

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c-ter, D.Lgs. n. 50 del 2016 - Precedente risoluzione contrattuale - Omesso contraddittorio con la ditta interessata - Illegittimità - Ragioni.

Tar Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 14 luglio 2021, n. 198

“[...] l’obbligo del contraddittorio sussiste sempre, come attestato, fra gli altri, anche dal Consiglio di Stato che, in un caso [...] ha affermato che “non essendo intervenuta una sentenza definitiva di accertamento della legittimità della risoluzione disposta ai danni della Coop. Indaco Service, la Prefettura di Taranto avrebbe dovuto attivare, prima di procedere alla estromissione dalla gara, il sub-procedimento prescritto dall’art. 57, paragrafo 6 della Dir. 2014/24/UE, volto a garantire il contraddittorio con l’operatore economico e verificare se lo stesso avesse adottato delle misure riparatorie (self-cleaning) e, solo all’esito di detto procedimento, avrebbe potuto valutare in merito alla sua eventuale esclusione.” [...]

La sopra menzionata posizione risulta conforme anche ad altre pronunce del giudice amministrativo, secondo cui “è riconosciuta, alla stazione appaltante, la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti “gravi illeciti professionali” anche a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti -OMISSIS-; tuttavia ciò può avvenire a fronte di un’adeguata istruttoria e nel rispetto di un compiuto contraddittorio, dovendo essere tutelata in maniera effettiva la possibilità, per il soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, di difendersi in sede procedimentale. Gli elementi valorizzati dall’Amministrazione devono essere, dunque, oggetto di contraddittorio con l’operatore interessato...” [...] e, inoltre, “anche in relazione alle ipotesi in cui i fatti considerati dall’amministrazione siano oggetto di un procedimento penale, deve riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti “gravi illeciti professionali” e ciò a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, ma resta ferma la necessità che il potere esercitato dall’amministrazione sottenda un’adeguata istruttoria, un compiuto contraddittorio e una congrua motivazione...” [...]”.

FATTO

La società Proto Giuseppe S.a.s., odierna ricorrente, è attiva nel campo dei lavori stradali e, per quanto qui di interesse, ha partecipato al bando di gara indetta dalla Struttura Territoriale Emilia-Romagna dell’ANAS avente ad oggetto “Lavori e servizi di pronto intervento e manutenzione non programmabile, ripristino danni da incidenti ed emergenze lungo le strade del Centro di Manutenzione A Nucleo 2 - Periodo: da Maggio a Dicembre 2021”.

La sopra menzionata gara aveva un importo complessivo a base d'asta pari ad € 274.765,83 (Iva esclusa), prevedeva quale criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo ed i luoghi di esecuzione dei lavori da contratto erano tutti ubicati nelle Province di Piacenza e Parma.

Alla gara hanno partecipato solo due operatori economici: l'odierna ricorrente, società Proto Giuseppe S.a.s., e l'odierno controinteressato, il RTI composto dalla mandataria Boschiva F.lli Valentini S.r.l. e dalla mandante Ab Global Service S.r.l.

All'esito della prima seduta pubblica dell'8 aprile 2021, il Seggio di gara, disposta l'inversione procedimentale, acclarava che la prima migliore offerta valida era quella dalla ricorrente, che aveva offerto un ribasso percentuale pari all'11,452%, a fronte del 3% offerto dal RTI controinteressato.

Conclusasi l'apertura delle offerte economiche, il Presidente del Seggio di Gara dichiarava che la valutazione della documentazione amministrativa presentata dalla ricorrente si sarebbe svolta in seduta riservata il 12 aprile 2021; l'esito di tale verifica sarebbe stato comunicato successivamente mediante convocazione di una seconda seduta di gara pubblica.

Nella seduta riservata del 12 aprile 2021, all'esito delle attività di verifica della documentazione amministrativa il Seggio di gara dichiarava l'esclusione dalla procedura della ricorrente, adducendo quale motivazione la *“sussistenza in capo all'Operatore Economico della causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-ter) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.”*.

A tal riguardo, va ricordato che l'odierna ricorrente aveva dato atto, nella propria domanda di partecipazione alla gara, della sussistenza a proprio carico di un'annotazione nell'Area B del Casellario informatico ex art. 213, comma 10, D.Lgs n. 50/2016, disposta dall'ANAC in data 9 maggio 2019 in relazione ad una precedente risoluzione contrattuale, risoluzione disposta in data 6 agosto 2018 dal “Coordinamento Territoriale Tirrenica - Area Compartimentale Basilicata” della stessa ANAS S.p.a. e avverso la quale la ricorrente aveva promosso, con atto di citazione del 3 dicembre 2018, il giudizio RG. n. 80237/2018 dinanzi al Tribunale di Roma - Sezione Specializzata in materia d'Impresa, attualmente ancora pendente.

Nella successiva seduta pubblica del 15 aprile 2021 (cui partecipava l'odierno controinteressato mentre la ricorrente era assente), il Seggio di gara dava atto della circostanza che l'odierna ricorrente era stata esclusa nella seduta riservata del 12 aprile 2021 e che, a seguito di tale esclusione, la seconda classificata, ossia il controinteressato RTI Boschiva F.lli Valentini S.r.l. - Ab Global Service S.r.l., risultava essere il nuovo aggiudicatario “provvisorio”.

Inoltre, all'esito della seduta riservata del 16 aprile 2021, il Seggio valutava positivamente la documentazione amministrativa presentata dal controinteressato a corredo della propria offerta.

Infine, il 17 aprile 2021, a mezzo Portale Acquisti di ANAS, veniva comunicato alla ricorrente il provvedimento prot. n. CDG-232645.U del 16 aprile 2021, di cui in epigrafe, recante *“Comunicazione di esclusione ex art. 76, comma 5, lett. b) del D.lgs. n. 50/2016”* relativa alla gara *de qua*.

Nella predetta comunicazione, la Stazione appaltante motivava l'esclusione della ricorrente affermando di essere *“venuta a conoscenza dell'esistenza di una risoluzione contrattuale nei confronti della Proto Giuseppe SAS”*, che, come detto, era stata dichiarata nel DGUE dalla ricorrente, e che tale risoluzione, per *“la gravità delle carenze nell'esecuzione del contratto”* che dimostrava, costituiva la ragione della disposta esclusione.

Preso atto di tale comunicazione, la società Proto Giuseppe S.a.s., con nota PEC del 23 aprile 2021 a firma del proprio legale, formulava *“Istanza cumulativa per l'annullamento in autotutela e preavviso di ricorso giurisdizionale avverso l'esclusione <...> e contestuale accesso agli atti amministrativo ex art. 22 e ss. della L. 241/1990 e 53 del d.lgs. 50/2016”*, con cui chiedeva alla Stazione appaltante di rivedere le proprie determinazioni e, conseguentemente, di provvedere all'aggiudicazione dell'appalto in proprio favore.

Nella predetta istanza parte ricorrente dava atto del suo curriculum presso ANAS, a favore della quale ha svolto e svolge diversi appalti, del fatto che la risoluzione del 2018 fosse l'unica patita nel corso di vent'anni di attività e che l'annotazione nel Casellario Informativo ANAC non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche.

In assenza di risposta da parte di ANAS, l'odierna ricorrente ha richiesto, in data 27 aprile 2021, sempre per il tramite del proprio legale, al Responsabile della Struttura Territoriale Emilia-Romagna di voler *“fissare un incontro congiunto a natura interlocutoria al fine di dirimere la questione bonariamente senza che si intraprenda un contenzioso tra le parti”*.

Tuttavia, con e-mail del 29 aprile 2021, agli atti, il Responsabile dell'Area Amministrativa Gestionale - Struttura Territoriale Emilia-Romagna (nonché Presidente del Seggio di Gara) affermava che *“La scrivente Struttura Territoriale, come peraltro già anticipato per le vie brevi, ritiene di non dover adottare alcun provvedimento di annullamento in autotutela, considerando corretto l'operato della commissione di gara”*.

Preso atto di tale risposta, la società Proto Giuseppe S.a.s. ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, depositato in data 18 maggio 2021, con cui ha chiesto l'annullamento degli atti di cui in epigrafe, previa sospensione dell'efficacia degli stessi, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato ed il subentro della stessa nel contratto in essere, deducendo i seguenti motivi:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 57, paragrafi 4 e 6, della Direttiva appalti 2014/24/UE; violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett, c, e commi 7 e 8 del D.lgs n. 50/2016; eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di contraddittorio; violazione del diritto di difesa e del principio del giusto procedimento, violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità; ingiustizia manifesta;
- 2) Violazione ed erronea applicazione dell'art. 3, legge n. 241/1990 e dell'art. 97 Costituzione; eccesso di potere per difetto dei presupposti fattuali e giuridici; carente istruttoria; difetto di motivazione per ingiustizia manifesta, illogicità e contraddittorietà;
- 3) Eccesso di potere per carenza di istruttoria, malgoverno dei presupposti e difetto di motivazione sotto ulteriore profilo; illogicità e ingiustizia manifesta;
- 4) Illegittimità derivata;
- 5) Quanto alla comunicazione a mezzo e-mail del 29/04/2021 di rigetto della istanza di riesame proposta dalla odierna ricorrente il 23/04/2021; violazione ed erronea applicazione dell'art. 3, legge n. 241/1990 e dell'art. 97 Costituzione; eccesso di potere per difetto dei presupposti fattuali e giuridici; totale mancanza di istruttoria; totale mancanza di motivazione.

Si è costituita in giudizio, in data 6 giugno 2021, la società ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'esito della camera di consiglio del 9 giugno 2021, preso atto della rinuncia da parte dei difensori delle parti ai termini a difesa, è stata emessa l'ordinanza n. 85/2021, con cui è stata fissata, ex art. 55, comma 10, c.p.a., l'udienza pubblica del 23 giugno 2021 per la discussione nel merito della causa.

Le parti hanno, poi, depositato memorie e, infine, all'udienza pubblica del 23 giugno 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Il ricorso è fondato nel merito e va accolto nei sensi e nei limiti di cui in appresso.
 - 2.1. - Col primo motivo di ricorso, parte ricorrente sostiene che *“Il provvedimento di esclusione impugnato è, in primis, illegittimo per essere stato adottato dalla Stazione appaltante senza esperire alcun contraddittorio con l'impresa”*.

In particolare, secondo parte ricorrente il procedimento in contraddittorio sarebbe previsto dai paragrafi 4 e 6 dell'art. 57 della Direttiva appalti 2014/24/UE, dai commi 7 e 8 dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 nonché dalle Linee Guida ANAC n. 6/2017, che, al par. 5.1., stabiliscono che *“L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato all'esito di una*

valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata”.

Nel caso di specie, invece, la Stazione appaltante non ha instaurato il richiesto contraddittorio e tale mancanza sarebbe di particolare gravità *“ove si consideri che nello stesso testo dell’Annotazione nel Casellario veniva espressamente riportata la circostanza per cui l’impresa è insorta avverso il provvedimento di risoluzione avviando un’azione civile e relativa domanda risarcitoria dinanzi al Tribunale delle Imprese di Roma, attualmente pendente.”.*

2.2. - Il motivo è fondato.

Il Collegio osserva che risulta pacificamente acclarato che, nel caso *de quo*, la Stazione appaltante non ha instaurato alcun contraddittorio con l’odierna ricorrente, nemmeno a seguito della puntuale richiesta formulata dalla stessa con pec del 27 aprile 2021, limitandosi a confermare il provvedimento di esclusione di cui in epigrafe.

Tale mancanza rende illegittimo il provvedimento di esclusione del 16 aprile 2021, di cui in epigrafe, atteso che il contraddittorio procedimentale, in caso di esclusione *ex art. 80*, comma 5, lett. c-ter, è doveroso da parte della stazione appaltante ai sensi delle disposizioni normative richiamate da parte ricorrente.

Tale obbligo risulta, poi, assolutamente indispensabile in un caso come quello oggetto del presente giudizio dove il grave inadempimento è rappresentato da una sola risoluzione contrattuale avvenuta a carico dell’odierna ricorrente con una diversa articolazione territoriale dell’ANAS e tale risoluzione è attualmente *sub iudice* essendo stata impugnata dall’odierna ricorrente, circostanza questa ben nota all’odierna resistente che, nel provvedimento di esclusione impugnato, ha testualmente affermato che *“la PROTO GIUSEPPE S.A.S. ha presentato atto di citazione presso il Tribunale di Roma – Sezione Tribunale delle Imprese – per ottenere la sospensione dell’efficacia esecutiva dell’art. 11 del contratto d’appalto che attribuisce alla S.A. il diritto di chiedere ed ottenere l’escussione della polizza fideiussoria a semplice richiesta, la dichiarazione di illegittimità della risoluzione stessa ed il riconoscimento del danno subito dalla PROTO GIUSEPPE S.A.S.; la causa risulta iscritta al n. RG. 80237/2018 del Tribunale di Roma, Sez. Imprese.”.*

A fronte di una tale situazione di fatto (unica risoluzione avvenuta a carico del concorrente attualmente impugnata) risulta, dunque, chiaro che lo svolgimento di un contraddittorio era necessario e, dunque, il mancato espletamento dello stesso rende illegittimo il provvedimento di esclusione.

Tale conclusione risulta conforme a condivisibile (ed univoca) giurisprudenza, secondo cui l’obbligo del contraddittorio sussiste sempre, come attestato, fra gli altri, anche dal Consiglio di

Stato che, in un caso - menzionato da parte ricorrente - parzialmente diverso, in quanto l'impresa non aveva impugnato la disposta risoluzione contrattuale, ha affermato che *“non essendo intervenuta una sentenza definitiva di accertamento della legittimità della risoluzione disposta ai danni della Coop. Indaco Service, la Prefettura di Taranto avrebbe dovuto attivare, prima di procedere alla estromissione dalla gara, il sub-procedimento prescritto dall'art. 57, paragrafo 6 della Dir. 2014/24/UE, volto a garantire il contraddittorio con l'operatore economico e verificare se lo stesso avesse adottato delle misure riparatorie (self-cleaning) e, solo all'esito di detto procedimento, avrebbe potuto valutare in merito alla sua eventuale esclusione.”* (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5732/2020).

La sopra menzionata posizione risulta conforme anche ad altre pronunce del giudice amministrativo, secondo cui *“è riconosciuta, alla stazione appaltante, la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti “gravi illeciti professionali” anche a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti -OMISSIS-; tuttavia ciò può avvenire a fronte di un'adeguata istruttoria e nel rispetto di un compiuto contraddittorio, dovendo essere tutelata in maniera effettiva la possibilità, per il soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, di difendersi in sede procedimentale. Gli elementi valorizzati dall'Amministrazione devono essere, dunque, oggetto di contraddittorio con l'operatore interessato...”* (TAR Marche, sentenza n. 7/2020) e, inoltre, *“anche in relazione alle ipotesi in cui i fatti considerati dall'amministrazione siano oggetto di un procedimento penale, deve riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti “gravi illeciti professionali” e ciò a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, ma resta ferma la necessità che il potere esercitato dall'amministrazione sottenda un'adeguata istruttoria, un compiuto contraddittorio e una congrua motivazione...”* (TAR Lombardia – Milano, sez. I, sentenza n. 1737/2019).

Né risultano condivisibili, sul punto, le argomentazioni svolte da parte resistente, secondo cui l'odierna ricorrente non avrebbe provato di aver adottato alcuna misura di self cleaning entro il termine fissato per la presentazione delle offerte, atteso che la predetta ricorrente ha impugnato la risoluzione contrattuale di che trattasi, contestando in radice l'asserito inadempimento.

Inoltre, risulta parimenti irrilevante la circostanza che l'odierna ricorrente non ha partecipato alla seduta pubblica del 15 aprile 2021, circostanza che, nella ricostruzione della difesa dell'ANAS, avrebbe precluso alla stessa *“ogni interlocuzione con il seggio di gara.”*, atteso che la sopra menzionata mancata partecipazione non ha alcun effetto preclusivo circa lo svolgimento del contraddittorio, che è necessario e deve essere svolto obbligatoriamente (e non a richiesta del soggetto escluso), da parte della Stazione appaltante, la quale deve provare la significativa carenza

prevista dal comma 5, lett. c-ter) dell'art. 80 del D. Lgs. n. 5072016 nell'esecuzione del precedente contratto per disporre, poi, legittimamente l'esclusione del concorrente.

3. - Per tutto quanto sopra esposto, pertanto, il primo motivo di ricorso risulta fondato e, dunque, va annullato l'impugnato provvedimento di esclusione, dovendo l'odierna resistente provvedere nuovamente in merito previo espletamento di un concreto contraddittorio con l'impresa odierna ricorrente.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso, ritenuto assorbente anche da parte ricorrente, consente di ritenere assorbiti gli altri motivi, relativi alla valutazione svolta da ANAS, in quanto risulta logicamente preliminare il motivo relativo all'errato svolgimento, per mancanza di contraddittorio, del sub procedimento di contestazione della significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto nei confronti dell'odierna ricorrente.

4. - In ogni caso, per completezza di esame, il Collegio ritiene utile precisare, ai fini dello svolgimento della successiva attività da parte di ANAS, che risulta provato, dalla documentazione versata in atti, che l'annotazione di ANAC nei confronti dell'odierna ricorrente nel proprio casellario è avvenuta in data 9 maggio 2019 e ciò si deduce da una serie - concordante - di documenti.

Innanzitutto, giova ricordare che la stessa ANAS, nel provvedimento di esclusione del 16 aprile 2021, a p. 1-2 dello stesso asserisce che *“A seguito di tale risoluzione e conseguente segnalazione all'ANAC da parte della Stazione Appaltante procedente, in data 09/05/2019 è stata iscritta annotazione nell'Area B del Casellario Informatico tenuto da dall'Autorità Nazionale Anticorruzione”*, così dando prova *per tabulas* che la predetta Stazione appaltante era a conoscenza del fatto che la menzionata annotazione era stata effettuata in data 9 maggio 2019, contrariamente a quanto asserito dalla propria difesa secondo cui l'annotazione è del 17 gennaio 2020.

Inoltre, la stessa annotazione depositata in giudizio dall'ANAS reca scritta, quale data di “ultima modifica”, il 17 gennaio 2020 ma, nella parte “Nota bene”, è scritto che *“La data di primo inserimento è 09.05.2019”*.

Infine, va rilevato che anche nel documento da ultimo depositato dall'ANAS, ossia la nota dell'Ufficio Sanzioni Contratti Pubblici dell'ANAC n. 3949 del 17 gennaio 2020, è scritto, nell'oggetto, che si tratta di “reinserimento” e non di semplice “inserimento” e la stessa nota precisa chiaramente, nella parte finale, che la data di primo inserimento dell'annotazione è il 9 maggio 2019 e che in data 17 gennaio 2020 la stessa annotazione è stata resa di nuovo visibile dopo che, in una data imprecisata (ma successiva al comunicato del Presidente dell'ANAC del 10 luglio 2019) la stessa era stata oscurata in seguito al sopra menzionato comunicato del Presidente dell'ANAC del

10 luglio 2019 che, giova ricordare, ha stabilito l'oscuramento provvisorio delle notizie utili al tempo presenti nel casellario ANAC nelle more della ridefinizione, da parte della stessa ANAC, dei presupposti per l'iscrizione delle predette notizie utili.

4. - Non può essere accolta, invece, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato e di subentro nel medesimo, in quanto, per la natura del vizio rilevato, va disposta, allo stato, unicamente la riedizione della procedura relativa all'esclusione dell'odierna ricorrente, da svolgere in questo caso, come già più volte detto, in contraddittorio, all'esito della quale ANAS dovrà adottare i provvedimenti conseguenti, ossia la conferma dell'aggiudicazione disposta nei confronti dell'odierno controinteressato o, qualora ritenga fondate le ragioni di Proto Giuseppe S.a.s., la revoca della predetta aggiudicazione e l'assegnazione del servizio all'odierna ricorrente, atteso che l'offerta della stessa era già risultata la migliore, come da verbale dell'8 aprile 2021 della stessa Stazione appaltante.

L'attuazione di quanto disposto dalla presente sentenza dovrà, in ogni caso, avvenire senza pregiudizio alcuno per il servizio di che trattasi, la cui natura impone una continuità dello stesso senza che sia possibile ogni minima sospensione del medesimo.

5. - Per tutto quanto sopra esposto, dunque, il ricorso introduttivo del presente giudizio è fondato e va accolto e, conseguentemente, va disposto l'annullamento del provvedimento del 16 aprile 2021 recante l'esclusione dell'odierna ricorrente dall'appalto di che trattasi.

Non può essere accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato e di subentro nel medesimo per le ragioni sopra esposte, ossia la necessaria riedizione del potere della Stazione appaltante relativamente al sub procedimento di esclusione dell'odierna ricorrente.

6. - Le spese di lite, *ex art.* 91 c.p.c., seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in parte motiva e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione dell'odierna ricorrente.

Respinge la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato e di subentro nel medesimo.

Condanna ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in € 1.000,00 (mille/00).

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza ai sensi dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020, convertito, con modificazioni, in L. n. 70/2020, cui rinvia l'art. 25 del D.L. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Marco Poppi, Consigliere

Massimo Baraldi, Referendario, Estensore