

Publicato il 29/07/2022

N. 06697/2022REG.PROV.COLL.
N. 01428/2021 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 1428 del 2021, proposto da
-OMISSIS1- S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio
digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Torino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Susanna Tuccari, con domicilio digitale come da registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sebastiana Dore in
Roma, alla via Principessa Clotilde, n. 2;

nei confronti

A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;
Cooperativa sociale -OMISSIS2- s.c.s. - Onlus, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio
Finocchiaro e Stefania Pedace, con domicilio digitale come da registri di
Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, n. -OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torino e della Cooperativa sociale -OMISSIS2- s.c.s.- Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2021 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli, per delega dell'avvocato Brugnoletti; Dore, per delega dell'avvocato Tuccari, e Papetti, per delega dell'Avv. Finocchiaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione dirigenziale del 23 maggio 2019, il Comune di Torino approvava l'indizione di una procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia ordinaria presso uffici ed edifici comunali e come centrale di committenza per la sede della Fondazione Polo del '900, suddivisa in 4 lotti, per un importo complessivo di €. 2.037.800,16.

All'esito delle operazioni di gara, la stesa veniva aggiudicata, relativamente al lotto n. 2, alla società -OMISSIS1- s.p.a.,

Nelle more della programmata stipulazione del contratto, l'Amministrazione apprendeva dagli organi di stampa e dai mezzi di informazione che il sig. -OMISSIS- – socio unico, legale rappresentante e presidente del consiglio di amministrazione de -OMISSIS1- s.p.a., oltreché legale rappresentante della società -OMISSIS- s.r.l. – era stato tratto in arresto con l'imputazione del reato di corruzione, relativamente all'affidamento di un contratto di appalto del servizio di sanificazione bandito dal Comune di Nichelino.

Ne discendeva – all'esito dei disposti accertamenti istruttori e della acquisizione di informazioni relative allo stato del procedimento penale presso l'Ufficio GIP del Tribunale di Torino e presso la locale Procura della

Repubblica – l’attivazione del procedimento preordinato alla revoca dell’aggiudicazione in favore de -OMISSIS1- S.p.A., con conseguente scorrimento della graduatoria e affidamento del servizio alla Cooperativa sociale -OMISSIS2-, giusta comunicazione in data 12 giugno 2020.

In particolare, la stazione appaltante acquisiva, all’uopo, documentazione inerente: *a)* le visure camerali delle due società interessate (-OMISSIS1- s.p.a. e -OMISSIS- s.r.l.); *b)* il patto di famiglia stipulato in data 3 maggio 2020; *c)* i verbali del consiglio di amministrazione della società -OMISSIS1- S.p.A. del 27 aprile 2020 e del 29 aprile 2020; *d)* la diffida al Sig. -OMISSIS- del 27 aprile 2020; *e)* l’atto di citazione proposto da -OMISSIS1- S.p.A. nei confronti del -OMISSIS-; *f)* i verbali dell’assemblea straordinaria de -OMISSIS1- S.p.A. e de -OMISSIS- s.r.l. del 20 gennaio 2020, nella quale era stata approvata la fusione delle due società.

2.- Avverso la disposta misura di autotutela, la società insorgeva con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Piemonte che, con sentenza n. -OMISSIS-, resa all’esito della interinale fase cautelare di prime e seconde cure, lo respingeva.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, -OMISSIS1- s.p.a. impugna la ridetta statuizione, di cui assume la complessiva erroneità e ingiustizia, auspicandone l’integrale riforma.

Nella resistenza del Comune di Torino e della controinteressata Cooperativa sociale -OMISSIS2-, alla pubblica udienza del 28 ottobre 2021 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L’appello è infondato e merita di essere respinto.

2.- Con il primo motivo di doglianza, la società appellante lamenta *error in procedendo* e *in iudicando*, per violazione degli articoli 34 e 134 cod. proc. amm. una ad eccesso di potere giurisdizionale.

Lamenta, segnatamente, che la sentenza impugnata avrebbe valorizzato, con ciò esorbitando dai limiti della giurisdizione, elementi non presi in

considerazione dall'Amministrazione in sede procedimentale, ed argomentazioni non trasfuse nella giustificazione della contestata misura rimotiva.

2.1.- Il motivo è palesemente infondato.

La sentenza appellata dà diffusamente conto delle circostanze di fatto valorizzate dall'Amministrazione, a giustificazione della adozione del provvedimento oggetto di contestazione.

In particolare, ha dato atto: *a)* della circostanza che, al momento di adozione della determinazione di revoca, fosse stato effettivamente adottata, a carico del sig. -OMISSIS-, una misura cautelare restrittiva, fondata sulla contestazione del reato di corruzione nell'ambito di una procedura evidenziale avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia/sanificazione; *b)* della circostanza, acclarata dalla stazione appaltante, della sostanziale identità di cariche sociali tra la società -OMISSIS1- e -OMISSIS-, desunta dalle visure prodotte dalle parti, dal patto di famiglia e dai verbali del consiglio di amministrazione; *c)* dello svolgimento di effettivo contraddittorio endoprocedimentale, dal quale non erano emersi elementi decisivi per un esito alternativo della valutazione revisionale; *d)* della irrilevanza delle misure di *self cleaning* adottate, in quanto valevoli solo *prospettivamente*, e non *retrospettivamente* (cioè, esclusivamente *pro futuro*); *e)* dell'adeguato supporto motivazionale a sostegno del provvedimento adottato. Non si tratta affatto di valutazioni di merito autonomamente apprezzate dal Collegio, ma – all'opposto – di elementi fattuali e profili giuridici puntualmente dedotti dalle parti, in prospettiva rispettivamente critica e defensionale, che sono stati adeguatamente e correttamente valutati, in quanto inerenti al *thema decidendum*

2.- Con un secondo motivo di censura, l'appellante lamenta violazione, *in iudicando*, dell'art. 80, comma 5, lett. *c)*, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 27, comma 2 Cost., dell'art 6, comma 2, della CEDU, in una a difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia manifesta e difetto assoluto dei presupposti.

Avrebbe, segnatamente, errato il primo giudice nel ritenere legittima la immediata “sovrapposizione”, senza specifica istruttoria ed in difetto di autonomo e motivato apprezzamento, della valutazione amministrativa operata dalla stazione appaltante e di quella espressa dall’Autorità penale, con ciò facendo, in tesi, erroneamente coincidere la “gravità astratta” dei fatti integranti un reato con la “gravità concreta” postulata ai fini della imputazione, con esito espulsivo, dell’illecito professionale.

2.1.- Il motivo è infondato.

Come noto, l’art. 80, comma 5, lett. *c*), del d. lgs. n. 50/2016 ha natura di norma aperta, comprensiva, tra l’altro, delle situazioni già previste dal legislatore comunitario come specifiche cause di esclusione ai sensi dell’art. 57, comma 4, lett. *c*), della direttiva n. 24/2014/UE.

Per l’effetto, la dimostrazione del grave illecito professionale – in presenza di circostanze di fatto di potenziale rilievo penale – non postula, a differenza di quanto accade nelle ipotesi, tassative, di cui al comma 1, ad effetto automaticamente espulsivo, la definitività del relativo accertamento, essendo solo rimesso alla stazione appaltante l’onere di puntuale ed adeguata acquisizione in sede istruttoria di adeguato apprezzamento di rilevanza, preceduta da effettivo contraddittorio endoprocedimentale con il soggetto interessato.

Nel caso di specie: *a*) è, di nuovo, circostanza pacifica che, a carico del sig. - OMISSIS-, che ricopriva cariche in entrambe le società coinvolte, con evidente interconnessione, fosse stata emessa misura cautelare restrittiva, giustificata dalla imputazione di un reato (la corruzione ipoteticamente operata in una procedura evidenziale dai tratti analoghi) di sicura ed obiettiva rilevanza, ai fini dell’apprezzamento della moralità ed affidabilità professionale del concorrente; *b*) è comprovato che, prima di assumere ogni determinazione in proposito, la stazione appaltante avesse attivato ogni utile canale informativo, sottoposto al confronto dialettico con la società; *c*) è, di conserva, evidente, come correttamente evidenziato dal primo giudice, che la

stazione non abbia affatto adottato una ‘immotivata’ ed ‘automatica’ sanzione espulsiva, avendo all’incontro ampiamente motivato in ordine alla rilevanza del fatto, alla sua potenziale gravità, al suo impatto sulla serietà e professionalità del concorrente, traendone il non implausibile corollario della rilevanza e decisività dei fatti.

In ordine a tali circostanze, oggetto di puntuale confronto fra le parti, il primo giudice ha fornito, alla luce delle prospettate censure, puntuale, diffusa ed argomentata giustificazione. Non è dato, per tal via, riscontrare alcuna violazione della presunzione di innocenza (operante, come tale, solo *de jure poenali*, giusta l’invocato art. 27 Cost.), né dei principi del giusto procedimento.

