

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

Le misure self-cleaning vanno sempre valutate, anche nel corso di una gara¹.

1. Fatto

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5897 pubblicata il 15 giugno 2023 si è espresso in merito al provvedimento di esclusione adottato da una stazione appaltante nei confronti di un Consorzio stabile a causa dei gravi illeciti professionali in capo a due consorziate accogliendo parzialmente il ricorso dell'escluso Consorzio stabile.

E' stato ritenuto corretto l'operato della Stazione appaltante per quanto riguarda il giudizio di inaffidabilità delle consorziate, ma riconosce che le misure self-cleaning assunte in corso di gara, relative a fatti insorti dopo la presentazione dell'offerta, devono essere valutate e tenute in considerazione da parte della Stazione appaltante, in particolar modo nel momento in cui si sia verificato l'allontanamento del Presidente e del Vicepresidente, escludendoli così dalla compagine consortile di una delle consorziate interessate dagli illeciti.

I giudici di Palazzo Spada ~~annullano~~ hanno pertanto annullato il provvedimento di esclusione, invitando la stazione appaltante ad esaminare le misure di self-cleaning adottate e a pronunciarsi mediante un nuovo provvedimento di esclusione oppure aggiudicando la gara alla ricorrente.

2. La teoria del contagio

La Stazione appaltante nel timore che l'inaffidabilità professionale delle consorziate avesse riflessi in maniera automatica sul Consorzio, esclude quest'ultimo applicando la c.d. "teoria del contagio", secondo la quale se la persona fisica che, nella compagine sociale, ha rivestito un ruolo direttivo o, comunque, influente per le scelte della società, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni. Resta, infatti, del tutto irrilevante stabilire se la condotta in questione sia stata commessa dalla

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

persona fisica per interesse proprio, ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, in quanto quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale.

Il Collegio aggiunge inoltre che *"...allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali, anche non definiti, ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, trova piena giustificazione, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del contagio"*. In buona sostanza, la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio"², ossia *de facto* e, dunque, prescindendo dalla tematica *"dell'imputazione degli atti"*³.

Il principio del contagio non trova in realtà una sua connotazione legislativa, ma tale teoria viene confermata dalla giurisprudenza, sottolineando, pertanto, che una società possa essere esclusa da una procedura di gara ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente, ma ~~non tanto~~ ciò non in virtù del principio di *"immedesimazione organica"* (destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale come modalità di imputazione all'ente della volontà manifestata dalla persona fisica cui ne è affidata la rappresentanza), quanto, piuttosto, per altro principio definito del *"contagio"*.

3. Clausole Self-cleaning

Come anticipato, la sentenza del Consiglio di Stato in esame accoglie il ricorso dell'escluso Consorzio stabile, per la mancata valutazione nel giudizio di inaffidabilità di tutti gli atti posti in essere e adottati nel corso di gara dal Consorzio⁴.

~~A parere del ricorrente~~, la pronuncia di primo grado viene censurata dal ricorrente in quanto aveva ritenuto irrilevanti le operazioni di self-cleaning adottate in corso di gara, ritenendo che l'efficacia delle stesse valida solo per il futuro, senza possibilità di retroagire al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di selezione già in corso.

I giudici di Palazzo Spada, ribaltando l'interpretazione del TAR, ritengono invece, ~~che sia ormai superata~~ l'impostazione recente della giurisprudenza⁵, per cui le misure di self-cleaning sono irrilevanti se adottate nel corso della gara, debba essere considerata superata in linea con i

² Cfr Consiglio di Stato, Sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866

³ Cfr Consiglio di Stato, Sez. V, 22/04/2022, n. 3107

⁴ Mancato esame delle misure di self-cleaning (allontanamento dei sindacati Presidente e Vicepresidente, esclusione dalla compagine consortile di una delle consorziate interessate dagli illeciti), adottate in corso di gara.

⁵ Cfr Consiglio di Stato, Sez. III, 20 febbraio 2023, n. 1700 e n. 1719

principi europei per cui le predette misure vanno sempre valutate dalla stazione appaltante. La direttiva 24/2014/UE, infatti, non vieta la valutazione delle misure di *self-cleaning* assunte in corso di gara, relative a fatti insorti dopo la presentazione dell'offerta.

Seppur in presenza di cause di esclusione obbligatorie, inoltre il Codice dei contratti consente all'operatore economico di provare di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Tale interpretazione è maggiormente conforme alla *ratio* dell'istituto del ravvedimento operoso, di cui all'art. 80, comma 7, del Codice dei contratti, che ha "*finalità conservativa e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato*" (cfr. sentenza n. 9782/2022)⁶.

Infatti, la recente giurisprudenza nazionale ha affermato che le misure del ravvedimento operoso possono essere attuate "*in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione*". Ciò significa, per applicazione analogica, che non si può impedire alla stazione appaltante la valutazione delle misure di *self-cleaning* assunte in corso di gara, come in questo caso.

La stazione appaltante ha, invece, omesso ogni esame e valutazione sulle misure poste in essere, considerandole irrilevanti sulla base di un orientamento giurisprudenziale ritenuto dal Consiglio di Stato ad oggi superato. Non è corretto, pertanto, dichiarare la non esaminabilità delle misure adottate in corso di gara in ragione del carattere "non retroattivo" delle stesse. L'omissione di un passaggio procedimentale indefettibile, ovvero la necessaria valutazione della rilevanza e significatività delle misure di *self-cleaning*, implica necessariamente una revisione da parte della stazione appaltante della posizione dell'escluso.

Dalla documentazione prodotta emerge infatti che il Consorzio aveva dimostrato di aver adottato, sia pure in corso di gara, dette misure di salvaguardia senza, peraltro, che le ridette misure fossero state dalla stazione appaltante esaminate.

3. Conclusioni

Nonostante il riferimento all'interno della sentenza al Codice degli appalti ormai superato con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici a decorrere dal 1° luglio 2023, questa sentenza offre lo spunto per sottolineare, ancora una volta, come la stazione appaltante non possa in alcun modo omettere di valutare alcune attività che vengono svolte dal partecipante, soprattutto se tali omissioni contrastano con il principio di ampia partecipazione degli

⁶ Cfr CGA, 13 luglio 2022, n. 829, facendo, invero, applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 gennaio 2021 causa C-387/19

operatori alle gare per la fornitura di servizi, lavori e forniture. Il principio del self-cleaning di derivazione comunitaria serve a dimostrare la integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione⁷. Va ribadito che è onere dell'amministrazione valutare se le misure indicate siano sufficienti a raggiungere l'obiettivo previsto dal Codice, e cioè se siano idonee a dimostrare che il concorrente abbia adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti oppure abbia risarcito o si sia impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito commesso.

⁷ Cfr Linee Guida ANAC n. 6