

Publicato il 29/05/2019

N. 03583/2019REG.PROV.COLL.
N. 08774/2018 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 in appello iscritto al numero di registro generale 8774 del 2018, proposto da

Consorzio Italwork s.c.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Adolfo Mario Balestreri e Angelo Mangione, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianluca Maria Esposito in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia, 11;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

G.L.M. Appalti s.r.l., non costituito in giudizio;

nei confronti

A.N.A.C. - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 07272/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e dell'A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Adolfo Maria Balesteri e l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 17 settembre 2014 il Ministero della difesa – Aeronautica militare avviava una procedura di gara aperta per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di ampliamento della mensa sottoufficiali dell'aeroporto di Centocelle.

1.1. La gara, da aggiudicarsi con il metodo del maggior ribasso, si svolgeva in due sedute e si concludeva con l'aggiudicazione definitiva al Consorzio Italwork s.c.p.a. che aveva proposto il maggior ribasso di 31,5780 sul prezzo a base di gara. Il 25 novembre 2015 era, dunque, stipulato il contratto di appalto, inoltrato, per la sua approvazione e registrazione, al Servizio infrastrutture dell'Aeronautica militare.

1.2. Dopo la sottoscrizione del contratto, ma prima della sua approvazione, l'Autorità giudiziaria, con decreto 9 dicembre 2015, eseguito l'11 dicembre 2015 disponeva la perquisizione e il conseguente sequestro di tutta la documentazione relativa alle gare d'appalto svolte dal 2° Reparto Genio A.M. alla data del 1° gennaio 2014. Il provvedimento era adottato nell'ambito del procedimento penale avviato, tra gli altri, nei confronti di Fabio Marsella, al tempo procuratore speciale e direttore tecnico e, in seguito, amministratore unico del Consorzio Italwork s.c.p.a., e di Antonio Santilli, collaboratore della società. A Fabio Marsella era notificata informazione di garanzia ai sensi dell'art. 369 Cod. proc. pen..

1.3. In ragione delle suddette vicende penali, l'amministrazione sospendeva le operazioni di consegna dell'ordine di progettazione già fissate per l'11 dicembre 2015.

1.4. Le predette vicende penali si concludevano con l'archiviazione del procedimento penale nei confronti di Fabio Marsella con decreto 29 dicembre 2016 adottato dal G.u.p. del Tribunale di Velletri su conforme richiesta del p.m., che disponeva, altresì, l'archiviazione della posizione del Consorzio Italwork s.c.p.a. quanto alla responsabilità amministrativa da reati di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, e con il rinvio a giudizio di Antonio Santilli. Con sentenza del Tribunale di Velletri n. 1173/2016 era pronunciata condanna nei confronti di Fabrizio Ciferri, ex dipendente del 2° Reparto Genio A.M., per turbativa d'asta in concorso con altri soggetti in relazione a diverse gare indette dall'amministrazione, ivi compresa la gara aggiudicata al Consorzio Italwork s.c.p.a..

1.5. L'amministrazione, considerate le sollecitazioni provenienti dall'aggiudicatario a dar avvio all'esecuzione del contratto, richiedeva

parere ad A.N.A.C. – autorità nazionale anticorruzione in merito alla possibilità di adottare provvedimenti di autotutela anche in relazione alla gara d'appalto relativa al Consorzio Italwork s.c.p.a. (e identificata con il n. 26/2014) per essere il contratto già stipulato ma non ancora efficace.

1.6. L'A.N.A.C. con parere 19 giugno 2017, nel quale rimetteva al prudente apprezzamento dell'amministrazione interessata la valutazione circa la sussistenza di ragioni di interesse pubblico tali da giustificare la rimozione del provvedimento di aggiudicazione e del contratto in conseguenza stipulato; con successivo parere del 12 luglio 2017, ribadito con nota del 10 ottobre 2017, l'A.N.A.C. escludeva la ricorrenza delle condizioni per procedere all'adozione delle misure previste dall'art. 32 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 conv. in l. n. 114 del 2014.

1.7. Il 29 novembre 2017 l'amministrazione avviava il procedimento per *“l'annullamento della gara in titolo e di tutti gli atti connessi e conseguenti ai sensi dell'art. 21 nonies”*; acquisite le controdeduzioni di parte, nonché il parere 5 aprile 2017 a firma del Capo dell'Ufficio generale consulenza e affari giuridici dello Stato Maggiore dell'Aeronautica militare, nonché il parere 21 aprile 2017 del Capo Ufficio del Corpo di commissariato e per la prevenzione della corruzione e la trasparenza, con provvedimento 7 febbraio 2018 era disposto l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione e conseguente segnalazione ad A.N.A.C. ai sensi dell'art. 9 lett. r) e s) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ai fini dell'inserimento nel casellario informatico, dell'esclusione dalla procedura di affidamento per mancanza dei requisiti di cui all'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il Consorzio Italwork s.c.p.a. impugnava il provvedimento di annullamento in autotutela sulla base di sette motivi; nel giudizio si costituiva il Ministero della difesa che concludeva per l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza nel merito.

Il giudizio era concluso dalla sentenza, sez. I-bis, 2 luglio 2018, n. 7272, di reiezione del ricorso e condanna della ricorrente al pagamento delle spese di lite.

3. Appella Consorzio Italwork s.c.p.a.; si è costituito con memoria il Ministero della difesa – Aeronautica militare 2° Reparto Genio A.M.. All'udienza del 21 marzo 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello Consorzio Italwork s.c.p.a. censura la sentenza di primo grado per *“Error in iudicando. Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell’art. 21 nonies comma 1, l. 241/1990 per il mancato rispetto del termine entro il quale è consentito alle PP.AA. procedere all’annullamento d’ufficio, anche in relazione agli artt. 24 e 97 Cost. e ai principi generali dell’ordinamento che regolano l’azione amministrativa e il rapporto tra privati e amministrazione. Eccesso di potere giurisdizionale in tutte le figure sintomatiche. Travisamento dei fatti, sviamento, disparità di trattamento e difetto di motivazione”*: il giudice di primo grado avrebbe erroneamente respinto il primo motivo di ricorso assertivo della violazione dell’art. 21-nonies l. 7 agosto 1990, n. 241 per assenza dei presupposti per l’esercizio del potere di annullamento in autotutela e, segnatamente, per essere stato esercitato detto potere oltre il *“termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi”*.

1.1. La sentenza di primo grado, in primo luogo, riteneva inapplicabile alla vicenda in esame il nuovo termine per

L'annullamento in autotutela del provvedimento illegittimo, di diciotto mesi dal momento della sua adozione, stabilito dall'art. 6, comma 1, lett. d), l. 7 agosto 2015, n. 214 – che, sul punto, ha innovato all'originaria previsione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241 cit. – dando seguito all'orientamento giurisprudenziale che ne fa applicazione ai soli provvedimenti adottati dopo l'entrata in vigore della legge di modifica. Precisava, tuttavia, che era pienamente applicabile il “*termine ragionevole*” quale criterio di valutazione del tempestivo, e, dunque, legittimo, esercizio dell'autotutela.

1.2. Di seguito, allora, la sentenza riteneva che l'amministrazione avesse esercitato il potere di annullamento in un termine ragionevole, da far decorrere dal momento della scoperta dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro, e, dunque, nel caso di specie, dall'acquisizione della sentenza del Tribunale di Velletri n. 1733/2016 che aveva fatto emergere i profili di illegittimità inficianti la validità dell'operazioni di gara; acquisizione che era avvenuta nel mese di novembre 2017. Da quel momento e fino all'adozione del provvedimento di annullamento erano trascorsi poco più di due mesi.

1.3. Il Consorzio Italwork s.c.p.a. non contesta la decisione nella parte in cui ha ritenuto inapplicabile il nuovo termine di 18 mesi dal momento dell'adozione del provvedimento illegittimo, ma sostiene che detto termine va considerato, comunque, alla stregua di un “*parametro interpretativo di riferimento*”; aggiunge, poi, che il *dies a quo* per il decorso del termine ragionevole per l'annullamento del provvedimento non può che essere quello di adozione del provvedimento di aggiudicazione ovvero, quanto meno, di stipulazione del contratto, ma certo non quello di acquisizione della

sentenza da parte del Tribunale di Velletri poiché l'amministrazione, pendente il giudizio penale, era già nelle condizioni di attivarsi per accertare se le condotte del proprio dipendente – poi descritte nella sentenza di condanna – avesse viziato la procedura di gara. L'inerzia dell'amministrazione nel lasso di tempo indicato aveva fatto sorgere il legittimo affidamento del Consorzio sulla piena validità del provvedimento di aggiudicazione.