3.- Con il terzo motivo di gravame, la società appellante censura la decisione impugnata, nella parte in cui ha ritenuto applicabile l’art. 80, comma 5, lett. c), a seguito di una vicenda penale occorsa ad un soggetto di cui al comma 3 dello stesso art. 80.

3.1.- Il motivo è infondato.

La sentenza ha ampiamente e diffusamente motivato la decisione assunta, ripercorrendo puntualmente la normativa comunitaria e nazionale in materia di illecito professionale e di operatore economico, con particolare riguardo all’art. 57, par. 4 e 6, nonché ai considerando nn. 14 e 101 della direttiva 24/2014 e all’art. 80, comma 5 lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016, con richiamo anche alle Linee Guida A.N.A.C. n. 6

Ha, in proposito, con ragionamento corretto ed esente da censure, ritenuto che la condotta del Sig. -OMISSIS-, stante la sostanziale identità delle cariche sociali delle società -OMISSIS1- e -OMISSIS-, fosse imputabile anche alla società appellante, con conseguente legittimità della revoca dell’aggiudicazione disposta a suo favore; e ciò sia valorizzando l’evidente identificazione sostanziale tra socio e società, per di più a socio unico, sia alla luce della immedesimazione organica tra la società e il titolare di cariche sociali. Si tratta, del resto, di una piana applicazione della c.d. teoria del contagio, in forza della quale una società può essere esclusa da una procedura

di gara *ex art.* 80, comma 5, lett. c) del d. lgs. n. 50/2016 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507).

In proposito, importa ribadire come non sia necessario che la condotta penalmente rilevante sia stata commessa dalla persona fisica per un interesse proprio o per avvantaggiare la società, spettando alla stazione appaltante, come in effetti occorso nella vicenda in esame, valutare se l'illecito abbia o possa avere un riflesso sulla commessa pubblica (cfr. Corte di Giustizia, 20 dicembre 2017 nella causa C-178/16, par. 34 e, in conformità, Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3507).

Del resto – anche in relazione alla prospettata necessità di rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia – importa ribadire che, per consolidato intendimento, 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.

Tali condanne non potranno che essere riferite agli esponenti dell'impresa per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato o comunque tenuti, in ragione dei propri poteri di controllo, ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti. In questi termini, non rileva la circostanza che le condanne siano state irrogate ad un soggetto per fatti ed epoche in cui lo stesso era soggetto apicale di altra società, atteso che non è corretta la pretesa di 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. Deve quindi considerarsi l'intera esperienza professionale dei soggetti apicali mediante i quali la società opera, atteso che sono necessariamente questi a determinare il concreto comportamento dell'impresa sul mercato, pena l'elusione delle

finalità di tutela pubblicistica perseguite dalla norma di legge (in termini, Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70 e Id., 12 marzo 2019, n. 1649).

4.- Con distinto motivo di censura, in guisa obiettivamente ridondante, l'appellante censura la decisione di prime cure, nella parte in cui ha deciso che *“l'applicazione di misure restrittive della libertà personale ben possa essere oggetto di valutazione ai fini della causa di esclusione in discussione quando la gravità dell'episodio lo giustifichi”*, segnatamente allorché *“una condotta di corruzione nell'ambito di un appalto pubblico afferisca alla attività professionale del soggetto”*.

4.1.- Il motivo è del tutto infondato.

La giurisprudenza è consolidata, come già evidenziato, nel riconoscere che spetta alla stazione appaltante, nel suo ampio margine di apprezzamento, l'individuazione dei gravi illeciti professionali in grado di ledere in concreto l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Il che deve segnatamente ribadirsi in presenza di pertinenti ed apprezzabili indizi di realtà penale, ancorché non oggetto di accertamento definitivo (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).

5.- Con il quinto motivo, l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto ineffettive (e, comunque, insufficienti) le misure di *self cleaning*, asseritamente adottate dalla società -OMISSIS1-

5.1.- Il motivo è infondato.

Nel provvedimento di revoca impugnato, l'Amministrazione ha messo puntualmente in rilievo come le misure intraprese dalla società -OMISSIS1-, al di là di formali modifiche, non avessero effettivamente inciso sull'entità delle quote di partecipazione al capitale sociale, in quanto il 50% risultava essere ancora in capo al Sig. -OMISSIS-. Per tal via, il mero passaggio della rappresentanza della comunione *pro indiviso* dal Sig. -OMISSIS- al fratello Angelo (e, poi, alla Sig.ra Silvia -OMISSIS-), non accompagnato da una contestuale dismissione del capitale sociale, non è stato ritenuto sufficiente, apparendo chiaro che il mantenimento della proprietà del 50% del capitale

sociale in capo al Sig. -OMISSIS- equivalesse a poteri di influenza sulla gestione societaria (*arg. ex art. 2347 cod. civ.*).

Tale valutazione risulta, come già ritenuto con diffusa motivazione dal primo giudice, corretta, pertinente ed adeguata e si sottrae, come tale, alle formalizzate doglianze.

In ogni caso, con considerazione di carattere assorbente, la sentenza ha correttamente ritenuto – in conformità ad un orientamento giurisprudenziale del tutto consolidato, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi – che l'adozione delle misure di *self cleaning* non possa avere effetto che *pro futuro*, ovvero per la partecipazione a gare successive, poiché rispondenti alla finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato e non già all'esigenza di sanare illecità di condotte pregresse (cfr., tra le molte, Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; Id., 9 gennaio 2020, n. 158).

6.- Con ultimo profilo di censura, l'appellante – denunciando *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione del Patto di integrità, nonché ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti e violazione dell'art. 103 d. lgs. n. 50/2016 – ha lamentato l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione, anche nella parte in cui ha disposto l'escussione della garanzia definitiva in pretesa applicazione del ridetto patto di integrità (nella parte in cui lo stesso, all'art. 10, prevedeva che “*nel caso di violazione delle norme riportate nel Patto di Integrità da parte dell'Operatore Economico, sia in veste di concorrente, sia di aggiudicatario, [avrebbero potuto] essere applicate, [...] anche in via cumulativa, le seguenti sanzioni: - [...] revoca dell'aggiudicazione/risoluzione del contratto; - incameramento della cauzione provvisoria di validità dell'offerta (art. 93 del D.Lgs. n. 50/2016) e della cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto (art. 103 del D.lgs. n. 50/2016); [...] segnalazione all'A.N.A.C. per le finalità previste ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e alle competenti Autorità*”

A suo dire, le presunte condotte ascritte al Sig. -OMISSIS- erano state asseritamente perpetrate nell'ambito di una procedura diversa da quella in oggetto (indetta dal Comune di Nichelino), sicché i relativi fatti contestati, che

integrerebbero la violazione di detto Patto, non sarebbero riferibili a - OMISSIS1- S.p.a. e quindi al contraente della Città di Torino, mancando con ciò il presupposto soggettivo per l'attivazione delle previste sanzioni, ivi compreso l'incameramento della cauzione. Inoltre, sarebbe inapplicabile l'art. 103 d.lgs. n. 50/2016, in assenza di inadempimento contrattuale, in senso tecnico, imputabile

6.1.- Il motivo è infondato.

Il Patto d'Integrità delle Imprese, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale della Città di Torino del 31 marzo 2016, costituisce una componente integrante della legge di gara ed è richiamato espressamente nel provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. Esso, al punto n. 2, impone un preciso dovere di correttezza, allorché prevede che *“l'operatore economico agisce nel rispetto del principio di buona fede, correttezza professionale, lealtà nei confronti del Comune di Torino e degli altri concorrenti”* e, al punto 10.1, espressamente prevede, sia per il concorrente sia per l'aggiudicatario, l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'ANAC, come già sancito dall'art. 80, comma 12 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il Patto d'Integrità costituisce fonte pattizia autonoma, facente parte integrante e sostanziale della gara, come espressamente risulta dalla dichiarazione integrativa obbligatoria da inviare alla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura. Per tal via, gli obblighi di correttezza gravano sugli operatori economici a garanzia della loro integrità ed affidabilità che può venir meno anche per condotte illecite occasionate o verificatisi in altre gare pubbliche; trattandosi di indice dubbia integrità professionale, sanzionata anche dallo stesso Patto d'Integrità. IL quale, per tal via, riguarda obblighi sia dello specifico appalto indetto dalla Città di Torino, sia obblighi generali di correttezza nei confronti dell'Amministrazione e di terzi

Correttamente, per l'effetto, la stazione appaltante ha proceduto alla escussione della garanzia definitiva ed alla segnalazione all'ANAC.

7.- Le argomentazioni che precedono confermano la complessiva infondatezza dell'appello.

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

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in complessivi € 5.000,00, oltre accessori di legge, a favore del Comune di Torino ed € 5.000,00, oltre accessori, a favore della Cooperativa sociale - OMISSIS2- s.c.s. – Onlus.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO