

Publicato il 17/08/2021

N. 01936/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01692/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1692 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Venezia 10;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Massimo Calì, Emilio Pregnoletto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Ente in Milano, via della Guastalla, 6;

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Milano, via Freguglia, 1 e con domicilio pec come in atti;

nei confronti

-OMISSIS- non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Angela Francesca Canta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale del -OMISSIS- notificato via PEC il -OMISSIS- con la quale -OMISSIS- è stata esclusa per pretesa insufficienza delle misure di self cleaning dalla stessa adottate dalla gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento dell'Accordo Quadro n. -OMISSIS- relativo all'esecuzione dei lavori di riqualificazione di -OMISSIS-;

- dell'allegato al predetto verbale ove sono indicate le ragioni dell'esclusione disposta ai danni dell'odierna ricorrente;

- nonché di tutti gli atti connessi e conseguenti.

2) Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti depositato il 2 marzo 2021:

- della determinazione dirigenziale n. -OMISSIS-(resa nota il successivo -OMISSIS-) recante l'aggiudicazione definitiva della procedura.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2021 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Trattenuta in decisione la causa ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. con legge n. 176/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, -OMISSIS-, impugna i provvedimenti indicati in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente, chiede che venga dichiarata l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, dichiarandosi disponibile al subentro; in via subordinata chiede il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Si costituiscono in giudizio il Comune di Milano e l'Autorità Nazionale Anticorruzione; il primo eccepisce l'infondatezza dell'impugnazione avversaria e ne chiede il rigetto.

Si costituisce, con intervento *ad adiuvandum*, -OMISSIS- - -OMISSIS-, chiedendo l'accoglimento del ricorso proposto.

Con ordinanza n. 1294/2020, depositata in data 22 ottobre 2020, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare formulata con il ricorso principale.

Con ordinanza n. 6896/2020, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello cautelare proposto dal Comune di Milano.

Le parti depositano memorie e documenti.

All'udienza del 23 giugno 2021, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che:

- con bando di gara del -OMISSIS-, il Comune di Milano ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro, avente ad oggetto i lavori di "riqualificazione di -OMISSIS-" per un valore complessivo a base d'asta di € 6.350.000,00 (al netto degli oneri di sicurezza), da assegnare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- il Comune ha disposto l'ammissione di -OMISSIS- "con riserva di valutazione in ordine al possesso del requisito di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice dei Contratti";

- con la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione del -OMISSIS-, la Stazione appaltante ha rilevato che le misure di self cleaning poste in essere da -OMISSIS- “non si ritengono conformi al dettato normativo di cui all’art. 80 comma 7 del Codice dei Contratti, che prevede espressamente che l’operatore economico che si trovi in una delle situazioni escludenti di cui all’art. 80 comma 5 del Codice sia ammesso a provare di avere risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato (...) dall’illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori (...) illeciti”;
- all’esito del contraddittorio procedimentale, il Comune, in data -OMISSIS-, ha disposto l’esclusione di -OMISSIS- dalla gara;
- con successiva determinazione n. -OMISSIS-, la stazione appaltante ha aggiudicato la gara alla società -OMISSIS-.

2) Con più censure, da trattare congiuntamente perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico, la ricorrente lamenta che il provvedimento di esclusione si basa su un’istruttoria inadeguata, reca una motivazione insufficiente e assume una determinazione sproporzionata, in quanto non avrebbe considerato il complesso delle misure di *self cleaning* disposte dalla società, ai sensi dell’art. 80, commi 5 e 7, del d.l.vo 2016 n. 50.

L’esame delle censure proposte presuppone la ricognizione della situazione complessiva che ha portato all’esclusione della ricorrente dalla procedura.

2.1) -OMISSIS- - -OMISSIS- è stata coinvolta in fatti integranti un grave illecito professionale, per i quali è già stata esclusa da altre gare indette dal Comune di Milano e i relativi provvedimenti hanno superato il vaglio di legittimità del Tribunale (-OMISSIS-).

Si tratta di una vicenda di rilevanza penale, come emerge dall’ordinanza del Tribunale di Milano n. -OMISSIS-, emessa il -OMISSIS-, recante l’applicazione di misure cautelari personali in dipendenza delle condotte serbate dai rappresentanti di diversi operatori, tra cui -OMISSIS-, nel corso di

una gara d'appalto aggiudicata da -OMISSIS- (appalto n. -OMISSIS- cd. "servizio neve").

Di tali fatti era partecipe il rappresentante legale di -OMISSIS-, -OMISSIS-, imputato del reato di turbativa d'asta e le intercettazioni telefoniche e ambientali palesavano il suo coinvolgimento, unitamente ad altri imprenditori, in accordi diretti a concordare l'aggiudicazione dei Lotti della gara n. -OMISSIS- bandita da -OMISSIS-, avente per oggetto il "servizio di spargimento di fondenti salini, lamatura e ammasso e rimozione e trasporto della neve dalle vie, piazze, depositi ATM della città di Milano, nonché, limitatamente alle città di Pero e Trezzano sul Naviglio, l'esecuzione delle sole attività di rimozione e trasporto delle neve".

Più in dettaglio, le intercettazioni evidenziavano l'esistenza di un accordo illecito tra alcuni operatori per individuare i lotti in relazione ai quali presentare l'offerta e quelli per i quali non presentarla, così da abbinare i lotti alle diverse imprese facenti parte dell'accordo; va precisato che -OMISSIS- conseguiva l'aggiudicazione di due lotti della gara bandita da -OMISSIS-.

Proprio le conversazioni intercorse tra -OMISSIS- e -OMISSIS-, promotore dell'accordo, hanno dimostrato, per lo meno ai fini amministrativi, la loro attivazione per la creazione di un unico centro decisionale, volto a consentire la presentazione di offerte concordate tra gli operatori partecipanti, così da ottenere la spartizione dei lotti.

Nella gara di cui si tratta, la stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione in data -OMISSIS-, rappresentando di avere valutato la documentazione prodotta dall'impresa, con riferimento, in particolare, alle misure di self cleaning adottate a seguito delle altre esclusioni per grave illecito professionale già disposte dal Comune.

Quindi, ha precisato che le misure non sono conformi all'art. 80, comma 7, del d.l.vo 2016 n. 50, nella parte in cui consente all'operatore economico che si trovi in una delle situazioni escludenti di cui all'art. 80, comma 5, di essere ammesso a provare di avere risarcito o di essersi impegnato a risarcire

qualunque danno causato dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti.

All'esito del contraddittorio con -OMISSIS-, l'amministrazione ne ha disposto l'esclusione dalla gara.

Il provvedimento di esclusione (verbale del -OMISSIS- e relativo allegato), dopo avere richiamato la vicenda già ricordata e sottesa a precedenti esclusioni, nonché le decisioni del Tribunale che hanno riconosciuto la legittimità dell'operato dell'amministrazione, ha esposto le ragioni per le quali ha ritenuto inadeguate le misure di self cleaning adottate da -OMISSIS-.

Il provvedimento considera che il self cleaning deve presentare un triplice profilo: organizzativo, dissociativo e risarcitorio, così da integrare il c.d. ravvedimento operoso, solo a fronte del quale può ritenersi superata la valutazione di inaffidabilità correlata all'illecito riferibile all'impresa.

Rispetto al profilo dissociativo, il Comune ha ritenuto insufficiente che, al momento della presentazione dell'offerta, -OMISSIS- non rivestisse più la carica di amministratore delegato e di legale rappresentante della società -OMISSIS-, incarichi lasciati sin dal -OMISSIS-, e avesse ceduto integralmente le quote societarie in suo possesso sin dal 27 novembre 2019.

L'amministrazione, infatti, ha rilevato "come il Consiglio abbia invitato con rammarico" l'amministratore a rassegnare le sue dimissioni e che, una volta dimessosi, "il Consiglio lo abbia quindi ringraziato all'unanimità per il senso di responsabilità dimostrato".

Per tale ragione, l'amministrazione ha ritenuto che l'allontanamento del legale rappresentante fosse "un atto adottato dalla società esclusivamente a titolo prudenziale, non dissociativo", ossia teso "ad impedire che l'illecito professionale accertato a carico della stessa possa ostacolare l'attività aziendale, a seguito delle esclusioni effettuate dal Comune di Milano e delle pronunce cautelari rese dal Tar Lombardia".

Parimenti, si è negata ogni valenza dissociativa alla riserva espressa dal Consiglio di amministrazione di -OMISSIS- di proporre un'azione di responsabilità contro l'ex amministratore delegato, nel caso di condanna definitiva, perché, qualora si verificasse tale eventualità, "il tempo trascorso dalla cessazione della carica renderebbe di fatto non significativa ai fini del self cleaning l'azione di responsabilità".

Rispetto alle misure organizzative collegate al personale, il Comune riconosce che sono stati prodotti sia il Modello 231, con revisione del 06 aprile 2020 e il Codice Etico con revisione al 2 marzo 2020, ma non le ritiene adeguate, perché non risulta ancora "l'adozione di misure relative all'avvio di un percorso di formazione per le risorse aziendali più direttamente coinvolte nella gestione dei rapporti (non solo contrattuali) con la Pubblica Amministrazione", pure indicate come comprese nel ravvedimento operoso posto in essere dalla società.

Oltre ai profili sinora visti, il provvedimento ritiene decisivo, ai fini del giudizio di inadeguatezza delle misure di self cleaning, il fatto che -OMISSIS-, pur dichiarandosi disponibile a risarcire il danno, "non si è adoperata in alcun modo per l'eliminazione del danno subito dal Comune di Milano, considerato che l'illecito è stato posto in essere in una procedura che -OMISSIS- ha appaltato all'interno del contratto di servizio con lo stesso Comune".

Il provvedimento si sofferma ulteriormente sul tema risarcitorio, puntualizzando, dapprima, che "il danno esiste ed è indipendente dall'esito del giudizio penale pendente nei confronti" del legale rappresentante, poi, che il Comune ha deliberato la sua costituzione come parte civile nel processo penale, per conseguire il risarcimento del danno all'immagine e dei pregiudizi materiali conseguenti all'aggravio del carico di lavoro sostenuto dagli uffici comunali.

Non solo, l'amministrazione ha considerato, da un lato, del tutto insufficiente la disponibilità palesata da -OMISSIS- di risarcire il danno una volta "quantificato in via giudiziale o stragiudiziale", ritenendo che l'impresa avesse

l'onere di farsi parte diligente senza rinviare il risarcimento ad un "momento futuro, incerto e non pertinente", dall'altro, che -OMISSIS- abbia palesato l'intento "di legare il risarcimento del danno alla conclusione della vicenda penale".

2.2) Occorre ora portare l'attenzione sulle misure di self cleaning dichiarate da -OMISSIS- e sullo sviluppo del contraddittorio conseguente alla comunicazione di avvio del procedimento di esclusione.

Sin dalla seduta del Consiglio di amministrazione del -OMISSIS- - ben prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di cui si tratta - la società -OMISSIS-, che nell'immediatezza del fatto aveva già attribuito i poteri di firma per la partecipazione a gare ad un soggetto diverso da -OMISSIS-, ha ritenuto di dover adottare "tutte le misure necessarie ad impedire che l'illecito professionale ascritto, nelle more dell'intera vicenda penale e sino quando la posizione del -OMISSIS- non sarà definitivamente chiarita, possa ostacolarne l'attività aziendale" (cfr. verbale del C.d.A del -OMISSIS-).

Pertanto, ha ritenuto "a titolo prudenziale e pur nella consapevolezza che l'intera materia deve essere innanzitutto governata dal principio di presunzione di innocenza" di prendere "le distanze dal -OMISSIS- e dalle condotte che gli sono state contestate; il tutto formulando "ogni più ampia riserva circa l'avvio di un'azione di responsabilità sociale nei confronti dello stesso -OMISSIS-, per l'ipotesi in cui quest'ultimo dovesse essere condannato in via definitiva per la vicenda di cui si tratta".

A ciò è seguito l'invito all'Amministratore delegato a rassegnare le dimissioni, seppure con l'auspicio che potesse "acclarare nel più breve tempo possibile la sua estraneità rispetto ai fatti che gli sono stati contestati".

Ne è seguito il contestuale atto di dimissioni, con effetto immediato, di -OMISSIS- da tutte le cariche rivestite nella compagine societaria.

A distanza di pochi mesi, il 27 novembre 2019, -OMISSIS- ha cedute le quote del capitale sociale di -OMISSIS- di cui era titolare.

Vale evidenziare che, sempre nella riunione del -OMISSIS-, il Consiglio di amministrazione ha disposto l'implementazione "del Modello di Organizzazione e Gestione *ex lege* 231/2001 di cui è dotata la società, esprimendo ... l'indirizzo che detto modello, tra l'altro: - si fondi su una netta e rigorosa separazione tra le funzioni e le risorse aziendali coinvolte nella predisposizione delle offerte di gara e quelle che dovranno invece occuparsi dell'esecuzione in concreto degli appalti aggiudicati alla stessa -OMISSIS-; - preveda l'avvio di un percorso di formazione per le risorse aziendali più direttamente coinvolte nella gestione dei rapporti (non solo contrattuali) con la Pubblica Amministrazione".

Nel corso del contraddittorio, seguito alla comunicazione di avvio del procedimento di esclusione, -OMISSIS- ha trasmesso all'amministrazione il Modello di organizzazione e gestione adottato *ex novo*, nonché il Codice Etico di cui è dotata la società, con la precisazione che il Codice Etico risale a data anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, mentre il Modello è di qualche giorno successivo; ritardo che -OMISSIS- ha spiegato correlandolo alle difficoltà emerse nel 2020 con lo sviluppo della situazione pandemica.

Nel corso dell'interlocuzione con la stazione appaltante, -OMISSIS- ha rappresentato che il Codice Etico reca la chiara indicazione della disponibilità risarcitoria, atteso che l'art. 3.1 prevede che "Particolare attenzione è dedicata alle statuizioni connesse a condotte riparative conseguenti a fatti illeciti. In quest'ottica, -OMISSIS- si impegna ad assumere ogni più ampia iniziativa finalizzata ad estinguere o mitigare i danni patrimoniali e non patrimoniali cagionati dalla sua attività. Quanto a questi ultimi – anche ai fini e in considerazione delle prescrizioni di cui all'articolo 80, comma 7, del D.lgs. 50/2016 e s.m.i. – -OMISSIS- si impegna a corrispondere prontamente e integralmente quanto venga disposto a titolo di risarcimento quantificato in sede giudiziale o stragiudiziale".

Sempre durante il contraddittorio, -OMISSIS- ha trasmesso al Comune, in data 14 luglio 2020, una nota nella quale, oltre a prendere posizione sulle deduzioni contenute nell'avvio del procedimento, ha rappresentato di “non essere stata chiamata a giudizio, né per responsabilità amministrativa ai sensi del D.Igs. 8 giugno 2001, n. 231, né quale responsabile civile del reato per il quale il -OMISSIS- è imputato”. Queste ultime circostanze non sono contestate dal Comune.

Non solo, la società a) ha dichiarato di non opporsi “all’ipotesi di un ristoro del danno che le condotte tenute dal -OMISSIS- possano aver eventualmente arrecato, essendosi anzi già formalmente impegnata a risarcirlo prontamente e integralmente nel suo Codice Etico (impegno che qui, ove occorra, si ribadisce)”; b) ha evidenziato che “quand’anche delle istanze risarcitorie fossero state avanzate dalle parti civili eventualmente costituite nel processo penale in corso nei riguardi del -OMISSIS-, -OMISSIS- (siccome del tutto estranea a quel processo) non potrebbe comunque venirlo a sapere”; c) ha evidenziato che per addivenire ad un risarcimento occorre che “l’entità del pregiudizio sofferto venga quantificata (anche solo in sede stragiudiziale) in considerazione del contributo causale che il comportamento tenuto dal -OMISSIS- possa aver avuto sul danno eventualmente prodotto”; d) ha ritenuto irragionevole ipotizzare che “per poter perfezionare il proprio *self cleaning*, -OMISSIS- - dopo essersi dissociata dalla condotta del suo ex amministratore - debba anche obbligatoriamente presentare una sorta di offerta reale per il risarcimento dei danni eventualmente subiti dalle vittime del reato ascritto al -OMISSIS-”; e) ha rappresentato di non disporre di dati “per poter operare la corrispondente quantificazione”, sottolineando che, in ogni caso, “l’an e il *quantum* di un simile risarcimento dipendono o sono comunque suscettibili di essere quanto meno condizionati dagli esiti conclusivi del giudizio penale che è in corso nei confronti del -OMISSIS-”; f) ha quindi rappresentato che non c’è “modo per -OMISSIS- di adottare misure di *self cleaning* diverse ed ulteriori da quelle sin qui descritte”, salvo che

“codesta spettabile stazione appaltante non voglia sin d’ora indicarci l’ammontare del danno risarcibile di cui si discute”.

2.3) In tema di misure di *self cleaning*, l’art. 80, comma 7, del d.l.vo 2016 n. 50, prevede che un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 5, compresa quella relativa alla commissione di un grave errore professionale, “è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”.

La genesi della disposizione va rinvenuta nell’art. 57 della direttiva n. 24/2014, che, al comma 6, prevede che un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni che ne giustificherebbero l’esclusione, “può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità”.

La norma specifica che, a tal fine, l’operatore economico è tenuto a dimostrare: a) di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito; b) di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative; c) di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

L’art. 57 della direttiva 2014/24/UE, ha ridefinito - rispetto alla precedente direttiva 2004/18/CE - i motivi di esclusione delle imprese dalle gare, sulla base di una *ratio* complessa tesa, ad un tempo: a) a dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti, idonei ad incidere sull’affidabilità dell’impresa nel conseguimento e nella esecuzione delle commesse pubbliche; b) a recuperare, tuttavia, gli operatori economici che (quando non si siano resi colpevoli di meri errori formali o di negligenze lievi) abbiano concretamente manifestato un ravvedimento, mediante l’effettiva adozione di misure c.d. di *self cleaning* (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598).

La direttiva precisa, altresì, che spetta all'amministrazione aggiudicatrice il compito di valutare se le misure adottate dal concorrente siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso; nel caso in cui le misure siano ritenute insufficienti è previsto l'obbligo per l'amministrazione di motivare esplicitamente la decisione di esclusione che verrà assunta.

Le misure in esame “rispondono alla sola finalità di mantenere l'operatore economico sul mercato”, laddove abbia dimostrato di essere nuovamente affidabile come controparte contrattuale, tanto che esse possono assumere rilevanza solo *pro futuro*, ovvero solo relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione o, comunque, non oltre il termine fissato per la presentazione delle offerte, pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti, sicché è “inimmaginabile un loro effetto retroattivo” (in tal senso, T.A.R. Lazio, sez. II, 7 dicembre 2020, n. 13120, già Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2260/2020).

La giurisprudenza ha delineato dei parametri di rilevanza concreta delle misure adottate da un operatore e tali da integrare un ravvedimento espressivo di permanente o riacquisita affidabilità.

Sullo sfondo rimane la *ratio* dello strumento, che è preordinato, in funzione essenzialmente prospettica, a legittimare, anche all'esito della commissione di gravi fatti di reato, alla conservazione dell'impresa all'interno del mercato, affinché l'eventuale temporanea sterilizzazione della sua capacità negoziale nel settore dei contratti pubblici, in ragione del grave errore professionale commesso, non si risolva, di fatto, in una definitiva espulsione dal settore.

Certo, la valutazione deve essere compiuta in concreto e caso per caso, ma la giurisprudenza assegna rilevanza centrale all'allontanamento dei soggetti dotati di poteri gestori che hanno posto in essere l'illecito professionale, perché è fondamentale che “i soggetti già titolari di posizioni apicali (di rappresentanza, di gestione, di controllo) e coinvolti dalla vicenda penale

vengano idoneamente estromessi da ogni carica sociale” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 598/2019 cit.).

Parimenti, in base al dato normativo interno ed eurounitario è rilevante la condotta dell’operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito, dimostri di essersi, per un verso, adoperato per la eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, *pro futuro*, la commissione di ulteriori reati o illeciti (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 9 gennaio 2020, n.158).

L’espressione utilizzata dalla giurisprudenza citata, laddove richiede che l’operatore si sia adoperato per l’eliminazione del danno cagionato, assume un concreto contenuto in base alle previsioni normative, tanto interne, quanto eurounitarie (già richiamate), secondo le quali l’impresa deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnata a risarcire il danno.

Pertanto, laddove sussistano le condizioni per l’accertamento e la quantificazione del danno, l’operatore è tenuto a risarcirlo, mentre laddove tali condizioni non sussistano, perché il danno non è stato ancora quantificato o, addirittura, ne è incerta l’esistenza, non si potrà pretendere dall’operatore di provvedere ad un concreto risarcimento, essendo sufficiente, in base alle norme richiamate, l’assunzione dell’impegno a risarcire.

Non solo, nella valutazione della sussistenza di un adeguato *self cleaning*, la stazione appaltante è chiamata ad esercitare un potere discrezionale, che deve essere coerente con il principio di proporzionalità, sicché si deve valutare se in concreto le misure adottate sono sufficienti sulla base della fattispecie complessiva in cui si situano (cfr. di recente Tar Piemonte, sez. I, 15 aprile 2021 n. 400).

Anche l’Anac ha riconosciuto nelle Linee Guida n. 6 la specifica rilevanza che il principio di proporzionalità assume rispetto all’esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante di valutare la permanente affidabilità di un’impresa.

2.4) Nel caso di specie, il provvedimento di esclusione non è coerente con i paradigmi normativi e giurisprudenziali richiamati, sicché devono essere condivise le censure formulate dalla ricorrente.

In primo luogo, va osservato che non è ragionevole, né aderente al dato normativo, la tesi dell'amministrazione secondo cui le dimissioni presentate da -OMISSIS-, ben prima della presentazione dell'offerta, non sarebbero espressive di una dissociazione della società.

Al di là delle formule utilizzate e del rammarico rappresentato, va evidenziato che le dimissioni sono state sollecitate dal Consiglio di Amministrazione, che le ha immediatamente ottenute, così allontanando da ogni carica societaria il soggetto cui era imputato un fatto penalmente rilevante, integrante anche un grave illecito professionale.

Non solo, il Consiglio di Amministrazione si è espressamente riservato di avviare un'azione di responsabilità nei confronti dello stesso -OMISSIS-, per l'ipotesi in cui quest'ultimo dovesse essere riconosciuto responsabile della vicenda addebitatagli.

E ancora, dopo pochi mesi, -OMISSIS- ha ceduto la propria quota di partecipazione societaria, così recidendo ogni legame con la società.

Ora, le misure di *self cleaning* hanno una rilevanza oggettiva, ma di tale profilo il Comune non ha tenuto conto, reputando anzi indice di mancata dissociazione l'espressione di un rammarico per la vicenda occorsa a -OMISSIS-; ma ciò integra un dato irrilevante, perché non incide sull'oggettività dei fatti, dai quali emerge che -OMISSIS- si è dimesso da ogni carica ed ha ceduto le quote societarie.

Il Comune sembra assegnare una dimensione soggettiva alla dissociazione, come se sottendesse la formulazione di un giudizio di disvalore sul piano etico o morale, mentre questi profili le sono del tutto estranei, perché va accertata sul piano oggettivo, in base alle misure organizzative adottate.

Il dato inequivocabile è che -OMISSIS- è stato radicalmente allontanato dalla società, sia sul piano gestorio, sia sul piano della partecipazione societaria.

Né la rilevanza organizzativa di tali misure è inficiata dal mancato esperimento immediato di un'azione di responsabilità nei confronti dell'ex amministratore.

L'azione di responsabilità deve avere basi concrete ed è ragionevole ritenere che il coinvolgimento in un'indagine penale dell'amministratore -OMISSIS-, cui non è stata applicata alcuna misura cautelare penale, integri una situazione talmente fluida da non rendere esigibile l'immediata proposizione dell'azione di responsabilità.

Del resto, il Consiglio di Amministrazione si è riservato di intraprendere anche questa via, laddove fosse stata accertata la responsabilità penale dell'amministratore.

Sempre sul piano organizzativo, il Comune riconosce che sono stati prodotti sia il Modello 231, con revisione del 06 aprile 2020, sia il Codice Etico con revisione al 2 marzo 2020, ma non attribuisce loro alcuna rilevanza, limitandosi a rappresentare che non risultano ancora avviati i percorsi di formazione per le risorse aziendali più direttamente coinvolte nella gestione dei rapporti con la pubblica amministrazione.

Sul punto, la stazione appaltante non ha fornito una motivazione esaustiva e coerente con lo specifico dovere motivazionale, imposto tanto dall'art. 80 del d.l.vo 2016 n. 50, quanto dall'art. 57 della direttiva n. 24/2014.

La formula utilizzata non spiega le ragioni per cui le misure appena richiamate non sarebbero adeguate, né indica per quale motivo sarebbe indispensabile la previa attivazione di percorsi formativi, comunque già previsti dalla società.

In ogni caso, vale evidenziare che l'attivazione dei percorsi formativi è stata prevista sin dalla seduta del Consiglio di amministrazione del -OMISSIS- e la documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente dimostra che nel dicembre 2020 si stavano svolgendo i corsi di formazione in materia "di modello 231 e responsabilità da reato dell'Ente".

Del resto, anche le Linee Guida n. 6 di ANAC contemplano tra le misure di *self cleaning* l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di

gestione idonei a prevenire reati della specie di quello per cui è imputato l'ex rappresentante di -OMISSIS- (cfr. sul punto anche T.A.R. Lazio, sez. II, 23 luglio 2018, n. 8288).

Parimenti, non sono ragionevoli, né aderenti al dato normativo e all'elaborazione giurisprudenziale, le valutazioni con le quali l'amministrazione ha escluso la sufficienza dell'impegno risarcitorio assunto da -OMISSIS-.

Vale ribadire che, sin dalla presentazione del Codice Etico, -OMISSIS- ha manifestato piena disponibilità a risarcire il danno subito dall'amministrazione.

La normativa di riferimento, interna ed eurounitaria, attribuisce rilevanza espressamente non solo all'effettivo risarcimento, ma anche all'assunzione dell'impegno di risarcire il danno (anche la giurisprudenza ribadisce che l'esclusione può essere scongiurata dall'operatore con il risarcimento del danno o con l'impegno a risarcire il danno; cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio, sez. II, 23 luglio 2018, n. 8288), sicché la praticabilità dell'una o dell'altra soluzione dipende dalle specificità del caso concreto.

Nella fattispecie in esame non è contestato che -OMISSIS- non sia stata coinvolta né in un giudizio per responsabilità amministrativa, ai sensi del d.l.vo 2001, n. 231, né convenuta come responsabile civile del reato per il quale l'ex amministratore era imputato, pertanto non sussistono elementi per ritenere che fosse in grado di procedere autonomamente alla quantificazione del danno da risarcire.

Non solo, come già evidenziato, in data 14 luglio 2020, nel corso del necessario contraddittorio prodromico all'eventuale esclusione, -OMISSIS- ha ribadito tali circostanze al Comune, evidenziando la piena disponibilità ad un risarcimento pronto ed integrale, palesando la mancanza di elementi per la sua quantificazione e sollecitando l'amministrazione ad una liquidazione stragiudiziale.

L'amministrazione non ha aderito alla sollecitazione, sicché non ha né quantificato il danno subito, almeno in via provvisoria, né offerto elementi

per l'effettiva liquidazione; piuttosto, ha ribadito la mancanza di un effettivo risarcimento ed ha escluso la ricorrente.

Nel contesto descritto, la scelta dell'amministrazione di escludere la ricorrente senza coltivare il contraddittorio sul risarcimento, nonostante la disponibilità manifestata da -OMISSIS-, non riflette canoni di proporzionalità, né è aderente alla *ratio* delle misure di *self cleaning*, che tendono a favorire il rientro di un operatore nel mercato.

In presenza di pregressi illeciti professionali, l'esigenza del contraddittorio è palesata dall'art. 57, par. 4 e 6, della direttiva 2014/24/UE, cui si è conformato l'art. 80, commi 5, 7 e 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, sicché il concorrente, che si trova in una delle ipotesi di esclusione, deve essere messo nelle condizioni di fornire la prova di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua affidabilità in coerenza con il principio di proporzionalità; il sub-procedimento prescritto dall'art. 57, paragrafo 6 della direttiva 2014/24/UE, è "volto a garantire il contraddittorio con l'operatore economico e verificare se lo stesso ha adottato delle misure riparatorie (self-cleaning) e, solo all'esito di detto procedimento" è valutabile la sua esclusione (cfr. su questi profili, Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5732; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 24 dicembre 2020, n. 2132).

Il confronto con l'operatore - attivato anche nel caso di specie - deve essere effettivo e coerente con il principio di proporzionalità e con i canoni generali della buona fede oggettiva; pertanto, in una situazione in cui l'operatore ha manifestato la disponibilità a risarcire, non è ragionevole, né coerente con la *ratio* dell'istituto, la scelta del Comune di astenersi da qualunque liquidazione stragiudiziale del danno, tale da consentire all'operatore di procedere alla concreta riparazione, salvo poi contestare all'impresa la mancata attivazione di adeguate misure risarcitorie.

Tanto più in un sistema normativo che assegna espressamente rilevanza anche all'assunzione dell'impegno di risarcire il danno.

Non va dimenticato che non solo il soggetto che entra in contatto con l'amministrazione, ma anche quest'ultima è tenuta a comportarsi secondo canoni di buona fede oggettiva, che si sostanziano in doveri di collaborazione al fine di consentire all'operatore la concreta realizzazione di una specifica misura di *self cleaning*.

Né la collaborazione dell'amministrazione, nei termini anzidetti, avrebbe alterato la *par condicio*, come pure ipotizzato dal Comune, in quanto l'assunzione dell'impegno risarcitorio risale al Codice etico, nella versione aggiornata al 2 marzo 2020 e, pertanto, anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissato dal bando alla data del -OMISSIS-; codice etico portato a conoscenza dell'amministrazione.

Nel contesto descritto, il provvedimento di esclusione, risulta viziato sul piano istruttorio e motivazionale, nonché non coerente con il canone di proporzionalità.

Invero, -OMISSIS- ha adottato misure organizzative che dimostrano una netta cesura dei rapporti tra la società e il rappresentante legale, il quale ha abbandonato ogni carica societaria e dismesso la partecipazione posseduta, fermo restando che il Consiglio di amministrazione si è immediatamente riservato l'esercizio dell'azione di responsabilità sociale.

Si tratta di misure oggettive che, secondo consolidata giurisprudenza (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598) integrano un adeguato *self cleaning*, perché esprimono l'attivazione di un percorso virtuoso da parte dell'operatore, indice di affidabilità.

Nondimeno, il Comune non ha valorizzato tali iniziative, limitandosi a ritenere non adeguate le soluzioni gestionali ed organizzative individuate.

L'incongruenza è ancora più evidente se si considerano anche l'adozione del Codice etico e di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo redatto ai sensi del d.l.vo 231/01 e s.m.i., la cui elaborazione è stata disposta sin dalla riunione del Consiglio di amministrazione del -OMISSIS-, contestualmente alle dimissioni del rappresentante legale; parimenti, -OMISSIS- ha dimostrato

l'effettivo svolgimento di corsi di formazione individuati come strumento di *self cleaning*.

Si tratta di ulteriori profili attinenti all'aspetto organizzativo e gestionale non valorizzati in modo adeguato dal Comune.

La discrasia tra le risultanze istruttorie e le conclusioni raggiunte dal Comune nell'escludere -OMISSIS- emergono in modo evidente se si considera il profilo risarcitorio delle misure di *self cleaning*.

La società ha dichiarato, tramite il Codice etico la disponibilità a risarcire il danno e la dichiarazione è stata reiterata durante il contraddittorio, allorché ha anche chiesto all'amministrazione, qualora non ritenesse sufficiente l'impegno assunto, di procedere ad una quantificazione stragiudiziale del danno, in via unilaterale, così da poterlo materialmente ristorare.

L'amministrazione non solo non ha aderito alla richiesta, ma ha escluso la rilevanza dell'impegno assunto dalla società, nonostante quest'ultimo ricalchi un'espressa ipotesi normativa, interna ed eurounitaria.

La scelta non riflette neppure canoni di ragionevolezza e di buona fede, in quanto il confronto dialettico comprende doveri di collaborazione, al fine di consentire all'operatore di dimostrare compiutamente il proprio "ravvedimento", in coerenza con la ratio delle misure di *self cleaning* che, come già precisato dalla giurisprudenza citata, è quella di legittimare la conservazione dell'impresa all'interno del mercato.

Ecco che, nel caso concreto, la decisione di escludere -OMISSIS- non risulta neanche aderente al principio di proporzionalità, in quanto l'espulsione rappresenta un esito non adeguato alle misure concretamente poste in essere dalla società ricorrente sia sul piano dissociativo, sia su quello organizzativo e, infine, su quello risarcitorio.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza delle censure proposte.

La fondatezza del ricorso principale, con cui è stata impugnata l'esclusione, palesa l'illegittimità in via derivata dell'aggiudicazione, contestata dalla

ricorrente con il ricorso per motivi aggiunti, che deve, parimenti, essere accolto.

3) La documentazione versata in atti non evidenzia l'avvenuta stipulazione del contratto tra la stazione appaltante e la controinteressata, sicché non sussistono i presupposti per l'adozione di determinazioni in ordine alla sua efficacia.

Del resto, gli effetti conformativo e ripristinatorio della presente decisione valgono a ripristinare integralmente la situazione giuridica soggettiva di cui è portatrice la ricorrente, fermo restando che la domanda risarcitoria presentata dalla ricorrente è connotata da genericità, sia per ciò che attiene alla dimostrazione dei presupposti della responsabilità aquiliana della stazione appaltante, sia in ordine alla quantificazione del danno, con la precisazione che, a tal fine, non è sufficiente la mera affermazione di avere sofferto un danno da perdita di *chance*.

4) In definitiva, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono fondati e devono essere accolti.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo nei rapporti tra il Comune di Milano e la ricorrente, mentre possono essere compensate nei rapporti tra le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti, limitatamente alle domande di annullamento proposte e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione e il provvedimento di aggiudicazione indicati in epigrafe;
- 2) respinge la domanda risarcitoria presentata dalla ricorrente;
- 3) condanna il Comune di Milano al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidandole in euro 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge.

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 ricorrente e le altre persone cui si riferiscono gli atti impugnati e riportate in sentenza.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

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