

Publicato il 24/02/2023

N. 00099/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00528/2022 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 528 del 2022, proposto da -OMISSIS-, in proprio e/o quale mandataria dell'-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittoria Silvestre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Gubbio, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso *ope legis* dall'avvocato Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della determinazione dirigenziale n. -OMISSIS- emessa dal Comune di Gubbio, Settore Lavori Pubblici, Patrimonio, Manutenzioni, Aree Interne, comunicata a mezzo p.e.c. in pari data, di esclusione dalla gara per

l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo di -OMISSIS- (-OMISSIS-);

- degli eventuali atti successivi, non noti, con riserva espressa di motivi aggiunti, ivi compresa la eventuale aggiudicazione a terzi ignoti e/o la eventuale riedizione della gara;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, lesivo degli interessi della ricorrente, con riserva di motivi aggiunti;
- nonché per l'accertamento e la declaratoria di nullità, caducazione, inefficacia dell'eventuale contratto stipulato, instando sin da ora per il relativo subentro, o, ove non più possibile, e quindi in via gradata, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe si contesta la legittimità del provvedimento del Comune di Gubbio n. -OMISSIS-, con il quale la società odierna ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo di -OMISSIS- (luogo simbolo della città di Gubbio) per le seguenti, articolate, ragioni:

- a) l'omissione di informazioni rilevanti sulla sussistenza di gravi illeciti professionali e sulla sopravvenuta carenza di requisiti di partecipazione, in quanto, dopo la notifica delle misure cautelari, si erano tenute due sedute pubbliche di gara, in data -OMISSIS- per l'apertura della busta amministrativa e in data -OMISSIS- per l'apertura dell'offerta economica. In dette occasioni

la mandataria non aveva provveduto ad aggiornare le proprie dichiarazioni di possesso dei requisiti soggettivi, concretizzando così un comportamento omissivo rilevante ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis) del Codice, considerata la gravità delle condotte contestate, sia in concreto idonea ad incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità professionale della mandataria;

b) la rilevanza dei fatti riguardanti l'operatore economico -OMISSIS- quali gravi illeciti professionali valutati come tali ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016;

c) l'inidoneità delle misure di *self cleaning* operate da -OMISSIS-, a garantire l'integrità e l'affidabilità della suddetta società in quanto i -OMISSIS-, destinatari di misure cautelari personali, risultano ancora amministratori e soci, ognuno per -OMISSIS-, della -OMISSIS- (socio di maggioranza della -OMISSIS-), circostanza questa che a tutt'oggi garantisce loro una posizione di rilevante influenza sulle decisioni della -OMISSIS-;

d) l'omissione di informazioni rilevanti, sulla sussistenza di gravi illeciti professionali e sulla sopravvenuta carenza di requisiti di partecipazione, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c) e c-8 bis) del Codice, in relazione ai carichi pendenti di -OMISSIS-;

e) *"in ogni caso"*, la disponibilità comunicata da-OMISSIS- ad eseguire i lavori *"a condizione che i lavori indicati in oggetto inizino a partire dal -OMISSIS-"*, non era risultata conforme *"alla lettera di invito, al Capitolato Speciale di Appalto e all'art. 94, c. 1, lett. a) del D. Lgs. n. 50/2016 e costitui(va) una illegittima offerta e/o accettazione condizionata in quanto il RTI in costituendo di che trattasi ha subordinato la propria disponibilità alla esecuzione dei lavori a condizioni e secondo tempistiche non previste nelle norme di gara o al capitolato che ne modificano lo schema predisposto dalla stazione appaltante e contravviene agli impegni già formalizzati in sede di presentazione della domanda"*, e pertanto, anche per tale ragione, si stabiliva di non aggiudicare l'appalto dei lavori di -OMISSIS-.

L'impugnativa è stata affidata ai seguenti motivi di diritto:

I. *Violazione di legge per contrasto con l'art. 80, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 e con gli artt. 27 e 41 della Costituzione. Violazione dei principi di buona fede, di affidamento e di tassatività delle cause di esclusione.*

Sostiene in sintesi la ricorrente che il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Gubbio sarebbe illegittimo in quanto assunto in violazione dell'art. 80, co. 11, del D. Lgs. 50/2016, il quale prevede che le cause di esclusione di cui ai commi precedenti del medesimo articolo *“non si applicano alle società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-sexies del D.L. 306/1992 (ipotesi particolari di confisca, n.d.r.) o degli artt. 20 e 24 del D. Lgs. 159/2011 (sequestro e confisca di prevenzione; n.d.r.) ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento”*.

II. *Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto. Violazione di legge per contrasto con l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione delle linee guida ANAC. Violazione di legge per contrasto con l'art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159/2011 e ss. Eccesso di potere per superficialità. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Eccesso di potere per sviamento. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Difetto di istruttoria e di motivazione.*

Sostiene la ricorrente l'illegittimità della contestata violazione degli obblighi informativi *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis)* del d.lgs. 50/2016, *“giacché il sequestro preventivo d'urgenza è stato notificato in data -OMISSIS-, con contestuale nomina dell'Amministratore Giudiziario ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa e correlativa pubblicità nel registro delle imprese”*, cosicché, da una parte, *“nessun illecito comunicativo (poteva) essere (...) contestato alla concorrente allorquando i fatti penalmente rilevanti sono accaduti successivamente alle dichiarazioni rese in gara”* e, dall'altra, *“l'apertura dell'Amministrazione Giudiziaria è avvenuta contestualmente alla irrogazione nel corso dell'indagine penale delle misure cautelari, sicché non vi è stata alcuna soluzione di continuità nel possesso dei requisiti”*.

III. *Violazione di legge per contrasto con l'art. 80 del d.lgs. n. 80/2016 sotto altro profilo. Violazione di legge per contrasto con l'art. 7 della legge n. 241/1990. Violazione*

del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea presupposizione nei fatti, irragionevolezza, illogicità manifesta, perplessità, sviamento. Difetto d'istruttoria. Violazione di legge per contrasto con l'art. 3 della legge n. 241/1990: difetto di motivazione.

Lamenta in sintesi la ricorrente l'illegittimità del provvedimento di esclusione per la mancata attivazione del contraddittorio procedimentale e per non aver dato conto delle ragioni di fatto e di diritto per le quali l'apertura dell'amministrazione giudiziaria e l'adozione di misure di *self cleaning* non sarebbero state idonee a superare il giudizio di inaffidabilità.

IV. *Violazione di legge per contrasto con l'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis) del d.lgs. n. 50(2016, sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione delle linee guida ANAC n. 6. Violazione per contrasto con l'art. 57, par. 7 della direttiva 2014/24/UE.*

Sostiene la ricorrente che la nomina dell'amministratore giudiziario avrebbe garantito *ex se* la propria affidabilità, con conseguente irrilevanza della "questione agitata relativamente al socio di maggioranza -OMISSIS-", esclusa dall'esercizio di ogni potere/diritto di socio di maggioranza "per effetto del sequestro dell'intero capitale sociale"; né erano configurabili oneri di comunicazione dell'amministratore/custode, se non all'esito dello scorrimento della graduatoria disposto dalla Stazione appaltante in data-OMISSIS-.

V. *Violazione di legge per contrasto con l'art. 32, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per contraddittorietà, sviamento, travisamento, perplessità, illogicità e ingiustizia manifesta. Violazione della lex specialis di gara e dei principi di correttezza e buona fede.*

Sostiene la ricorrente che sarebbe stata illegittimamente assegnata alla propria dichiarazione di eseguire i lavori "a condizione che i lavori indicati in oggetto inizino a partire dal -OMISSIS-", dichiarazione il valore di una "seconda offerta" (vietata dalla norma) ovvero non avrebbe, sempre illegittimamente, ritenuto ferma quella validamente presentata in sede di gara.

Il Comune di Gubbio si è costituito in giudizio contestando nel merito le cesure *ex adverso* svolte ed eccependo altresì l'inammissibilità del quinto

motivo ricorso per non avere la ricorrente articolato alcuno specifico motivo di censura avverso la statuizione di esclusione/non aggiudicazione motivata dal contrasto della disponibilità al subingresso con la lettera invito ed il CSA, da cui discenderebbe inammissibilità dell'intero gravame.

Con ordinanza cautelare n. -OMISSIS-, il Collegio ravvisato l'insussistenza del *periculum in mora* stabilito dall'art. 55, comma 1, c.p.a. per la concessione della cautela chiesta da parte ricorrente, in ragione del fatto che a seguito della revoca dell'aggiudicazione alla ditta prima classificata ed il successivo provvedimento di esclusione dell'odierna ricorrente (uniche concorrenti in gara), l'Amministrazione ha rappresentato di non poter disporre altri "scorrimenti", con ciò escludendo un'imminente contrattualizzazione ed avvio dei lavori durante il tempo necessario per giungere alla decisione nel merito del ricorso.

All'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023, la causa è passata in decisione.

Il ricorso è infondato e va respinto.

Osserva infatti il Collegio come nel caso di specie il comportamento omissivo rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016, si è verificato successivamente all'apertura dell'amministrazione giudiziaria, non avendo l'amministratore giudiziario a tal uopo nominato (il dott. -OMISSIS-), nonostante fosse a conoscenza, sin dal -OMISSIS-, delle misure cautelari a carico dei sig.ri -OMISSIS-, entrambi amministratori e soci, ognuno per -OMISSIS-, della -OMISSIS- (socio di maggioranza della -OMISSIS-) e nonostante si siano tenute ben due sedute di gara (rispettivamente in data -OMISSIS- e -OMISSIS-) dopo la notifica di tali provvedimenti, provveduto alla comunicazione di tali circostanze alla stazione appaltante sino-OMISSIS-. Ne consegue il venir meno di uno dei presupposti di astratta applicabilità dell'art. 80, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, ovvero la riferibilità della causa di esclusione ad un periodo precedente all'affidamento all'amministrazione giudiziaria (Cons. St., sez. III, 10.1.2022, 164).

Quanto all'efficacia delle misure di cd self cleaning ex post adottate, giova osservare come le stesse hanno effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive alla loro adozione, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo, atteso che solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento.

Del resto la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che *“dal tenore letterale dell'invocato art. 80, comma 11, D. Lg.vo n. 50/2016, il quale statuisce che “le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi degli artt. 20 e 24 D. Lg.vo n. 159/2011 ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento”, si evince chiaramente che tale norma si applica alle imprese che già risultano sottoposte al controllo giudiziario prima della scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte”* (T.A.R. Basilicata, sez. I, 18.7.2018, n. 482).

A ciò deve aggiungersi che in occasione dell'aggiornamento del DGUE effettuato in data 29.07.2022, lo stesso dott. -OMISSIS- si è qualificato come amministratore volontario e non quale amministratore giudiziario della -OMISSIS- e non ha neppure dichiarato l'avvenuta sottoposizione della società ad un sequestro di sproporzione di cui all'art. 240-bis c.p., rilevante agli effetti di cui all'art. 80, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016.

Deve inoltre ritenersi inconferente rispetto al presente giudizio il richiamo all'art. 34-bis del Codice Antimafia, non risultando la società ricorrente sottoposta all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 CAM, né al controllo giudiziario di cui al citato.34-bis CAM.

Occorre da ultimo osservare come la dichiarazione con la quale la ricorrente ha rappresentato la propria disponibilità ad eseguire l'appalto *“a condizione che i lavori indicati in oggetto inizino a partire dal -OMISSIS-”*, non può che interpretarsi quale illegittima accettazione condizionata dell'affidamento della commessa,

assunta in evidente contrasto con la previsione di cui all'art. 11 della lettera invito, a tenore del quale *"...la semplice partecipazione alla procedura impegna i concorrenti ad accettare incondizionatamente la eventuale consegna anticipata e d'urgenza dei lavori (sotto tutte le riserve di legge e prima della formale stipulazione del contratto) e/o frazionata"*.

Le considerazioni che precedono impongono il rigetto del ricorso.

Le spese del giudizio seguono, come da regola, la soccombenza e si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Gubbio, che si liquidano nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre oneri ed accessori di legge.

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 degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio dei giorni 10 e 24 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere, Estensore

Daniela Carrarelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Enrico Mattei

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO

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