesso Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che ne ha condiviso il giudizio) si sarebbe limitata a prendere atto e a dare "per buone" le misure dichiarate dalla controinteressata, senza verificarle sotto il profilo sostanziale e, dunque, senza avvedersi del fatto che il *self-cleaning* di -OMISSIS- -OMISSIS- è "di pura facciata", perché si sostanzia in una serie di misure temporanee o meramente formali, inidonee a determinare quell'effettiva dissociazione rispetto alla pregressa gestione societaria, espressione di gravi illeciti professionali, cui solo può essere attribuita valenza sanante.

I gravi errori professionali che si contestano a -OMISSIS- -OMISSIS- consistono: nell'esclusione, accertata con sentenza passata in giudicato, da una pluralità di gare indette da Consip (gare Consip FM4, MIES 2, SSN, LUCE 4, MUSEI, SIE 4, CASERME) a causa del comportamento ascrivibile ad -OMISSIS--OMISSIS-, responsabile di aver corrisposto delle somme di denaro a un dirigente della stazione appaltante per ottenere informazioni sulla gara FM4 in corso di svolgimento, così da influenzarne l'esito; nel provvedimento con cui l'AGCM nel maggio 2019 ha accertato la partecipazione di -OMISSIS- -OMISSIS-(e della controllante -OMISSIS- Partecipazioni) ad un'intesa illecita relativa alla gara Consip FM4; nei plurimi procedimenti penali in corso a carico di -OMISSIS- -OMISSIS-.

L'episodio di corruzione che ha portato all'esclusione dalle gare Consip, seppur riferibile ad un socio di minoranza di -OMISSIS- -OMISSIS-(-OMISSIS--OMISSIS- detiene una partecipazione del 9,97%), si sarebbe tuttavia riverberato sull'affidabilità di quest'ultima, essendo stato accertato che, per effetto del gioco delle partecipazioni societarie (-OMISSIS--OMISSIS- è pressoché socio unico della -OMISSIS- Partecipazioni, di cui detiene il 97,86% e che, a sua volta, controlla la -OMISSIS- -OMISSIS-), -OMISSIS--OMISSIS- ne è di fatto l'organo apicale.

Per la sentenza appellata, per effetto delle adottate misure di *self-cleaning*, -OMISSIS--OMISSIS- non sarebbe più l'organo apicale (occulto) di -OMISSIS- -OMISSIS-, sicché la sua condotta non potrebbe più incidere sull'affidabilità professionale dell'aggiudicataria.

Per l'appellante, invece, atteso che la struttura organizzativa del gruppo societario è rimasta invariata, -OMISSIS--OMISSIS- avrebbe in concreto il potere di incidere sulla gestione della -OMISSIS- -OMISSIS-. Invero, la condotta del soggetto che detiene il controllo indiretto si riverbera sulla capacità di eseguire l'appalto da parte della società medesima.

Per -OMISSIS- -OMISSIS-e Inps l'adeguatezza del giudizio di affidabilità professionale sarebbe stato espresso dalla stazione appaltante: - sotto il

profilo formale, atteso che la piena indipendenza dagli amministratori della società e dei processi decisionali infragruppo risulta dalle delibere di variazione degli organi amministrativi esaminate alla luce della attuazione del nuovo modello gestionale *ex lege* n. 231 del 2001, che esclude la soggezione di -OMISSIS- -OMISSIS-alla -OMISSIS- Partecipazioni e comprova la discontinuità tra il nuovo modello gestionale e il precedente assetto societario della -OMISSIS- -OMISSIS-; - sotto il profilo sostanziale, in quanto la disamina delle modifiche statutarie adottate da -OMISSIS- -OMISSIS-e da -OMISSIS- Partecipazioni ha consentito di ritenere scongiurato il pericolo di eventuali interferenze del socio di minoranza -OMISSIS--OMISSIS-, per il quale la stazione appaltante ha verificato l'esclusione dalla gestione della holding -OMISSIS- Partecipazioni e la limitazione del ruolo del medesimo quale mero detentore di partecipazioni societarie privo di effettivi poteri decisionali. Nel nuovo modello gestionale i poteri sarebbero stati controbilanciati da specifiche deleghe gestorie conferite ad altri consiglieri di amministrazione indipendenti, con particolare riferimento alla gestione dei rapporti infragruppo, all'esercizio del voto in sede assembleare, all'attuazione del modello 231 e alla gestione delle gare di appalto pubblico: il tutto attentamente valutato dalla stazione appaltante sotto il profilo formale e sostanziale. Peraltro, sia il GIP in sede di conferma della sospensione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione che il Tribunale di Roma in sede collegiale, avrebbero approvato un piano di riorganizzazione della società.

Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità dell'appello, in considerazione dell'infondatezza dello stesso, sotto tutti i profili di gravame, che si esaminano congiuntamente per la loro stretta connessione.

Invero, dall'esame attento della documentazione versata in giudizio, nonché degli atti depositati in ottemperanza all'ordinanza della Sezione n. -OMISSIS- del 6 ottobre 2021, risulta sostanzialmente confermato quanto statuito dalla

sentenza appellata sull'idoneità delle misure di *self-cleaning* adottate dalla - OMISSIS- -OMISSIS-.

Deve, innanzitutto, precisarsi che i gravi fatti che nel caso di specie assumono rilievo (le precedenti esclusioni comminate da Consip nei confronti della - OMISSIS- -OMISSIS-, il provvedimento sanzionatorio irrogato da AGCM ed i procedimenti penali cui è sottoposto il sig. -OMISSIS--OMISSIS-) non costituiscono ipotesi di esclusione automatica *ex lege* dalla partecipazione alle gare pubbliche. Nonostante l'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, preveda l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto dell'operatore economico in relazione al quale la stazione appaltante sia in grado di dimostrare, con mezzi adeguati, che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, ai sensi del successivo comma 7, l'operatore economico 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*". Inoltre, il successivo comma 8 stabilisce che, se la stazione appaltante ritiene dette misure sufficienti, "*l'operatore economico non è escluso della procedura d'appalto*".

L'adeguatezza delle misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore economico deve essere, quindi, valutata discrezionalmente dalla stazione appaltante in contraddittorio con l'operatore economico interessato.

Nella fattispecie in questione -OMISSIS- -OMISSIS-è riuscita a dimostrare alla stazione appaltante sia la concreta attuazione degli adeguamenti dell'assetto societario che l'idoneità e l'efficacia delle misure di *self-cleaning* adottate, essendosi il procedimento concluso positivamente all'esito della valutazione dell'-OMISSIS- sull'integrità e affidabilità di -OMISSIS- - OMISSIS-ai fini dell'esecuzione del nuovo affidamento.

Invero, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto, ai fini dell'esclusione, dei comportamenti imputabili a carico del concorrente è rimessa alla stazione appaltante a cui viene riconosciuto un significativo margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore nell'ambito dell'esercizio di un potere di natura spiccatamente discrezionale, soggetto al controllo giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti, che nel caso di specie non sussistono alla luce delle evidenze documentali.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale: *“il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da Parte della P.A. cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio 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 non può pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa”* (Cons. Stato, IV, 8 ottobre 2020, n. 5867).

Dalla complessiva documentazione versata in atti emerge, invero, la logica della valutazione dell'Inps in ordine alla dimostrazione dell'insussistenza delle condizioni per ritenere esistente un potere di ingerenza attuale, continuativo e significativo del precedente amministratore di fatto -OMISSIS--OMISSIS- nei confronti di -OMISSIS- -OMISSIS-.

Invero, la riforma dell'assetto societario di -OMISSIS-. con riguardo alla posizione ed ai compiti dell'organo amministrativo si è mossa in una duplice direzione: da un lato, ha realizzato un sistema di deleghe gestorie in settori cruciali (appalti pubblici – rapporti infragruppo – esercizio del voto in sede assembleare), eliminando il precedente accentramento in capo ad un solo soggetto dei poteri amministrativi; dall'altro, ha individuato opportuni contrappesi rispetto al potere gestorio degli amministratori.

Tra le misure adottate, di assoluto rilievo sono le modifiche del “Modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001” di gestione e controllo finalizzato alla prevenzione dei reati contro la P.A. e con l’esclusione di qualsiasi forma di soggezione dell’organismo di vigilanza dagli amministratori della società, con conseguente abilitazione ad esercitare i poteri di iniziativa e controllo anche nei confronti dello stesso organo amministrativo che lo ha nominato; le variazioni dei componenti dell’organismo di vigilanza di cui all’art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 al fine di assicurarne la piena indipendenza comprovata anche dalla dotazione di un autonomo budget di spesa; l’adozione di protocolli di tracciabilità dei contratti di consulenza ed affidamento di incarichi a terzi al fine di impedire il fenomeno delle consulenze fittizie o assegnate a soggetti riconducibili alle persone politicamente esposte con l’intento di conseguire indebiti vantaggi; la revisione delle modalità di gestione dei flussi finanziari finalizzate ad impedire la distrazione di somme per fini extrasociali o per scopi estranei all’attività aziendale. Dunque, l’organismo di vigilanza contemplato ha assunto un ruolo più pregnante nell’esercizio dei poteri di iniziativa e controllo su ogni attività aziendale e livello gestionale, sia nei confronti del personale che nei confronti dello stesso Consiglio di Amministrazione.

Inoltre, la *governance* della società è stata affidata a un consiglio di amministrazione, ridimensionando il ruolo e le prerogative dell’amministratore delegato.

Tale riorganizzazione societaria ha portato il collegio giudicante del Tribunale di Roma, con ordinanza dell’1 agosto 2017, a revocare la misura cautelare interdittiva di divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, di cui all’art. 9, comma 2, lett. c), del d.lgs n. 231 del 2001, precedentemente comminata alla -OMISSIS-, la cui efficacia era stata già temporaneamente sospesa ex art. 49 dello stesso d.lgs. *“al fine di consentire alla società l’adozione di misure riparatorie adeguate e, in particolare, la predisposizione di un piano strategico di ristrutturazione e di implementazione del modello*

organizzativo in grado di rientrare nei parametri normativi e di prevenire la commissione di altri reati di matrice corruttiva", e il Prefetto di Roma, con decreto n. 206707 del 30 maggio 2018, ha disposto la cessazione della misura del sostegno e monitoraggio, prevista dall'art. 32, comma 8, del d.l. n. 90 del 2014, attivata per effetto del decreto del 4 ottobre 2017 nei confronti di -OMISSIS- -OMISSIS-.

Invero, successivamente alla realizzazione delle predette misure di autodisciplina, -OMISSIS- -OMISSIS- ha conseguito l'aggiudicazione di numerose procedure di appalto pubblico, avendo dato prova - come si evince dall'esame dell'ordinanza del Tribunale di Roma dell'1 agosto 2017 di revoca della misura cautelare interdittiva di divieto di contrattare con la pubblica amministrazione - di essersi impegnata a risarcire il danno causato dalla condotta illecita del precedente amministratore di fatto, mediante l'erogazione di una somma di euro 3.045.000 a Consip, parte offesa nel procedimento penale a carico di -OMISSIS--OMISSIS- per gli episodi di corruzione emersi nell'ambito della gara FM4, e l'idoneità di tale impegno risulta, altresì, comprovata dal fatto che Consip medesima ha ammesso -OMISSIS- -OMISSIS- alle procedure di gara bandite successivamente alla realizzazione delle condotte riparatorie e delle misure di *self-cleaning*.

In presenza di tali elementi sintomatici della ripristinata legalità di -OMISSIS- -OMISSIS- derivante dalle misure di *self-cleaning* dalla stessa adottate in funzione della conservazione della società all'interno del mercato, l'-OMISSIS- legittimamente ha omesso di escluderla dalla gara, anche in considerazione dell'affidabilità professionale della società pure sotto il profilo strettamente patrimoniale, che la stazione appaltante ha verificato mediante i bilanci societari, le cui evidenze contabili hanno consentito di escludere ripercussioni negative sull'esecuzione dei contratti affidati anche nell'ipotesi di pagamento della sanzione.

In relazione, infine, all'assunta violazione delle regole del cd. "*stand still*", di cui all'art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, deve evidenziarsi che la

procedura di specie si è svolta nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione, istituito da Consip ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 50 del 2016, in cui, ai sensi del comma 10 dello stesso art. 32, il termine dilatorio per la stipulazione del contratto non trova applicazione. Ne consegue che la Stazione appaltante non è incorsa in alcuna violazione delle regole dello “*stand still*”.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, 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 interessata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.