

Publicato il 24/01/2019

**Cons. St., Sez. 5, 24 January 2019, n. 00586**

**N. 00586/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 00493/2018 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 numero di registro generale 493 del 2018, proposto da Mafalda Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Biamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pistoia 6;

***contro***

Comune di Vitulano, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323; ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Benedetta Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio De' Cavalieri, 11; Gentes Società Cooperativa Sociale, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 5912/2017, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vitulano, di Benedetta Società Cooperativa Sociale e dell'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Biamonte, Tozzi, Carbone e l'avvocato dello Stato Guida;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Vitulano indiceva una procedura di gara per l'affidamento del *“servizio di gestione degli interventi di accoglienza integrata del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) in favore dei titolari di protezione internazionale ed altresì richiedenti protezione internazionale, nonché titolari di permesso umanitario di cui all'art. 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, per n. 24 posti nella categoria di soggetti ordinari a valere sui finanziamenti di cui al decreto del Ministero dell'Interno del 10 agosto 2016 e successivo decreto del 21 dicembre 2016 - triennio 2017/2019”*, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base di gara pari ad € 806.187,50.

All'esito delle operazioni di gara, alle quali partecipava anche l'odierna appellante, con determinazione dirigenziale n. 271 del 7 luglio 2017 il servizio veniva aggiudicato definitivamente alla ATI tra la Benedetta Società Cooperativa Sociale e la Gentes Società Cooperativa Sociale, che aveva conseguito un punteggio totale pari a 85,00, fronte di 82,30 punti conseguiti dalla appellante Cooperativa, classificatasi, con ciò, al secondo posto in graduatoria.

2.- Avverso la ridetta aggiudicazione, unitamente a tutti gli atti presupposti, la Cooperativa Sociale Mafalda insorgeva, con rituale ricorso, dinanzi al TAR Campania – sede di Napoli, lamentando:

a) violazione dell'art. 7 del capitolato, una ad eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto dei presupposti, violazione del principio di concorrenzialità, sull'assunto che l'aggiudicataria avesse omesso l'indicazione della compagine minima necessaria, non essendo stato asseritamente rispettato il numero minimo di figure professionali, previsto dalla *lex specialis*;

b) eccesso di potere per illogicità manifesta ed erroneità, violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 32 della l. n. 182/2002, dell'art. 10 del disciplinare - punto B.1.5, dell'art. 32 della l. n. 189/2002, del D.M. 10 agosto 2016, avuto riguardo alla erronea attribuzione del punteggio di cui al punto B.1.5. dell'art. 10 del disciplinare di gara in favore della aggiudicataria, a suo dire priva di esperienza «SPRAR» nel quinquennio 2012-2016 (segnatamente, nell'articolato assunto critico, la Commissione sarebbe incorsa nell'errore di valutare esperienze semplicemente rientranti nell'accoglienza del cosiddetto «primo livello», straordinario e temporaneo, gestite per il tramite di strutture temporanee denominate C.A.S. – Centri di Accoglienza Straordinari, sulla base di convenzioni

con le Prefetture, prive di attinenza con il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati);

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 10 punto B.1.1. del disciplinare, una ad eccesso di potere per illogicità manifesta, erroneità, arbitrarietà e violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, posto che alla aggiudicataria sarebbe stato illegittimamente attribuito il punteggio di n. 5 punti per la lettera B.1.1. (qualità organizzativa);

d) violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 21 del D.M. 10 agosto 2016 e dell'art. 4 del disciplinare di gara, sul critico assunto che la formula utilizzata nel contratto di avvalimento esibito non risponderebbe al paradigma legale minimo, attesa la sua genericità ed incompletezza.

3.- Con successivi motivi aggiunti, la Società impugnava, altresì, il sopravvenuto provvedimento (prot. n. 4478 del 4 settembre 2017) con il quale era stata sancita la propria esclusione dalla gara, motivata con il venir meno del requisito dell'affidabilità – in relazione al combinato disposto di cui all'art. 80, comma 5, lett. a), e comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 – per l'asserito inadempimento agli obblighi relativi ai rapporti di lavoro nell'ambito del precedente rapporto contrattuale intercorso con la medesima Amministrazione.

A sostegno delle nuove ragioni di doglianza, lamentava:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 30, comma 5, 80, comma 5, lett. a), 30, comma 3, 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, nonché violazione dei principi di tassatività e tipicità e del principio di legittimo affidamento, violazione dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990;

b) eccesso di potere per sviamento, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50 cit., una ad eccesso di potere per carenza dei presupposti e difetto di istruttoria e violazione dei principi di proporzionalità e di legittimo affidamento;

c) violazione dell'art. 30, comma 6, del d.lgs. n. 50 cit., una ad eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, violazione del principio di tassatività, falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50 cit.;

d) violazione dell'art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50 cit., una ad eccesso di potere per carenza dei presupposti, violazione del principio del *contrarius actus*, violazione dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, eccesso di potere per illogicità manifesta, violazione del principio di imparzialità, violazione dell'art. 120 c.p.a. e abuso del diritto (in termini di abuso del processo).

4.- Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 5912/2017, il Tribunale esaminava con priorità, avuto riguardo alla ritenuta natura pregiudiziale ed assorbente, gli articolati motivi aggiunti, respingendoli nel merito e confermando, con ciò, la legittimità della sancita misura espulsiva.

Avverso la ridetta statuizione insorge, con atto depositato nei tempi e nelle forme di rito, la Cooperativa Mafalda, argomentandone la complessiva erroneità ed ingiustizia ed invocandone l'integrale riforma, all'uopo reiterando – in prospettiva devolutiva – le ragioni di doglianze rimaste assorbite in prime cure.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, il Comune di Vitulano, la Cooperativa sociale Benedetta, nonché l'intimata Autorità nazionale anticorruzione.

Alla pubblica udienza del 19 luglio 2018, sulle ribadite conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

## DIRITTO

- 1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.
- 2.- Importa rammentare che, con la sentenza impugnata, il primo giudice ha respinto le doglianze proposte avverso l'esclusione disposta in danno della Cooperativa appellante, adottata dalla Amministrazione comunale intimata in applicazione del combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lettera a), 30, comma 3, e 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, avuto riguardo all'accertamento del mancato adempimento degli obblighi relativi ai rapporti di lavoro nell'esecuzione del precedente rapporto contrattuale intercorso con il medesimo Comune (avente ad oggetto lo stesso servizio) e, segnatamente, per il mancato pagamento delle retribuzioni spettanti (mensilità, trattamento di fine rapporto e assegni familiari), per il periodo febbraio/luglio 2017, a quattro dipendenti per il servizio prestato presso il centro SPRAR di Vitulano, risultanti dalla documentazione acquisita agli atti della procedura (in particolare il decreto ingiuntivo n. 420/2017 emesso dal Tribunale di Benevento, Sezione lavoro, gli atti stragiudiziali di invito/diffida e le note dell'Ispettorato del Lavoro di Benevento afferenti a vertenze di lavoro di detti dipendenti).
- 3.- Ciò posto, nel dettaglio, il TAR:
  - a) ha ritenuto che, alla luce del complessivo paradigma normativo di riferimento, peraltro espressamente richiamato nel contestato provvedimento di esclusione, il soddisfacimento dei crediti retributivi integri uno degli obblighi "*in materia [...] del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X*" al cui rispetto sono tenuti, giusta la formula dell'art. 30, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, gli operatori economici che aspirino all'accesso concorrenziale alle commesse pubbliche;
  - b) ha valutato che il parziale inadempimento retributivo, pacifico in atti, dovesse qualificarsi, ai fini dell'apprezzamento di rilevanza di cui all'art. 80, comma 5 lett. a), "*un fatto grave in sé*", per la rilevanza che ha ritenuto assuma, ai fini dell'affidabilità di un'impresa, la regolare e puntuale corresponsione al personale di quanto a questo dovuto a titolo di trattamento economico, nelle varie componenti previste dai contratti collettivi e dalla normativa di settore;
  - c) che, per tal via, a fronte dell'accertato inadempimento, a nulla potesse rilevare il profilo meramente quantitativo, inerente il *quantum* del credito retributivo vantato dei dipendenti, né – sotto distinto e concorrente profilo – la (non contestata) regolarità del DURC, come tale idoneo a comprovare esclusivamente la regolarità della posizione dell'operatore rispetto all'obbligo di versamento dei contributi previdenziali, ma non del pagamento delle retribuzioni in favore dei propri dipendenti (e costituendo, peraltro, le gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale autonome e distinte cause di esclusione, ai sensi del comma 4 dell'art. 80 cit.);
  - d) che, ai valorizzati fini espulsivi, non avesse rilievo la circostanza che la misura fosse stata adottata a procedura già conclusa, posto che – escluso che l'esercizio del relativo potere concretasse manifestazione di autotutela – l'attività di accertamento in ordine alla sussistenza, in capo ai soggetti partecipanti ad una gara, dei requisiti di partecipazione alla stessa, non si esaurirebbe con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione;
  - e) che, per altro verso – in relazione al distinto motivo di censura, con il quale la società aveva rappresentato che il ritardo nel pagamento delle retribuzioni fosse,

di fatto, imputabile al ritardo nella erogazione delle somme contrattualmente dovute da parte della stessa stazione appaltante - non risultava, in concreto, comprovato che l'inadempimento contestato fosse derivato dalle insufficienti disponibilità finanziarie della cooperativa ricorrente, tali da rendere impossibile il pagamento delle retribuzioni alle scadenze previste, né constando che la stessa ricorrente avesse messo in mora l'Amministrazione comunale al fine di ottenere l'erogazione dei corrispettivi contrattuali asseritamente non percepiti;

f) che – quanto alle contestate modalità della esclusione – fosse estraneo alla vicenda, a dispetto del contrario assunto critico della parte, il comma 6 dell'articolo 30 (nella parte in cui, per la prefigurata eventualità di ritardo nel pagamento delle retribuzioni da parte del contraente affidatario, imponeva la previa diffida ad adempiere e, se del caso, il pagamento diretto delle spettanze contrattuali a favore dei lavoratori), trattandosi di previsione ispirata ad autonomia e diversa *ratio*, a diretta salvaguardia dei lavoratori che non percepiscano le retribuzioni da parte del proprio datore di lavoro;

g) che, da ultimo – con riferimento alle ulteriori doglianze, inerenti la ventilata carenza dei presupposti per la rimozione “in autotutela” della disposta ammissione in gara – dovesse escludersi la sussistenza, in capo alla stazione appaltante, di uno specifico onere motivazionale (inteso a dare rilevanza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento espulsivo, in rivendicata comparazione con quello privato dell'aspirante aggiudicatario), non sussistendo, per definizione, alcuna aspettativa qualificata al godimento del bene della vita oggetto del procedimento selettivo (e dovendo, con ciò, escludersi ogni ventilato sviamento nella assunzione della determinazione espulsiva, ancorché operata solo all'esito dell'impugnazione, in sede giudiziale, della aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

4.- Orbene, l'appellante, reiterando e rinnovando le proprie censure:

a) si duole che la decisione abbia trascurato di considerare che il dato della “gravità” (anche correlato al *quantum*) dell'inadempimento avrebbe dovuto essere concretamente apprezzato (e non postulato come sussistente *in re ipsa*) proprio alla stregua del non equivoco tratto testuale dell'art. 80, comma 5 lett. a (che fa parola di “*gravi infrazioni debitamente accertate [...] agli obblighi di cui all'art. 30, comma 3*”);

b) denuncia la violazione del principio (affermato, per esempio, da Cons. Stato, sez. V, n. 3375/2016) per cui i ritardi dei pagamenti imputabili alla stessa committente (che avesse proceduto, a sua volta, alla ritardata erogazione dei compensi dovuti per i contratti già in essere) non avrebbero potuto costituire causa di esclusione (e – di fatto – la discontinuità nei flussi di pagamento dei corrispettivi contrattuali, da parte del Comune intimato, sarebbe stata, a dispetto di quanto opinato dal primo giudice, idoneamente e documentalmente comprovata);

c) contesta, in fatto, che l'inadempimento che aveva dato luogo al provvedimento contestato riguardasse il mancato pagamento per il periodo febbraio/luglio 2017 di quattro dipendenti (vero essendo – piuttosto – che ben prima dell'atto dell'emissione della misura espulsiva erano state saldate le debenze relative a tre dei dipendenti e che il valorizzato decreto ingiuntivo, comunque formato dopo la conclusione del procedimento di gara, era stato parimenti liquidato in concomitanza con l'inattesa e inopinata esclusione);

d) censura la scorretta esegesi dell'art. 30, comma 3 del Codice, il quale, a suo dire, non avrebbe consentito l'espulsione automatica a fronte di qualsivoglia omissione retributiva, contenendo solo una clausola di garanzia dei diritti minimi dei lavoratori, operante nella fase genetica del contratto e non in fase di gara;

e) evidenzia che – essendo stati i contestati provvedimenti formati successivamente alla conclusione della gara – gli stessi avrebbero dovuto comunque recare, in forza dei principi generali in materia di autotutela, adeguata motivazione in ordine alla assunta determinazione, gravemente incisiva sui maturati affidamenti privati;

f) ribadisce che – all'esito della diffida da parte dei lavoratori – avrebbe dovuto essere attivato il procedimento di cui all'art. 30, comma 6 del Codice (il che comprovava, di nuovo e per ciò solo, la non praticabilità dell'espulsione dalla gara);

g) lamenta la violazione dell'art. 80, comma 6, interpretato nel senso che - avuto riguardo alla tempistica dell'azione amministrativa – il ritiro dell'ammissione, nelle forme del *contrarius actus*, avrebbe imposto adeguata motivazione.

5.- Le doglianze, così come articolate, non appaiono persuasive.

Vale, all'uopo, osservare:

a) che, per comune e consolidato intendimento, l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti 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, il compimento di gravi illeciti professionali;

b) che, per tal via, anche le accertate omissioni retributive (avuto riguardo alla previsione di cui all'art. 30, comma 3 del Codice, che rende doveroso il rispetto della normativa a tutela delle posizioni lavorative) costituiscono (di là dal meccanismo di cui all'art. 30, comma 6, privo di pertinenza, in quanto non riferito alle condizioni di ammissione alla procedura evidenziale, operando *in executivis* a maggior tutela dei lavoratori a fronte di ritardo nel pagamento delle spettanze contrattualmente dovute) ragione sufficiente ai fini dell'apprezzamento di inaffidabilità della concorrente;

c) che l'Amministrazione, a dispetto della apparenze, non si è, in realtà, sottratta ad una sostanziale ed effettuale delibazione di rilevanza e gravità dell'inadempimento, avendo puntualmente verificato, prima di procedere alla esclusione, il numero dei dipendenti che non erano stati retribuiti e delle mensilità arretrate, obiettivamente non esigue né irrilevanti (al qual fine, con ogni evidenza, la circostanza che alcuni di essi fossero, all'esito della espletata procedura, transitati alle dipendenze della nuova aggiudicataria non può sortire rilievo, ai fini dello strumentale apprezzamento di serietà, puntualità ed affidabilità dell'impresa concorrente);

d) che alla determinazione espulsiva, ancorché assunta successivamente all'aggiudicazione a terzi, non può annettersi la sostanza di una risoluzione rimotiva, in autotutela, dei pregressi atti di gara (per tal via legittimandosi l'auspicata applicazione della norma limitativa del relativo potere *ex art. 21 nonies* l. n. 241/9909), essendo l'esclusione sempre possibile (e dovuta, in presenza di presupposti) “*in qualunque momento della procedura*”, *id est* fino alla stipula del contratto oggetto di affidamento (*arg. ex art. 80, comma 6 d. lgs. n. 50/2016*).

Quanto, infine, al principio secondo cui l'Amministrazione non può, in conseguenza dei suoi stessi ritardi nel pagamento dei corrispettivi posti a suo carico in relazione a pendenti e pregresse vicende contrattuali, opporre ai propri contraenti, quale ragione espulsiva, il mancato pagamento dei dipendenti, vale osservare che, beninteso, il principio, già affermato da questo Collegio, non merita di essere disatteso: nondimeno, nel caso di specie, i ritardi in questione, ammesso che fossero effettivamente tali e non fossero, in realtà, dovuti alla ordinaria tempistica contrattualmente prefigurata, non risultavano comechessia idonei (trattandosi di pochi mesi e, per giunta, difettando di appositi atti di impulso) a giustificare il mancato pagamento delle retribuzioni, se del caso programmando l'uso razionale delle proprie risorse economiche (che si deve pretendere da ogni avveduto operatore economico) e stante la facoltà di ricorso al credito bancario per le eventuali e proporzionate anticipazioni.

6.- Per le esposte considerazioni, assorbenti di ogni altro rilievo, l'appello va disatteso.

Sussistono, ad avviso del Collegio, le ragioni per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Grasso**

**IL PRESIDENTE**  
**Roberto Giovagnoli**

IL SEGRETARIO