

Publicato il 16/11/2021

N. 01495/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00907/2021 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 la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale -OMISSIS- del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero della Giustizia in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Antonietta Favale e Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 4 maggio 2021 - trasmesso via PEC il successivo 23 giugno - con il quale la Procura della Repubblica presso il Tribunale di - OMISSIS- risulta aver escluso l'odierna ricorrente dalla procedura negoziata indetta dallo stesso Ente, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n. 50/2016, “per l'affidamento del servizio di Vigilanza privata armata, mediante piantonamento fisso, per il Tribunale, la Procura della Repubblica, l'Ufficio del Giudice di Pace e l'Ufficio del Magistrato di Sorveglianza di - OMISSIS-” e di ogni altro atto o verbale - di data ed estremi ignoti - con il quale detta esclusione è stata concretamente disposta e di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento all'aggiudicazione della procedura ove la stessa sia stata medio tempore adottata

e per la conseguente condanna

- delle Amministrazioni odierne intimate al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico;

con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 14 settembre 2021:

- del provvedimento del 29 giugno 2021 (mai trasmesso all'odierna ricorrente e non disponibile in copia) recante l'aggiudicazione definitiva della procedura in favore della -OMISSIS-.

e per la conseguente condanna

- delle Amministrazioni odierne resistenti al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e di - OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2021 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Procura della Repubblica presso il Tribunale di -OMISSIS- ha indetto una procedura negoziata, da espletare sulla piattaforma del Mercato elettronico del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEPA), per l'affidamento del servizio di vigilanza armata della durata di due anni, adottando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto tra qualità e prezzo. L'impresa ricorrente ha presentato istanza di partecipazione ma il seggio di gara, con verbale 4 maggio 2021, non l'ha inserita tra le imprese ammesse alla procedura.

A carico della ricorrente, per sua stessa dichiarazione, risultano i seguenti precedenti:

- 1) in data 9 febbraio 2018, 28 maggio 2018 e 5 ottobre 2018 l'Autorità Nazionale Anticorruzione - su segnalazione dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - ha inserito nel casellario informatico degli operatori economici una annotazione a suo carico riguardante l'applicazione di penali da ritardo per le somme, rispettivamente, di € 1.168,00; € 1.518,00 e € 3.725,00;
- 2) è pendente un giudizio tra l'impresa e l'I.N.P.S. avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza n. -OMISSIS- del Tribunale di Como relativa alla contestazione della fondatezza di alcune note di rettifica riferite a periodi compresi tra gli anni 2009 e 2015,
- 3) l'impresa ha subito tre penali da altre stazioni appaltanti per inadempimento, una in particolare per la mancata copertura di alcuni turni del servizio di vigilanza armata a bordo di autobus;
- 4) a carico della ricorrente risultano poi due processi verbali di constatazione per somme superiori al valore soglia di € 5.000,00;
- 5) il dr. G.V., sindaco supplente, risulta iscritto nel certificato dei carichi pendenti rilasciato dalla Procura di Como per un procedimento ex artt. 219,

223, 224 e 217 R.d. 16 marzo 1942, n. 267;

6) due decreti penali di condanna e due decreti di citazione a giudizio sono stati notificati al Dott. P.L.;

7) il Dott. N.B. ha un carico pendente rappresentato da decreto penale di condanna per il reato contravvenzionale di cui all'articolo 140 del R.d. 18 giugno 1931, n. 773;

8) a carico di G.C., Sindaco effettivo cessato, è presente un procedimento in corso ex artt. 216 e 219 R.d. n. 267/1942;

9) a carico di G.M., Sindaco effettivo cessato, risulta un procedimento in corso ex artt. 216 e 223 R.d. n. 267/1942;

10) a carico di R.B., Presidente del Consiglio di Amministrazione di - OMISSIS- cessato dalla carica, risulta un procedimento in corso per i reati di cui agli articoli del codice penale nn. 368/374/479/610/476/612 bis e ter/617/494/610 bis, commi 2 e 3, presso il Tribunale di Palermo;

11) a carico di G. L., Procuratore/preposto per le sedi secondarie di Parma, Piacenza Cremona e Lodi e cessato, risulta la sentenza del Tribunale di Lucca 3 giugno 1985 di dichiarazione del fallimento e il decreto del Tribunale civile di Lucca del 28 gennaio 1994 di chiusura del fallimento

12) P. F., cessato dalla carica, ha riportato un carico pendente ex artt. 610 e 395 del codice penale, accertato in data antecedente al 25 novembre 2015.

