

N. 03999/2023 REG.PROV.COLL.

N. 07107/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7107 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento di sospensione dell'efficacia della qualificazione nel sistema di qualificazione -OMISSIS-di -OMISSIS-per le categorie -OMISSIS- adottato con nota prot. -OMISSIS-ed ove occorra del disciplinare del sistema di qualificazione di -OMISSIS-, art. 13.7, punto 2, per quanto oggetto di censura nei motivi di ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2023 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. -OMISSIS- -OMISSIS- è una azienda metalmeccanica qualificata per le categorie -OMISSIS- (carpenteria metallica in acciaio per linee aeree di contatto), -OMISSIS- (Sostegni vari in carpenteria metallica e relativi tirafondi in acciaio per linee aeree di contatto) e -OMISSIS- (Cartelli, targhe e bandierine per linee di trazione elettrica e per segnaletica a messaggio fisso di stazione) nell'ambito del sistema di qualificazione, di cui si è dotata -OMISSIS- ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti;
2. La ricorrente, nel mese di luglio 2021, partecipava in ATI con altre due imprese (-OMISSIS-) ad una gara telematica, suddivisa in quattro lotti, bandita da -OMISSIS- per l'affidamento della fornitura di -OMISSIS-;
3. L'ATI -OMISSIS- si aggiudicava il Lotto 1, risultando esclusa dalla gara per i lotti successivi, per un errore degli associati nella sottoscrizione delle offerte;
4. Nel mese di gennaio 2022 l'amministratore delegato della -OMISSIS-, -OMISSIS-, riceveva la notifica di un decreto di perquisizione nell'ambito di un'indagine che lo vedeva coinvolto, unitamente agli altri partecipanti alla gara, per il delitto di cui all'art. 353 c.p., correlato alla conclusione di un accordo per la spartizione dei lotti;

5. -OMISSIS-, venuta formalmente a conoscenza della predetta indagine, adottava, previa comunicazione di avvio del procedimento, il provvedimento di sospensione dell'efficacia della qualificazione vantata dalla ricorrente per le categorie -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-, adottato con nota prot. -OMISSIS-.

5.1. In particolare, -OMISSIS-dava applicazione all'art. 13.7, ultima parte, del Disciplinare del Sistema di Qualificazione, ove è stabilito che “-OMISSIS-si riserva la facoltà di sospendere temporaneamente il procedimento di qualificazione o l'efficacia della qualificazione (.....) qualora -OMISSIS-venga a conoscenza, in occasione di attività di audit interna/esterna o di indagini svolte da Autorità Giudiziarie e/o di provvedimenti da queste ultime adottati, di atti e/o comportamenti violanti il Codice Etico del Gruppo -OMISSIS- e in ogni caso tali da pregiudicare l'integrità e affidabilità dell'operatore economico e ledere gravemente il rapporto fiduciario con -OMISSIS-e conseguentemente incidenti sull'inserimento e/o mantenimento nei Sistemi di Qualificazione”.

6. Avverso tale determinazione insorgeva parte ricorrente che formulava due motivi di gravame.

6.1. Con il primo motivo deduceva violazione e/o falsa applicazione degli artt. 136 e 80 del codice dei contratti, e delle Linee Guida ANAC n. 6. Difetto di motivazione.

6.1.1. Si doleva parte ricorrente del fatto che il provvedimento di sospensione fosse stato adottato nonostante i fatti presi in considerazione attenessero ad un'indagine non ancora conclusa, mancando, pertanto, un accertamento definitivo della fattispecie delittuosa ascritta al predetto amministratore delegato della ricorrente.

6.1.2. In particolare, ad avviso della ricorrente la sospensione sarebbe stata giustificata solo se inquadrabile nella previsione di cui all'art. 80, commi 1 e 2 o 5 del

d. lgs. 50/16 in quanto le amministrazioni aggiudicatrici, nel disciplinare i criteri di esclusione, sarebbero tenute ad attenersi a quanto stabilito dall'articolo 80.

6.1.3. In ogni caso, proseguiva l'esponente, anche il disposto dell'art. 80, comma 5, lettera "c", che consente l'esclusione anche nel caso in cui "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" non legittimerebbe l'adozione di un simile provvedimento allorquando ci si trovi di fronte ad una mera esistenza di indagini. Infatti, sarebbe onere dell'amministrazione operare un autonomo accertamento dei fatti, dimostrare con mezzi adeguati l'effettiva commissione di gravi illeciti professionali e articolare al riguardo una motivazione particolarmente pregnante.

6.1.4. -OMISSIS-, invece, a giudizio di -OMISSIS- -OMISSIS-, si sarebbe limitata a richiamare l'esistenza del procedimento penale pendente per il reato di cui all'art. 353 c.p. ed evidenziare l'incisione di tale circostanza sull'elemento fiduciario.

6.2. Con il secondo motivo di gravame -OMISSIS- -OMISSIS-, censurava l'asserita violazione degli artt. 3 e 10 della L. 241/90, e dell'art. 80 codice dei contratti e la motivazione apparente.

6.2.1. Evidenziava l'esponente che il provvedimento sarebbe stato adottato senza alcuna valutazione del contenuto degli scritti difensivi e senza esplicitazione degli elementi di prova ritenuti rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti contestati; -OMISSIS-, in particolare, si sarebbe limitata ad affermazioni apodittiche, tali da ricondurre il provvedimento gravato ad un modello "tipo", privo di motivazioni riferibili al caso concreto.

7. Si costituiva in giudizio -OMISSIS- che instava per la reiezione del gravame.

8. Con Ordinanza -OMISSIS- la Sezione respingeva l'istanza cautelare.

9. In vista dell'udienza di merito -OMISSIS-depositava memorie rappresentando che, nelle more del giudizio, -OMISSIS-aveva acquisito l'avviso di conclusione delle indagini preliminari emesso in data 10.10.2022.

10. All'udienza dell'8 marzo 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

1.1. -OMISSIS-ha, infatti, dato puntuale applicazione all'art. 13.7. ultima parte del Disciplinare del Sistema di Qualificazione che prevede che *“-OMISSIS-si riserva la facoltà di sospendere temporaneamente il procedimento di qualificazione o l'efficacia della qualificazione ovvero di annullare la qualificazione stessa di un operatore economico nel caso in cui (...) qualora -OMISSIS- venga a conoscenza, in occasione di attività di audit interna/ esterna o di indagini svolte da Autorità Giudiziarie e/ o di provvedimenti da queste ultime adottati, di atti e/ o comportamenti violanti il Codice Etico del Gruppo -OMISSIS- e in ogni caso tali da pregiudicare l'integrità e affidabilità dell'operatore economico e ledere gravemente il rapporto fiduciario con -OMISSIS-e conseguentemente incidenti sull'inserimento e/ o mantenimento nei Sistemi di Qualificazione.”*

Il provvedimento di sospensione, infatti, si basa sulle risultanze delle indagini penali svolte dall'autorità giudiziaria e del decreto di perquisizione emesso che hanno fatto emergere circostanze idonee ad arrecare una grave lesione del rapporto fiduciario con -OMISSIS-della ricorrente.

I fatti descritti nel Decreto di Perquisizione del -OMISSIS- enucleano un quadro particolarmente allarmante e caratterizzato da spiccata gravità.

In particolare, delineano fattispecie delittuose afferenti all'espletamento delle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche bandite dalla stessa

società Committente -OMISSIS-che, nell'ipotesi accusatoria, è stata incisa dall'esistenza di accordi collusivi.

Il decreto di perquisizione del -OMISSIS- descrive in maniera puntuale le circostanze di fatto, legittimando, senza dubbio, -OMISSIS-all'adozione del provvedimento cautelare in questione.

1.2. Non può trovare accoglimento la tesi di parte ricorrente che riconduce in maniera asseritamente sovrapponibile l'ambito applicativo del sistema di qualificazione (e i conseguenti eventuali provvedimenti cautelari e di annullamento degli attestati) alla previsione di cui all'art. 80 commi 1, 2 e 5 del D.Lgs 50/2016.

La ratio del sistema di qualificazione, infatti, è quella di selezionare "ex ante" i potenziali partner contrattuali delle commesse pubbliche in ragione della sussistenza di requisiti di tipo tecnico e di complessiva affidabilità.

Infatti, è ragionevole che la posizione in qualche modo privilegiata dei soggetti qualificati, che legittimamente si sottraggono ad un confronto generalizzato con qualsiasi altro competitor non qualificato, venga ad essere fisiologicamente controbilanciata dal necessario possesso di elevati standard qualitativi indispensabili a garantire la permanenza di un vincolo di piena fiducia tra il suddetto operatore e la Stazione appaltante che tale sistema di qualificazione ha istituito e governa.

La giurisprudenza ha chiarito che *"I riferiti elementi riguardano, dunque, proprio l'ambito interessato dal sistema di qualificazione istituito dall'Ente aggiudicatore resistente per l'affidamento degli appalti nel settore in considerazione, cui è evidentemente sottesa l'esigenza di assicurare il corretto andamento degli appalti dell'Ente medesimo, richiedente la necessaria permanenza del rapporto di fiducia sottostante all'iscrizione dell'operatore nel sistema stesso in ragione della finalità selettiva del sistema, in quanto inteso a realizzare un "primo accreditamento" degli operatori economici interessati a partecipare alle procedure di affidamento dell'ente medesimo"* (cfr. Tar

Lazio, Roma, sez. III ter, sent. n. 9741/2011, e Tar Lazio sez. III[^] 17.12.2020, n° 13647.).

In siffatto contesto, l'esercizio del potere di -OMISSIS-, di natura cautelare, presenta dunque un carattere anticipatorio, comunque ben ancorato ad un benchmark normativo rappresentato dall'art. 80 del codice dei contratti.

In definitiva, i fatti ascritti alla ricorrente, seppur afferenti ad una fase di indagini preliminari ricadono a pieno titolo nella fattispecie di cui all'art. 13 ultima parte del Disciplinare del Sistema di Qualificazione legittimando le iniziative assunte da -OMISSIS-.

1.3. Emerge dalla documentazione versata in giudizio che la stazione appaltante, contrariamente a quanto assume la deducente ha, infatti, effettuato una autonoma e diretta valutazione della rilevanza dei fatti penali ascritti all'amministratore delegato della società ricorrente e della idoneità degli stessi ad incidere sul requisito dell'affidabilità dell'impresa concorrente e sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante;

D'altronde, l'ipotesi accusatoria consistente nell'esistenza di una logica spartitoria di appalti ferroviari non poteva che legittimare -OMISSIS-all'adozione del gravato provvedimento anche al fine di scongiurare il reiterarsi di condotte potenzialmente idonee a perpetuare un grave nocumento al trasparente espletamento delle procedure di evidenza pubblica.

La giurisprudenza ha affermato, che una volta che l'amministrazione abbia sottoposto a pertinente valutazione i comportamenti tenuti dagli operatori economici *operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente" ...limiti che non escludono in radice,*

ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione".

9.9. In sostanza, l'esclusione, nel caso di specie, può ritenersi correttamente rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, in modo svincolato da valutazioni effettuate in altre circostanze, apparendo comunque mantenuta sul piano della "non pretestuosità" dell'apprezzamento degli elementi di fatto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223 e più di recente Cons. Stato Sez. IV, Sent., 16-01-2023, n. 503).

Ulteriormente si è osservato che l'ipotesi contemplata sottende quindi un apprezzamento discrezionale ad opera dell'Ente aggiudicatore in ordine alla sussistenza dei requisiti di integrità e affidabilità dell'impresa, per certi versi assimilabile alla valutazione prevista in relazione alle ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c, d.lgs. n. 50/2016 (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. V, sent. 24 settembre 2018, n. 5500), il cui sindacato in sede giurisdizionale risulta ammesso nei noti limiti della manifesta irragionevolezza ovvero macroscopica illogicità oltre che sotto il profilo del travisamento fattuale (cfr. ex multis, da ultimo, Cons. St., sez. V, sent. 4 giugno 2020, n. 3507; Tar Lazio sez. III[^] 17.12.2020, n° 13647 cit.).

1.4. In definitiva, il primo motivo di ricorso è infondato.

2. Anche il secondo motivo di gravame va respinto atteso che il puntuale richiamo operato da -OMISSIS-al procedimento penale -OMISSIS- che ha visto coinvolta la ricorrente era sufficiente ad offrire a questa tutti gli elementi -peraltro, già noti alla ricorrente- che supportavano, in ragione della potenziale compromissione del vincolo fiduciario con la stazione appaltante, l'adozione del provvedimento cautelare.

La sopra riportata valutazione dei fatti penali si rivela, infatti, essere stata esternata mediante una adeguata motivazione che consente a pieno di cogliere e ricostruire l'iter logico-giuridico condotto dall'autorità di gara.

Nè tale motivazione avrebbe potuto estendersi oltre, anche alla luce del contenuto delle controdeduzioni rese dalla ricorrente che si sono limitate ad una generica contestazione dei fatti e al rilievo dell'assenza di un provvedimento definitivo di condanna, senza apportare al procedimento elementi di rilievo idonei ad imporre a -OMISSIS-una precisa presa di posizione sul punto.

3. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va respinto siccome infondato.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio che liquida nella misura di euro 3.000,00 (tremila).

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 i soggetti coinvolti nelle vicende riportate nella presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Chiara Cavallari, Referendario

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Montixi

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO

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