2. Il motivo è infondato e va respinto.

2.1. Confermato anche in questa sede l'orientamento per il quale il termine di 18 mesi per l'annullamento in autotutela del provvedimento illegittimo trova applicazione solo per i provvedimenti adottati dopo l'entrata in vigore della modifica normativa (cfr. in ultimo Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374), va affrontata la questione, posta dal motivo d'appello, del momento a partire dal quale decorre il "*termine ragionevole*" entro il quale l'atto amministrativo illegittimo può essere annullato.

2.2. Ritiene il Collegio che non vi siano valide ragioni per discostarsi dal principio stabilito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 17 ottobre 2017, n. 8, secondo cui il termine per l'esercizio del potere di autotutela decorre solamente dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto (in quanto, come si legge al punto 10.6, "*la nozione di ragionevolezza del termine è strettamente connessa a quella di esigibilità in capo all'amministrazione*").

2.3. La circostanza che, a differenza del caso esaminato dall'Adunanza plenaria (annullamento in autotutela di titolo edilizio rilasciato sulla base di false rappresentazione fornite dall'istante all'amministrazione), non vi sia stata durante la gara falsa

rappresentazione di fatti addebitabile all'aggiudicataria, non oppone al predetto criterio generale un profilo di specialità tale da giustificare una deroga, trattandosi in ogni caso di far decorrere il potere di autotutela dal momento in cui l'amministrazione assume cognizione dell'elemento perturbativo del corretto esercizio del potere.

2.4. Resta, allora, da stabilire il momento nel quale l'amministrazione della difesa ha avuto piena conoscenza dei profili di illegittimità dell'aggiudicazione disposta a favore del Consorzio Italwork s.c.p.a.; sul punto la sentenza di primo grado va condivisa: solo con la sentenza del Tribunale di Velletri n. 1733/16 l'amministrazione della difesa ha potuto apprezzare l'incidenza della condotta criminale del proprio dipendente sugli atti di gara. Dall'acquisizione della sentenza penale da parte dell'amministrazione – avvenuta per allegazione non contestata nel novembre 2017 – sono trascorsi poco meno di tre mesi per l'adozione del provvedimento di annullamento.

2.5. È vero che, come fa rilevare l'appellante, l'amministrazione, avvertita dall'esecuzione del provvedimento di sequestro nei propri uffici dell'esistenza di possibili condotte di alterazione del regolare svolgimento della gara, era tenuta ad attivarsi (senza attendere la pronuncia di sentenza di condanna), ma è pur vero che solo con la sentenza conclusiva del giudizio penale il quadro fattuale è stato fissato nei suoi precisi contorni attraverso la trascrizione delle risultanze dell'attività di indagine svolta. Tant'è che, come ampiamente rappresentato dall'appellante, il procedimento penale a carico di Fabio Marsella era concluso con l'adozione di un provvedimento di archiviazione

2.6. E, d'altra parte, le risultanze probatorie riportate in sentenza dimostrano che solo mediante penetranti poteri investigativi – intercettazioni ambientali e telefoniche, specialmente – dei quali l'autorità amministrativa è priva, sarebbe stato possibile accertare le condotte criminali che avevano interessato la procedura di gara. Con ciò potendosi escludere che un'azione più solerte avrebbe potuto condurre l'amministrazione ad assumere tempo prima il provvedimento di annullamento degli atti di gara.

2.7. D'altronde, neppure può affermarsi – come sostenuto dall'appellante – che dopo l'esecuzione del sequestro presso i propri uffici, l'amministrazione sia stata completamente inerte, poiché è documentato che ampia attività istruttoria era svolta coinvolgendo l'A.N.A.C., cui era richiesto anche di valutare l'applicazione delle misure straordinarie previste dall'art. 32 d.l. n. 90 cit., e gli uffici dello Stato maggiore della difesa.

Tale attività era costantemente resa nota all'aggiudicatario il quale interloquiva, a sua volta, con le altre autorità coinvolte ed era, dunque, avvertito che l'amministrazione dubitava del regolare svolgimento della procedura di gara – sia pure senza aver ancora raggiunto la piena cognizione del possibile turbamento della stessa – e tanto vale ad escludere la maturazione di un legittimo affidamento sulla piena validità dell'aggiudicazione.

