

TAR Sardegna, Sezione Prima, Sentenza n. 122 del 13 febbraio 2025

Appalti di servizi – Grave illecito professionale senza sentenza di condanna – Discrezionalità tecnica SA – Sindacabile solo per macroscopica illegittimità

Pubblicato il 13/02/2025

N. 00122/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01055/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1055 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Istituto di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato -OMISSIS-, domiciliataria “ex lege” in (...);

per l'annullamento

-per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento del 4.12.2024, n° -OMISSIS-, della (...), con il quale è stata disposta l'esclusione dell'-OMISSIS- dalla procedura di gara del servizio di portierato presso il varco doganale del Porto di Canale e instradamento presso il

Porto storico -OMISSIS- -CIG. (...) e di tutti gli altri atti connessi, presupposti e conseguenti;

-per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 10\1\2025:

per l'annullamento del provvedimento prot. n° -OMISSIS- di esclusione della ricorrente dalla medesima gara, adottato in data del 30.12.2024 dall'Amministrazione resistente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (...) -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2025 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, l'Istituto di -OMISSIS- ha adito l'intestato Tribunale al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento del 04.12.2024, n° -OMISSIS-, emanato dall'(...) e con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara bandita per l'affidamento del servizio di portierato presso il varco doganale del Porto di Canale e l'instradamento presso il Porto storico -OMISSIS-(CIG. (...)), oltre agli atti correlati indicati in epigrafe.

2. Rappresenta l'esponente di aver presentato domanda di partecipazione alla suddetta procedura aperta, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023, bandita con Decreto n° 362 del 10.10.2024 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 108, comma 1 del d.lgs. n. 36/2023, per un periodo di 24 mesi, e di essere stata, tuttavia, esclusa con il gravato provvedimento all'esito della disamina della documentazione amministrativa e dell'endoprocedimento di soccorso istruttorio.

3. Avverso tale determinazione espulsiva è insorta la-OMISSIS-che ha formulato

due motivi di gravame.

3.1. Con il primo motivo parte ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 5 del Disciplinare laddove dispone che *“La sussistenza delle circostanze di cui all'articolo 95 del Codice è accertata previo contraddittorio con l'operatore economico”*, oltre alla violazione degli artt. 94, 95, 96, 97 e 98 ss del Codice dei **Contratti pubblici**.

3.1.1. Evidenzia parte ricorrente che la Stazione appaltante ha motivato l'estromissione dalla procedura d'appalto sul rilievo che *“i signori -OMISSIS risultano imputati nell'ambito di un procedimento penale pendente nella fase dibattimentale, regolarmente instauratosi a seguito dell'emissione di un decreto che dispone il giudizio, emesso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale -OMISSIS- a conclusione della stessa”*. In tal modo, tuttavia, l'Amministrazione avrebbe elevato la sussistenza della contestazione e del provvedimento di rinvio a giudizio per il reato riconducibile a quelli indicati nell'art. 94 comma 1 (ovvero alla frode in pubbliche forniture) ad elemento costitutivo e sufficiente a generare l'esclusione dalla gara di appalto; quindi la Stazione appaltante avrebbe impropriamente trattato il caso quale fattispecie di esclusione automatica della procedura ex art 94 in assenza dei prescritti presupposti che impongono la presenza di una sentenza definitiva di condanna.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente ha censurato il provvedimento di esclusione in quanto affetto da eccesso di potere per violazione della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, assenza di contraddittorio, carenza di istruttoria e motivazione, sviamento, manifesta ingiustizia, carenza di presupposti, violazione dei principi di imparzialità, parità trattamento, trasparenza, proporzionalità; apparente motivazione, illogicità, irragionevolezza, errata interpretazione e applicazione dell'art. 95 e seguenti e 98 del Codice dei **Contratti pubblici**.

3.2.1. Sostiene parte ricorrente che la Stazione appaltante abbia erroneamente ritenuto che l'emissione del decreto che dispone il giudizio, ai sensi dello stesso art 98, comma 6 del Codice, sarebbe mezzo di prova adeguato a rendere dubbia la sua

integrità o affidabilità, mentre la corretta interpretazione degli artt. 95 e 98 del nuovo codice dei **contratti** renderebbe palese che il decreto che dispone il giudizio sia da considerare solo ”*adeguato mezzo di prova*” non sufficiente a generare “ex se” la compromissione della integrità e moralità dell’operatore economico, in quanto, ai sensi dell’art. 98 comma settimo del Codice, la Stazione Appaltante è chiamata a valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente e l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente. Per converso, il provvedimento di esclusione non avrebbe, in tesi, preso posizione su tali aspetti, omettendo qualsiasi valutazione e limitandosi alla stringata e superficiale equiparazione tra decreto di rinvio a giudizio e compromissione della moralità.

3.2.2. Inoltre, prosegue l’esponente, l’(…) appaltante avrebbe omesso di attivare qualsiasi contraddittorio procedimentale e di sviluppare una necessaria istruttoria volta ad effettuare la valutazione sulla base delle tre condizioni declinate dall’art. 95 comma 1, lett. e) necessarie ad addivenire al provvedimento espulsivo, quali: a.) la sussistenza di elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) l’idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) la sussistenza di adeguati mezzi di prova di cui al comma 6. In tale contesto, assumerebbe rilievo anche il fatto che l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell’ottobre 2023 (a procedimento penale già in corso) aveva attestato il possesso del Rating di legalità.

3.2.3. Assume, ancora, -OMISSIS- che i procedimenti penali in corso siano neutri rispetto al buon andamento dei servizi resi e da rendere, che non incidano sulla propria assoluta integrità e affidabilità e che l’amministrazione non avrebbe tenuto in considerazione la complessiva attività della ricorrente che opera in tutto il territorio della Sardegna, partecipa a diverse procedure ad evidenza pubblica, vanta

quasi 600 unità di personale tra soci e dipendenti ed è dotata di certificazioni che attestano che dal periodo di riferimento a oggi la società attua e mantiene standard di qualità nella gestione e organizzazione dei servizi.

3.2.4. Infine la ricorrente evidenzia di non aver ritenuto necessario avviare alcuna misura di “self cleaning” in ragione dell’affermata innocenza dei responsabili sottoposti al procedimento penale e sottolinea di essere, a tutt’oggi, affidataria di rilevanti servizi in favore della stessa (...) committente. Peraltro, conclude la -OMISSIS-, in altre procedure d’appalto, a fronte delle medesime dichiarazioni rese in sede di gara, numerose Stazioni appaltanti avrebbero ammesso la ricorrente alla procedura riconoscendo che la contestazione dei reati, trattandosi di un processo in corso, non incidesse sull’affidamento del servizio.

4. Si è costituita l’(...) che ha depositato in giudizio il provvedimento di revoca in autotutela, ai sensi dell’art. 21 quinquies, l. 241/90, del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara in oggetto al fine di consentire l’apertura di pertinente contraddittorio con l’operatore economico.

5. Tale endoprocedimento si concludeva con il provvedimento -OMISSIS- del 30.12.2024 con il quale veniva rinnovato il provvedimento di esclusione dalla procedura in questione della -OMISSIS-.

6. Anche tale ulteriore atto veniva gravato da parte ricorrente che formulava motivi aggiunti, depositati il 10 gennaio 2025.

6.1. La-OMISSIS-censura gli atti gravati per eccesso di potere per violazione della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, carenza di istruttoria e motivazione, sviamento, manifesta ingiustizia, carenza presupposti, violazione dei principi di imparzialità, parità trattamento, trasparenza, proporzionalità, motivazione apparente motivazione, illogicità, irragionevolezza, errata interpretazione e applicazione dell’art. 95 ss e 98 del Codice **Contratti pubblici**.
Violazione art. 27 Costituzione.

6.1.1. Si duole parte ricorrente del fatto che il provvedimento gravato abbia

omesso di indicare le ragioni per le quali l'operatore ricorrente avrebbe consumato grave illecito professionale e avrebbe perso il requisito di integrità e affidabilità tale da generare l'interdizione dalla partecipazione a gare pubbliche.

In particolare, l'amministrazione avrebbe indebitamente equiparato il rinvio a giudizio in ambito penale come fattore già di intrinseca compromissione della integrità morale del soggetto coinvolto, per effetto di una condanna che tuttavia non era stata pronunciata; inoltre, non avrebbe tenuto conto del contesto e delle difese formulate dai soggetti coinvolti nel procedimento penale, né sarebbero stati presi in considerazione i documenti ulteriori prodotti attestanti l'assenza di contestazioni in ordine alla esecuzione dei servizi svolti per conto della (...). A fronte dunque di un fatto contestato su cui è in corso l'accertamento giudiziale, l'(...) avrebbe, pertanto, omesso di motivare l'esclusione in relazione a fattori specifici e oggettivi idonei a compromettere l'attività professionale della -OMISSIS-.

6.1.2. Peraltro, il provvedimento impugnato del 30.12.2024 risulterebbe carente e contraddittorio laddove ha rilevato la non affidabilità e integrità della-OMISSIS-in un contesto in cui questa, da un lato, continua a operare nei servizi di vigilanza armata e fiduciari nell'ambito dell'Accordo Quadro della (...) e, dall'altro, ha conseguito il rating di legalità rilasciato dall'AGCOM in data 11.10.2023.

6.1.3. Infine tale contraddittorietà emergerebbe anche per effetto del fatto che ad oggi-OMISSIS-risulta affidataria di rilevanti servizi in favore della stessa (...) e, comunque, tale affidabilità le sarebbe stata riconosciuta da altre Stazioni Appaltanti che hanno ritenuto non influente, rispetto all'art. 98 comma del codice **contratti pubblici**, il procedimento penale in corso ai fini dell'ammissione alle procedure d'appalto.

6.1.4. Anche il riferimento operato dalla Stazione appaltante alla sanzione pecuniaria irrogata ai danni dell'odierna esponente nell'ambito di altra commessa risulterebbe, a detta della -OMISSIS-, fuorviante in quanto tale circostanza non

avrebbe generato la risoluzione contrattuale né avrebbe prodotto ulteriori strascichi sull'appalto in essere.

6.1.5. Infine, la ricorrente evidenzia di non aver ritenuto necessario avviare alcuna misura di “self cleaning” in ragione del fatto che le contestazioni succitate risultavano prive di pregio fattuale e giuridico non comportando alcuna compromissione alla integrità e affidabilità.

7. L'amministrazione resistente, nel prendere posizione anche sui motivi aggiunti, ha instato per la reiezione del gravame in ragione della sua rilevata infondatezza.

8. All'udienza cautelare il Collegio, con l'accordo delle parti, ha dichiarato l'istanza cautelare proposta assorbita dal merito.

9. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche.

10. La causa è stata discussa e quindi trattenuta in decisione all'udienza del 12 febbraio 2025.

DIRITTO

1. In via preliminare, va dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del gravame introduttivo del giudizio per effetto dell'intervenuta revoca, in autotutela, del provvedimento espulsivo prot. 33104 del 4.12.2024.

2. Avuto riguardo ai motivi aggiunti questi si palesano infondati atteso che l'amministrazione ha adottato il provvedimento espulsivo del 30.12.2024 facendo puntuale e corretta applicazione del disposto dell'art. 95 comma 3 del nuovo codice dei **contratti pubblici**.

2.1. La Stazione appaltante ha, infatti, disposto la contestata esclusione dalla procedura di gara a seguito dell'approfondimento istruttorio effettuato in relazione alle dichiarazioni riportate dal-OMISSIS-in integrazione al DGUE nelle quali si riferisce dei procedimenti penali nei quali risultavano coinvolti il Presidente del CdA e il Procuratore della società odierna ricorrente.

2.2. L'amministrazione, nel provvedimento impugnato, ha infatti compiuto il

prescritto apprezzamento valutativo, dando atto, all'esito dell'apposita interlocuzione procedimentale in contraddittorio, del venir meno dei requisiti di affidabilità e integrità così come delineati dall'art. 95 comma 1 lettera e.) citato, esplicando partitamente il perché della sussistenza degli elementi la cui presenza è necessaria affinché possa ritenersi giustificato il provvedimento espulsivo.

2.2.1. In particolare si è dato conto della sussistenza di un illecito professionale desumibile dalla *“contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 94, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo art. 94”*.

Nel caso di specie, al Presidente del Consiglio di Amministrazione, nonché legale rappresentante della-OMISSIS-e al procuratore speciale, figure espressamente contemplate dall'art. 94 comma 3, è stata contestata la commissione del reato di cui all'art. 356 c.c., frode nelle pubbliche forniture.

Tale fattispecie di reato è espressamente presa in considerazione dall'art. 94, comma 1 lett. b) quale causa di esclusione automatica dalla procedura in presenza di una sentenza definitiva di condanna o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile.

L'art. 98 contempla al comma 2 lett. g.) la contestata commissione di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94 (e dunque anche del richiamato reato di frode nelle pubbliche forniture) quale illecito professionale grave che può integrare una causa di esclusione (non automatica) dell'operatore economico, ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e).

La norma precisa che, per addivenire all'emanazione del provvedimento espulsivo, è necessario che ricorrano, congiuntamente, tre condizioni:

- a) la presenza di elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) la presenza di adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

2.2.2. Come anticipato, l'(...) ha dato evidenza della sussistenza di tutti e tre gli elementi in quanto è stata rilevata, in primo luogo, la contestata commissione, a carico delle figure del Presidente del CdA e del Procuratore, della fattispecie di reato di cui all'art. 356 cp espressamente presa in considerazione dall'art. 94 comma 1.

In secondo luogo, si è dato conto del perché i fatti addebitati e che hanno condotto al rinvio a giudizio siano stati ritenuti incidenti sull'integrità professionale dell'operatore economico: la condotta criminosa addebitata, il contesto e la tipologia di servizio svolto che aveva occasionato la fattispecie di reato presentavano connotati tali da incidere sui requisiti di affidabilità.

In terzo luogo, è stato richiamato il disposto dell'art. 98 comma 6 che alla lettera g precisa che, con riferimento alle fattispecie integranti illecito professionale grave di cui al comma 3° lettera g, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale costituisce mezzo di prova adeguato in relazione al comma 3°.

2.2.3. Ad ulteriore supporto del provvedimento la Stazione Appaltante ha richiamato, inoltre, gli inadempimenti contestati dalla Stazione appaltante nell'ambito di altre analoghe commesse affidate, con conseguente irrogazione delle pertinenti sanzioni, e il fatto che-OMISSIS-non abbia ritenuto di adottare alcuna modifica organizzativa d'impresa (misure di "self cleaning") a seguito dei fatti contestati.

2.3. Appare dunque evidente come, nella fattispecie in esame, l'amministrazione abbia correttamente operato disponendo l'esclusione all'esito di un processo di analisi e valutazione coerente con il dato normativo e con gli elementi fattuali di cui era in possesso.

Va a tale proposito richiamato l'insegnamento giurisprudenziale a mente del quale le valutazioni della stazione appaltante circa l'affidabilità dei potenziali contraenti sono connotate da amplissima discrezionalità – tecnica -, sì che il potere

demolitorio del giudice amministrativo nei confronti delle stesse può essere esercitato solo laddove si sia in presenza di evidente e macroscopica illegittimità, contraddittorietà o abnormità dei giudizi. In particolare (v., “ex multis”, Cons. Stato, V, 8 settembre 2022, n. 7823), è stato rimarcato dalla giurisprudenza amministrativa che nelle gare pubbliche il giudizio sui gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un esteso margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera non condivisibilità della valutazione stessa (conf. Cons. Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7223). Spetta dunque alla stazione appaltante, nell'esercizio di tale ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente (v. Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2023, n. 6067; Cons. Stato, Sez. V, Sent., 20/06/2023, n. 6067; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, Sent., 24/05/2024, n. 371).

2.4. Alla luce di quanto sopra osservato, non appaiono suscettibili di positivo apprezzamento le doglianze formulate da parte ricorrente.

2.4.1. Il provvedimento gravato, infatti, contrariamente a quanto eccepito da parte ricorrente, indica espressamente le ragioni per le quali l'operatore ricorrente risulta, per effetto delle vicende penali che l'hanno interessato, non essere, allo stato, dotato dei requisiti di integrità e affidabilità.

In particolare, il richiamato provvedimento di rinvio a giudizio ha rappresentato

solo uno degli elementi considerati e inseriti nella cornice fattuale sottoposta al vaglio dell'amministrazione.

2.4.2. In tale complessivo quadro, d'altro canto, risulta una petizione di principio la censura concernente la mancata presa in considerazione delle difese formulate dalla -OMISSIS-, atteso che, proprio al fine di garantire un compiuto esplicarsi del contraddittorio con l'operatore, l'(...) ha disposto la revoca del primo provvedimento espulsivo, provvedendo ad uno sviluppo "ex novo" dell'iter procedimentale.

2.4.3. Né le determinazioni assunte dalle altre Stazioni Appaltanti, nel valutare le dichiarazioni rese dall'odierno ricorrente all'atto della partecipazione in altre procedure d'appalto, possono essere assunte a parametro di legittimità della posizione ora adottata dall'amministrazione resistente.

Va, infatti, a tale proposito evidenziato che il provvedimento espulsivo non può che essere il frutto di una valutazione autonoma di ogni Stazione Appaltante, senza che la committenza debba necessariamente adeguarsi, né in un senso né nell'altro, alle decisioni prese da altre amministrazioni.

2.4.4. Lo stesso dicasi a proposito del conseguimento del RATING di legalità riconosciuto con provvedimento 19548 dell'AGCOM il 11.10 2023, in quanto la presenza di un "rating" di legalità elevato non esclude di per sé la possibilità che una stazione appaltante possa adottare un provvedimento espulsivo allorquando, come nel caso in esame, la valutazione di specifiche circostanze vengano ritenute idonee a compromettere l'affidabilità dell'operatore economico in relazione all'appalto. In ogni caso, va anche evidenziato che, poiché l'attestazione rilasciata dall'AGCOM precisa che, ai sensi dell'art. 7, comma 1, del Regolamento adottato dall'Autorità con delibera n. 28361 del 28 luglio 2020, l'impresa è tenuta a comunicare all'Autorità gli eventi che incidono sul possesso dei requisiti obbligatori, la perdita di requisiti premiali e le variazioni dei dati riportati nei propri certificati camerali rilevanti per il rilascio del Rating, assume rilievo il fatto che tale

provvedimento sia stato emesso allorquando non era stato ancora emanato il Decreto di rinvio a giudizio del 4 giugno 2024.

2.5. In definitiva, il provvedimento espulsivo risulta congruamente motivato in relazione alle specifiche circostanze che hanno condotto alla contestazione di fatti di reato per i quali è stato disposto il rinvio a giudizio e al perché tali fatti producessero una diretta incidenza sul rapporto fiduciario che deve sussistere tra appaltatore e committenza.

Anche l'istruttoria condotta dalla Stazione Appaltante si palesa immune dalle censure formulate essendosi rivelata completa e approfondita anche alla luce dell'entità della lesione inferta dalla condotta al bene protetto, del non rilevante tempo trascorso dalla violazione e del mancato approntamento di alcuna misura di "self cleaning", non risultando essere state apportate modifiche nell'organizzazione dell'impresa.

3. In conclusione e per le sopra rassegnate considerazioni, il ricorso introduttivo va dichiarato improcedibile per carenza d'interesse all'impugnativa, mentre i motivi aggiunti vanno respinti siccome infondati.

4. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo della Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso introduttivo improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse e respinge il ricorso per motivi aggiunti siccome infondato.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite che liquida a favore dell'amministrazione resistente in euro 2.000 (duemila/00), oltre accessori di legge ove dovuti.

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 degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Gabriele Serra, Primo Referendario

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Roberto Montixi

IL PRESIDENTE

Marco Buricelli

IL SEGRETARIO

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