

APPALTI: Gara - Esclusione - Perché la società interessata ha omesso di trasmettere alla P.A. appaltante la documentazione relativa ad un procedimento penale in corso a carico dell'amministratore unico per gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 - Legittimità - Fattispecie.

Tar Puglia - Bari, Sez. II, 8 giugno 2023, n. 854

“[...] il provvedimento di esclusione (e il successivo diniego espresso di autotutela) è fondato sulla circostanza per la quale la condotta contestata dagli organi inquirenti rientri tra quelle valutabili, ai fini del giudizio di integrità e affidabilità dell'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016. Segnatamente, il reato in questione rientra nelle ipotesi delittuose previste come causa obbligatoria di esclusione dall'art. 80, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, laddove vi sia condanna con sentenza definitiva (o anche sentenza di applicazione della pena, su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.)

Ma, in virtù dell'indirizzo prevalente della giurisprudenza [...], i c.d. “gravi illeciti professionali” possono essere desunti da una pregressa vicenda, nella quale l'operatore economico sia coinvolto, secondo prudente apprezzamento discrezionale della stazione appaltante (Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2021 n. 7223) e anche da indagini penali in corso [...], non essendo necessari siano accertati con una sentenza, ancorché non definitiva [...], sempreché si tratti di casi incidenti sulla c.d. moralità professionale e sull'affidabilità tecnica dello stesso operatore economico, ai fini dell'affidamento di un appalto.

Peraltro, nelle gare pubbliche, l'individuazione tipologica dei c.d. “gravi illeciti professionali”, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, ha carattere meramente esemplificativo [...].

Talché, la giurisprudenza ha ritenuto che rientri nel concetto di “grave illecito professionale”, quella condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si rilevi contraria ad un dovere posto da una norma giuridica (sia essa di natura civile, penale o amministrativa), che risulti in grado di porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara ad evidenza pubblica. Tra simili condotte, si inquadrano anche le condanne per reati ex se non ostativi, ai sensi dell'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Banca D'Italia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2023 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori l'avv. Gabriele Bavaro, per la ricorrente, e l'avv. Leonardo Droghini, per l'amministrazione; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso in riassunzione, ai sensi dell'art. 15, comma 4, c.p.a., depositato nei termini, l'istante società impugnava il provvedimento della Banca d'Italia di esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara aperta per l'affidamento della "*manutenzione degli impianti elettrici e fonio-dati*", installati in taluni stabili della stessa ubicati in Bari e Brindisi. Veniva, altresì, gravata l'intervenuta aggiudicazione definitiva a favore della società contro-interessata, nonché impugnati gli atti connessi, con domanda di declaratoria di inefficacia/nullità del contratto di appalto eventualmente nelle more stipulato.

In fatto, accadeva che la società ricorrente, dopo aver comunicato alla Banca d'Italia un'intervenuta variazione degli organi sociali, a seguito delle dimissioni dalla carica, dell'amministratore unico, a causa della pendenza di un'indagine penale promossa dalla Procura della Repubblica di Bari, venisse esclusa dalla gara, dopo l'attivazione di un apposito sub-procedimento per la verifica della persistenza dei requisiti, stente la configurabilità di un "*grave illecito professionale*".

Tuttavia, proposta l'impugnativa davanti al T.A.R. Lazio, con ordinanza n. 1911 del 2 febbraio 2023, detto Tribunale ha declinato la propria competenza in favore di codesto T.A.R. Puglia.

In diritto, lamenta parte ricorrente, con i primi tre motivi, in parte rindondanti, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 80, commi 1, 2 e 3, del d.lgs. 50 del 2016, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea presupposizione e travisamento dei presupposti, l'illogicità ed ingiustizia manifesta, varie ipotesi di motivazione carente e/o erronea, al generica violazione del principio di buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost., l'illegittimità derivata; la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50 del 2016. Con finali ulteriori due motivi censura, invece, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 80, commi 5, lett. c), 7, 8 e 13, d.lgs. 50 del 2016, inerenti i poteri di verifica esercitabili dalla stazione appaltante, ai fini del giudizio di inaffidabilità professionale, la violazione delle linee guida ANAC n. 6 del 2016 (anche nel testo aggiornato), con riproposizione di vizi invero già dedotti.

2.- Si costituiva l'intimata Banca d'Italia, depositando i documenti pertinenti, nonché contestando, con articolata difesa, quanto dedotto dalla società ricorrente; rappresentava inoltre di aver proceduto alla stipula del contratto con l'aggiudicataria, avente decorrenza 1° marzo 2023.

3.- Alla fissata camera di consiglio, la domanda cautelare veniva abbinata al merito.

4.- Scambiate memorie e replica, alla successiva udienza pubblica, dopo breve discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

5.- Il ricorso è infondato.

Punto centrale della controversia è che la società ricorrente, seconda classificata, è stata interpellata, dopo l'esclusione della prima graduata -OMISSIS- s.r.l. in esito alla negativa verifica della congruità dell'offerta. Nelle more dei controlli, emergeva (anche per notizia stampa) l'applicazione di misure cautelari coercitive domiciliari (adottate con ordinanza motivata del G.I.P. del Tribunale di Bari), a carico dell'amministratore unico di -OMISSIS-, per il reato ipotizzato di cui all'art. 416 c.p. e art. 86 d.P.R. n. 570 del 1960 (associazione a delinquere finalizzata alla corruzione elettorale).

Indi, interveniva una fitta e ripetuta interlocuzione (come agli atti) tra gli organi della Banca d'Italia e la società ricorrente, anche in persona dei nuovi organi sociali, nel corso della quale più volte veniva richiesto di rappresentare alla stazione appaltante più specificamente la vicenda, soprattutto mediante la produzione degli atti giudiziari sia di adozione delle misure cautelari sia liberatoria del Tribunale del riesame, al fine di poter apprezzare l'*entità* della fattispecie. Tuttavia, non seguiva alcun riscontro documentale, bensì corrispondenza del legale dell'*ex* amministratore unico, volta a mitigare i rilievi giudiziari in corso e ad affermare l'estraneità del proprio assistito dai fatti ascritti.

Correttamente, l'amministrazione ha ritenuto di dover appurare la posizione dell'*ex* amministratore unico in parola, il quale risulta socio unico della -OMISSIS- s.r.l., controllante al 100% della -OMISSIS- partecipante al procedimento di gara in questione.

Orbene, il provvedimento di esclusione (e il successivo diniego espresso di autotutela) è fondato sulla circostanza per la quale la condotta contestata dagli organi inquirenti rientri tra quelle valutabili, ai fini del giudizio di integrità e affidabilità dell'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016. Segnatamente, il reato in questione rientra nelle ipotesi delittuose previste come causa obbligatoria di esclusione dall'art. 80, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, laddove vi sia condanna con sentenza definitiva (o anche sentenza di applicazione della pena, su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.)

Ma, in virtù dell'indirizzo prevalente della giurisprudenza (*ex multis*: Cons. St., sez. III, 4 marzo 2020 n. 1603; T.A.R. Lazio, sez. III, 16 settembre 2022 n. 5918; T.A.R. Campania, sez. VII, 15 febbraio 2021 n. 978), i c.d. "*gravi illeciti professionali*" possono essere desunti da una pregressa vicenda, nella quale l'operatore economico sia coinvolto, secondo prudente apprezzamento discrezionale della stazione appaltante (Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2021 n. 7223) e anche da indagini penali in corso (Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2022 n. 164), non essendo necessari siano accertati con una sentenza, ancorché non definitiva (Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1367), sempreché si tratti di casi incidenti sulla c.d. moralità professionale e sull'affidabilità tecnica dello stesso operatore economico, ai fini dell'affidamento di un appalto.

Peraltro, nelle gare pubbliche, l'individuazione tipologica dei c.d. "gravi illeciti professionali", di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, ha carattere meramente esemplificativo (*ex multis*: Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2021 n. 7223; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2020 n. 1605).

Talché, la giurisprudenza ha ritenuto che rientri nel concetto di "grave illecito professionale", quella condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si rilevi contraria ad un dovere posto da una norma giuridica (sia essa di natura civile, penale o amministrativa), che risulti in grado di porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara ad evidenza pubblica. Tra simili condotte, si inquadrano anche le condanne per reati *ex se* non ostativi, ai sensi dell'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (così, *ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 marzo 2020 n. 1633).

Ciò stante, non ricorre alcun eccesso di potere per carenza motivazionale o illogicità o irrazionalità, né tantomeno alcuna violazione di legge, nella ponderata valutazione esperita dall'amministrazione, la quale abbia ritenuto, motivando efficacemente sul punto, sussistere una causa di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 cit. (c.d. cause ad applicazione valutativa discrezionale), nella pendenza di indagini penali su fattispecie concrete, che, laddove si addivenisse ad una condanna irrevocabile, determinano una causa obbligatoria di esclusione, a mente invece dell'art. 80, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 cit. (c.d. cause tipiche ad applicazione automatica).

Rilevante è infatti la posizione dell'*ex* amministratore unico della società ricorrente, che ricopriva la carica al momento della presentazione dell'offerta, nonché risulta essere proprietario delle azioni della *holding* che detiene il 100% delle quote sociali della società partecipante alla gara.

Può anche ritenersi che, nella fattispecie, si faccia concreta applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. *f-bis*), d.lgs. n. 50 cit., nella misura in cui omettere la produzione documentale (vera), richiesta dalla stazione appaltante, può essere ritenuto equivalente alla presentazione di documentazione non veritiera.

In ultima analisi, complessivamente apprezzando la vicenda, può dirsi che parte ricorrente non abbia affatto inteso collaborare proficuamente, al fine di consentire alla Banca d'Italia di valutare *funditus* la situazione e indi poter concludere per la marginalità della vicenda penale in corso di accertamento, com'era pur interesse fare da parte della società.

Talché la Banca d'Italia ha dovuto concludere nel senso che: "[...] il mancato riscontro alle richieste documentali non ha consentito alla Banca di valutare compiutamente le condotte contestate. Si ritiene, in disparte dagli indizi predetti di gravità degli addebiti, che l'omissione dell'informazione, quale lesione del principio di leale collaborazione e reticenza colpevole rispetto a condotte astrattamente rilevanti in relazione alla procedura in oggetto, configuri essa stessa un grave illecito professionale idoneo a far venir meno l'affidabilità e la serietà dell'operatore economico in questione nel rapporto con la Banca".

L'apprezzamento discrezionale effettuato dalla stazione appaltante inerente la constatazione di "gravi illeciti professionali" rilevanti risulta dunque in linea con i precetti normativi previsti per consimili fattispecie dall'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 ed è peraltro congruamente motivato.

6.- In conclusione, per le sopra esposte motivazioni, il ricorso va respinto.

7.- Le spese del giudizio possono vieppiù essere compensate, per la peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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 dell'articolo 10 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 nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare parte ricorrente.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere

Lorenzo Ieva, Primo Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO

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