Il provvedimento di esclusione è stato impugnato con il presente ricorso, notificato il 21 luglio 2021 e depositato il 22 luglio 2021.

La ricorrente, con unico e articolato motivo di gravame, premesso che alcune delle informazioni da lei rese per la partecipazione alla gara potrebbero rientrare astrattamente in una delle fattispecie escludenti, né automatica né discrezionale, di cui all'articolo 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, lamenta difetto di motivazione in quanto la stazione appaltante, pur indicando alcune circostanze fattuali nel verbale, non le ha qualificate. Anche ipotizzando che si tratti di ipotesi rientranti nella fattispecie dell'illecito professionale, la stazione appaltante avrebbe omesso di spiegare le ragioni per le quali le condotte ivi

descritte avrebbero assunto la valenza di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità, in particolar modo laddove la condotta è ancora oggetto di giudizio, ed è inoltre mancato qualunque contraddittorio procedimentale.

Lamenta inoltre che l'elenco di circostanze riportate nel verbale di gara del 4 maggio 2021 sarebbero irrilevanti ai fini che qui interessano.

La ricorrente formula quindi domanda di annullamento del verbale impugnato e richiesta di dichiarare inefficace il contratto che nelle more fosse stato eventualmente stipulato, dichiarandosi disponibile a subentrare nel rapporto, e istanza risarcitoria.

Si sono costituiti il Ministero della Giustizia e la controinteressata -OMISSIS- replicando alle deduzioni della ricorrente in quanto, a loro dire, l'elencazione dei fatti riconducibili all'ambito dell'articolo 80 d.lgs. n. 50/2016 esprimerebbe di per sé il giudizio di inaffidabilità cui è giunta la stazione appaltante, e chiedendo quindi la reiezione del ricorso. La controinteressata rileva che la procedura si è già conclusa con l'aggiudicazione in data 29 giugno 2021 che non è stata impugnata dalla ricorrente, e la successiva sottoscrizione del contratto per lo svolgimento del servizio.

Con ordinanza 8 settembre 2021, n. -OMISSIS-, è stata respinta la domanda cautelare.

2. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 14 settembre 2021, la ricorrente ha impugnato per illegittimità derivata anche il provvedimento di aggiudicazione. Deduce di non avere ricevuto dalla stazione appaltante alcuna comunicazione circa l'esistenza di tale provvedimento né della avvenuta stipulazione del contratto, circostanze da lei conosciute solo con la lettura della memoria difensiva della controinteressata.

In memoria, rilevato che il contratto (di durata biennale) ha avuto solo un principio di esecuzione, chiede che la sua posizione venga tutelata in forma reale con la retroazione della procedura al momento di valutazione della sua

offerta tecnica ed economica, e solo in via subordinata chiede il risarcimento per equivalente economico del danno da perdita di chance.

All'udienza del 10 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Il ricorso è fondato e deve essere accolto, perché come correttamente lamenta la ricorrente la stazione appaltante ha omesso di fornire la benché minima motivazione in ordine alla sua decisione di non esaminare l'offerta da essa presentata, e anzi nel verbale 4 maggio 2021 non si riscontra nemmeno un ordine dispositivo in ordine alla sua esclusione.

I fatti rappresentati nella dichiarazione presentata dalla ricorrente per la partecipazione alla gara sono riconducibili all'ipotesi dell'illecito professionale, e secondo le resistenze le loro caratteristiche e il loro numero ripetuto nel tempo evidenzerebbe di per sé la motivazione dell'esclusione.

La tesi non può essere accolta.

I fatti suddetti non integrano cause di esclusione automatica ma sono astrattamente riconducibili alla categoria dell'illecito professionale, come rappresentato nelle stesse difese della stazione appaltante.

L'articolo 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 in tema di illecito professionale onera la stazione appaltante a dimostrare, con mezzi adeguati, l'incidenza dei fatti riportabili a tale categoria sull'integrità o affidabilità del concorrente. La categoria dell'illecito professionale è aperta e astratta, nel senso che qualunque fatto è suscettibile di integrarlo laddove, ragionevolmente, sia tale da incidere sull'affidabilità dell'offerente in ordine alla corretta esecuzione del contratto da affidare. Ad una maggiore estensione, potenzialmente indefinita, della categoria fa da contraltare l'onere motivazionale posto in capo alla stazione appaltante, la quale deve valutare i fatti relativi al singolo concorrente che siano suscettibili di integrare l'illecito professionale e motivare in relazione alla loro incidenza sull'integrità e l'affidabilità del medesimo. In giurisprudenza si è quindi consolidato il principio secondo cui "nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte

dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore” (da ultimo, C.d.S. V, 27 ottobre 2021 n. 7223). La comminatoria dell'esclusione deve essere rigorosamente ancorata ad una motivazione congrua e ragionevole.

Questo elemento non si rinviene nel verbale oggetto di impugnazione con il ricorso principale nel quale anzi, si ripete, manca perfino la declaratoria di esclusione delle imprese non ammesse alla gara.

Le argomentazioni contenute nelle memorie difensive delle resistenti non possono essere accolte poiché costituiscono motivazione postuma del provvedimento impugnato, né può essere invocata l'asserita ultroneità di un approfondimento della motivazione in quanto trattasi di provvedimento non vincolato ma discrezionale, con conseguente inapplicabilità del principio di cui all'articolo 21 octies, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Per tale motivo, il ricorso principale è fondato e con esso anche il ricorso per motivi aggiunti, con cui l'impugnazione è estesa al provvedimento di aggiudicazione. In punto di ricevibilità del secondo è sufficiente rilevare che alcuna smentita è stata opposta all'affermazione della ricorrente, secondo cui non le è stata comunicata l'intervenuta aggiudicazione.

Segue pertanto dalle considerazioni sopra esposte la caducazione del provvedimento di esclusione della ricorrente e di tutti gli atti successivi e anche declaratoria di inefficacia del contratto, nei termini che seguono.

La ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno. In proposito è da dire che essa fa valere un vizio intervenuto nella procedura antecedentemente all'aggiudicazione e il cui accoglimento non comporta necessariamente, secondo un giudizio controfattuale, l'affidamento del contratto pubblico in gara a suo favore ma solo la perdita della chance di ottenerlo. L'accoglimento del ricorso nei termini suddetti comporta infatti la necessità di ulteriori attività discrezionali della stazione appaltante in ordine alla valutazione dei fatti dichiarati dalla ricorrente, per verificare se siano o meno qualificabili quale

illecito professionale. Essa dovrà quindi ripetere la procedura a partire da tale momento; analizzare nuovamente la dichiarazione presentata dalla ricorrente per partecipare alla gara e decidere, motivatamente, se escluderla dalla procedura o invece ammetterla e, conseguentemente, procedere alla valutazione della sua offerta. Si tratta di un passaggio necessario che è mancato nel corso della procedura e deve essere ripetuto.

Non può essere accolta la richiesta della ricorrente di procedere direttamente all'esame della sua offerta.

La qualificazione dei fatti dichiarati dalla ricorrente non può essere effettuata in questa sede stante il divieto per il Giudice Amministrativo di pronunciarsi relativamente a poteri amministrativi che non sono stati esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.), espressione del generale principio che gli vieta, se non in sede di giudizio di merito, di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di poteri di sua spettanza.

A tal fine il contratto viene dichiarato inefficace a decorrere dal 1° febbraio 2022. L'ipotesi in esame rientra infatti nell'ipotesi di cui all'articolo 122 c.p.a. e, pertanto, in questa sede può essere fissata la decorrenza dell'inefficacia del contratto stipulato a seguito di un'illegittima aggiudicazione. La posticipazione degli effetti della declaratoria di inefficacia del contratto a tale data è motivata dalla necessità di lasciare alla stazione appaltante un margine sufficiente di tempo per ripetere la procedura a decorrere dall'esame dell'istanza di ammissione formulata dalla ricorrente.

4. Per i motivi sopra descritti il ricorso deve essere accolto, con annullamento del provvedimento di aggiudicazione e declaratoria di inefficacia del contratto a decorrere dal 1° febbraio 2022.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, a carico della resistente; spese compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato, nei sensi e termini di cui in motivazione.

Condanna la resistente al pagamento delle spese processuali nella misura di € 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori di legge; spese compensate per la controinteressata.

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 Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Cacciari

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO

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