

Publicato il 12/01/2024

N. 00655/2024 REG.PROV.COLL.

N. 16897/2023 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

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 16897 del 2023, proposto dalla -OMISSIS-,
in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.
Giancarlo Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Provveditorato Interregionale per
le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo, la Sardegna e la città di Roma, in persona
del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

della -OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Provveditore per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo, la Sardegna e la città di Roma n. -OMISSIS-, recante la comunicazione di non aggiudicazione in via definitiva dell'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza e manutenzione finalizzati alla riduzione del rischio sismico di -OMISSIS- in Roma, in uso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (CUP: -OMISSIS-);
- del decreto del Provveditore per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo, la Sardegna e la città di Roma, n. -OMISSIS-, recante la non approvazione del citato appalto in favore della prima classificata e lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato;
- della nota n-OMISSIS-, avente ad oggetto la conferma della non approvazione dell'aggiudicazione;
- di ogni altro atto, antecedente o consequenziale, comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie delle Amministrazioni intimate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 120, comma 5, 60 e 74 del cod.proc.amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 il dott. Massimiliano Scalise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

- con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti sulla cui base sono stati stati disposti: i) la non aggiudicazione, in suo favore, dell'affidamento congiunto, con procedura negoziata, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza e di manutenzione straordinaria, finalizzati alla riduzione del rischio sismico di -OMISSIS-, in uso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (CUP: -OMISSIS-); ii) lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato;
- le predette determinazioni avversate sono scaturite da quanto emerso, in esito agli accertamenti compiuti dalla stazione appaltante successivamente allo svolgimento della gara, sulla sussistenza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di cui all'art. 80, d.lgs n. 50/2016;
- in particolare, sono emersi: i) il rinvio a giudizio disposto nei confronti di alcuni componenti della sua compagine sociale per i reati di cui agli artt. 321, 353 e 356 del cod.pen.; ii) l'annotazione sul Casellario ANAC, a carico dell'aggiudicataria stessa, in relazione ad un contenzioso civile;
- col gravame, il ricorrente ha dedotto: i) il vizio dell'incompetenza, atteso che i provvedimenti impugnati non sono stati firmati dal RUP ma dal Provveditore per le Opere Pubbliche; ii) l'adozione dei provvedimenti contestati in assenza della valutazione in contraddittorio della gravità dei predetti elementi, della loro idoneità ad incrinare la affidabilità dell'impresa nonché dell'inefficacia delle misure di *self cleaning* adottate ad evitare la mancata aggiudicazione;
- le Amministrazioni intimare si sono costituite in resistenza al ricorso e con memoria ne hanno dedotto l'infondatezza, rappresentando, fra l'altro, che: i) il provvedimento di esclusione è stato comunque adottato dal superiore gerarchico del

RUP; ii) il contraddittorio su quanto emerso nell'ambito dei predetti accertamenti, ha comunque avuto luogo in via successiva, in quanto il Provveditorato si è espresso con provvedimento del 6 dicembre 2023, rigettando l'istanza di annullamento in autotutela della ricorrente fondata sulle medesime circostanze esimenti, poi richiamate nel presente giudizio;

- alla camera di consiglio del 10 gennaio 2024, fissata per la discussione della domanda cautelare proposta insieme al ricorso, dato avviso alle parti della possibilità di una definizione della controversia nel merito ai sensi dell'art. 60 cod.proc.amm., la causa è stata assunta in decisione;

Rilevato che:

- sussistono i presupposti per definire integralmente la controversia facendo applicazione della norma di rito appena citata;

- nel merito il ricorso va accolto, in quanto risulta fondato;

- ciò vale, innanzitutto per il primo motivo di ricorso, volto a far valere il vizio dell'incompetenza dei provvedimenti impugnati, in quanto questi ultimi non sono stati sottoscritti dal RUP, che in materia avrebbe una competenza esclusiva e "funzionale";

- sul punto, decisiva risulta la considerazione del tenore dell'art. 31 comma 3 del d.lgs n. 50/2016, a mente del quale *"Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"*;

- tale disposizione è stata interpretata dal condivisibile orientamento giurisprudenziale nel senso che: i) la stessa *"delinea la competenza del responsabile unico del procedimento (RUP) in termini residuali (cfr. T.A.R Campania, Napoli, sez. VIII, 19*

ottobre 2017, n. 4884), competenza che si estende anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito "pacifico" (cfr. Cons. St., III, n. 2983/2017 e la giurisprudenza ivi richiamata); ii) "Le attribuzioni del RUP sono definite come residuali e le stesse si estendono anche all'adozione di provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara. La competenza del RUP nell'adozione dei provvedimenti di esclusione trova piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e controllo che allo stesso sono intestate, anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all'avvio della procedura di affidamento, così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell'intero ciclo dell'appalto" (cfr. T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, I, n. 450/2019); iii) tali conclusioni sono corroborate dalle Linee Guida ANAC n. 3, dalle quali è dato desumere che, ove - come nel caso di specie - la stazione appaltante abbia optato per deferire al RUP il controllo della documentazione presentata dai concorrenti, tale soggetto assume una funzione di coordinamento e di controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e risulta quindi deputato all'adozione delle decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate (cfr. in tal senso T.A.R. Veneto, I, n. 695/2018); iv) "affinché si possa riconoscere che un compito possa e debba essere svolto da un soggetto diverso dal RUP - è indispensabile che detta attribuzione avvenga "in modo specifico, dettagliato, distintamente" (cfr. sempre T.A.R. Veneto, I, n. 695/2018); v) conseguentemente, in assenza di tale evidenza, è illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione da una gara di appalto disposto da un soggetto diverso dal RUP "che, in virtù di quanto disposto dall' art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti"; e ciò anche se il RUP non è investito di poteri a valenza esterna (cfr. ancora T.A.R.

Veneto, I, n. 695/2018 e in senso analogo T.A.R. Puglia, Lecce, II, n. 1373/2021; T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, I, n. 450/2019; Cons. St., V, n. 7470/2010);

- a tale stregua, nel concreto va considerato che: i) la fase di accertamento dei requisiti in capo all'aggiudicataria risulta essere stata deferita al RUP ed è stata da quest'ultimo compiuta; tuttavia, l'attività provvedimentale, che ha compendiato le relative risultanze e ha recato le determinazioni sfavorevoli per l'aggiudicataria, è stata compiuta da un altro soggetto (il Provveditore per le Opere Pubbliche); ii) le Amministrazioni ricorrenti si sono limitate a richiamare il ruolo di quest'ultimo, quale superiore gerarchico del RUP; sennonché tale elemento risulta di per sé neutro, tenuto conto del regime "speciale" e "funzionale" della competenza in favore del RUP e della correlativa necessità di un'apposita ed espressa previsione di segno diverso per poter derogare al predetto regime, previsione nella specie né evocata né tanto meno allegata;

- pertanto, i provvedimenti impugnati, in quanto sottoscritti dal Provveditore per le Opere Pubbliche, risultano affetti dal vizio di incompetenza;

Ritenuto, inoltre, che, malgrado l'accoglimento del primo motivo, il Collegio, pur essendo consapevole della valenza del principio della ragione più liquida, che condurrebbe a disporre l'assorbimento del secondo mezzo, intende comunque procedere all'esame di quest'ultimo; e ciò al fine di conformare la sola cornice giuridica della successiva attività di riedizione del potere che l'Amministrazione potrà porre in essere successivamente all'annullamento dei provvedimenti specificati in epigrafe;

Considerato, al proposito, che:

- anche il secondo motivo merita positiva considerazione, in quanto è fondato;

- infatti va innanzitutto evidenziato che i fatti posti a base dei provvedimenti impugnati potevano astrattamente rilevare ai fini dell'applicazione dell'ipotesi escludente prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs n. 50/2016; ora, in relazione a tale fattispecie, il condivisibile e ormai consolidato orientamento giurisprudenziale ha avuto modo di osservare che: i) l'esclusione di un operatore economico dalla gara può essere disposta solo all'esito del procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato previsto dall'art. 57, paragrafo 6, della dir. 2014/24/UE; e tanto in conseguenza di un'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) alla luce della disciplina contemplata dalla citata normativa comunitaria, come peraltro testualmente stabilito nelle Linee Guida ANAC n. 6 (cfr. *ex multis* CGARS n. 720/2021); ii) detto procedimento connota il giudizio discrezionale della stazione appaltante sull'affidabilità dell'operatore economico concorrente, svincolandolo dall'automatismo espulsivo in presenza di un illecito professionale più o meno qualificato (cfr. *ex multis* Cons. St., V, n. 5732/2020); iii) l'Amministrazione è chiamata ad esprimersi sui fatti che hanno dato luogo all'illecito valorizzato e a valutare in modo espresso, fra l'altro: 1) la sua gravità in astratto e in concreto, anche in relazione al tempo trascorso dai relativi fatti; 2) la sua idoneità ad incrinare l'affidabilità e l'integrità del concorrente; 3) ove quest'ultimo allegghi l'avvenuta adozione di misure di *self cleaning*, la loro idoneità ad evitare il provvedimento espulsivo (cfr. *ex multis* Cons. St., V, n. 489/2022; T.A.R. Puglia, Lecce, II, n. 1414/2021); iv) la motivazione della determinazione finale adottata deve recare congrua traccia dell'*iter* valutativo compiuto dall'Amministrazione sui predetti aspetti (cfr. *ex multis* Cons. St., V, n. 489/2022);
- sulla base di tali coordinate ricostruttive, il Collegio osserva che nella specie il contraddittorio con l'aggiudicataria è mancato: i) sia in fase antecedente all'adozione

delle determinazioni censurate, tant'è vero che i relativi provvedimenti non ne recano alcuna traccia; ii) sia in fase successiva, atteso che il provvedimento del 6 dicembre 2023, recante il rigetto dell'istanza di autotutela proposta dalla ricorrente, si è limitato a fare generico riferimento alla non condivisibilità e all'infondatezza degli elementi posti a fondamento della citata istanza, senza recare alcuna illustrazione dell'*iter* logico che ha condotto l'Amministrazione a tali conclusioni in relazione ai parametri in precedenza evocati: detto provvedimento del 6 dicembre 2023, quindi, si è atteggiato ad atto meramente confermativo della mancata aggiudicazione avversata;

- conseguentemente, i provvedimenti impugnati risultano illegittimi anche per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs n. 50/2016, come interpretato dalle Linee Guida n. 6 alla luce delle previsioni dell'art. 57, paragrafo 6, della dir. 2014/24/UE, a motivo: i) della mancata attivazione del contraddittorio con la ricorrente sui fatti valorizzati quale grave illecito professionale; ii) del difetto di istruttoria e di motivazione dei provvedimenti impugnati, che da tale omissione è derivato;

Ritenuto, in definitiva, che: i) il ricorso vada accolto, in quanto è fondato in relazione ad entrambi gli aspetti in precedenza illustrati; ii) per l'effetto, vadano annullati gli atti specificati in epigrafe, con i quali la stazione appaltante ha disposto la non aggiudicazione, in favore della ricorrente, dell'affidamento con procedura negoziata dell'appalto in discorso, nonché lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato, salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione potrà adottare, senza vincolo di contenuto, procedendo, tuttavia, sulla base delle modalità procedurali e sostanziali in precedenza delineate;

Ritenuto, infine, che le spese legali seguano la soccombenza e vadano liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- lo accoglie;
- per l'effetto, annulla gli atti specificati in epigrafe, con i quali la stazione appaltante ha disposto la non aggiudicazione, in favore della ricorrente, dell'affidamento con procedura negoziata dell'appalto in discorso, nonché lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Condanna in solido le Amministrazioni resistenti alla rifusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre ad accessori come per legge e alla rifusione del contributo unificato.

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 l'impresa ricorrente e la relativa vicenda posta a base del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Chiara Cavallari, Referendario

Massimiliano Scalise, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Massimiliano Scalise

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO

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