

TAR Sicilia – Catania, Sezione Seconda, Sentenza n. 3300 del 7 ottobre 2024

Appalti di lavori – Grave illecito professionale – Rinvio a giudizio – Esclusione OE non è automatica – Necessario contraddittorio

Publicato il 07/10/2024

N. 03300/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01597/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1597 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) del provvedimento del Comune di (...) n. 05/LLPP/229 in data 26 luglio 2024, con cui è stata disposta la sua esclusione dalla procedura negoziata mediante RDO sul MEPA per “l'appalto di lavori relativi alla realizzazione del parco giochi innovativo in Viale Medaglie d'Oro” (CIG: (...); CUP: (...)) ed è stata revocata la

gara;

b) dei verbali di gara;

c) del silenzio serbato dall'Amministrazione sul reclamo proposto in data 7 agosto 2024;

d) della nuova procedura negoziata relativa al medesimo appalto indetta in data 8 agosto 2024;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, chiedendo anche il risarcimento del danno, ha impugnato:

a) il provvedimento del Comune di (...) n. 05/LLPP/229 in data 26 luglio 2024, con cui è stata disposta la sua esclusione dalla procedura negoziata mediante RDO sul MEPA per "l'appalto di lavori relativi alla realizzazione del parco giochi innovativo in Viale Medaglie d'Oro" (CIG: (...); CUP: (...)) ed è stata revocata la gara;

b) i verbali di gara;

c) il silenzio serbato dall'Amministrazione sul reclamo proposto in data 7 agosto 2024;

d) la nuova procedura negoziata relativa al medesimo appalto indetta in data 8 agosto 2024.

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto

quanto segue:

a) la ricorrente è risultata la miglior offerente nella procedura poi revocata, con un ribasso del 16,74%, mentre il (...) s.c.a.r.l. ha offerto un ribasso del 5,27% e la (...) S.r.l. un ribasso del 5,2022%;

b) il Comune di (...) ha, quindi, verificato il possesso dei requisiti ed, essendo emerso dal certificato dei carichi pendenti che nei confronti del legale rappresentante della società ricorrente era stato chiesto il rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 353 c.p (turbata libertà degli incanti), ha disposto l'esclusione della concorrente dalla procedura;

c) nel provvedimento si fa riferimento:

- alla particolare gravità del reato e alla sua negativa incidenza negativa sul requisito dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente;

- alla misura cautelare disposta nei confronti di funzionari pubblici sottoposti alla medesima indagine penale;

- all'art. 98 del decreto legislativo n. 36/2023, che consente di disporre l'esclusione, ai sensi dell'art. 95, primo comma, lettera e, per grave illecito professionale in caso di contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al terzo comma dell'art. 94, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al primo comma del medesimo art. 94;

d) l'Amministrazione ha anche ritenuto di rinnovare la procedura, in quanto le due rimanenti offerte economiche non apparivano convenienti sul piano economico in ragione dell'esiguità del ribasso;

e) la ricorrente ha proposto reclamo in sede amministrativa avverso la decisione assunta, ma il Comune di (...) non ha riscontrato l'istanza e ha, invece, indetto la nuova procedura.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue:

a) la stazione appaltante ha ritenuto erroneamente che ricorresse un'ipotesi di esclusione automatica dalla procedura, mentre, venendo in rilievo un'ipotesi di

esclusione non automatica (come si desume dall'art. 95, primo comma, del decreto legislativo n. 36/2023 e dal rinvio ivi contenuto all'art. 98), la relativa valutazione doveva essere effettuata in contraddittorio (sul punto, cfr. il parere ANAC n. 45 in data 20 settembre 2022 e Consiglio di Stato, V, 5 dicembre 2022, n. 10622);

b) il provvedimento di esclusione avrebbe dovuto essere adeguatamente motivato, secondo quanto disposto dall'art. 98, settimo e ottavo comma, del decreto legislativo n. 36/2023, e avrebbe dovuto essere adottato all'esito di una compiuta ed esaustiva istruttoria;

c) l'Amministrazione ha fatto riferimento ad una misura cautelare che non è mai stata applicata nei confronti del legale rappresentante della società e che, comunque, ha riguardato, a differenza di quanto ritenuto dal Comune, un libero professionista, non un pubblico ufficiale.

Con memoria in data 25 settembre 2024 la ricorrente ha ribadito le proprie difese.

Il Comune di (...), costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, osservando, in sintesi, quanto segue:

a) in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante, quest'ultima dispone di un ampio margine di discrezionalità al fine di escludere un concorrente dalla procedura di gara;

b) deve anche aggiungersi che la ricorrente non aveva dichiarato nel DGUE l'esistenza dell'indagine penale;

c) l'obbligo dichiarativo, inoltre, non si arresta al momento della presentazione della domanda, essendo onere del concorrente aggiornare l'Amministrazione sulle vicende sopravvenute, pena la lesione del generale principio della fiducia di cui all'art. 98 del decreto legislativo n. 36/2023, come anche evidenziato nel parere ANAC n. 6/2023;

d) quanto ai denunciati vizi di difetto di istruttoria, di contraddittorio e di motivazione, vanno richiamati i principi affermati nella recente decisione di questo Tribunale, Sezione III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

Con memoria in data 1 ottobre 2024 la ricorrente, nel confermare le proprie difese, ha osservato, in particolare, quanto segue:

- a) l'Amministrazione non ha effettivamente dedotto in merito alle censure sollevate con il presente ricorso;
- b) va, comunque, osservato che, come risulta dai documenti in atti, la notifica al ricorrente dell'imputazione è avvenuta in data 29 luglio 2024 (ore 11:15), mentre la domanda di partecipazione è stata presentata in data 12 luglio, i verbali che rilevano in questa sede risalgono all'11 e 17 luglio e la determina di esclusione è stata adottata in data 26 luglio;
- c) ne consegue che l'impresa è venuta a conoscenza della richiesta di rinvio a giudizio solo dopo il provvedimento di esclusione e non poteva, dunque, dichiarare un fatto non conosciuto;
- d) non valgono, quindi, i principi sull'esclusione del concorrente che non fornisca un aggiornamento delle dichiarazioni rese in relazione a vicende sopravvenute;
- d) inoltre, la questione indicata non è stata menzionata nel provvedimento ed è stata sollevata dalla stazione appaltante solo nella presente sede;
- e) la sentenza di questo Tribunale, Sezione III, 12 dicembre 2023, n. 3738 appare non conferente, riguardano un'ipotesi di esclusione automatica.

Nell'odierna camera di consiglio, dato avviso a verbale in merito alla possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso, nei termini di seguito precisati, appare manifestamente fondato, sicché la causa può essere definita con sentenza ai sensi dell'art. 60 c.p.a., essendo trascorsi almeno dieci giorni dall'ultima notificazione del gravame, non essendovi necessità di integrare il contraddittorio, risultando completa l'istruttoria e non avendo alcuna delle parti dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione.

Al riguardo il Collegio osserva quanto segue.

L'art. 95, primo comma, lettera e), del decreto legislativo n. 36/2023 stabilisce che:

a) la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati;

b) all'art. 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

L'art. 98, secondo comma, dispone che l'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'art. 95, primo comma, lettera e), è disposta dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;

b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;

c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

Il sesto comma dell'art. 98 dispone che costituiscono mezzi di prova adeguati - in relazione al terzo comma, lettera g) - gli atti di cui all'art. 407-bis, primo comma, c.p.p., il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art. 429 c.p.p. o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

L'art. 407-bis, primo comma, c.p.p. menziona l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sicché la richiesta di rinvio a giudizio risulta, secondo quanto espressamente stabilito dal legislatore, un mezzo di prova in linea di principio adeguato ai fini della dimostrazione della commissione del grave illecito professionale.

Il provvedimento impugnato fa riferimento all'art. 98 del decreto legislativo n. 36/2023, il quale consente alla stazione appaltante di disporre l'esclusione - terzo

comma, lettera g) - per grave illecito professionale in caso di contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui all'art. 94, terzo comma, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al citato art. 94, primo comma.

L'art. 98, settimo comma, impone alla stazione appaltante di valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al sesto comma motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente, precisando che l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Può prescindere in questa sede dal rilievo che la richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero non è, in effetti, un provvedimento giurisdizionale o sanzionatorio, essendo comunque chiaro l'intento del legislatore, posto che, a prescindere da eventuali improprietà del lessico normativo, la richiesta di rinvio a giudizio rileva ai sensi del citato art. 98, sesto comma, e, quindi, costituisce un mezzo di prova in linea di principio adeguato, il quale deve essere, infatti, valutato dalla stazione appaltante ai sensi del successivo settimo comma (anche perché esso costituisce un *minus* rispetto alla sentenza di condanna non definitiva).

Il secondo comma dell'art. 98 stabilisce che il provvedimento di esclusione debba essere motivato in relazione a tutte le condizioni di cui al secondo comma:

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

Al riguardo nel provvedimento impugnato si afferma, in sostanza, quanto segue:

- a) la richiesta di rinvio a giudizio segue l'avviso di conclusione delle indagini preliminari;
- b) è stato contestato un reato che incide negativamente sul requisito soggettivo dell'integrità e dell'affidabilità professionale;

c) la richiesta di rinvio a giudizio, unitamente alla misura cautelare adottata nei confronti di funzionari pubblici soggetti alla medesima indagine, costituiscono fatti specifici che fanno venir meno la fiducia e l'affidabilità dell'operatore economico.

La decisione assunta risulta, quindi, motivata, mentre altra questione è se tale motivazione sia corretta e condivisibile nel merito (posto che la motivazione, nella specifica prospettiva qui in esame, costituisce un requisito di "forma" del provvedimento, mentre l'erroneità della motivazione - e la conseguente erroneità del provvedimento - costituisce un vizio di natura "sostanziale").

Tuttavia, le decisioni amministrative e le relative motivazioni rese a supporto presuppongono un ulteriore requisito procedimentale, cioè che esse siano l'esito di una compiuta ed esaustiva istruttoria.

Con riferimento alla specifica fattispecie in esame il legislatore ha, invero, escluso ogni forma di automatismo fra i provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria (ancorché di natura non giurisdizionale) e le determinazioni della stazione appaltante, con la conseguenza che, come più volte affermato dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, V, 19 agosto 2024, n. 3858), l'Amministrazione, nel disporre l'esclusione da una procedura di affidamento per grave illecito professionale, è tenuta ad attivare il contraddittorio procedimentale, all'esito del quale possono in ipotesi emergere circostanze tali da indurre l'Amministrazione medesima a non condividere la valutazione - preliminare, sotto un profilo processuale - del pubblico ministero.

Il ricorso, pertanto, appare fondato sotto tale specifico aspetto.

Deve anche aggiungersi, quanto al merito della questione, come sia pacifico che nessuna misura cautelare sia stata adottata nei confronti del legale rappresentante della società.

Per quanto attiene all'omessa dichiarazione della società sull'intervenuta richiesta di rinvio a giudizio, non occorre indagare se il Comune abbia, in ipotesi, reso in sede di giudizio un'integrazione postuma della motivazione o abbia inteso fornire prova

che il provvedimento non avrebbe potuto avere diverso contenuto, con conseguente applicazione dell'art. 21-octies, secondo comma, della legge n. 241/1990.

La richiesta di rinvio a giudizio, infatti, è stata notificata al legale rappresentante della società in data 29 luglio 2024 (documento n. 2 allegato al ricorso; n. 003 nella numerazione del sistema NSIGA), cioè dopo l'adozione del provvedimento del Comune di (...) n. 05/LLPP/229 del 26 luglio 2024.

Il Comune, tuttavia, sembra fare più esattamente riferimento, non all'omessa dichiarazione relativa alla richiesta di rinvio a giudizio, ma all'omissione relativa all'esistenza di un'indagine penale (prodromica, in effetti, rispetto alla richiesta di rinvio a giudizio).

Al riguardo va, però, osservato che la pendenza di indagini preliminari - comprensibilmente - non costituisce un'ipotesi che rileva ai fini degli obblighi dichiarativi dell'operatore economico e che, comunque, in linea di principio l'indagato non è edotto dell'esistenza di indagini a suo carico, salvo che sia intervenuto un atto garantito, ovvero sia stato invitato a presentarsi per l'interrogatorio o abbia ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari (circostanze di cui non si ha contezza in questa sede e che neppure sono state chiarite nella fase procedimentale).

Per le considerazioni che precedono il ricorso va accolto quanto all'impugnazione del provvedimento del Comune di (...) n. 05/LLPP/229 in data 26 luglio 2024, con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura in esame, e all'impugnazione dell'indizione della nuova gara in data 8 agosto 2024.

E', invece, inammissibile l'impugnazione dei i verbali di gara, in quanto tali atti hanno natura endoprocedimentale.

A prescindere, poi, dall'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'impugnazione del silenzio serbato dall'Amministrazione sul reclamo proposto dalla società in data 7 agosto 2024 (a seguito del parziale accoglimento della

domanda impugnatoria), la richiesta risulterebbe infondata, in quanto, come è noto, non vi è obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi espressamente su istanze con cui il privato solleciti l'esercizio dei poteri di autotutela.

La domanda risarcitoria è anch'essa improcedibile a seguito del parziale accoglimento della domanda impugnatoria.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della particolarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

- 1) lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento del Comune di (...) n. 05/LLPP/229 in data 26 luglio 2024 e l'indizione della nuova gara in data 8 agosto 2024;
- 2) dichiara, per il resto, inammissibile e improcedibile il ricorso, secondo quanto specificato in motivazione;
- 3) compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

Emanuele Caminiti, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO