

Publicato il 26/06/2018

N. 04271/2018 REG.PROV.COLL.

N. 02369/2018 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2369 del 2018, proposto da Torquato Tasso - Società Cooperativa a. r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Coppola, Francesco Savanelli, con domicilio digitale come da PEC in atti;

contro

Comune di Sorrento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Pasetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza della Penisola Sorrentina non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento triennale del servizio di trasporto scolastico del Comune di Sorrento, Cig. 7205186395, disposto con verbale del 22 maggio 2018 e notificato in data 23.5.2018, in uno agli allegati in esso richiamati ed elencati e che si impugnano per il medesimo effetto nonché di tutti gli atti ad esso connessi e/o correlati e/o consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sorrento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2018 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. - La società cooperativa Torquato Tasso a r.l. impugna il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento triennale del servizio di trasporto scolastico del Comune di Sorrento, cig. 7205186395, disposto con verbale del 22 maggio 2018, notificato in data 23.5.2018.

Esponde di aver presentato l'unica domanda di partecipazione alla gara per l'assegnazione del servizio di trasporto scolastico degli alunni del Comune di Sorrento per il triennio 2018 - 2019 e 2020, per un valore complessivo di € 894.000,00. Aggiunge di essersi aggiudicata il precedente appalto relativo al suindicato servizio, per il quinquennio 2013/2017 e di aver continuato a gestire il servizio anche in regime di *prorogatio* per il periodo necessario per l'espletamento della nuova gara e comunque non oltre il 30 giugno 2018.

Riferisce che, con nota prot. 17784 del 10 aprile 2018, il Comune di Sorrento ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione le cui motivazioni, nonostante l'invio di osservazioni, sono state integralmente confermate nel gravato provvedimento di esclusione del 22.5.2018.

Precisa che l'esclusione è stata disposta, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016, sul contestato presupposto che la norma elenchi fattispecie indicative e non tassative, tanto che la stazione appaltante avrebbe ritenuto di poter ampliare il novero di situazioni meritevoli di esclusione.

Aggiunge che i fatti che hanno indotto l'amministrazione a disporre l'esclusione riguardano il procedimento penale 357/16 RG NR e n. 3291/16 Rg Gip, avviato dalla Procura della Repubblica di Torre Annunziata, che ha portato al rinvio a giudizio dell'amministratore della cooperativa, sig. Alfonso Ronca.

2. Con il primo motivo di ricorso contesta che, come confermato anche dal verbale di incontro del 5 aprile 2018, il solo decreto di rinvio a giudizio sia ascrivibile tra i provvedimenti esecutivi che legittimano la stazione appaltante ad escludere il concorrente dalla gara per grave illecito professionale, conformemente alle Linee Guida ANAC.

Lamenta, pertanto, la mancata indicazione di prove idonee a far individuare il grave illecito professionale in grado di legittimare l'esclusione.

2.1.- Con il secondo motivo di ricorso, pur riconoscendo che la giurisprudenza ha confermato il carattere esemplificativo e non tassativo dei comportamenti elencati nell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016, censura l'operato dell'amministrazione in quanto ritenuto contraddittorio, per non avere mai mosso alcun rilievo circa l'esecuzione del medesimo servizio oggetto del precedente contratto d'appalto, pure prorogato, tanto da non potersi individuare alcun grave illecito idoneo a mettere in dubbio l'affidabilità o l'integrità dell'operatore.

Contesta il riferimento al rapporto fiduciario che sarebbe venuto meno per effetto delle risultanze del procedimento pensale avviato, nel corso del quale sono state applicate misure cautelari,

evidenziando come queste ultime siano state oggetto di revoca, da parte sia del Tribunale di Napoli che della Corte di Cassazione.

2.2. - Con il terzo motivo di ricorso deduce l'assenza di elementi probatori relativi all'illecito professionale e con il quarto motivi l'eccesso di potere sotto vari profili ed, in particolare, quello dell'arbitrarietà della valutazione.

3. - Il Comune di Sorrento si è costituito in giudizio il 15.6.2018 per resistere al ricorso.

4. - All'udienza camerale del 19 giugno 2018, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, all'esito della discussione, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - Ritiene il Collegio di poter definire il giudizio con sentenza resa in forma semplificata, risultando la domanda articolata col ricorso introduttivo manifestamente infondata.

6. - Parte ricorrente ritiene che il mero decreto che dispone il rinvio a giudizio non sia atto idoneo a legittimare l'esclusione dalla gara per grave illecito professionale, non potendosi desumere dallo stesso elementi idonei a minare l'affidabilità del concorrente, tanto più che mai nessun addebito è stato rivolto alla ricorrente nello svolgimento del servizio durante l'esecuzione del precedente contratto di appalto, pure prorogato, per effetto della cui scadenza è stata indetta la gara oggetto del presente giudizio.

Gli assunti di parte ricorrente non sono condivisibili.

6.1. - Ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett c) del d. lvo n. 50/16 *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... 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. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

6.2. - I più recenti arresti giurisprudenziali in materia, come ammesso anche dalla ricorrente, depongono nel senso che – anche al di là dei casi in cui ricorra una fattispecie tipizzata dall'art. 80 co. 5 lett. c (illecito professionale che abbia dato luogo ad una risoluzione o ad altra sanzione giudizialmente “confermata”) – residua in capo alla S.A. il potere di operare una valutazione discrezionale sulla gravità dell'illecito, fornendo adeguata motivazione sulla incidenza dell'inadempimento sull'affidabilità del concorrente.

In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato (in relazione a fattispecie in cui l'esclusione era stata motivata in base a “mere” negligenze poste in essere dal concorrente in ordine alle quali sussisteva “una situazione di conflittualità e di reciproche contestazioni”, ma difettavano gli effetti legali tipici escludenti previsti dall'art. 80) che ha statuito quanto segue:

- *“l’elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell’art. 80 è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione <<con mezzi adeguati>>, sia dall’incipit del secondo inciso (<<Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]>>) che precede l’elencazione;*

- *quest’ultima, oltre ad individuare, a titolo esemplificativo, gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l’onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con <<mezzi adeguati>>;*

[..omissis ..]

- *né le linee guida né il parere citato [ parere 3 novembre 2016, col n. 2286, n.d.r.] (e neanche il successivo, reso da questo Consiglio di Stato il 25 settembre 2017, n. 2042/2017) smentiscono l’interpretazione sopra enunciata, per la quale il pregresso inadempimento rileva a fini escludenti, qualora assurga al rango di <<grave illecito professionale>>, tale da rendere dubbia l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati. Pertanto, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione della portata di pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto questi effetti specifici; in tale eventualità, però, i correlati oneri di prova e di motivazione sono ben più rigorosi ed impegnativi rispetto alle ipotesi esemplificate nel testo di legge e nelle linee guida” (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 1299 del 2.3.2018 e sent. 3592 dell’11.6.2018; vedasi anche T.A.R. Lazio, sez. III, 8.3.2018 n. 2668, T.A.R. Campania, sez. I, 11.4.2018 n. 2390, Sez. VIII, 5.6.2018, n. 3691 e, 18.6.2018, n. 4015).*

6.3. - Analogamente, le Linee Guida n. 6 dell’Anac, già nel testo precedente l’aggiornamento operato col provvedimento dell’11 ottobre 2017, prevedevano che: a) *«rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lettera c) del codice gli illeciti professionali gravi tali da rendere dubbia l’integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento» (2.1.); b) «al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell’eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell’amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente» (2.1.2.1.); c) «rilevano, a titolo esemplificativo: 1. quanto all’ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine: 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; 1.2 all’adozione di provvedimenti di esclusione; 1.3 all’attribuzione dei punteggi» (2.1.2.2.); d) «nei casi più gravi, i gravi illeciti professionali posti in essere nel corso della procedura di gara possono configurare i reati di cui agli articoli 353, 353-bis e 354 del codice penale. Pertanto, al ricorrere dei presupposti previsti al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell’eventuale esclusione del concorrente, i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati su richiamati. I provvedimenti di condanna definitivi per detti reati configurano, invece, la causa di esclusione prevista dall’art. 80, comma 1, lettera a) del codice» (2.1.2.5.).*

Dal quadro normativo si desume che l’illecito professionale deve essere posto in essere dal concorrente e va valutato globalmente con riguardo alla posizione e agli interessi di questo (T.A.R. Lazio, sez. III, sent. n. 2668/2018, cit.).

7. - Alla luce di queste premesse, il provvedimento di esclusione dalla gara della società cooperativa ricorrente risulta immune dalle censure articolate in ricorso.

7.1. - Nel caso in esame, come risulta dal verbale gravato, l'esclusione risulta disposta a conclusione dell'esperimento di apposita istruttoria, nel corso della quale è stata coinvolta anche l'Anac, che ha rimesso la valutazione dei fatti alla S.A., e si è svolta anche l'audizione della ricorrente.

Più specificamente, la Commissione ha ritenuto di attribuire rilevanza *“al decreto di rinvio a giudizio emesso dalla Procura della Repubblica di Torre Annunziata R.G.N.R. 357/2016 e n. R.G. G.I.P. 3291/2016 per i fatti non determinati e riconducibili agli illeciti professionali gravi (ex. Art 353 c.p., Tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante Comune di Sorrento), tenuto conto che tale situazione è congiunta all'ulteriore rilevante circostanza che la gara di cui trattasi concernente l'affidamento del medesimo servizio a cui si riferisce il decreto di rinvio a giudizio, ossia il trasporto scolastico, ed è indetta dalla medesima stazione appaltante, che, in entrambi i casi, è il Comune di Sorrento”*.

7.2. - Se ne desume che l'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione si appunta sui comportamenti univocamente idonei, tali da non richiedere, secondo i principi sopra esposti e ritenuti applicabili alla vicenda in esame, a monte l'accertamento mediante un provvedimento giudiziale definitivo.

Deve ritenersi ragionevole la valutazione compiuta dalla stazione appaltante in ordine all'esistenza, per la nuova gara, di un illecito professionale escludente collegato alle condotte serbate da soggetti appartenenti alle compagini sociali riferite allo svolgimento del medesimo servizio di trasporto scolastico oggetto della gara in questione.

I fatti riferiti, che coinvolgono tra gli altri l'amministratore delegato e il legale rappresentante delle cooperative, sono stati ritenuti idonei a configurare l'ulteriore ipotesi non elencata dall'art. 80 comma 5 d. lgs. 50/2016, in quanto in grado di incidere negativamente sulla integrità e/o affidabilità del concorrente in rapporto allo specifico contratto (trasporto scolastico) da affidare proprio da parte del Comune di Sorrento.

Nell'economia funzionale della previsione e in assenza di puntuali indici normativi contrari, i comportamenti valutabili in termini di illecito professionale non possono essere ristretti soltanto a quelli posti in essere in occasione della gara *de qua*, ben potendo invece – come nel caso di specie – essere valutate come sintomatiche della mancanza di integrità e affidabilità anche condotte violative della trasparenza poste in essere con riguardo a identico precedente servizio svolto dalla società cooperativa ricorrente nei confronti del medesimo Comune.

7.3. - Né l'intervenuta revoca delle misure cautelari, che pure erano state adottate nei confronti del legale rappresentante e dell'amministratore della società cooperativa ricorrente, può ritenersi idonea a far ritenere viziata la disposta esclusione, considerato il procedimento penale in corso e soprattutto i fatti da cui esso è scaturito. Occorre, peraltro, tener anche conto del fatto che i tempi processuali non sono ordinariamente compatibili con la sollecita esigenza di escludere dalle procedure ad evidenza pubblica soggetti non (o non più) affidabili.

7.4. - Inconferente risulta poi il richiamo alla disposta proroga del precedente contratto d'appalto, limitato ad un circoscritto arco temporale e fondato sulla condivisibile necessità di assicurare la prosecuzione del regolare svolgimento del servizio di trasporto nell'anno scolastico in corso. La motivazione trova conferma nella nota prot- 588583 inviata ad Anac il 29.12.2017, in cui Comune

evidenza che, nonostante tutto, procederà in regime di *prorogatio* al fine di garantire la continuità del servizio.

8. - In definitiva, il provvedimento gravato appare sufficientemente e plausibilmente motivato, alla luce del quadro normativo di riferimento, in relazione alla sussistenza dell'illecito professionale considerato che ha reso dubbia l'integrità e l'affidabilità della società cooperativa, anche tenuto conto della stretta correlazione esistente tra i fatti oggetto del procedimento penale e l'oggetto della gara in atto, cosicché il ricorso deve essere respinto.

9. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società cooperativa ricorrente a rifondere al Comune di Sorrento le spese di lite che liquida in complessivi € 6.000,00 (euro seimila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Cesira Casalanguida, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE  
Cesira Casalanguida

IL PRESIDENTE  
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO