

APPALTI - REQUISITI DI ORDINE GENERALE - VALUTAZIONE - GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI - C. 5, LETT. C), ART. 80 DEL D.LGS. N. 50/2016 - ELENCO ESEMPLIFICATIVO

L'elencazione dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, ai fini dell'esclusione dalla gara, non è tassativa. La stazione appaltante può desumere l'inaffidabilità morale e professionale dell'operatore economico anche da altri elementi, purché puntualmente identificati, da valutare in relazione alla peculiarità del servizio affidato.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.7056/2018

Publicato il 14/12/2018

N. 07056/2018REG.PROV.COLL.

N. 03865/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3865 del 2018, proposto da Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. S.a.s. (T.F.C. S.a.s.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Ceci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Rosa Suraci in Roma, viale G. Ferrari, n. 12;

contro

Comune dell'Aquila, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ilda Coluzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in L'Aquila, via San Bernardino, n. 4;

Comune dell'Aquila Settore Sp02, Comune dell'Aquila Settore Risorse Umane e Centrale Unica di Committenza, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Consorzio Trasporti e Autonoleggiatori L'Aquila, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ojetti, n. 114;
Consorzio Intercoop Società Cooperativa Sociale Onlus S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO, Sez. I, n. 00134/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune dell'Aquila e del Consorzio Trasporti e Autonoleggiatori L'Aquila;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Aldo Ceci, Roberto Colagrande, su delega dell'avv. Coluzzi, e Francesco A. Caputo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, con la sentenza 13 aprile 2018, n. 134, riuniti i due separati ricorsi proposti rispettivamente, il primo dal Consorzio Trasportatori e Autonoleggiatori L'Aquila (d'ora in avanti anche solo C.T.A.) per l'annullamento del provvedimento di ammissione della Società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli

Vincenzina & C. s.a.s. (d'ora in avanti anche solo T.F.C. s.a.s.) alla gara indetta dal Comune dell'Aquila per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico dal 1° settembre 2017 al 31 dicembre 2018 (nrg. 377/2017) ed il secondo da T.F.C. s.a.s. avverso il provvedimento di esclusione dalla gara (nrg. 522/2017), ha dichiarato improcedibile il primo ed ha respinto il secondo.

In sintesi, secondo il TAR:

- il ricorso R.G. n. 377/2017 era improcedibile per difetto di interesse, essendo state le domande ivi formulate, sia con riferimento all'accesso ai documenti di gara, sia con riferimento alla mancata esclusione della controinteressata, interamente soddisfatte;
- il provvedimento di ammissione o di esclusione da una procedura di gara, emesso a seguito dell'esito positivo o negativo del riscontro del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, non può considerarsi equiparabile all'atto conclusivo di una serie procedimentale, la cui adozione debba essere preceduta dalle garanzie partecipative di cui all'art. 7 L. n. 241-1990;
- l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50-2016, a fini di esclusione dalle gare d'appalto, non è tassativa, ma esemplificativa, ben potendo la stazione appaltante ben desumere da altre fatti e circostanze, purché puntualmente identificate, il compimento di gravi illeciti professionali;
- la stazione appaltante ben poteva considerare – ai fini dell'esclusione dalla gara - la precedente esclusione della T.F.C. per omessa informazione resa nella procedura di gara indetta dal Comune di Monte Compatri, trattandosi di una circostanza sicuramente idonea a dimostrare la non affidabilità e correttezza professionale di un concorrente;
- il provvedimento di esclusione gravato dava atto che il Comune di Prossedi aveva adottato la delibera consiliare n. 20-2017, con cui, all'esito di una serie di

contestazioni relative sia alla regolarità del servizio, sia al regolare pagamento delle retribuzioni ai dipendenti, aveva deliberato di procedere alla revoca dell'affidamento del servizio di trasporto scolastico a carico della predetta T.F.C.; tale revoca, pronunciata per asseriti inadempimenti nel rapporto di impiego dei dipendenti, pur non integrando di per sé gli estremi della risoluzione contrattuale, era ritenersi rilevante ai fini del giudizio di affidabilità;

- la vicenda relativa al contenzioso con il Comune di Silvi era solamente uno degli elementi valutati dal provvedimento impugnato.

2. T.F.C. s.a.s. ha contestato tale sentenza, deducendone l'assoluta erroneità e riproponendo ai fini della sua riforma, nella sostanza, i due motivi del ricorso di primo grado già respinti.

Sia il Comune dell'Aquila che C.T.A. si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello.

3. All'udienza pubblica del 18 ottobre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

1.1. Con il primo motivo di gravame l'appellante deduce di non essere mai stato informato dell'avvio del procedimento relativo all'annullamento del precedente provvedimento di ammissione, lamentando pertanto la violazione delle garanzie partecipative previste dalla L. n. 241-1990.

Il motivo è destituito di fondamento.

Al riguardo occorre rammentare che le invocate garanzie procedurali non trovano applicazione degli atti meramente procedurali, tra cui deve annoverarsi l'aggiudicazione provvisoria, che fa nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del procedimento stesso, ma non costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo, per sua natura, un'efficacia destinata ad essere superata.

Pertanto, ai fini del suo ritiro, non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento ovvero di preavviso di rigetto ex art. 10-*bis* l. n. 241-1990, poiché nel caso di procedimento iniziato ad istanza di parte quale quello di evidenza pubblica non può ammettersi una partecipazione procedimentale come invocata dall'interessato. Infatti, l'atto di aggiudicazione provvisoria non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, tanto che la sua omessa impugnazione non preclude l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, e ai fini della sua revoca o del suo annullamento (a differenza di quanto accade per l'autotutela dell'aggiudicazione definitiva) non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento; pertanto, sarebbe incoerente escludere la possibilità di intervenire in autotutela nei confronti di una pre-decisione come l'aggiudicazione provvisoria.

Se non si consentisse alla stazione appaltante di rivedere gli esiti delle decisioni preliminari assunte durante la gara, sarebbe anche difficile individuare uno spazio concreto per l'attività di controllo, che pure l'organo competente ad adottare l'atto di aggiudicazione definitiva è tenuto ad effettuare, sugli atti compiuti dal seggio di gara sino all'aggiudicazione provvisoria (così, da ultimo Consiglio di Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107).

La revoca dell'aggiudicazione provvisoria, ovvero, la sua mancata conferma, non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato.

A conferma di tale ricostruzione deve aggiungersi che con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) l'aggiudicazione provvisoria è stata sostituita dalla "proposta di aggiudicazione" (art. 33) che *a fortiori* postula la non definitività dell'atto.

1.2. In relazione al secondo motivo di gravame, si deve rilevare che l'inaffidabilità dell'appellante non è stata dedotta esclusivamente dalla risoluzione del Comune di Silvi e da quella comminata dal Comune di Monte Compatri, poiché sono stati

ritenuti, correttamente, rilevanti anche i provvedimenti disposti dal Comune di Prossedi.

Il provvedimento gravato dà atto, infatti, come già chiarito dal TAR e confermato dallo stesso ricorrente di primo grado (che ne deduce, tuttavia, l'irrilevanza ai fini di integrare una risoluzione contrattuale), che il Comune di Prossedi ha adottato la delibera consiliare n. 20 del 2017, con cui, all'esito di una serie di contestazioni relative sia alla regolarità del servizio, sia al regolare pagamento delle retribuzioni ai dipendenti, ha deliberato di procedere alla revoca dell'affidamento del servizio di trasporto scolastico a carico della TFC; il provvedimento gravato, inoltre, ha menzionato una serie di atti del Comune di Prossedi relativi a specifiche contestazioni rese alla TFC per irregolarità nello svolgimento del servizio e nell'adempimento delle obbligazioni in materia di lavoro, sottolineando come il Consiglio comunale abbia dato mandato al RUP di revocare il servizio e attivare immediatamente nuova procedura di gara. dalla Stazione appaltante nella determina revocatoria medesima; infine, viene dato atto dei controlli effettuati dalla stessa Stazione appaltante sul servizio in corso, rispetto al quale in data 19.10.2017 e 26.10.2017 sono emerse le discrasie denunciate nella determina impugnata [pag, 6, sotto l'inciso "considerato da ultimo (...)]].

In particolare, per quanto riguarda il citato provvedimento del Comune di Prossedi, si rileva che esso si fonda sulla violazione dei diritti dei lavoratori e sulle irregolarità nei versamenti stipendiali e contributivi e tale provvedimento non è contestato dall'appellante.

Indipendentemente dal fatto che la delibera n. 20 del Consiglio comunale di Prossedi intenda riferirsi alla revoca dell'affidamento o alla risoluzione del contratto, è evidente che essa costituisca mezzo adeguato a dimostrare un grave illecito professionale della società ricorrente, ovvero di aver violato disposizioni

relative allo svolgimento del servizio affidato, il trasporto e l'aver omesso di corrispondere le retribuzioni e versare contributi previdenziali ai dipendenti.

Ugualmente irrilevante è la circostanza che la delibera consiliare non sia ancora stata seguita dall'atto, peraltro meramente esecutivo, del RUP e che l'oggetto del precedente appalto non fosse perfettamente sovrapponibile con quello oggetto della procedura concorsuale per cui è causa, essendo comunque idonea a dimostrare, come si è detto, l'inaffidabilità e la non integrità della TFC".

Infatti, l'art. 80, comma 5, del nuovo Codice degli appalti pubblici prevede che "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economicoqualora: a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice", e l'art. 30, comma 3, del Codice dispone che "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X".

E' evidente che già sotto questo profilo, da ritenersi assorbente rispetto agli altri indicati, viene pienamente rispettato il dettato legislativo a sostegno della sanzione espulsiva, adottata dall'Amministrazione correttamente.

Infatti è stato chiarito che l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 a fini dell'esclusione dalle gare d'appalto non è tassativa, ma esemplificativa (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299), nel senso che la stazione appaltante può ben desumere da altre circostanze, purché puntualmente identificate (come nella specie), il compimento di gravi illeciti professionali.

La *ratio* della norma risiede infatti nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che contratta con la P.A. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale.

Nel caso di specie il Comune di L'Aquila, con un provvedimento puntualmente motivato e adottato all'esito di compiuta istruttoria, ha rilevato una pluralità di elementi da cui ha correttamente e ragionevolmente desunto la non affidabilità della società ricorrente, anche in relazione alla peculiarità del servizio affidato: il trasporto di minori.

Infine, in merito all'acquisita certificazione di regolarità fiscale e contributiva, si deve ritenere che essa non è idonea a sanare i mancati pagamenti stipendiali e retributivi, poiché le contestazioni sollevate dal Comune di Prossedi e anche dal Comune di L'Aquila riguardano il mancato pagamento degli stipendi e dei contributi (perché molti lavoratori avevano lavorato in nero) e, in tale situazione, il DURC è formalmente intonso.

In merito alla risoluzione comminata dal Comune di Silvi, il Comune di L'Aquila non ha fondato il proprio provvedimento di esclusione su tale risoluzione, avendo posto a fondamento delle proprie decisioni la gravità e la definitività dei provvedimenti sanzionati adottati dai Comuni di Monte Compatri e di Prossedi, oltre a limitarsi a segnalare l'esistenza di altre risoluzioni *sub judice*.

3. Conclusivamente, alla luce delle predette osservazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore delle parti appellate, spese che liquida in euro 3.500,00, oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti, in favore di ciascuna parte appellata costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO