

Pubblicato il 13/01/2021

N. 00425/2021REG.PROV.COLL.

N. 07337/2019 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 numero di registro generale 7337 del 2019, proposto da ***** S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Orsola Cortesini e Giuseppe Morbidelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Morbidelli in Roma, viale Bruno Buozzi n.68;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
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, 12;
Roma Capitale, non costituita in giudizio;

nei confronti

*****S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda, 10 giugno 2019, n. 7544, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e dell'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2020 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Morbidelli e Cortesini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società ***** s.p.a. ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto dei lavori relativi agli *“interventi di manutenzione sul tratto urbano della Via Francigena”* (parte del *«Piano organico e coordinato degli interventi per il Giubileo Straordinario della Misericordia»*), indetta da Roma Capitale, risultando la prima classificata all'esito della valutazione delle offerte. A seguito delle verifiche dei requisiti soggettivi e di capacità economico- finanziaria, con determinazione dirigenziale n. 468 del 10 aprile 2019 la ***** s.p.a. è stata esclusa in quanto *«effettuate ulteriori verifiche nei confronti della nuova società e dei titolari di diritti sociali su quote e azioni [...] è emersa la sussistenza di ragioni ostative alla stipulazione contrattuale ai sensi dell'art. 2 del Protocollo di Intesa tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale»*. Contestualmente, il contratto è stato aggiudicato a *****s.r.l.

2. – Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, la società ha impugnato gli anzidetti provvedimenti, ritenendoli illegittimi per difetto di

motivazione dell'esclusione, mancando qualsiasi concreta dimostrazione dell'affermazione circa «*la sussistenza di ragioni ostative alla stipulazione contrattuale*», e non essendo indicati gli esiti delle «*ulteriori verifiche*» svolte, né il nominativo e la qualifica del soggetto titolare di cariche sociali nei cui confronti sarebbero emerse le asserite ragioni ostative.

3. - Il Tribunale amministrativo per il Lazio, con sentenza 10 giugno 2019, n. 7544, ha ritenuto infondate tutte le censure e ha affermato che la motivazione dell'esclusione emerge in maniera adeguata ed esaustiva dalla documentazione istruttoria depositata in atti da Roma Capitale.

4. - La ***** s.p.a. ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza.

5. - Non si è costituita in giudizio Roma Capitale.

6. - Resistono in giudizio il Ministero dell'Interno e l'ANAC, che preliminarmente eccepiscono il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto il Protocollo d'intesa tra la Prefettura – U.T.G. di Roma e Roma Capitale, così come le note con cui l'ANAC ha espresso il proprio parere di legittimità ai sensi dell'art. 30 del decreto-legge n. 90/2014, non hanno autonoma rilevanza, essendo atti endoprocedimentali. Nel merito, chiedono il rigetto dell'appello.

7. - All'udienza dell'8 ottobre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - Preliminarmente, occorre esaminare l'eccezione di rito sollevata dal Ministero dell'Interno e dall'ANAC, volta a far dichiarare la loro estromissione dal processo in ragione della natura endoprocedimentale di quelli, tra gli atti impugnati, riferibili alle menzionate amministrazioni appellate.

9. - La questione è fondata con riguardo alla posizione processuale dell'ANAC, che - nel corso del procedimento che ha portato all'adozione dell'atto di esclusione dell'appellante - si è espressa sulla legittimità della esclusione della ***** s.p.a. e dell'aggiudicazione alla società *****s.r.l., con i pareri di cui alle note

del 14 febbraio 2019 e del 5 marzo 2019, rilasciati ai sensi dell'art. 30 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 (norma ritenuta applicabile in base alla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 27 agosto 2015, punto 1, lett. *d*), e delle Linee-guida dell'ANAC emanate l'8 settembre 2015, per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del «*Giubileo Straordinario della Misericordia*»).

Va rilevato, infatti, che per questa parte il ricorso in primo grado è inammissibile giacché l'ANAC è priva di legittimazione passiva nella controversia in esame, atteso che i pareri resi hanno natura di meri atti endoprocedimentali, privi in quanto tali di autonoma capacità lesiva, la quale discende direttamente dal provvedimento di esclusione dalla procedura di gara, adottato dalla stazione appaltante. In questo senso è la giurisprudenza del giudice amministrativo (Cons. St., IV, 24 maggio 2007, n. 2637; Id., 6 maggio 2008, n. 2028; più di recente Cons. St., V, 12 novembre 2018, n. 6342), dalla quale non sussistono ragioni per discostarsi.

Segue da ciò che anche l'appello della ***** *s.p.a.*, nella parte in cui evoca in giudizio l'ANAC, va dichiarato inammissibile e l'Autorità deve essere estromessa dal processo.

10. - L'eccezione non è fondata, invece, per quanto concerne il Ministero dell'Interno che, tramite la Prefettura di Roma, è stato chiamato in giudizio quale parte contraente del Protocollo d'Intesa stipulato con Roma Capitale (avente per oggetto la «*prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per il Giubileo Straordinario della Misericordia*»), contestato dall'appellante nella parte in cui prevede la clausola presumibilmente applicata per disporre l'esclusione dalla gara (l'art. 2). Il Protocollo, infatti,

costituisce l'atto terminale di un autonomo procedimento e si configura come atto presupposto del provvedimento di esclusione, la cui lesività non verrebbe eliminata dall'eventuale annullamento di quest'ultimo, se l'atto presupposto non venisse espressamente impugnato e fatto oggetto di una esplicita domanda di annullamento (effetto che invece si produrrebbe nei confronti degli atti infraprocedimentali, che sarebbero travolti dall'annullamento del provvedimento finale, se la ragione dell'annullamento si fondasse sull'illegittimità derivata dai vizi degli atti interni al procedimento).

Dal che discende la necessità della chiamata in giudizio delle autorità cui il protocollo d'intesa è imputabile.

11. - Passando all'esame dell'appello, con il primo motivo la *****
s.p.a. rileva l'erroneità della sentenza per non aver individuato l'illegittimità nel fatto che la motivazione del provvedimento di esclusione non è contenuta nella determinazione di Roma Capitale del 10 aprile 2019; in secondo luogo, per non aver rilevato che la motivazione dell'esclusione non può essere ricavata da una relazione interna predisposta a fini difensivi in una data successiva al provvedimento di esclusione e alla notifica del ricorso, né la motivazione dell'atto impugnato può integrare sulla base dei documenti depositati in giudizio da Roma Capitale. Si insiste, quindi, sulla insufficienza delle indicazioni emergenti dalla motivazione della determinazione di esclusione, sottolineando come nell'atto di esclusione manchi qualsiasi riferimento ai dati che sarebbero emersi dalle *«ulteriori verifiche nei confronti della nuova società e dei titolari di diritti sociali su quote e azioni [dalle quali sarebbe] emersa la sussistenza di ragioni ostative alla stipulazione contrattuale ai sensi dell'art. 2 del Protocollo di Intesa tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale»*, né vengono indicati gli elementi di fatto attinenti al soggetto che sarebbe risultato destinatario della misura cautelare o del rinvio a giudizio.

11.1. - Il motivo è infondato.

11.2. - In linea di fatto, precisato che, nel corso del procedimento di verifica dei requisiti soggettivi, la ***** s.p.a. aveva comunicato all'amministrazione le modifiche intervenute nella compagine societaria «con assetto organizzativo e proprietario modificato rispetto a quello risultante dalle verifiche già effettuate tramite AVCPass», che avevano indotto a effettuare «ulteriori verifiche nei confronti della nuova società e dei titolari di diritti sociali su quote e azioni» (come si legge nella determinazione dirigenziale di esclusione), va testualmente richiamato il punto della motivazione dell'atto impugnato in cui è indicata la ragione dell'esclusione: «è emersa la sussistenza di ragioni ostative alla stipulazione contrattuale ai sensi dell'art. 2 del Protocollo di Intesa tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale [...]». Il riferimento alla disposizione del protocollo di intesa rende sufficientemente chiaro il motivo dell'esclusione, basato sull'aver accertato (in sede di verifica dei requisiti) che nei confronti «dell'imprenditore o dei componenti la compagine sociale o dei dirigenti d'impresa con funzioni specifiche relative all'affidamento, alla stipula o all'esecuzione del contratto sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluni dei delitti» indicati all'art. 2, paragrafo 1, clausola n. 1, terzo alinea, del protocollo d'intesa.

11.3. - Dalla documentazione istruttoria depositata in primo grado da Roma Capitale, e in particolare dal certificato dei carichi pendenti di uno dei soci della ***** (***** *****), rilasciato il 24 settembre 2018, risultano a suo carico diversi provvedimenti di rinvio a giudizio e sentenze penali di condanna (anche se non definitive), per fatti di corruzione e turbativa d'asta, delitti che rientrano nell'ambito di quelli specificati nell'art. 2 del protocollo di legalità.

11.4. - Ciò posto, l'appellante, nel contestare la carenza assoluta della motivazione, non tiene conto di due profili che appaiono dirimenti nel caso di specie: il primo è rappresentato dalla necessaria distinzione tra motivazione (presupposti di fatto e ragioni giuridiche del provvedimento) e prova dei fatti posti a fondamento della decisione amministrativa; il secondo, dalla circostanza che la ragione

dell'esclusione si basa, nel caso di specie, su un accertamento di natura vincolata, per il quale il dovere di motivare è assolto con la sintetica indicazione del dato accertato.

Dalla prima distinzione deriva che in sede di motivazione non è necessario che l'amministrazione riferisca il contenuto integrale degli atti istruttori e dell'attività conoscitiva posta in essere per l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione: la motivazione, infatti, deve trovare il suo fondamento nelle risultanze dell'istruttoria, come stabilito dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, il che non significa che nella motivazione debbano essere riportati tutti i passaggi dell'istruttoria procedimentale. La distinzione prospettata, in uno con la natura vincolata del provvedimento di esclusione (vincolatezza che agevolmente si desume dal contenuto della clausola del protocollo di intesa applicata nella fattispecie, i cui effetti discendono dal mero accertamento dell'adozione di una misura cautelare o del rinvio a giudizio per uno dei reati indicati), rende inoltre ammissibile l'integrazione in giudizio della motivazione sotto il profilo della dimostrazione dei fatti accertati, attraverso la produzione in giudizio degli atti relativi dell'istruttoria procedimentale (come accennato, l'amministrazione di Roma Capitale ha provveduto in tal senso, depositando in giudizio il certificato dei carichi pendenti di uno dei soci della ***** s.p.a., rilasciato dalla Procura della Repubblica di Velletri).

Soluzione che, per un verso, conferma l'inammissibilità di una integrazione postuma della motivazione quando si tratti di provvedimenti che costituiscono esercizio di discrezionalità amministrativa (*ex multis* Cons. Stato, VI, 13 maggio 2011, n. 2935); e, per altro verso, si colloca nel solco dell'altro tradizionale principio, che preclude all'amministrazione di integrare la motivazione in giudizio attraverso le memorie difensive o, comunque, mediante la produzione in giudizio di atti, pur provenienti dalla stessa amministrazione, ma non facenti parte del procedimento amministrativo per cui è controversia (in tal senso, di recente, Cons.

Stato, sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5984, che esclude altresì l'ammissibilità dell'integrazione postuma mediante scritti difensivi anche in ipotesi di attività vincolata o sulla scorta del ragionamento ipotetico che, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge n. 241 del 1990, preclude l'annullamento del provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti).

11.5. - Ne deriva, quindi, che sono infondati anche i rilievi con i quali l'appellante sostiene che il primo giudice abbia proceduto alla inammissibile integrazione della motivazione del provvedimento di esclusione.

11.6. - Il motivo, pertanto, va integralmente respinto.

12. - Con ulteriori censure inserite nello stesso primo motivo (pp. 15-18 dell'appello), l'appellante deduce inoltre come le vicende penali del socio non potrebbero integrare l'ipotesi di cui all'art. 2 del protocollo d'intesa.

Si tratta, peraltro, di censure inammissibili, non essendo state proposte nel giudizio di primo grado.

13. - Con il secondo motivo, l'appellante (deducendo la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e la violazione dell'art. 2 del protocollo d'intesa) assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per l'applicazione nei confronti di ***** *s.p.a.* della citata clausola del protocollo di legalità, posto che la società non è incorsa in alcuna delle cause ostative o nella violazione dei connessi obblighi dichiarativi. Precisato che gli impegni e gli obblighi assunti dai partecipanti con l'accettazione del protocollo sono riferibili ai soli comportamenti posti in essere nella procedura di gara, ribadisce che nei confronti di alcuno dei componenti della compagine sociale e dei dirigenti con funzioni relative all'affidamento o all'esecuzione del contratto sono state adottate misure cautelari o rinvii a giudizio per uno dei delitti richiamati dall'art. 2 del protocollo di legalità. Né avrebbe rilevanza il precedente penale a carico del socio ***** (di cui si è riferito sopra) il quale al momento

della presentazione dell'offerta era solo un socio che non rivestiva alcuna funzione in relazione all'affidamento in questione.

14. - Col quarto motivo d'appello, la società ripropone i motivi del ricorso di primo grado, assorbiti o non esaminati. In particolare, l'appellante ripropone il quarto motivo del ricorso, con cui denunciava l'illegittimità dell'art. 2 del protocollo di intesa, per la violazione degli articoli 80 e 83 del Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e del principio di tassatività delle cause di esclusione, ove la clausola del protocollo fosse interpretata in modo difforme dal suo tenore letterale e dalla sua ratio. In particolare, la clausola non potrebbe essere estesa a comprendere anche gli amministratori cessati ovvero i soci attuali o cessati che non rivestono alcuna funzione specifica in relazione all'affidamento del contratto di cui si discute, così come non potrebbe essere estesa a considerare condotte penali poste in essere in altre procedure di gara o relative a contratti diversi da quello oggetto della gara per la quale il protocollo è stato predisposto e sottoscritto.

15. - I due motivi possono essere congiuntamente esaminati, data la loro stretta connessione.

Essi sono infondati.

15.1. - L'art. 1, comma 17, della legge 6 novembre 2012 n. 190 (*«Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»*) prevede che le stazioni appaltanti *«possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara»*. Pertanto, le previsioni contenute nei protocolli di legalità o di integrità, stipulati ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge n. 190 del 2012, cit., laddove configurino specifiche cause di esclusione dalla procedura di gara, sono idonee (data la base giuridica fondata sulla norma di rango

legislativo) a integrare il catalogo tassativo delle cause di esclusione contemplate dal Codice dei contratti pubblici.

15.2. - Nella procedura di gara in esame, come peraltro ammesso anche dall'appellante, il disciplinare di gara richiedeva che i concorrenti presentassero le dichiarazioni di cui al modulo denominato "*Altre dichiarazioni da rendere e documentazioni da allegare richieste dal bando e dal disciplinare di gara*", tra le quali era inserita la accettazione del «*Protocollo di Integrità di Roma Capitale, approvato con deliberazione della Giunta Capitolina n. 40 del 27 febbraio 2015, impegnandosi a rispettarne integralmente i contenuti*».

Il problema, quindi, è stabilire se la clausola di cui all'art. 2 del protocollo consentiva, nel caso di specie, l'esclusione dalla procedura di gara. Questione da risolvere in senso positivo sia – in linea di fatto – con riferimento alla situazione del socio (nei confronti del quale – come si è già veduto - è stata provata l'adozione di provvedimenti di rinvio a giudizio e di condanna, anche se non definitiva, per uno dei delitti di cui all'art. 2 del protocollo); sia – in linea di diritto – sulla scorta della estensione soggettiva degli effetti collegati alla clausola, testualmente riferiti alla intera «*compagine sociale*» (mentre la limitazione ai soggetti aventi «*funzioni specifiche relative all'affidamento, alla stipula o all'esecuzione del contratto*», invocata dall'appellante, è limitata ai soli dirigenti dell'impresa).

16. - Con il terzo motivo, l'appellante contesta la sentenza impugnata per aver integrato inammissibilmente la motivazione dell'atto, ritenendo che l'esclusione sia stata disposta anche per il fatto di non aver tempestivamente comunicato il precedente penale del socio. Sostiene l'appellante che dalla determinazione dirigenziale di esclusione non risulta in alcun modo contestata detta circostanza.

16.1. - Il motivo è fondato (dovendosi condividere il rilievo che tra le ragioni dell'esclusione non risulta quella della omessa comunicazione del precedente penale del socio) ma irrilevante ai fini della definizione della controversia,

comportando esclusivamente la correzione della motivazione della sentenza, emendandola dall'errata valutazione giuridica compiuta sul punto esaminato.

17. - Il quinto motivo del ricorso in primo grado (riproposto dall'appellante), con il quale venivano impugnati i pareri resi dall'Anac, è inammissibile, stante la rilevata natura endoprocedimentale di tali atti.

18. - Infine, dato l'esito del giudizio, è infondato anche il sesto motivo del ricorso introduttivo (riproposto dall'appellante), con il quale la società ha dedotto l'illegittimità, in via derivata, dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di *****.

19. - L'appello, in conclusione, va respinto.

20. - La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza per quanto concerne i rapporti tra l'appellante, da un lato, e il Ministero dell'Interno e l'Anac, dall'altro. Mentre nulla occorre disporre nei confronti di Roma Capitale e Maiorana Costruzioni, che non si sono costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal processo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, lo rigetta.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese giudiziali in favore del Ministero dell'Interno e dell'ANAC, che liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) per ciascuna parte.

Nulla spese per Roma Capitale e *****s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

***** Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO