

**APPALTI: 1. Gara – Partecipazione – Esclusione – Procedimenti penali in corso – Omessa o carente dichiarazione – Rilevanza ai fini escludenti – Necessità di specifico provvedimento – Esclusione. 2. Gara – Partecipazione – Art. 80, comma 5, lett. c, D.lgs. n. 50 del 2016 – Misure di self cleaning – Rilevanza – Adozione prima della gara – Necessità.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. I, 22 giugno 2022, n. 8356**

in Riv. trim. appalti, 4, 2022, pag. 1293 e ss., con commento di P. Segalerba, *La causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c, c bis e c ter tra gli obblighi dichiarativi del concorrente ed il carattere aperto della fattispecie legale del grave illecito professionale.*

1. “[...] ai fini della valutazione dell'esistenza della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del codice dei contratti, correlato a fatti di rilevanza penale, non è necessaria la previa adozione di una misura penale a carico di un soggetto che agisce ed opera per la società interessata, ovvero la disposizione nei suoi confronti del rinvio a giudizio, ma rileva, piuttosto, che i fatti presi in considerazione dalla stazione appaltante, quand'anche di rilevanza penale, siano espressivi di un grave errore professionale [...]”.

2. “[...] le misure di self-cleaning non hanno valore qualora poste in essere in fase di gara, ma operano solo in relazione alle gare indette successivamente alla loro adozione [...]”.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2022 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso r.g. n. 10135/2021 -OMISSIS- soc. coop. p.a. ha impugnato il provvedimento con cui il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica l'ha esclusa dalla procedura aperta per l'affidamento dei servizi di manutenzione degli impianti elettrici e speciali (Lotto 1) e degli impianti meccanici (Lotto 2) installati presso il Compendio del Quirinale e la Tenuta presidenziale di Castelporziano.

La ricorrente ha esposto di avere partecipato a tale gara, di durata triennale, da aggiudicarsi tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'importo totale di euro 16.288.688,92;

secondo il paragrafo 2.1 del Disciplinare di gara potevano partecipare alla procedura gli operatori economici che, alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (e per l'intera durata della procedura), non presentassero i motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice.

-OMISSIS- aveva partecipato a entrambi i Lotti oggetto di gara (nn. 1 e 2), dichiarando anche delle mere indagini penali, documentando le misure di sicurezza, dissociazione, organizzazione e self cleaning adottate negli anni anche in relazione e risposta alle suddette vicende, ancora sub iudice.

La Stazione appaltante, nonostante -OMISSIS- avesse diligentemente dichiarato tutte le vicende che la riguardavano, dopo avere esaminato la documentazione amministrativa, le aveva comunicato il provvedimento di esclusione, senza peraltro dare luogo al necessario contraddittorio.

L'esclusione risultava fondata su due indagini: una, pendente a Bologna, che riguardava il Presidente della ricorrente, nella quale però la Stazione appaltante non era persona offesa, l'altra pendente a Cosenza, che concerneva reati che coinvolgevano dei soggetti non ricompresi nell'ambito applicativo di cui all'art. 80, comma 3, d.lgs. 50/2016, rispetto ai quali la ricorrente aveva posto in essere delle penetranti e idonee misure riparatorie, che tuttavia la Stazione appaltante avrebbe ommesso di considerare.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 e del considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e ss. l. n. 241/1990 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, 41 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione e falsa applicazione della lex specialis (paragrafi 2.1 e 11.3 del Disciplinare di gara). Violazione e falsa applicazione dei principi di adeguatezza, ragionevolezza, proporzionalità, buon andamento, autovincolo e favor participationis. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, travisamento di atti e fatti, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, manifesta ingiustizia, sviamento di potere.

La Stazione appaltante aveva rilevato che “la società e alcuni suoi procuratori e dipendenti sono indagati nell'ambito di un procedimento penale, attualmente in corso, per truffa aggravata ai danni dello Stato in conseguenza della presunta fatturazione di ore lavorative mai effettuate nell'ambito di un appalto di servizi di pulizia. Come appurato attraverso fonti giornalistiche, il 10 settembre 2021 è stato disposto il rinvio a giudizio dei soggetti indagati”; secondo altra ipotesi accusatoria “la società avrebbe conseguito l'aggiudicazione dell'appalto anche grazie ai rapporti di affinità tra il presidente della società e il dirigente della stazione appaltante, poi sollevato dall'incarico”.

L'Amministrazione appaltante aveva quindi ritenuto che “Le predette indagini sono tali da mettere seriamente in dubbio l'affidabilità dell'operatore economico: in particolare, la possibile fatturazione di un numero consistente di ore mai lavorate nell'ambito di una commessa pubblica, con un ricavo di oltre

tre milioni di euro, e il possibile impiego di rapporti personali per il conseguimento di appalti pubblici sono tali da non rendere pienamente affidabile l'operatore economico, sia nell'ambito della fase di aggiudicazione della procedura sia, soprattutto, nel corso dell'esecuzione del contratto".

Il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, tuttavia, non aveva comunicato l'avvio del procedimento volto alla valutazione dell'ammissione alla gara, né aveva svolto un procedimento in contraddittorio con la ricorrente; inoltre, non erano state valutate le argomentazioni e la documentazione allegati da -OMISSIS- già in sede di offerta e perciò le misure organizzative, di sicurezza e di self cleaning adottate dall'impresa anche successivamente alle indagini penali, e non era stata svolta alcuna istruttoria, né fornita alcuna congrua motivazione.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 e del considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, 41 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, travisamento di atti e fatti, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, manifesta ingiustizia, sviamento di potere.

I fatti addotti a fondamento dell'esclusione sarebbero inidonei a configurare un grave illecito professionale, come peraltro ritenuto da alcune centrali di committenza nazionali e regionali (Consip, Intercent-ER, Alisa, Regione Sardegna, ecc.), all'esito però di un legittimo sub-procedimento istruttorio in contraddittorio, con provvedimenti confermati anche in sede giudiziale.

Con successivo ricorso n.r.g. 10136/2021 la ricorrente ha proposto le medesime censure avverso il provvedimento di esclusione relativo al Lotto n. 2 della procedura, fondato sulle stesse ragioni.

Si è costituito in entrambi i giudizi il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, chiedendo il rigetto dei ricorsi.

Con motivi aggiunti depositati in entrambi i giudizi il 17 dicembre 2021 la ricorrente ha impugnato i successivi provvedimenti dell'11 novembre 2021 con cui la Stazione appaltante l'ha nuovamente esclusa dalla procedura in relazione ad entrambi i lotti.

La ricorrente ha dedotto che l'Amministrazione, dopo la presentazione del ricorso, aveva annullato in autotutela il provvedimento di esclusione, così avviando formalmente l'appendice istruttoria in contraddittorio; tuttavia, erano stati concessi all'interessata solo 4 giorni lavorativi per depositare scritti difensivi e documenti, ed era stata ampliata l'istruttoria a fatti e vicende esorbitanti quelle fondanti l'originaria esclusione.

I motivi aggiunti sono stati affidati alle censure già articolate nel ricorso introduttivo e alle ulteriori doglianze relative alla violazione e falsa applicazione dell'art. 80, d.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione dell'art. 57 e del considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE, violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 10 e ss. l. 241/1990 e s.m.i., violazione e falsa applicazione degli artt. 27,

41 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 6, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (paragrafi 2.1 e 11.3 del Disciplinare di gara), violazione e falsa applicazione dei principi di adeguatezza, ragionevolezza, proporzionalità, buon andamento, autovincolo e *favor participationis*, eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, travisamento di atti e fatti, erroneità e/o carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, manifesta ingiustizia, sviamento di potere.

Il procedimento di Modena richiamato nel provvedimento si riferiva a circostanze ormai datate (2007-2012) e che fuoriuscivano dal triennio di rilevanza di cui all'art. 80, comma 10-bis, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., con conseguente inidoneità dello stesso a giustificare l'esclusione.

Quanto alla vicenda di Cosenza, la Stazione appaltante non aveva considerato le misure riparatorie poste in essere dalla ricorrente.

L'Amministrazione aveva poi ritenuto sussistente una nuova e autonoma causa di esclusione, e cioè l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), ritenendo che -OMISSIS- si fosse mostrata reticente nella stessa ricostruzione delle circostanze potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016 in quanto: “[...] con riferimento alla vicenda su cui sta indagando la Procura di Bologna [...] la società ha effettuato un generico rinvio all'art. 323 c.p., senza precisare alcunché in ordine ai fatti oggetto della contestazione, né sul conseguente contenzioso amministrativo [...]” (1° ipotesi di reticenza); “[...] la società insiste nel non indicare in maniera chiara i fatti oggetto del procedimento avviato dalla Procura di Cosenza, conducendo questa Stazione appaltante a dover ricorrere a fonti diverse e a dover effettuare proprie autonome ricerche [...]” (2° ipotesi di reticenza); “[...] la società ha omesso qualsivoglia dichiarazione in ordine alla vicenda di cui al precedente punto 7 – dalla quale è derivata la morte di un dipendente – inserendo, invece, un vago e imprecisato riferimento a infortuni sul lavoro”.

Sulla presunta reticenza concernente la vicenda di Bologna, la ricorrente ha dedotto che la stessa era coperta dal segreto istruttorio, anche a tutela di dati sensibili di terzi; rispetto all'indagine di Cosenza, la ricorrente aveva puntualmente notiziato la Stazione appaltante, dichiarando sia le fattispecie di reato contestate (“art.li 356 – 476 comma 2 – 640 comma 2 n. 1 c.p.”) che l'oggetto (“avere fatturato prestazioni che si ipotizza non essere state eseguite e/o comunque esorbitanti quelle previste da contratto”); quanto ai fatti avvenuti a Jesi, la ricorrente aveva chiaramente dichiarato l'omicidio colposo, richiamando la “violazione della normativa contenuta nel d.lgs. 231/01 per violazione dell'art. 25-septies comma II in relazione all'art. 589 c.p.”.

Acquisite le difese delle parti, all'udienza pubblica del 23 marzo 2022 entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente i due ricorsi devono essere riuniti, in quanto proposti dal medesimo soggetto nei confronti di provvedimenti connessi, concernenti due lotti della medesima procedura di gara.

Deve poi rilevarsi che, con provvedimento del 19 ottobre 2021, il Segretariato Generale ha annullato d'ufficio i provvedimenti di esclusione dalla gara oggetto dei due ricorsi principali, che devono quindi essere dichiarati improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse.

Vanno quindi esaminati i motivi aggiunti avverso i provvedimenti con i quali è stata nuovamente disposta l'esclusione, che devono essere respinti in quanto infondati.

Al riguardo devono essere disattese, in primo luogo, le censure di invalidità derivata rispetto al provvedimento oggetto del ricorso introduttivo, in quanto la seconda esclusione, oggetto dei motivi aggiunti, è stata disposta a seguito di ulteriore approfondimento istruttorio in contraddittorio, con la parte interessata, ed è stata motivata con riferimento a circostanze ulteriori rispetto a quelle richiamate nel primo provvedimento.

Di conseguenza, il secondo atto non costituisce una mera conferma del primo, ma un provvedimento autonomo non suscettibile di essere invalidato dai vizi fatti valere avverso l'esclusione originaria.

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha poi lamentato, con riferimento al procedimento pendente a Modena, che i fatti oggetto di indagine fuoriuscivano dal triennio di rilevanza di cui all'art. 80, comma 10-bis, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., con conseguente inidoneità dello stesso a giustificare l'esclusione, mentre, quanto alla vicenda di Cosenza, la Stazione appaltante non avrebbe considerato le misure riparatorie poste in essere dalla ricorrente.

Le censure sono infondate.

Il provvedimento impugnato ha richiamato le vicende penali che hanno interessato la ricorrente, facendo riferimento ai procedimenti in corso e richiamando, in particolare, le indagini di Ancona e Bologna, riportate nella stessa nota del 25 ottobre 2021 prodotta dalla -OMISSIS- per contraddire nel procedimento di riesame; quanto al primo procedimento, si è appreso che la procura di Ancona ha iscritto nel registro degli indagati il direttore generale e il direttore commerciale di -OMISSIS-, per i reati di turbata libertà degli incanti e corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; sempre ad Ancona risulta pendente un procedimento penale per omicidio colposo avvenuto sul luogo di lavoro che vede coinvolte più persone fisiche appartenenti all'organizzazione aziendale di -OMISSIS- (dipendenti in posizione apicali o comunque in posizione di responsabilità con competenze in materia di sicurezza sul lavoro); dalla memoria depositata dalla ricorrente è emerso che gli imputati hanno in questo caso richiesto il giudizio abbreviato e che risulta coinvolta anche la stessa -OMISSIS- ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

Per quanto riguarda, invece, il procedimento penale per abuso di ufficio pendente a Bologna, l'Organo costituzionale resistente ha integrato le informazioni fornite dalla ricorrente con gli elementi fattuali

riportati nella sentenza n. 5151 del 2020 del Consiglio di Stato, con cui è stata annullata l'aggiudicazione per la gestione dei servizi integrati di supporto alla persona indetta dall'Azienda ospedaliera S. Orsola Malpighi di Bologna in ragione del rapporto di affinità che intercorre fra il Presidente di -OMISSIS- ed il Direttore della Struttura Complessa Servizi di Supporto alla Persona dell'A.O. Universitaria di Bologna; tali valutazioni sono puntualmente riportate nel provvedimento impugnato, dando così pienamente conto delle determinazioni assunte.

Tali circostanze sono, infatti, idonee ad integrare gli estremi del grave illecito professionale in quanto certamente indicative di una dubbia affidabilità e integrità dell'operatore economico, e la loro valutazione, connotata da elementi di tipica discrezionalità amministrativa, non evidenzia alcuna irragionevolezza o illogicità.

Né ai fini della valutazione sulla sussistenza dell'ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. c, del codice dei contratti è necessaria l'adozione di un provvedimento di rinvio a giudizio, atteso che ciò che rileva è la gravità dei fatti contestati in un procedimento penale.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, rilevato che, ai fini della valutazione dell'esistenza della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del codice dei contratti, correlato a fatti di rilevanza penale, non è necessaria la previa adozione di una misura penale a carico di un soggetto che agisce ed opera per la società interessata, ovvero la disposizione nei suoi confronti del rinvio a giudizio, ma rileva, piuttosto, che i fatti presi in considerazione dalla stazione appaltante, quand'anche di rilevanza penale, siano espressivi di un grave errore professionale (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2021, n. 799; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 16 ottobre 2020, n. 2112; TAR Lombardia, Milano, 14 maggio 2020, n. 811).

Nella fattispecie i fatti contestati appaiono di particolare gravità ed espressivi di un pericolo per l'affidabilità ed integrità dell'operatore anche a prescindere dalla formale adozione di un provvedimento di rinvio a giudizio o condanna.

Né rileva quanto dedotto con riferimento al periodo ultratriennale decorso tra i fatti contestati a Modena e il provvedimento di esclusione, giacché il provvedimento, come sopra osservato, risulta motivato con riferimento ad una molteplicità di fatti, sicché, anche ove non dovesse ritenersi rilevante tale indagine, la determinazione di esclusione sarebbe comunque sorretta dal richiamo agli altri procedimenti pendenti.

Ed infatti, dalla documentazione fornita dall'operatore economico alla stazione appaltante in data 25 ottobre 2021 emerge che i fatti oggetto di indagine da parte della procura di Ancona (artt. 353, 319, 321 c.p.) risalgono al periodo gennaio-maggio 2019, ossia a circa due anni prima dell'indizione della gara; il fatto (art. 589 c.p.) per cui la procura di Ancona (Jesi) ha avviato un procedimento penale risulta

avvenuto in data 26 giugno 2020; infine, è la stessa ricorrente ad ammettere la rilevanza dei fatti oggetto del procedimento in corso a Cosenza ai fini della valutazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c).

Quanto alla contestata mancata considerazione delle misure di self-cleaning adottate, deve evidenziarsi che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, il provvedimento ha formulato un giudizio globale sulle misure riparatorie adottate dalla ricorrente, rilevando che le misure adottate nel corso del tempo non hanno impedito che -OMISSIS- fosse implicata in un numero consistente di procedimenti penali; nella motivazione dell'esclusione sono state ampiamente poste in luce sia le carenze dell'organizzazione aziendale e dei vari strumenti di cui -OMISSIS- si sarebbe dotata nel tempo, sia il carattere "selettivo" di alcune misure di self-cleaning.

Si è evidenziato, in particolare, che in alcuni casi -OMISSIS- ha rimosso in maniera abbastanza tempestiva rappresentanti speciali e dirigenti implicati in procedimenti penali, mentre non ha adottato alcun provvedimento (neppure di carattere temporaneo) nei confronti di propri esponenti apicali coinvolti in due procedimenti penali di notevole gravità in corso ad Ancona e Modena.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, inoltre, le misure di self-cleaning non hanno valore qualora poste in essere in fase di gara, ma operano solo in relazione alle gare indette successivamente alla loro adozione (Consiglio di Stato sez. V, 21 gennaio 2020 n. 478, TAR Lazio, Roma, 2 marzo 2018 n. 2394; TAR Lombardia, 10 novembre 2017 n. 2123); ne consegue che le misure di self-cleaning poste in essere prima dell'espulsione non avrebbero potuto impedire tale esito.

Infondato è anche l'assunto secondo cui la comunicazione delle vicende rilevanti ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) da parte della ricorrente non sarebbe stata carente.

Come, infatti, osservato nel secondo provvedimento di esclusione, -OMISSIS- non ha fornito elementi sufficienti né in merito al procedimento penale in corso a Bologna né in merito a quello in corso a Cosenza; in relazione a quest'ultimo, la ricorrente ha fornito un quadro complessivo dei provvedimenti giurisdizionali emessi soltanto in seguito alle richieste di approfondimenti avanzate dal Segretariato Generale; quanto al procedimento in corso a Bologna, invece, la ricorrente ha ommesso di dichiarare l'esistenza di una sentenza sfavorevole resa nell'ambito di un giudizio amministrativo avente ad oggetto gli stessi fatti per cui è stato avviato il procedimento penale attualmente in corso a Bologna.

Del resto, come dedotto dalla difesa dell'Amministrazione il Consiglio di Stato ha già, in altro giudizio riguardante la ricorrente, ritenuto che l'informazione carente ed omissiva in merito ai procedimenti penali in corso ad Ancona, Bologna e Cosenza costituisca ragione sufficiente a giustificare l'esclusione di -OMISSIS- dalla gara (Consiglio di Stato, sentenza n. 164/2022).

I motivi aggiunti vanno quindi respinti.

Le spese di lite possono essere compensate in considerazione delle peculiarità della vicenda e dell'intervenuto annullamento in autotutela dei provvedimenti oggetto dei due ricorsi principali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibili i ricorsi principali;  
respinge i motivi aggiunti;  
compensa le spese.

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 la ricorrente.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesca Petrucciani, Presidente FF, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Francesca Petrucciani**

**IL SEGRETARIO**

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