3. Con il secondo e terzo motivo di appello, che possono essere esaminati congiuntamente per la connessione delle censure, è contestata la sentenza di primo grado per *“Error in iudicando. Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990, in combinato disposto con l'art. 21 octies che prevede l'annullabilità d'ufficio del solo atto o provvedimento illegittimo, anche in relazione agli artt. 24*

e 97 Cost. e ai principi generali dell'ordinamento che regolano l'azione amministrativa e il rapporto tra privati e amministrazione. Travisamento dei fatti, sviamento, disparità di trattamento e difetto di motivazione, sotto ulteriore e distinto profilo” (il secondo) e per “Error in iudicando. Stessi vizi del precedente motivo, sotto diverso e distinto profilo” (il terzo).

3.1. Il Consorzio Italwork s.c.p.a. si duole della reiezione del secondo motivo di ricorso assertivo della violazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241 cit. per mancanza di provvedimento illegittimo suscettibile di annullamento, considerato che dalla sentenza pronunciata dal Tribunale di Velletri non era possibile dedurre alcun vizio della procedura di gara conclusa con il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in suo favore.

3.2. Il giudice di primo grado, infatti, riteneva illegittima l'aggiudicazione conseguita dal Consorzio Italwork s.c.p.a. per essere stata la procedura di gara irreparabilmente pregiudicata dall'attività fraudolenta, accertata in sede penale, di un dipendente dell'amministrazione. Più esattamente, il provvedimento di aggiudicazione era reputato illegittimo per violazione di legge, indetificata, invero, nei principi cardine dell'evidenza pubblica, quali la libera concorrenza, la par condicio e la correttezza delle procedure di gara.

Aggiungeva il giudice che l'autorità amministrativa, come anche il giudice amministrativo, può utilizzare come fonte esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte in sede penale e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte ad autonomo vaglio critico ed anche se la sentenza non è ancora munita dell'autorità del giudicato.

Quanto, infine, alla carenza di motivazione, il giudice, pur riconoscendo che l'amministrazione, dopo aver compiutamente e diffusamente esposto le ragioni di illegittimità della procedura di gara, non aveva giustificato la decisione di annullamento motivando in ordine alla comparazione tra l'interesse pubblico e quello dei partecipanti alla procedura, tuttavia, reputava attenuato l'onere motivazionale per la rilevanza ed autoevidenza degli interessi pubblici tutelati.

3.3. Rammentato che le vicende penali si erano concluse con la sua archiviazione dall'imputazione di responsabilità amministrativa da reato ex d.lgs. n. 231 del 2001 e con l'archiviazione di Fabio Marsella, suo procuratore speciale e direttore tecnico, l'appellante sostiene che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, le responsabilità individuali accertate in sede penale (e, in particolare, quella dell'ex dipendente dell'amministrazione, Fabrizio Ciferri), non avrebbero inficiato la validità del provvedimento amministrativo di aggiudicazione adottato all'esito di autonomo iter procedimentale, in assenza della prova che lo stesso fosse stato, in tutto o in parte, influenzato dalla condotta del dipendente penalmente rilevante; il quale, peraltro, non ha avuto alcun ruolo nella procedura di gara.

3.4. Ripropone, poi, l'argomento, già speso in primo grado, secondo cui l'amministrazione sarebbe incorsa in eccesso di potere per aver disposto l'annullamento dell'aggiudicazione senza compiere un autonomo accertamento delle circostanze di fatto riportate nella sentenza penale e soppesare, così, i "sospetti" di turbamento del regolare svolgimento delle operazioni di gara ivi prospettati. Mancherebbe, in sostanza, il necessario vaglio critico delle prove raccolte nel giudizio penale allo scopo di formare un proprio

convincimento anche alla luce delle archiviazioni in precedenza ricordate.

3.5. Per questo stesso motivo, poi, continua l'appellante, l'annullamento in autotutela risulterebbe viziato anche per carenza di motivazione, con particolare riguardo all'obbligo di esternazione di un interesse pubblico all'annullamento ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata e il giudice di primo grado avrebbe errato nel ritenere attenuato il generale onere motivazionale in presenza di un interesse particolarmente qualificato come la tutela della concorrenza negli appalti pubblici, per non aver considerato l'esigenza di salvaguardia della posizione del privato che, confidando nella legittimità dell'atto, ha consolidato le situazioni di vantaggio che gli erano state attribuite.

4. I motivi di appello sono infondati.

4.1. La prima questione è di carattere generale ed attiene alla possibilità di qualificare illegittimo un atto amministrativo in conseguenza di condotte di reato accertate in capo a dipendenti dell'amministrazione anche se nessuna responsabilità è emersa quanto al destinatario (beneficiario degli effetti) e all'organo cui se ne deve l'adozione.

4.2. Nella vicenda in esame, infatti, come più volte ricordato, né il Consorzio Italwork s.c.p.a., né la commissione giudicatrice è risultata coinvolta nell'azione criminale del Ciferri dipendente dell'amministrazione prodigatosi, con condotte integranti diverse fattispecie di reato, a favorire talune imprese nell'ambito delle procedure di gara svolte dall'amministrazione di appartenenza.

4.3. Rifiutata una concezione pan-penalistica, per la quale all'accertamento del reato segue l'automatica illegittimità dell'atto

amministrativo che ne sia stato mezzo esecutivo (come nel caso del reato di abuso d'ufficio, ex art. 323 Cod. pen. o di corruzione, ex art. 317 Cod. pen.) ovvero oggetto (come nel caso del reato di turbata libertà degli incanti), va ammesso, invece, l'autonomo apprezzamento della legittimità dell'atto alla luce dei vizi enunciati dall'art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143 citata dallo stesso appellante).

4.4. La concezione atomistica dei rapporti tra atto amministrativo e reato, siccome impone l'autonomo ed oggettivo riscontro dell'illegittimità del provvedimento amministrativo alla luce dei noti vizi di invalidità, rende irrilevante, da un lato, che il beneficiario dell'atto sia rimasto estraneo alla condotta criminale (ed assolto da ogni reato, ovvero ne sia stata archiviata la posizione), e, dall'altro, che l'organo che lo ha emanato fosse all'oscuro del turbamento intervenuto nella regolare formazione della sua stessa volontà.

4.5. Le medesime considerazioni, inoltre, consentono di apprezzare le corrispondenze tra la vicenda che ha interessato il Consorzio Italwork s.c.p.a. ed il precedente citato dall'amministrazione, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5839 del 2001, ritenute, invece, inesistenti dall'appellante nel terzo motivo di appello. Invero, in entrambi i casi condotte penalmente rilevanti hanno inciso sulla formazione della volontà dell'amministrazione nella scelta del contraente, essendo indifferente per quanto in precedenza detto che il giudice penale abbia ritenuto estraneo il Consorzio ad ogni ipotesi di reato.

4.6. Va ora esaminato il percorso logico – motivazionale attraverso il quale l'amministrazione appellata ha tratto convincimento

dell'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e disposto il suo annullamento.

4.7. L'appellante non contesta che fosse possibile disporre l'annullamento in presenza di fondati sospetti sull'irregolare esercizio della funzione, come anche che detti sospetti potessero trarsi dalle prove raccolte nel giudizio penale, ma lamenta, da un lato, che nel provvedimento di annullamento non è chiarita l'esatta consistenza dei sospetti e, dall'altro, che le risultanze emerse in sede penale non sono state sottoposte ad autonomo "*vaglio critico*".

4.8. Né l'una né l'altra critica convincono.

4.8.1. Nel provvedimento di annullamento l'amministrazione, con efficace linguaggio di sintesi, ha espresso le ragioni di illegittimità degli atti di gara in questi termini: "*dalla suddetta sentenza emerge chiaramente che l'appalto in titolo è stato irrimediabilmente compromesso dall'attività fraudolenta posta in essere, così come delineata a pag. 30 della stessa, e pertanto, l'aggiudicazione conseguita è da ritenersi irrimediabilmente illegittima risultando palesemente violati sia il principio di libera concorrenza sia quello della par condicio e correttezza nelle procedure di gara, presupposti imprescindibili per l'affidamento di appalti di opere pubbliche*". Tale motivazione riferisce che vi è stato apprezzamento delle circostanze accertate nel giudizio penale sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione e sugli atti di gara, ed è stata raggiunta la conclusione dell'irregolare esercizio della funzione poiché avvenuta in contrasto con i principi che regolano le procedure di evidenza pubblica.

4.8.2. In definitiva, il provvedimento di aggiudicazione al Consorzio Italwork s.c.p.a., e, in generale, gli atti di gara che avevano preceduto l'azione, erano illegittimi perché la condotta del Ciferri, così come ricostruita in sede penale, per aver manipolato le offerte prima che

fossero valutate dalla commissione giudicatrice, ha impedito all'amministrazione di scegliere il contraente migliore.

4.8.3. L'amministrazione non era tenuta a riportare nel provvedimento tutti gli elementi probatori raccolti nel processo penale e puntualmente trascritti nella sentenza del Tribunale di Velletri per dar conto delle ragioni della condanna, né può dirsi mancato il vaglio critico richiesto all'amministrazione sugli elementi raccolti in sede penale.

4.9. Quanto, infine, alla mancata considerazione, nel contesto della motivazione del provvedimento di annullamento, dell'interesse del privato a conservare l'affidamento dell'appalto, consolidatosi a seguito della sottoscrizione del contratto e del principio di esecuzione avvenuto su richiesta dell'amministrazione, la critica dell'appellante consente di correggere la sentenza di primo grado laddove ha ritenuto che l'amministrazione non avesse motivato sulla comparazione dell'interesse pubblico con quello dei partecipanti alla procedura: tale comparazione è avvenuta ed è riportata nel passaggio in cui si dà atto che, nonostante l'adozione dell'aggiudicazione definitiva e l'avvenuta stipula del contratto, vanno riconosciuto "*preminent?*" – termine espressivo dell'avvenuta comparazione dell'interesse pubblico con quello del privato affidatario – le "*ragioni di salvaguardia del pubblico interesse?*".

4.10. Nel medesimo motivo di appello il Consorzio Italwork s.c.p.a. si duole che il giudice di primo grado non abbia ritenuto fondata la censura di eccesso di potere per violazione del c.d. patto di integrità sottoscritto al momento della partecipazione alla procedura di gara nella parte in cui definiva gli impegni la cui violazione avrebbe comportato l'esclusione della concorrente dalla gara: tra questi non vi

erano, infatti, le condotte che fossero in grado di inficiare retroattivamente la legittimità degli atti, tanto più che – ripete l'appellante – nel caso di specie si tratta di condotte realizzate da soggetti estranei all'organizzazione societaria.

4.11. La censura è manifestamente infondata.

I cc.dd. patti di integrità – condizioni generali di contratto predisposte dalla stazione appaltante e accettate dall'impresa concorrente con la finalità di ampliare gli impegni sui si obbliga il concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722; V, 9 settembre 2011, n. 5066) – impegnano l'operatore economico concorrente, certo non i dipendenti dell'amministrazione pubblica che, per il ruolo rivestito, sono tenuti ad un comportamento leale, corretto e trasparente, sottraendosi a qualsiasi tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto (ciò che si richiede anche all'operatore con il predetto patto di integrità).

4.12. E' del tutto irrilevante che nel patto non sia previsto il potere di annullamento in autotutela degli atti di gara per accertato turbamento della regolarità della procedura in dipendenza di condotte fraudolente di suoi dipendenti dell'amministrazione (ma, non sarebbe diverso il discorso ove le condotte criminose fossero imputabili esclusivamente a terzi estranei tanto all'amministrazione quanto all'operatore economico, che, per i più vari motivi intenda favorire un certo operatore economico), poiché, come detto, si tratta di strumenti negoziali rivolti ad ampliare gli impegni dell'operatore economico, non certo a restringere i poteri dell'amministrazione.

5. Con l'ultimo motivo di ricorso la sentenza di primo grado è censurata per “*Error in iudicando. Erroneità della sentenza per illogicità,*

contraddittorietà, travisamento dei fatti, sviamento, difetto di istruttoria e difetto di motivazione'.

L'appellante contesta la reiezione del motivo di ricorso assertivo dell'illegittimità del provvedimento di annullamento per eccesso di potere nella figura sintomatica della contraddittorietà con precedenti pareri resi da organi della medesima amministrazione e del difetto di motivazione per mancata esplicazione, all'interno del provvedimento, delle ragioni che inducevano a disattendere i pareri contrari all'intervento in autotutela.

5.1. La sentenza di primo grado respingeva il motivo di ricorso per due ragioni:

a) in quanto, secondo l'indicazione giurisprudenziale, il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca si configura solo in relazione ad atti che abbiano contenuto provvedimento e, poiché gli atti cui si riferisce l'appellante non avevano tale contenuto, il vizio paventato non era neppure configurabile;

b) i pareri richiesti dall'amministrazione avevano natura facoltativa e non vincolante; l'amministrazione procedente può discostarsi dai pareri facoltativi richiesti, ma deve fornire congrua motivazione: nel provvedimento impugnato le ragioni per le quali si è ritenuto di non conformarsi ai pareri richiesti – in particolare ove evidenziavano perplessità sull'autotutela pubblicistica una volta stipulato il contratto – erano spiegate.

5.2. Per il Consorzio Italwork s.c.p.a., il giudice di primo grado avrebbe errato nel non tener conto che i pareri richiesti nel corso del procedimento di autotutela – ad organi e/o uffici incardinati nell'organizzazione ministeriale in posizione di terzietà e con indiscussa autorevolezza istituzionale e specifica competenza in

materia – avevano sconsigliato l'esercizio del potere di autotutela per l'assenza di qualunque concorso dell'amministratore unico del Consorzio, Fabio Marsella, nei reati contestati, ed avevano manifestato perplessità sull'opportunità e sulla legittimità dell'assunzione di atto caducatorio destinato ad incidere sull'efficacia dell'aggiudicazione. Delle ragioni che avevano indotto a superare tali rilievi non v'era traccia, aggiunge l'appellante, nella motivazione del provvedimento impugnato.

6. Il motivo è infondato.

6.1. I pareri cui si riferisce il Consorzio sono il parere reso dallo Stato Maggiore dell'Aeronautica – Ufficio generale consulenza e affari giuridici del 5 aprile 2017 e il parere reso dal referente per la prevenzione della corruzione e la trasparenza dell'Ufficio del Capo dei Corpo di Commissariato dell'Aeronautica militare del 21 aprile 2017.

6.2. Quanto al primo parere è erroneo affermare come fatto dall'appellante che in esso sia espresso parere contrario all'autotutela nei confronti degli atti di gara; ad una piana lettura del documento in atti emerge, infatti, che l'organo ha inteso solamente tracciare le coordinate da considerare per l'esercizio dell'autotutela, lasciando piena scelta all'amministrazione procedente.

Il parere citato, infatti, consigliava di evitare la risoluzione (si afferma, infatti, chiaramente che: *“Infatti, si ritiene che gli eventuali dubbi in merito alla legittimità dell'intera procedura di affidamento (o della sola aggiudicazione) dovuti “alla significativa cointeressenza nel Consorzio di Santilli Antonio” possono eventualmente condurre ad effetti caducanti e non risolutori sul contratto successivamente stipulato”*), di tener conto del quadro giurisprudenziale che esclude successivamente alla stipulazione del

contratto l'adozione di revoca o annullamento dell'aggiudicazione in autotutela, e, qualora fosse accolta la tesi dell'ammissibilità dell'autotutela, di seguire un autonomo procedimento amministrativo.

Circa la posizione del Santilli, nel parere è riportata esclusivamente una puntualizzazione, laddove si afferma che la sua "*cointeressenza*" non può far ipotizzare una qualche forma di concorso nel reato.

6.3. Quanto al secondo parere sono solo manifestate perplessità circa la risoluzione del contratto.

6.4. In sostanza, l'esercizio del potere di autotutela non è affatto escluso dai pareri richiamati; essi, a rigore, non sono, dunque, pareri contrari al contenuto del provvedimento impugnato.

Ad ogni buon conto, va condivisa la sentenza di primo grado ove è affermato che l'amministrazione, nel contesto della motivazione del provvedimento di autotutela, ha manifestato l'intenzione di procedere all'annullamento degli atti di gara anche a stipula del contratto avvenuta, spiegandone le ragioni con l'imperativa necessità di tutelare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

7. In conclusione l'appello va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

8. Le spese del presente grado del giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna il Consorzio Italwork s.c.p.a. al pagamento delle spese di lite, che liquida in € 3,000,00 oltre accessori e spese come per legge, a favore del Ministero della difesa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO