

**APPALTI - REQUISITI - GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE - NUMERO CHIUSO -  
CONDOTTA - ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE - VALUTAZIONE  
DISCREZIONALE DELLA STAZIONE APPALTANTE - PENDENZA DI UN PROCEDIMENTO  
PENALE - LEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE**

La nozione di grave illecito professionale, 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 di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di illeciti professionali.

L'attività valutativa prescindente dalla condanna definitiva si basa sul fatto emergente dagli atti del procedimento penale, che sono rivalutati dalla stazione appaltante.

**Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 5450 del 2024**

Publicato il 18/06/2024

**N. 05450/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 08137/2023 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8137 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 93039305EB, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Bavaro, Angelo Clarizia, Fabrizio Lofoco e Giacomo Sgobba, con domicilio

digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***contro***

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Adriana Pavesi e Michelino Villani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia; Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sez. II, n. 854 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Banca d'Italia e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2024 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Villani e Lofoco anche in dichiarata delega degli avvocati Bavaro e Sgobba;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.-La -OMISSIS-. ha interposto appello nei confronti della sentenza 8 giugno 2023, n. 854 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sez. II, che ha

respinto il suo ricorso avverso il provvedimento della Banca d'Italia in data 15 dicembre 2022, che ne ha disposto l'esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di “*manutenzione degli impianti elettrici e fonia installati presso le filiali di Bari e Brindisi?*”, nonché avverso la successiva aggiudicazione in data 22 dicembre 2022 in favore della Penta System s.r.l.

All'esito della procedura, bandita il 18 luglio 2022, è risultata prima graduata la Eurosistem s.r.l., poi esclusa per anomalia dell'offerta, mentre l'appellante seconda. Nelle more dello scorrimento della graduatoria l'amministratore della -OMISSIS- (sig. -OMISSIS-), sottoposto a indagini penali per ipotizzati reati *ex artt.* 416 cod. pen. e 86 del d.P.R. n. 570 del 1960 (anche con adozione nei suoi confronti della misura di custodia cautelare domiciliare), si è dimesso da tutte le cariche sociali sia della -OMISSIS- che della -OMISSIS- s.r.l., ed è stato nominato un nuovo C.d'A. composto da figure autonome, estranee e indipendenti; nell'ambito delle operazioni di *self-cleaning* adottate, si è altresì proceduto ad una formale dissociazione del C.d'A. e dell'azienda alle condotte di reato ipotizzate.

La Banca d'Italia con nota del 9 novembre 2022 ha chiesto alla società appellante copia del provvedimento con cui era stata disposta la misura cautelare, nonché elementi di valutazione circa la non rilevanza degli addebiti contestati dalla Procura della Repubblica di Bari in termini di grave illecito professionale.

La società ha riscontrato detta nota, senza trasmettere copia dell'ordinanza cautelare, in quanto non nella sua disponibilità e comunque non suscettibile di divulgazione in quanto riprodotiva di atti di indagine coperti da segreto istruttorio. E' peraltro intervenuto il provvedimento di esclusione che ha ritenuto sussistente la causa ostativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di condotta penalmente rilevante integrante la fattispecie dell'associazione per delinquere finalizzata alla corruzione elettorale, rientrante tra le ipotesi delittuose previste quali cause obbligatorie di esclusione, in relazione alla

quale il mancato riscontro della richiesta documentale, oltre a violare il principio di leale collaborazione, non ha consentito una compiuta valutazione.

2. - Con il ricorso in primo grado la -OMISSIS-. ha impugnato il provvedimento di esclusione, nonché quello di aggiudicazione alla terza graduata, dapprima dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, e poi, a seguito di declinatoria di competenza, lo ha riassunto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, deducendo, in sintesi, l'insussistenza del grave illecito professionale e la erronea valutazione delle misure adottate dalla società.

3. - La sentenza appellata, come premesso, ha respinto il ricorso nella considerazione che in capo all'ex amministratore della società (che ricopriva la carica al momento della presentazione dell'offerta) e anche proprietario delle azioni della *holding* che detiene il 100 per cento delle quote sociali della società partecipante alla gara, è stata legittimamente ritenuta sussistente una causa di esclusione (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50 del 2016) nella pendenza di indagini penali su fattispecie concrete che, laddove si addivenisse ad una condanna irrevocabile, determinerebbero una causa obbligatoria di esclusione, a mente dell'art. 80, comma 1, lett. a), del predetto d.lgs. n. 50 del 2016.

4. - Con il ricorso in appello la -OMISSIS-. ha criticato la sentenza di prime cure sostanzialmente reiterando, seppure accorrandole, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, attinenti al vizio motivazionale del provvedimento di esclusione in relazione alla rilevanza del fatto ascritto all'ex amministratore come grave illecito professionale, incidente sull'affidabilità dell'impresa, alla configurabilità di una volontà di non collaborazione da parte della società appellante in relazione alla mancata trasmissione dell'ordinanza cautelare adottata nei confronti dell'ex amministratore, vertendosi in un contesto di materiale indisponibilità, alla mancata valutazione dell'operazione di *self-*

*cleaning* posta in essere dalla società, idonea a enucleare una frattura tra l'esercizio svolto dalla persona fisica -OMISSIS- e la società -OMISSIS-.

5. - Si sono costituiti in giudizio la Banca d'Italia e il Ministero dell'economia e delle finanze concludendo per la reiezione del ricorso in appello.

6. - All'udienza pubblica dell'1 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Il primo motivo lamenta che il provvedimento di esclusione sia privo di motivazione in relazione all'assunto per cui la condotta ascritta all'ex amministratore della società appellante integri un grave illecito professionale, sia riconducibile alle funzioni di amministratore e risulti a vantaggio della società, oltre ad incidere negativamente sull'affidabilità dell'impresa in vista della stipula del contratto. Contesta dunque la sentenza per non avere rilevato il carattere eccezionale dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto tale norma di stretta interpretazione, circostanza, questa, comportante che il grave illecito professionale debba avere attinenza con l'attività professionale dell'impresa, riguardare il solo soggetto offerente ed integrare una condotta grave e incidente sull'affidabilità professionale e tecnica dell'operatore. Al contrario, l'amministrazione, per l'appellante, si sarebbe basata su di uno sterile automatismo : siccome la tipologia di reato contestata rientrerebbe tra quelli che, se accertati con sentenza passata in giudicato, comportano l'esclusione automatica del concorrente, l'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare basata su questa ipotesi di reato (ancorché poi revocata) automaticamente configurerebbe la doverosa causa ostativa del grave illecito professionale; per l'appellante, occorre una approfondita valutazione fattuale e giuridica, in concreto e non solo in astratto. Una siffatta valutazione, ove effettuata, avrebbe dimostrato che il reato contestato, riguardando la materia elettorale, non ha attinenza con vicende professionali e dunque non

configura la fattispecie dell'illecito professionale; l'ipotesi di reato contestata non riguarda la società; la contestazione non ha attinenza con il settore dei contratti pubblici.

Il motivo è infondato.

Il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado ha riconosciuto che la condotta dell'esponente aziendale (riconducibile alla fattispecie di associazione per delinquere finalizzata alla corruzione elettorale) è idonea ad integrare la fattispecie del grave illecito professionale e la gravità della fattispecie è confermata dall'intervenuta adozione di provvedimenti coercitivi nei confronti dell'ex amministratore; ha poi precisato che *«il mancato riscontro alle richieste documentali non ha consentito alla Banca di valutare compiutamente le condotte contestate. Si ritiene, in disparte dagli indizi predetti di gravità degli addebiti, che l'omissione dell'informazione, quale lesione del principio di leale collaborazione e reticenza colpevole rispetto a condotte strettamente rilevanti in relazione alla procedura in oggetto, configuri essa stessa un grave illecito professionale idoneo a far venire meno l'affidabilità e la serietà dell'operatore economico in questione nel rapporto con la Banca»*.

In altri termini, la valutazione compiuta in astratto è correlata al fatto che l'amministrazione non ha avuto la disponibilità del più volte richiesto provvedimento di adozione delle misure cautelari, ritenuto *«necessario alla valutazione della rilevanza nella procedura in oggetto dei fatti criminosi contestati»*.

L'ordito motivazionale regge alla contestazione attorea.

Ed infatti, occorre considerare che l'ipotesi escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 postula un duplice apprezzamento, che investe, da un lato, la qualificazione come "grave illecito professionale" delle condotte tenute dall'operatore economico nel pregresso svolgimento della sua attività professionale, dall'altro la relativa attitudine ad incidere sulla integrità e affidabilità dell'impresa medesima rispetto al contratto per il quale è stata indetta la gara.

La giurisprudenza ha ritenuto che la nozione di grave illecito professionale, 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 di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di illeciti professionali (Cons. Stato, V, 29 ottobre 2020, n. 6615; IV, 16 gennaio 2023, n. 503).

Non può dunque dubitarsi che se sono riconducibili nell'ambito di applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), fattispecie penali diverse da quelle comportanti l'esclusione automatica ai sensi del comma 1, a maggiore ragione vi rientrano i procedimenti che comporterebbero l'esclusione automatica una volta intervenuta la sentenza definitiva.

Legittimamente, pertanto, l'esclusione può essere correlata alla pendenza di un procedimento penale idoneo ad evolvere in illecito professionale, alla stregua di una valutazione discrezionale condotta dalla stazione appaltante, che deve essere posta nelle condizioni di compierla grazie ad una dichiarazione completa. Detto in altri termini, l'attività valutativa prescindente dalla condanna definitiva si basa sul fatto emergente dagli atti del procedimento penale, che sono rivalutati dalla stazione appaltante. Pertanto la mancata conoscenza degli atti del procedimento penale comporta un accertamento meno approfondito. Nel caso di specie, peraltro, detto accertamento non appare manifestamente irragionevole, né privo di indizi gravi (Cons. Stato, V, 20 marzo 2023, n. 2801), in quanto la fattispecie dell'associazione per delinquere finalizzata alla corruzione elettorale non può ritenersi priva di valore nei rapporti contrattuali con una pubblica amministrazione, risultando idonea ad incidere sull'affidabilità professionale dell'operatore economico, in ragione della connessione con la variegata attività professionale del sig. -OMISSIS- della vicenda penale.

Con riguardo all'elemento soggettivo, appare sufficiente rilevare che il sig. -OMISSIS-, al momento di presentazione dell'offerta, era amministratore unico della -OMISSIS-, nonché socio unico della *holding* controllante al 100 per cento la società predetta e dunque soggetto rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, disposizione direttamente applicabile ai primi due commi, ma, per identità di *ratio*, anche ai fini del comma 5, in applicazione di una ragionevole logica transitiva, tale per cui le condotte dimostrative dell'inaffidabilità dei soggetti che controllano l'operatore economico sono idonee a dimostrare anche l'inaffidabilità dell'operatore economico stesso (Cons. Stato, V, 8 aprile 2022, n. 2629). Giova precisare che la giurisprudenza tende a spiegare tale meccanismo di estensione dell'inaffidabilità dall'esponente alla società non tanto in virtù del principio di immedesimazione organica (più propriamente operante in ambito negoziale), quanto piuttosto per il principio del "contagio" (Cons. Stato, V, 4 giugno 2020, n. 3507).

2. - Con il secondo motivo l'appellante critica poi il passaggio motivazionale della sentenza impugnata in cui l'omessa produzione della richiesta ordinanza di custodia cautelare ha indotto il richiamo della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016, riguardante invece la falsità materiale (consistente nella contraffazione del documento); allega altresì che la mancata trasmissione dell'ordinanza adottata dal G.i.p. del Tribunale di Bari non sarebbe espressione di una volontà "deliberata ed immotivata" di non collaborazione con la stazione appaltante, dipendendo piuttosto dalla materiale indisponibilità dell'atto (di cui la società appellante non era destinataria, tanto da averla richiesta al difensore del sig. -OMISSIS-), tale da richiedere, se del caso, un accertamento d'ufficio, anche tramite le banche dati, da parte della Banca d'Italia.

Il motivo è infondato.

Sotto il primo profilo, giova rilevare che il richiamo dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016 è contenuto solamente nella sentenza e costituisce un passaggio argomentativo limitato, dal quale non derivano implicazioni di inquadramento dell'esclusione, comunque correlata al grave illecito professionale. E' utile al riguardo richiamare l'orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale sia il fornire informazioni false e fuorvianti, che l'omettere informazioni dovute rientra nella previsione del grave illecito professionale di cui alla lett. c-*bis*), richiedendo dunque una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante; mentre la previsione di cui alla lett. f-*bis*) dello stesso art. 80, comma 5, attenendo alla presentazione di documentazione e informazioni non veritiere, ha carattere residuale e comporta l'esclusione automatica (Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16).

Il provvedimento impugnato in primo grado non contiene alcuna improprietà di inquadramento, limitandosi a rilevare (in astratto, condivisibilmente) che il mancato riscontro alla richiesta di produzione documentale viola il principio di leale collaborazione e costituisce una reticenza colpevole, nella misura in cui non consente alla stazione appaltante una corretta ricostruzione della fattispecie, autonomamente rilevante quale causa di esclusione; in definitiva, rilevando che l'omissione dichiarativa, ovvero la mancata produzione documentale alternativa, è idonea ad incidere sulla correttezza del procedimento decisionale.

Obietta l'appellante che l'ordinanza cautelare, riguardando il sig. -OMISSIS-, costituiva un documento indisponibile per la società, ma l'argomentazione difensiva non è condivisibile, trovando applicazione anche in tale caso, seppure con diversa declinazione (dimostrativa, probatoria), la "teoria del contagio", che, nella giurisprudenza europea è stata inizialmente concepita nella considerazione che *«il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può*

*quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa»* (Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, in causa C-178/16, Impresa di costruzioni ing. E. Mantovani s.p.a.).

Se il soggetto interessato (amministratore) non rende disponibili (ovvero non autorizza il proprio legale a trasmettere il provvedimento giudiziario) inevitabilmente pregiudica una valutazione in concreto da parte della stazione appaltante.

Va detto che l'art. 80, comma 5, lett. c), chiede che la stazione appaltante dimostri "con mezzi adeguati" che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, ma non prevede l'attivazione a fini di conoscenza del fatto con strumenti officiosi, peraltro di dubbia applicabilità (mentre va detto che non è applicabile alla fattispecie l'invocato art. 86 dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016). Anzi, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva, è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili, della cui fornitura deve farsi carico l'operatore economico (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142). Deve altresì ammettersi che l'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti costituisca di per sé grave errore professionale che conduce all'espulsione del concorrente ove la stazione appaltante lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore.

3. - Il terzo motivo deduce poi che non poteva essere considerata la misura della custodia cautelare intervenuta nei confronti del sig. -OMISSIS-, in quanto lo stesso si è tempestivamente dimesso da tutte le cariche sociali, realizzando un'adeguata operazione di *self-cleaning*; al contempo la presenza di una s.r.l.-persona giuridica che controlla la -OMISSIS-. precluderebbe alla stazione appaltante di richiedere riscontri rispetto alla persona fisica.

Il motivo è infondato.

Giova anzitutto premettere che con riferimento alle procedure di gara ad evidenza pubblica, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, le misure di *self-cleaning* sono efficaci *pro futuro* e il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle stesse e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (così Cons. Stato, V, 22 agosto 2023, n. 7903).

Nel caso di specie, al contrario, le dimissioni dell'amministratore dalla carica sono successive alla partecipazione alla gara.

Anche a volerne comunque valutare la portata, secondo un differente indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, III, 23 gennaio 2024, n. 724), va detto che il provvedimento di esclusione ha proceduto in tale senso, rilevando che sarebbe stata necessaria la «*dimostrazione di una reale cesura dell'impresa rispetto all'operato dell'ex amministratore*», non ravvisata anche in considerazione del fatto che lo stesso risultava, al momento dell'esclusione, ancora socio unico della -OMISSIS- s.r.l., controllante al 100 per cento dell'impresa -OMISSIS-.; ciò significa che in ogni caso la stazione appaltante ha espresso un giudizio prognostico negativo.

4. - Alla stregua di quanto esposto, il ricorso in appello va respinto.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere

all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellante e l'ex amministratore.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.