

**TAR, sezione autonoma di Bolzano, sentenza n. 98 del 20 aprile 2020**

*Conflitto di interesse – Esclusione come extrema ratio – Necessario il preventivo contraddittorio con l'offerente – Verifica dell'effettiva lesione dei principi concorrenziali*

**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 Regionale di Giustizia Amministrativa**

**Sezione Autonoma di Bolzano**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 199 del 2019, proposto da

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dagli avvocati ....., con domicilio digitale come da  
PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

- ....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e  
difesa dagli avvocati ....., domiciliata presso la sede dell'Avvocatura  
provinciale in Bolzano, piazza ....., 1;

- ..... non costituita in giudizio;

***nei confronti***

..... S.r.l., ....., ....., non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento dd. 02.10.2019 con il quale è stata disposta l'esclusione  
del raggruppamento .....Int. dalla procedura aperta di gara indetta

dalla Provincia autonoma di Bolzano, ufficio infrastrutture per telecomunicazioni, per l'affidamento in appalto dell'incarico di "direzione lavori, direttore operativo geologo e coordinamento di sicurezza fase esecutiva" relativamente ai lavori di "ristrutturazione ed ampliamento dell'ospedale di Bolzano - adeguamento infrastrutture esterne e allacciamento alla rete di teleriscaldamento";

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della medesima gara disposto in favore del raggruppamento .....
- per quanto occorresse, delle comunicazioni di esclusione e di aggiudicazione nonché della graduatoria definitiva della gara;
- *in parte qua* e nei limiti di interesse di ..... S.r.l., di tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ed in particolare dei verbali di prima e seconda seduta pubblica, di seduta riservata n. 1 e n. 4, di tutti gli atti integranti la *lex specialis* di gara, ed in particolare del disciplinare di gara e dell'allegato Patto di integrità, nonché di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente;
- nonché, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore*, con espressa domanda di subentrare nello stesso;
- nonché per la condanna della ..... al risarcimento dei danni in forma specifica mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della .....

Viste le memorie difensive e di replica depositate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2020 il dott. Sarre Pirrone e uditi per le parti i difensori avv. .... per la parte ricorrente e avv. W. .... per la Provincia .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

*(I documenti di seguito citati si riferiscono - salva diversa specificazione - alle produzioni effettuate dall'Amministrazione resistente).*

1. Visti i commi 6 e 10 dell'art. 120 del cod. proc. amm., il presente giudizio viene definito con sentenza in forma semplificata.

2. La società in epigrafe indicata impugna il provvedimento dd. 02.10.2019 con il quale il Direttore dell'Ufficio Infrastrutture del Dipartimento Salute, Banda Larga e Cooperative della Provincia autonoma di Bolzano ha disposto l'esclusione del raggruppamento .....Int. (d'ora in poi 3M) dalla procedura aperta di gara per l'affidamento in appalto dell'incarico di *"direzione lavori, direttore operativo geologo e coordinamento di sicurezza fase esecutiva"* relativamente ai lavori di *"ristrutturazione ed ampliamento dell'ospedale di Bolzano - adeguamento infrastrutture esterne e allacciamento alla rete di teleriscaldamento"* (doc. 28).

3. L'impugnativa è affidata ad una prima rubrica di censura riferita alla violazione dei parametri normativi che, a livello eurounitario e di diritto interno, concorrono a disciplinare la fattispecie in esame. La disposta esclusione si assume adottata in contrasto con le vincolanti disposizioni recate, oltre che dalla *lex specialis* di gara (e, segnatamente, dal richiamato *"patto di integrità"*; doc. 17), anche dagli artt. 41 della direttiva 2014/24/UE, dagli artt. 67 e 80 del D.Lgs. n. 50/2016, nonché dall'art. 21 L.P. n.16/2015.

4. Si lamenta, in particolare, la violazione delle garanzie procedurali partecipative contemplate dalle disposizioni normative e contrattuali che disciplinano l'applicazione di misure compensative da adottare nelle situazioni di conflitto di interessi accertate in sede di svolgimento delle procedure concorsuali e di aggiudicazione di contratti ad evidenza pubblica.
5. Un secondo motivo di ricorso attiene al merito della contestata esclusione della società ricorrente, che si afferma essere stata adottata in relazione a situazione fattuale non produttiva di effetti distorsivi della concorrenza, né integrante gli estremi del conflitto di interessi.
6. Con ordinanza n. 102 del 27.11.2019 il Collegio ha accolto l'istanza di sospensione cautelare, in ragione della positiva delibazione della fondatezza dei motivi di gravame.
7. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'udienza del 19.02.2020.
8. All'esito della compiuta e più approfondita disamina collegiale, si conferma la valutazione positiva del gravame, cui si ritiene di dare ingresso per le ragioni che in appresso si espongono.
9. Con riferimento al primo motivo di ricorso, va prioritariamente considerato - in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione Europea sui diritti nazionali - l'art. 41 della direttiva n. 2014/24/UE in materia di appalti pubblici.
10. La direttiva citata (intitolata alla "*partecipazione precedente di candidati o offerenti*") disciplina le situazioni in cui un soggetto offerente si trovi, in virtù della sua partecipazione ad una delle fasi preliminari all'effettuazione della gara, in situazione di vantaggio competitivo nei confronti degli altri concorrenti.
11. Per rimediare alla risultante situazione di asimmetria informativa, lesiva del principio della *par condicio* dei soggetti concorrenti, il legislatore

comunitario attribuisce all'amministrazione committente la facoltà di adottare misure "*adeguate*" alla necessità di ripristino di condizioni di gara eque (comma 1).

12. In applicazione del principio di proporzionalità, le suddette misure sono graduate in funzione del raggiungimento dello scopo proconcorrenziale. Come rimedio di carattere generale, il secondo comma dell'art. 41 in esame, attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di comunicare agli altri candidati le informazioni particolari ottenute dal concorrente "*avvantaggiato*".

13. Soltanto quando non vi siano "*altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento*" è consentito disporre l'esclusione dell'offerente dalla procedura di gara (comma 2, secondo periodo).

14. Strettamente collegato al rilevato carattere residuale della sanzione escludente è poi l'obbligo sancito dal comma terzo di garantire agli offerenti "*la possibilità di provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione all'appalto non è un elemento in grado di falsare la concorrenza*".

15. L'istaurazione di un effettivo contraddittorio con i partecipanti alla procedura selettiva si rivela, quindi, strumentale alla possibilità di fornire la prova in questione, impedendo il ricorso ad automatismi escludenti basati su valutazioni meramente presuntive.

16. I principi condensati nell' art. 41 della direttiva n. 2014/24/UE sono stati trasposti in ambito interno dagli articoli 67 ed 80 del codice dei contratti (D.Lgs. n. 50/2016) e, a livello provinciale, dall'art. 21 della L.P. n. 16/2015.

17. Il quadro regolatorio che ne scaturisce è connotato – per quanto rileva ai fini della presente controversia – dal carattere scalare delle misure previste,

avendo il legislatore statale espressamente rimarcato che la condivisione delle informazioni “riservate”, ottenute a seguito del coinvolgimento nella fase preparatoria della gara, costituisce la “*minima misura adeguata*” (comma 1 dell’art. 67) per riequilibrare la situazione.

18. Si conferma in tal guisa che la sanzione escludente rappresenta l’*extrema ratio*, dovendo l’amministrazione aggiudicatrice valutare l’adozione di “*misure adeguate ... prima di provvedere alla loro (dei concorrenti che hanno partecipato a fasi preliminari; ndr) esclusione*” (art. 67 D.Lgs. n. 50/2016), previo accertamento che “*la partecipazione dell’operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell’articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile*” (art. 80, comma 5, lett. d) ed e).

19. Risponde alla medesima logica la disciplina recata dall’art. 24, comma 7, del codice dei contratti con riferimento alla specifica situazione di potenziale conflitto di interessi che si prospetta nei confronti degli affidatari degli incarichi di progettazione.

20. Anche nella fattispecie richiamata il legislatore – sollecitato da una procedura di infrazione comunitaria (Eu Pilot 4860/13/MARKT) – ha sostituito il previgente automatismo escludente con l’obbligo di previa interlocuzione con il progettista, onde consentire al medesimo di fornire la prova dell’assenza di concreti effetti distorsivi della concorrenza.

21. Trova quindi applicazione, anche in questo caso, il correttivo della “*prova contraria*” che la norma ammette, laddove i progettisti “*dimostrino che l’esperienza acquisita nell’espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori*”.

22. Fattore comune a tutte le fattispecie contemplate dalle norme sopra richiamate è la regola per cui l’esclusione dalle procedure concorsuali e

dall'affidamento degli appalti non può avere natura vincolata, né essere il risultato di inderogabili automatismi applicativi, dovendo tale misura radicale costituire sempre il risultato della verifica dell'effettiva lesione dei principi concorrenziali che presiedono alle procedure di evidenza pubblica.

23. In tal senso appare orientata anche la giurisprudenza, concorde nell'attribuire carattere di "*extrema ratio*" alla sanzione escludente (Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 1650/2019; *id.* Sez. V, sent. n. 2853/2018).

24. La giurisprudenza ha altresì chiarito che le garanzie partecipative vanno applicate - in linea con l'art. 6 CEDU e l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE - in misura ancora più stringente nei procedimenti latamente sanzionatori, quale deve considerarsi quello di cui si discute nel presente giudizio, in cui il rispetto delle forme e delle regole procedurali non può considerarsi fine a se stesso, ma rappresenta, al contrario, condizione imprescindibile di garanzia sostanziale di parità delle parti nei rapporti con l'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1368/2020).

25. Tornando al caso concreto oggetto della presente disamina, va censurata, in primo luogo, la mancata adozione di una procedura, da svolgere in contraddittorio con l'offerente interessata, di verifica degli addebiti mossi dalla stazione appaltante.

26. La necessità del ricorso a siffatto sub-procedimento si ricava nella fattispecie, oltre che dai parametri normativi sopra riportati, dalla prescrizione esplicita di cui all'art. 4 del "*Patto di integrità*" sottoscritto dalle offerenti, nella parte in cui ammette il concorrente a fornire prova dell'assenza di effetti distorsivi ed impone alla stazione appaltante di sondare la possibilità di adottare misure compensative adeguate.

27. Entrambe le suddette esigenze si ripercuotono, con effetti invalidanti, sia sul piano procedimentale che su quello motivazionale.

28. Con riguardo al primo aspetto, salta agli occhi la mancanza di qualsiasi forma di contraddittorio, non essendo l'odierna ricorrente stata in alcun modo interpellata in relazione alla ipotizzata situazione anticoncorrenziale, ovvero posta in condizione di dedurre in merito alla possibilità di condivisione delle informazioni eventualmente acquisite.

29. Appare poi fondata - alla luce dell'evidenziato orizzonte motivazionale, la critica rivolta alla stazione appaltante in relazione alla genericità delle ragioni addotte a supporto della contestata esclusione.

30. In tal senso, non può ritenersi esaustivo il mero riferimento alla partecipazione alla fase di predisposizione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto da parte di non meglio individuati professionisti collegati allo studio .....s.r.l.

31. La dedotta situazione di conflitto di interessi è, infatti, configurabile soltanto in presenza di una fattiva partecipazione alla formazione degli atti della procedura, che sia suscettibile di influenzare il risultato finale, ovvero di costituire una concreta minaccia alla imparzialità e indipendenza della stazione appaltante.

32. Nel contestato provvedimento di esclusione manca invece qualsiasi valutazione riferita all'individuazione dei soggetti che avrebbero prestato la dedotta attività di consulenza, ovvero all'apporto partecipativo concretamente addebitabile a ciascuno di essi.

33. Non vengono neppure precisate le modalità attraverso le quali detti soggetti avrebbero potuto influire sull'esito della gara, né indicato il vantaggio indebitamente conseguito, aspetto, quest'ultimo, che assume particolare rilievo a fronte dell'attribuzione del punteggio massimo a tutte le offerte tecniche validamente presentate.

34. In conclusione, il Collegio reputa che le denunciate omissioni procedurali e carenze istruttorie, unitamente alle rilevate insufficienze motivazionali, infirmino insanabilmente la legittimità dei provvedimenti impugnati.

35. Il ricorso viene quindi accolto, con annullamento delle impugnature delibere di esclusione e di aggiudicazione.

36. Non vi è luogo per provvedere in ordine alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, che non risulta stipulato, né per pronunciarsi sulla domanda risarcitoria in forma specifica, non conseguendo alla caducazione degli atti impugnati l'esito automatico o vincolato di aggiudicazione dell'appalto in favore della ditta ricorrente.

37. Restano assorbite le ulteriori domande proposte.

38. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;

- condanna la Provincia autonoma di Bolzano a rifondere alla ricorrente le spese di lite che liquida nell'ammontare di € 3.000,00 -, oltre accessori di legge e IVA, in quanto dovuta, ed ai contributi unificati versati;

- compensa le spese nei confronti di ....., non costituiti in giudizio.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

IL SEGRETARIO