

APPALTI: Contratti della p.a. - Gara - Rinvio a giudizio dell'Amministratore Unico - Esclusione - Legittimità - Motivazione particolare - Non occorre.

Tar Toscana - Firenze, Sez. II, 14 maggio 2021, n. 713

“[...] anche il rinvio a giudizio, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dall’art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, può incidere sulla moralità professionale dell’impresa [...]. A fronte di tali circostanze non occorre una motivazione particolare per disporre l’esclusione della ricorrente poiché le condotte ascritte al suo legale rappresentante, si ripete, sono suscettibili ictu oculi di incidere sulla trasparenza e l’imparzialità delle procedure di gara e, quindi, sull’affidabilità dell’impresa [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a.;

Visto l’art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno -OMISSIS- il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. L’impresa -OMISSIS- ha partecipato ad una procedura indetta da ANAS s.p.a. per l’affidamento di un accordo quadro volto all’esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione, del valore pari a € 5.000.000,00. La stazione appaltante, con nota -OMISSIS-, le ha chiesto chiarimenti su una richiesta di rinvio a giudizio a carico del suo amministratore unico e legale rappresentante; l’impresa ha inoltrato controdeduzioni e nella seduta di gara del 14 aprile 2021 è venuta a conoscenza della propria esclusione. Dopo due istanze di accesso la stazione appaltante le ha trasmesso il provvedimento di esclusione motivato dall’esistenza di detto rinvio a giudizio per i reati di turbativa d’asta e abuso d’ufficio, ciò che integrerebbe un grave illecito professionale.

Il provvedimento è stato impegnato con il presente ricorso, notificato il 27 aprile 2021 e depositato il 2-OMISSIS-.

Lamenta la ricorrente, con primo motivo di gravame, che la stazione appaltante non abbia svolto alcuna valutazione autonoma circa la sua inaffidabilità morale e professionale limitandosi a richiamare l’esistenza della richiesta di rinvio a giudizio a carico del proprio legale rappresentante. Assume di avere dimostrato, nei chiarimenti resi, che in relazione a detta richiesta non vi era stato alcun vaglio da parte di un organo giudicante né erano state applicate misure cautelari a carico

dell'interessato e, soprattutto, che in epoca antecedente all'indizione della gara ha adottato misure di self-cleaning con l'adozione di un codice etico, la nomina di un organismo di vigilanza e l'adozione di un modello organizzativo come prescritto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. In ordine a tali elementi la stazione appaltante nulla ha replicato, limitandosi a fondare l'esclusione sulla mera esistenza della richiesta di rinvio a giudizio. La stessa richiesta di chiarimenti del 3 febbraio 2001 inoltrata da ANAS conterrebbe un inammissibile pregiudizio in ordine alla sussistenza del grave illecito professionale, e dalla sequenza di atti posti in essere si evincerebbe che la motivazione dell'esclusione è stata formata successivamente all'esclusione stessa.

Con secondo motivo si duole che la stazione appaltante abbia ommesso qualsiasi valutazione in ordine alle misure di self-cleaning adottate, nonostante la citata richieste di chiarimenti invitasse ad esporre le iniziative che in proposito fossero state assunte.

Con terzo motivo, in via subordinata, lamenta incompetenza poiché il provvedimento di esclusione non è stato adottato dal responsabile unico del procedimento ing. -OMISSIS-.

Formula infine, ex art. 116, comma 2, c.p.a., istanza di accesso alla seguente documentazione:

- a) tutti i verbali della procedura di gara relativi a tutte le sedute pubbliche e riservate, ivi incluso l'atto o il verbale contenente l'elenco dei ribassi offerti in sede di gara;
- b) tutti gli atti concernenti il sub procedimento avviato nei suoi confronti i ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, ivi incluso l'atto contenente le valutazioni compiute in merito alla sua affidabilità morale e professionale;
- c) il provvedimento di aggiudicazione della gara e ogni altro atto comunque afferente alla procedura di gara.

Impugna inoltre la nota della stazione appaltante 27 aprile 2021, prot. n. -OMISSIS-, con cui è stato differito l'accesso ai verbali delle sedute pubbliche della gara fino ad avvenuta aggiudicazione.

Si è costituita ANAS s.p.a. eccependo preliminarmente difetto di legittimazione in capo alla ricorrente, poiché ha dichiarato di non avere interesse all'annullamento dell'aggiudicazione.

Replica nel merito alle deduzioni della ricorrente e in relazione all'istanza di accesso, rappresenta di avere osteso tutta la documentazione richiesta dalla ricorrente.

Alla camera di consiglio del -OMISSIS- la causa, previo mutamento di rito ex art. 60 c.p.a., è stata trattenuta in decisione.

2. In via preliminare si dà atto che la resistente ha infine consentito l'accesso al materiale richiesto dalla ricorrente, sicché per questa parte deve essere dichiarata cessata la materia del contendere nella controversia in esame.

Sempre in via preliminare deve essere respinta l'eccezione di difetto di legittimazione formulata dalla stazione appaltante, poiché il provvedimento di aggiudicazione è intervenuto il 5 maggio 2021 e, pertanto, i termini per la sua impugnazione sono ancora in corso.

3. Nel merito il ricorso è fondato, nei termini che seguono.

3.1 I fatti che emergono dalla richiesta di rinvio a giudizio dell'amministratore unico della ricorrente sono certamente suscettibili di incidere sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante. Egli è imputato per avere alterato fraudolentemente la regolarità di una procedura di affidamento inducendo una stazione appaltante ad invitare imprese di cui conosceva la mancanza di interesse per il contratto da aggiudicare, ma al quale era interessata la ricorrente che non avendo possibilità di eseguirlo, si era accordata per farli eseguire integralmente ad altra impresa. Inoltre è imputato della violazione della normativa sul subappalto.

Questi sono elementi suscettibili di spiegare influenza diretta sulla regolarità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e che per tale ragione ben possono essere negativamente apprezzati dalla stazione appaltante. È stato stabilito che anche il rinvio a giudizio, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dall'art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, può incidere sulla moralità professionale dell'impresa (T.A.R. Toscana I, 14 febbraio 2020 n. 203). A fronte di tali circostanze non occorre una motivazione particolare per disporre l'esclusione della ricorrente poiché le condotte ascritte al suo legale rappresentante, si ripete, sono suscettibili *ictu oculi* di incidere sulla trasparenza e l'imparzialità delle procedure di gara e, quindi, sull'affidabilità dell'impresa. In tale situazione spettava alla ricorrente dimostrare l'estraneità dell'interessato ai fatti ascrittigli, cosa che non è avvenuta.

Il primo motivo deve quindi essere respinto.

3.2 A fronte della richiesta di chiarimenti inoltrata dalla stazione appaltante, prima dell'esclusione, con nota -OMISSIS-, la ricorrente ha rappresentato di avere adottato misure di self cleaning (nota 10 febbraio 2021) le quali, però, non sono state prese in esame dalla stazione appaltante. Né nel verbale della seduta di gara in data -OMISSIS-, nel corso della quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente, né nella nota di comunicazione dell'esclusione -OMISSIS- inviata da Anas, la stazione appaltante prende posizione in ordine a tali misure, limitandosi unicamente a richiamare l'esistenza del rinvio a giudizio a carico dell'amministratore unico della ricorrente stessa. La sua esclusione è quindi illegittima per tale motivo.

La stazione appaltante avrebbe dovuto valutare le misure adottate al fine di prevenire successivi eventi in grado di incidere sulla sua affidabilità professionale ma a tanto non ha provveduto, se non in sede processuale con memoria depositata il 7 maggio 2021. Le argomentazioni in essa contenute,

tuttavia, non possono essere prese in considerazione perché costituiscono inammissibile motivazione postuma del provvedimento amministrativo (sull'inammissibilità della motivazione postuma, *ex multis*, C.d.S. III, 29 settembre 2020 n. 5719; T.A.R. Lombardia-Milano II, 11 febbraio 2021 n. 388; T.A.R. Lazio-Roma III, 4 gennaio 2021 n. 98).

Per tali ragioni il ricorso deve essere accolto, nei sensi sopra esposti, e deve essere annullato il provvedimento di esclusione pronunciato a carico della ricorrente. Le ulteriori censure vengono assorbite poiché il loro eventuale accoglimento non potrebbe apportarle ulteriori utilità.

Le spese processuali vengono tuttavia compensate per l'avvenuta reiezione del primo motivo e la novità della normativa applicata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul giudizio, come in epigrafe proposto,

- dichiara cessata la materia del contendere in ordine alla richiesta di accesso;
- accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione il ricorso e per l'effetto annulla l'esclusione della ricorrente.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, 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 parte ricorrente.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno -OMISSIS-, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 25, comma 2, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore