

Pubblicato il 15/06/2023

N. 05897/2023REG.PROV.COLL.
N. 01994/2023 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1994 del 2023, proposto dal Consorzio Stabile Valore Assoluto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianfranco D'Angelo e Bruno De Maria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ilaria Cocco in Roma, via dei Gandolfi n. 6,

contro

- l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Perla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- l'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, n. 12;

nei confronti

della società Ferrotecnica S.r.l., in proprio e quale capogruppo del r.t.i. con E.C.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata

e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 7599/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, dell'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione e della società Ferrotecnica S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2023, il Cons. Antonio Massimo Marra e sentite le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 67 del 14 giugno 2022, l'Azienda Sanitaria Locale-Napoli 2 Nord, ha indetto una gara a procedura aperta con aggiudicazione, ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di ampliamento del P.O. 'A. Rizzoli' di Ischia e realizzazione di nuovi posti letto ospedalieri, da svolgersi in modalità telematica.

1.1. La procedura è stata suddivisa in più lotti e la durata dell'appalto è stata stabilita in un massimo di 550 giorni, decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori; laddove l'importo complessivo a base d'asta era pari a € 3.543.996,26, oltre oneri per la sicurezza - non soggetti a ribasso - nella misura di € 149.660,19, per un totale di € 3.693.656,45.

1.2. Alla gara hanno partecipato, oltre al Consorzio Stabile Valore Assoluto (di qui in avanti solo Consorzio), il r.t.i. composto da Ferrotecnica S.r.l. e dalla società E.C.M. S.r.l.

1.3. In esito all'esame delle offerte tecniche, economiche e temporali il Consorzio si è classificato al primo posto della graduatoria di merito con complessivi 94 punti, sopravanzando di circa dieci punti il costituendo r.t.i. Ferrotecnica.

1.4. Espletata la procedura di verifica del possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, il Direttore generale dell'ASL, con deliberazione n. 298/2022, ha ritenuto di *“non approvare la proposta di aggiudicazione, escludendo il Consorzio per la sussistenza di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità”*.

La conseguente esclusione dalla procedura è stata impugnata dal Consorzio con il ricorso instaurativo del presente giudizio.

1.5. Con la deliberazione n. 899 del 30 maggio 2022, infine, l'appalto è stato quindi aggiudicato al r.t.i. capeggiato da Ferrotecnica.

1.6. Una volta notificata tale delibera il Consorzio ha notificato motivi aggiunti aventi ad oggetto l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, il Consorzio, odierno appellato, ha chiesto l'annullamento di tali esiti della procedura selettiva e il risarcimento del danno subito, ove possibile mediante subentro nel rapporto contrattuale, articolando plurime censure in ordine alla sua esclusione oltre che per difetto di contraddittorio anche per violazione dell'articolo 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

2.1. Si è costituita in giudizio la ASL Napoli 2 Nord, per chiedere la reiezione del ricorso, di cui ha eccepito la infondatezza.

2.2. Si è altresì costituita l'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, concludendo negli stessi termini.

2.3. Infine, all'esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale), con la sentenza n. 7599 del 5 dicembre 2022, ha respinto il ricorso principale e i motivi aggiunti del Consorzio

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Consorzio, deducendo tre articolati motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e, ove possibile, l'aggiudicazione della gara o, in subordine, il risarcimento del danno.

3.1. Si sono costituite per opporsi all'appello la ASL Napoli 2 Nord, l'ANAC e i Ferrotecnica S.r.l., controinteressata.

3.2. Nell'udienza del 25 maggio 2023, il Collegio, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello del Consorzio deve essere accolto in parte, nei limiti di cui appresso.

5. Con il primo motivo, anzitutto, l'odierno appellante, Consorzio Stabile Valore Assoluto, ripropone - lamentando il mancato esame da parte del primo giudice - la doglianza di totale estraneità del Consorzio agli illeciti professionali ascritti a due sue consorziate (Cynec S.r.l. e Giona S.r.l.), che sono stati alla base dell'esclusione del Consorzio medesimo dalla gara; lamentando, altresì, l'erronea applicazione, da parte dell'Amministrazione, della cosiddetta "teoria del contagio", ai fini dell'applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

5.1. Soggiunge, sul punto specifico, l'odierna appellante che il provvedimento di esclusione adottato dall'Azienda sanitaria si sarebbe essenzialmente basato sul collegamento tra la suddetta consorziate e il Consorzio Stabile Valore Assoluto, giacché - come già accennato - al momento della partecipazione alla selezione, i legali rappresentanti delle società Cytec e Gioma, avrebbero al contempo ricoperto rispettivamente, in seno al Consorzio, le cariche di Presidente e Vicepresidente.

5.2. Ne sarebbe derivato, in estrema sintesi, che le ragioni d'inaffidabilità di entrambe le consorziate avrebbero avuto riflessi, in via automatica, anche sul Consorzio specie per le ridette cariche *illo tempore* ricoperte dal Presidente e

dal Vice Presidente nel Consorzio ed al momento della domanda di partecipazione.

5.3. E del resto, erroneamente la sentenza impugnata avrebbe fatto applicazione della “teoria del contagio”, dovendosi ritenere, a dire della ricorrente, che i gravi illeciti professionali contestati - a chi ha per un periodo amministrato il Consorzio appellante – avrebbero dovuto essere accertati da provvedimenti giudiziali, financo di natura provvisoria, circostanza che nella specie non è avvenuta.

5.2. Il motivo, nei suoi diversi profili, è privo di fondamento, perché il dato che nella specie davvero rileva è che al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il Presidente e il Vicepresidente del Consorzio Stabile, erano i legali rappresentanti rispettivamente delle due consorziate sopra indicate.

5.3. Il che ben giustifica, ad avviso del Collegio, l’operato dell’Amministrazione nel far richiamo al principio (c.d. del contagio).

5.4. In altri termini, se la persona fisica - che, nella compagine sociale, ha rivestito un ruolo direttivo o, comunque, influente per le scelte della società - è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni, restando del tutto irrilevante stabilire se la condotta in questione sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, in quanto quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell’esercizio dell’attività professionale (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1786; id., 22 aprile 2022, n. 3107; id., 4 giugno 2020, n. 3507; id., 3 dicembre 2018, n. 6866).

5.5. Quanto, poi, alla dedotta erronea applicazione della “teoria del contagio”, che ad avviso dell’appellante, neppure rivestirebbe un reale fondamento normativo, ritiene il Collegio di dover ribadire il principio (da ultimo, Cons.

Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107) secondo cui: “...*allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali, anche non definiti, ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, trova piena giustificazione, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del contagio*”. In buona sostanza, la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all’operatore economico “per contagio”, ossia *de facto* e, dunque, prescindendo dalla tematica “*dell’imputazione degli atti*”.

5.6. Né a conclusioni diverse ed opposte conduce, poi, il rilievo adombrato dalla difesa appellante secondo cui la richiamata “teoria del contagio” sia applicabile solo a queste fattispecie, con esclusione di quelle – come è nel caso che occupa – in cui si tratti di illecito di tipo diverso, dovendosi ritenere che a tale conclusione si oppone il pacifico indirizzo secondo cui la nozione di “*grave illecito professionale*” ex articolo 80, comma 5, lett. c), ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante, ricomprende ogni condotta, collegata all’esercizio dell’attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503; id., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591).

5.7. Di qui la reiezione della censura in esame.

6. Con il secondo articolato motivo, ancora, l’appellante contesta la sentenza del Tribunale per avere respinto erroneamente, a suo dire, il secondo motivo dell’originario ricorso, con cui il Consorzio ha contestato il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine al mancato esame delle misure di *self-cleaning* (allontanamento dei suindicati Presidente e Vicepresidente, esclusione dalla compagine consortile di una delle consorziate interessate dagli illeciti), adottate in corso di gara.

Errerebbe la sentenza impugnata nel ritenere che le operazioni di *self-cleaning* avrebbero efficacia solo per il futuro e non potrebbero retroagire fino al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di selezione già in corso, avendo disatteso i più recenti arresti giurisprudenziali maggiormente aderenti con i principi europei.

6.1. La censura è fondata.

6.2. Osserva, in proposito, il Collegio che, come puntualmente rilevato dalla difesa appellante, la giurisprudenza più recente, anche della Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2023, nn. 1700 e 1719) ha, in effetti, superato l'impostazione per cui le misure di *self-cleaning* sono irrilevanti se adottate nel corso della gara, in quanto destinate a valere solo per il futuro, in favore di una lettura maggiormente in linea con i principi europei per cui le predette misure vanno sempre valutate dalla stazione appaltante.

6.3. È opportuno sottolineare, infatti, che pur in presenza di cause di esclusione obbligatorie, l'art. 80, comma 7, del codice dei contratti consente all'operatore economico di provare di "*aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*".

6.4. E' stato anche chiarito in giurisprudenza che tale interpretazione è maggiormente conforme alla *ratio* dell'istituto del ravvedimento operoso, di cui all'art. 80, comma 7, del codice dei contratti, che ha "*finalità conservativa e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato*" (cfr. sentenza n. 9782/2022).

6.5. Analogamente, la giurisprudenza nazionale più recente (cfr. CGA, 13 luglio 2022, n. 829), facendo, invero, applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere "*in qualunque fase*

della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione" (cfr. § 29 della sentenza).

6.6. Dalle suindicate coordinate ermeneutiche si ricava, dunque - come già chiarito dalla Sezione con la sentenza n. 1700/2023, prima richiamata - il principio secondo cui la direttiva 24/2014/UE non impedisce la valutazione delle misure di *self-cleaning* assunte in corso di gara, relative a fatti insorti, dopo la presentazione dell'offerta, come nel caso di specie.

6.7. Nel caso di specie, come risulta da una piana lettura del provvedimento di esclusione impugnato in prime cure, la stazione appaltante ha del tutto omesso ogni esame e valutazione sulle misure di *self-cleaning* suindicate, ritenendole irrilevanti sulla base di un parere del proprio Ufficio Affari Legali, che aveva per vero fatto richiamo all'orientamento oggi superato sulla non esaminabilità delle misure adottate in corso di gara in ragione del carattere "*non retroattivo*" delle stesse.

7. Quanto sopra comporta, infine, la fondatezza anche del terzo motivo di appello, a mezzo del quale il Consorzio ripropone la censura di carenza del necessario contraddittorio prima dell'esclusione.

7.1. Il primo giudice ha, in particolare, respinto tale doglianza, assumendo che nel giudizio non era stata fornita prova di quale apporto la fase di contraddittorio avrebbe potuto portare ai fini di un esito diverso, applicando conseguentemente l'articolo 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

7.2. In proposito, in disparte restando la questione teorica se il contraddittorio che qui rileva s'identifichi con quello regolato dalla legge sul procedimento amministrativo o sia qualcosa di diverso, basta in proposito rilevare che ciò che risulta dirimente è che, nella specie, sia stato omesso un passaggio procedimentale indefettibile sulla scorta della normativa comunitaria per come interpretata dalla richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, e cioè la necessaria valutazione – in contraddittorio, appunto – della rilevanza e significatività delle misure di *self-cleaning*.

7.3. Dalla documentazione versata in atti emerge, infatti, che l'odierna appellante aveva dimostrato di aver adottato, sia pure in corso di gara, dette misure di salvaguardia senza, peraltro, che le ridette misure fossero state dalla stazione appaltante esaminate.

7.4. Il motivo deve essere pertanto accolto.

Deve, invece, essere respinta la domanda di risarcimento, mediante subentro nell'aggiudicazione, riproposta dall'appellante, in considerazione dei limiti e delle ragioni dell'accoglimento della domanda attorea.

7.5. L'effetto conformativo dell'annullamento dell'impugnata esclusione è, quindi, limitato al dovere della stazione appaltante di esaminare le misure di *self-cleaning* documentate dalla appellante e pronunciarsi su di esse, previa valutazione discrezionale solo all'esito della quale dovrà decidere se adottare un nuovo provvedimento di esclusione ovvero confermare l'originaria aggiudicazione a favore della ricorrente.

8. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello di Consorzio Stabile Valore Assoluto fondato nel secondo motivo esaminato, deve essere accolto, con la conseguente parziale riforma della sentenza impugnata nei termini che si sono precisati.

9. L'istanza risarcitoria deve invece essere respinta.

10. Le spese del doppio grado del giudizio possono restare internamente compensate tra le parti attesa la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dal Consorzio Stabile Valore Assoluto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado e annulla gli atti con essi impugnati, salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

Compensa integralmente le spese 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 25 maggio 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO