

Violazioni del Codice Etico, perdita di affidabilità ed esclusione dalla gara

di Aurelia Mammana

Data di pubblicazione: 24-5-2019

Contratti della P.A. – Gara – Esclusione – Per gravi illeciti professionali – Legittimità dell'esclusione per la risoluzione del contratto per violazione del Codice Etico

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha disposto l'esclusione dalla gara di una ditta per "gravi illeciti professionali" ex art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016 ed in relazione a quanto prescritto dal Codice etico sottoscritto all'atto della presentazione dell'offerta, facendo riferimento a pregressi episodi di risoluzione di contratti di appalto ed in mancanza di contestazione in giudizio delle risoluzioni.

Così ha deciso il Tar Lazio con la sentenza n. 3910/2019, depositata il 25 marzo, affermando che anche le violazioni del Codice Etico, rappresentano un grave inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lett. c), con conseguente perdita di affidabilità dell'operatore e successiva esclusione dalla gara.

La condotta contestata, secondo la stazione appaltante, sebbene non provasse l'assenza di capacità tecnica o professionale in capo all'operatore, è stata ritenuta idonea a ledere il rapporto di fiducia con la propria controparte negoziale e indice, inequivocabile, di assenza di integrità, intesa come "moralità professionale" dell'operatore escluso.

Come noto in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, la determinazione di esclusione per deficit di fiducia è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la giusta individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17.09.2018 n. 5424)

Ne consegue che il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale si attegga a controllo estrinseco, diretto ad accertare l'apparente correttezza del giudizio, senza mai poter sfociare in un sindacato di tipo sostitutivo.

Nel caso di specie, è indubbio che, violando il Codice Etico, integrante una condizione espressa risolutiva del rapporto, la società è incorsa in una specifica ipotesi di inadempimento, il quale ha, di fatto, impedito il normale funzionamento del programma contrattuale, per un fatto sicuramente a lei addebitabile di carattere oggettivo.

Ciò che qui rileva è che tali obblighi, seppur non attinenti stricto sensu all'esecuzione materiale della prestazione, concorrono ugualmente all'individuazione della prestazione contrattuale in senso lato, intendendosi con tale espressione "il comportamento dovuto" che

l'operatore doveva porre in essere.

Infatti, in tema di commesse pubbliche, le prescrizioni del Codice costituiscono una essenziale barriera a salvaguardia della serietà e della affidabilità degli operatori che contrattano con le amministrazioni; e la stessa giurisprudenza interna ed europea non ha mai dubitato della legittimità dell'istituto, onde improntare a correttezza e liceità i comportamenti dei partecipanti.

Da quanto sopra esposto, consegue, ad avviso del Collegio, la corretta applicazione dell'art. 80 comma 5, lett. c), avendo la Stazione Appaltante ritratto il giudizio negativo di inaffidabilità e di perdita dell'integrità morale da tre vicende sufficientemente caratterizzate e mai contestate giudizialmente né stragiudizialmente.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 25/03/2019

N. 03910/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00401/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 401 del 2019, proposto dalla società -OMISSIS-S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Segato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Panama n. 68;

contro

OMISSIS S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Biagini e Andrea Giuman, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione delle opportune misure c-OMISSIS-telari:

- del "Provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni", pubblicato da OMISSIS

S.p.A. sul proprio sito in data 11.12.2018, nella parte in cui dispone l'esclusione della OMISSIS-S.r.l. dalla "Gara a procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto servizi di progettazione esecutiva; studi di fattibilità e supporto tecnico specialistico, relativo a lavori di manutenzione degli omissis S.p.A. – ID 2015", di cui al bando pubblicato sulla G.U.C.E. n. 583 del 28.4.2018 e sulla G.U.R.I. n. 52 del 7.5.2018;

- per quanto occorra e possa, della nota OMISSIS prot. n. 22015/2018 in data 10.7.2018;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS S.p.A;

Visti tutti gli atti della c-OMISSIS-sa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2019 il dott. Filippo Maria Tropiano 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 società ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con i quali OMISSIS la ha esclusa dalla gara a procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto servizi di progettazione esecutiva, studi di fattibilità e supporto tecnico specialistico, relativi a lavori di manutenzione degli impianti tecnologici della OMISSIS spa" – ID 2015 - indetta con bando pubblicato in data 28 aprile 2018 sulla GUUE ed in data 7 maggio 2018 sulla GURI.

L'iter storico che è alla base della gravata esclusione è il seguente.

La OMISSIS-S.r.l. (di seguito solo OMISSIS) presentava, in qualità di partecipante alla procedura de qua, l'apposito Documento di Gara Unico Europeo, debitamente compilato, nonché una nota, a firma del proprio legale rappresentante, con la quale testualmente si dichiarava:

"- che nei confronti della OMISSIS-s.r.l. sono stati adottati tre provvedimenti di risoluzione contrattuale nel 2016, assunti sulla base di generiche violazioni del Codice Etico dei Committenti, riconducibili alla adozione di misure c-OMISSIS-telari nei confronti del precedente-OMISSIS- della OMISSIS-S.r.l.,-OMISSIS-e, quindi, non rientranti nella fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. e) del D.lgs. 50/2016;

- che le risoluzioni riguardano i seguenti contratti:

(i) Servizio di Direzione e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione

“-OMISSIS-tostrada Salerno - Reggio Calabria - DG87 - Lavori di ammodernamento ed adeguamento al tipo ia delle norme CNR/80 dal km. 423+300 (svincolo Scilla incluso) al km. 442+920”; (ii) Servizio di Direzione “Linea ferroviaria AV/AC MI-GE Tratta Terzo Valico dei Giovi”;

(iii) Servizio di Direzione Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione “Realizzazione e gestione di un sistema di collegamento denominato “People Mover”;

- che le risoluzioni sono state contestate;

- che in data -OMISSIS--OMISSIS- -OMISSIS-ha rassegnato le dimissioni da-OMISSIS- e -OMISSIS-della OMISSIS-S.r.l.;

- che in data -OMISSIS- è stato nominato un nuovo-OMISSIS-, dotato dei poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, come risulta ufficialmente dal Certificato della Camera di Commercio di Roma, Registro Imprese;

- che la OMISSIS-s.r.l. non è destinataria di provvedimenti interdittivi ovvero -OMISSIS- legge 231/2001 da parte dell'-OMISSIS- Giudiziaria;

- che la -OMISSIS-S.r.l. ha adottato il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo -OMISSIS- D.Lgs. 8 giugno 2001, N.231”.

Con nota in data 10 luglio OMISSIS, presa cognizione di quanto sopra dichiarato dalla , richiedeva all’istante la produzione dei provvedimenti di risoluzione dei contratti indicati nonché dei documenti che attestassero l’eventuale contestazione in giudizio delle risoluzioni.

Con nota in data 19 luglio 2018, la produceva le comunicazioni di risoluzione contrattuale adottate dal Consorzio OMISSIS, dalla OMISSIS S.c.p.a. e da OMISSIS S.p.A..

Precisava la ricorrente che le predette risoluzioni non rientravano nel campo di applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016 e cioè nell’alveo dei “gravi illeciti professionali” che la disposizione de qua annovera quali c-OMISSIS-se di esclusione, essendo state adottate a seguito dell’adozione della misura c-OMISSIS-telare della custodia in carcere nei confronti dell'-OMISSIS--OMISSIS- della , -OMISSIS- -OMISSIS-, soggetto subito dimessosi dalla carica.

In data 11 dicembre 2018, OMISSIS pubblicava sul proprio sito il “Provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni”, con cui disponeva, tra l’altro, l’esclusione della dalla gara sulla base della seguente motivazione:

“-OMISSIS-S.r.l. ha dichiarato nella documentazione amministrativa l’esistenza a suo carico di tre risoluzioni. Non è stata data prova della contestazione in giudizio dei tre provvedimenti di

risoluzione (malgrado OMISSIS abbia chiesto all'operatore di fornire documenti a supporto di quanto dichiarato). Dai provvedimenti di risoluzione (tutti del 2016, prodotti a seguito di richiesta di integrazione documentale) emerge che la stessa è stata disposta per la violazione del Codice Etico delle stazioni appaltanti e per la violazione delle prescrizioni contrattuali che ne imponevano il rispetto.

La condotta contestata, lesiva del Codice etico delle Committenti, se per alcuni versi non prova necessariamente l'assenza di capacità professionale e tecnica in capo all'operatore, per altri è concretamente idonea, in coerenza con quanto stabilito nelle LLGG ANAC (paragrafi 2.2.1.1, 2.2.1.2, e 2.2.1.3) e dall'art. 80 co. 5 lett. c del Codice, a ledere il rapporto di fiducia con la propria controparte negoziale ed è inequivocabilmente indice dell'assenza di integrità, intesa questa come "moralità professionale", della società che partecipa alla presente iniziativa (cfr anche Cons. St. 5424/2018). Il Codice etico di un ente è il documento volto ad individuarne doveri e responsabilità nello svolgimento della propria attività ed ha la funzione e lo scopo di vietare alcuni comportamenti, anche da parte di soggetti estranei allo stesso ente e che con esso interagiscono, in quanto tali comportamenti ledono l'etica e i valori cui l'ente si ispira. In tale prospettiva, la violazione del Codice etico assurge a condotta particolarmente odiosa, che si pone in radicale contrasto con i principi di lealtà, integrità, fiducia. Nei casi esaminati, la gravità della condotta contestata, rilevante anche perché si poneva in contrasto con specifiche cl-OMISSIS-sole contrattuali, ha giustificato da parte delle tre Committenti l'adozione di provvedimenti risolutivi.

Stante quanto precede, OMISSIS ritiene che: l'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016 imponga alle stazioni di valutare i gravi illeciti professionali degli operatori concorrenti, tali da rendere dubbia la loro integrità e tra essi rientrano le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno c-OMISSIS-sato la risoluzione anticipata; OMISSIS deve pertanto valutare i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre committenti; nel caso di specie la è destinataria di tre provvedimenti di risoluzione anticipata, adottati nel 2016, per violazione di cl-OMISSIS-sole contrattuali che recepiscono le previsioni dei Codici etici delle committenti; le vicende risolutive, numerose e recenti, e le circostanze che le hanno giustificate, appaiono particolarmente gravi e significative; la condotta dell'operatore rileva sotto il duplice profilo dell'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte e dell'adozione di comportamenti scorretti; la condotta è tale da incidere negativamente sull'affidabilità e integrità del concorrente; le prestazioni oggetto dei contratti risolti (direzione lavori e coordinamento della sicurezza) rientrano nel più ampio genere dei servizi di architettura e -OMISSIS-gneria (dr. Linee Guida Anac 1/2016 e s.m.i.) e sono quindi affini ai servizi da affidare con l'Accordo quadro oggetto della presente iniziativa. Le fattispecie sopra descritte, sono gravi e numerose; le stesse sono certamente tali da incidere negativamente sul corretto svolgimento dell'esecuzione contrattuale e, quindi, sull'interesse della OMISSIS ad aggiudicare l'Accordo Quadro alla -OMISSIS-S.r.l. e ne giustificano l'esclusione dalla presente iniziativa.

Le misure di self clean-OMISSIS-adottate dall'operatore non appaiono sufficienti a dimostrare l'integrità e affidabilità del concorrente".

La ricorrente ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione.

Ha innanzitutto chiarito in ricorso che, da quando è stato assunto il provvedimento di custodia c-OMISSIS-telare nei confronti dell'-OMISSIS--OMISSIS-, dimessosi dalla carica il 31 ottobre 2016, essa istante ha partecipato a ben 155 procedure ad evidenza pubblica, rendendo la medesima dichiarazione con cui ha indicato i citati provvedimenti di risoluzione contrattuale (assunti dal Consorzio OMISSIS, da Reggio Calabria S.c.p.a. e da OMISSIS S.p.A. nel novembre 2016) e che in nessun caso è stata mai esclusa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. come invece è accaduto per la gara di cui è controversia.

Ciò premesso, ha articolato i seguenti motivi di diritto, dai quali si inferirebbe l'illegittimità degli atti gravati:

1 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 1, 2, 4 e 5 e dell'art. 83, comma 8, del D.Lgs. 16 aprile 2016 n. 50. Violazione del principio di tassatività delle c-OMISSIS-se di esclusione. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC del 6/2017. Violazione del D.G.U.E. e dell'art. 6 del Capitolato d'onori posti a base di Gara. Violazione dei principi di cui agli artt. 27, comma 2 e 97 della Costituzione.

2 - In via subordinata: Violazione ed errata applicazione adell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto e travisamento dei fatti. Violazione del principio del contraddittorio e di proporzionalità. Violazione del Capo VI, punti 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5 e del Capo VII, punto 7.3 delle Linee guida ANAC n. 6/2017, di attuazione del D.Lgs. 50/2016. Violazione del par. 6 del Capitolato d'onori posto a base di Gara. Omessa valutazione delle misure di self clean-OMISSIS-

Si è costituita la OMISSIS spa, contestando il ricorso con ampie argomentazioni difensive e depositando documentazione.

Alla camera di consiglio del 23 gennaio 2019 la c-OMISSIS-sa stata rinviata direttamente all'udienza pubblica del 6 febbraio successivo per la discussione nel merito.

A tale ultima udienza il fascicolo è stato introitato per la decisione.

2. Il ricorso non può essere accolto.

3. Viene in rilievo l'applicazione dell'art. 80 comma 5, lett. c) del D. Lgs. 50/2016 (di seguito anche solo "Codice dei Contratti" ovvero il "Codice"), il quale prevede che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico, tra le altre ipotesi, qualora dimostrino con mezzi adeguati che questi si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Tra le ipotesi di gravi illeciti professionali rilevanti a fini escludenti rientrano, tra gli altri casi, "*le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno c-OMISSIS-sato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio...*".

La valutazione su cui si fonda il giudizio escludente de quo implica spendita di discrezionalità tecnica, mediante la quale l'amministrazione sussume il fatto concreto nella fattispecie astratta disegnata dal legislatore. Con il corollario che il giudizio sulla ritenuta gravità dei progressi illeciti professionali è sindacabile nei limiti in cui si ravvisi un evidente travisamento dei fatti ovvero una palese illogicità nell'iter logico della valutazione.

Scrutinio estrinseco e non sostitutivo, il quale, nel caso di specie, è ulteriormente connotato per la presenza di un dato di carattere oggettivo e cioè l'esservi stata una risoluzione anticipata del contratto non contestata in giudizio.

Ed invero, deve ribadirsi che, in base ad una affermazione costante, in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, la determinazione di esclusione per deficit di fiducia è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la giusta individuazione del "punto di rottura dell'affidamento"; con la conseguenza che il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale si atteggia a controllo estrinseco, siccome diretto ad accertare l'apparente correttezza del giudizio, senza mai poter sfociare in un sindacato di tipo sostitutivo.

4. Ciò posto in linea generale, preme evidenziare che, come anche confermato dagli esiti della dialettica processuale, l'impianto motivazionale della gravata esclusione poggia non solo su quanto esposto nel gravato provvedimento di esclusione dell'11 dicembre 2018 - prot. n. 41425/2018 (nel quale sono riportate in tabella sinottica tutte le varie posizioni dei concorrenti, con l'indicazione delle ammissioni e delle esclusioni in uno alle sintetiche motivazioni che le accompagnano), bensì anche sugli atti istruttori a fondamento dell'atto lesivo impugnato.

Segnatamente rileva la nota OMISSIS del 16 novembre 2018 (all. 12 alla memoria depositata il 30 gennaio 2019), nella quale è esposta una minuziosa relazione sulla posizione della , le cui risultanze sono poi state evidentemente sintetizzate nel provvedimento impugnato, il quale, per come è congegnato, riporta contestualmente (come detto in tabella sinottica) tutte le ammissioni e tutte le esclusioni dei vari concorrenti.

Il Collegio intende così chiarire che, lungi dal rappresentare una sorta di integrazione postuma della motivazione dell'atto di esclusione impugnato, la citata relazione del 16 novembre 2018, in quanto evidentemente anteriore e "alla base" dell'atto di esclusione, non rappresenta altro che l'emersione della più es-OMISSIS-stiva motivazione fatta propria da OMISSIS e poi più brevemente sintetizzata nel provvedimento di esclusione.

Detto altrimenti, si tratta dell'atto istruttorio che funge da fondamento al provvedimento di esclusione vero e proprio e che dunque ben può essere considerato dal Collegio, al fine di condurre il vaglio di ragionevolezza e logicità dell'adottato provvedimento escludente.

5. Tanto chiarito, rileva il Collegio che l'esclusione è stata, come già detto, inequivocabilmente disposta per effetto della dichiarate tre risoluzioni anticipate indicate in atti, riferentesi ai contratti in essere con il consorzio OMISSIS, OMISSIS SCPA e OMISSIS SpA; risoluzioni tutte fondate sulla violazione del Codice Etico delle stazioni appaltanti, sottoscritto dalla in

occasione delle tre commesse, e dunque su di un ritenuto grave inadempimento contrattuale.

E' infatti emerso che l'allora-OMISSIS- della società ricorrente, -OMISSIS- -OMISSIS-, era stato attinto da una misura di custodia c-OMISSIS-telare in carcere per i reati di corruzione e turbativa d'asta (v. ordinanza in stralcio del GIP - all. 11 al ricorso) .

La OMISSIS ha inferito dalle tre risoluzioni, non contestate in giudizio, la perdita di affidabilità dell'operatore, ravvisando in esse quella "rottura della fiducia" con l'amministrazione, che l'invocata normativa assume quale c-OMISSIS-sa di esclusione dalla gara.

Secondo OMISSIS, pur non attenendo le risoluzioni, in senso stretto, ad una difettosa esecuzione della prestazione, esse ugualmente sarebbero significative e paleserebbero la grave scorrettezza dell'operatore, tale da incidere sulla sua integrità e idoneità ad inverare una seria controparte contrattuale.

Secondo OMISSIS, inoltre, neppure si potrebbero valorizzare le misure di self clean-OMISSIS-adottate, le quali non sarebbero sufficienti a far recuperare l'affidabilità e l'integrità del concorrente, come scritto in chiusura di motivazione dell'atto.

Orbene, il Collegio reputa la valutazione tecnico-discrezionale posta in essere dall'amministrazione corretta ed immune dai vizi lamentati in ricorso.

6.. Ed invero vale quanto appresso si osserva.

7. Quanto al primo motivo di ricorso, con cui la lamenta la violazione del principio di tassatività delle c-OMISSIS-se di esclusione, va ribadito come non sia la misura c-OMISSIS-telare adottata a carico dell'allora-OMISSIS- a rilevare quale c-OMISSIS-sa escludente, bensì siano le tre gravi risoluzioni citate in atti.

Per effetto del richiamo del Codice Etico delle stazioni appaltanti nell'ambito degli obblighi contrattuali assunti dal contraente privato, le amministrazioni, appresa la grave vicenda penale in cui era coinvolto l'-OMISSIS-, avevano risolto il rapporto; mentre OMISSIS, da parte sua, ha correttamente valorizzato i tre episodi risolutivi fondati su di una grave violazione degli obblighi negoziali.

Con l'opportuna precisazione che tali obblighi, seppur non attinenti *stricto sensu* all'esecuzione materiale della prestazione, pur tuttavia concorrevano ad individuare la prestazione contrattuale in senso lato, intendendosi con tale espressione "il comportamento dovuto" che l'operatore doveva porre in essere.

Del resto, non vi è dubbio che, violando il Codice Etico, integrante una condizione espressa risolutiva del rapporto, la è incorsa in una specifica ipotesi di inadempimento, il quale ha, di fatto, impedito il normale funzionamento del programma contrattuale, per un fatto sicuramente a lei addebitabile .

Né la "contrattualizzazione" del Codice Etico può sembrare irragionevole, siccome strumento

surrettizio per “allargare” a dismisura lo spettro dei gravi illeciti professionali, come sembra dolersi il ricorrente.

In tema di commesse pubbliche, le prescrizioni del Codice costituiscono una essenziale barriera a salvaguardia della serietà e della affidabilità degli operatori che contrattano con le amministrazioni; e la stessa giurisprudenza interna ed europea non ha mai dubitato della legittimità dell'istituto, onde improntare a correttezza e liceità i comportamenti dei partecipanti.

Da quanto sopra esposto, consegue, ad avviso del Collegio, la corretta applicazione dell'art. 80 comma 5, lett. c), avendo OMISSIS ritratto il giudizio negativo di inaffidabilità e di perdita dell'integrità morale da tre vicende sufficientemente caratterizzate.

Si aggiunga che, in effetti, non vi è prova che le tre risoluzioni siano state mai contestate né giudizialmente, né stragiudizialmente, il che supera la dibattuta problematica relativa alla necessità del giudicato sulla vicenda ablatoria (su cui v. i recenti rinvii pregiudiziali alla CGUE da parte di CdS sez. V n. 2639/2018 e 5033/2018) ed assorbe ogni questione (oggi evidentemente preclusa) sulla gravità dell'inadempimento che poteva essere fatta valere in sede di impugnazione della risoluzione,.

8. Con il secondo motivo di diritto, la ricorrente assume, sotto un primo profilo, che l'adozione della misura c-OMISSIS-telare nei confronti dell'-OMISSIS--OMISSIS- non avrebbe comportato la violazione dei Codici Etici del consorzio OMISSIS e di OMISSIS SpA, mentre OMISSIS SCPA non sarebbe stata dotata di Codice Etico; inoltre lamenta che i reati addebitati all'-OMISSIS- amministratore erano stati in effetti commessi a vantaggio di altra società e non della esponente, con la conseguenza contraddittoria che l'odierna ricorrente si trova a subire gli effetti di un'ipotesi di reato realizzato a favore di terzi. Inoltre OMISSIS non avrebbe considerato che la neppure è stata destinataria di provvedimenti interdittivi -OMISSIS- D.Lgs 231/2011.

Il Collegio non reputa di condividere le sopra esposte censure.

Ribadito che non vi è prova alcuna in ordine all'avvenuta contestazione giudiziale delle tre risoluzioni valorizzate dall'amministrazione ai fini escludenti, si osserva che i provvedimenti risultano invero adottati in forza di specifiche violazioni di norme contrattuali, di recepimento dei Codici Etici delle stazioni appaltanti e che, pertanto, ogni contestazione sulla rilevanza della trasgressione del Codice Etico poteva semmai essere proposta in precedente e separata sede, dovendo oggi solo esaminarsi la ragionevolezza del giudizio negativo condotto dall'amministrazione, la quale ha inferito la perdita del requisito dalla significatività delle pregresse vicende negoziali in rilievo. E tale giudizio negativo può prescindere dal fatto della mancata sottoposizione della società a misure interdittive, potendo viceversa incentrarsi, come è accaduto, sulla già caratterizzata risoluzione dei citati contratti, la quale, pur derivando da una vicenda riguardante -OMISSIS-, è comunque imputabile alla società medesima.

9. Sotto altro profilo, la ricorrente contesta che le risoluzioni contrattuali in rilievo non sarebbero numerose, ma si baserebbero tutte sulla stessa circostanza e cioè sul provvedimento di custodia c-OMISSIS-telare, cui è stato soggetto l'-OMISSIS--OMISSIS- di ;

lamentata l'istante altresì che gli intercorsi rapporti contrattuali con le tre amministrazioni citate avevano oggetto differente e che comunque la mancata prova dell'impugnazione in giudizio delle risoluzioni non potrebbe di per sé sola comportare l'esclusione dalla gara.

Anche sotto tale profilo, il gravame non può essere condiviso.

Il fatto che tutte e tre le risoluzioni si fondino sulla medesima violazione del Codice Etico e, ancor prima, sul medesimo fatto storico, rappresentato dalla misura c-OMISSIS-telare a carico dell'-OMISSIS- -OMISSIS-, non neutralizza il giudizio di gravità effettuato dall'amministrazione, il quale supera il vaglio di apparente ragionevolezza.

Premesso che la gravità e la tipologia dell'ipotesi di reato ascritto erano chiari indizi sintomatici della perdita di fiducia nell'operatore economico, va pure notato, quanto alla asserita diversità di oggetto contrattuale, per un verso, che le prestazioni dei precedenti contratti rientrano comunque in un ambito analogo e contiguo al settore dei servizi di architettura e -OMISSIS-gneria (sia pur *lato sensu* intesi); per altro verso, che, quand'anche si ritenesse una sensibile diversità dell'oggetto della prestazione, tale diversità passa in secondo piano dinanzi al rilievo secondo cui la risoluzione è stata in effetti disposta per un grave inadempimento del programma contrattuale inteso in senso ampio, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento abbia riguardato la pura esecuzione della specifica prestazione professionale in senso stretto ovvero altro obbligo il cui rispetto era decisivo per il mantenimento del vincolo negoziale.

Altrimenti detto, rileva non tanto la grave negligenza nella prestazione oggetto materiale dei contratti (il cd. "bene reale"), quanto la grave violazione del regolamento contrattuale (il cd. "bene dovuto"), sotto il precipuo profilo della violazione del Codice Etico, il quale ha di fatto provocato il non funzionamento del negozio per colpa del contraente privato.

10. Nè può essere seguita la difesa di , laddove contesta la mancata valorizzazione delle adottate misure di *self cleaning*; dolendosi in particolare che all'epoca delle contestate risoluzioni, l'-OMISSIS- già era stato sostituito con altro soggetto e che inoltre la avrebbe anche adottato il modello 231.

Sul punto appare assorbente il rilievo secondo cui l'-OMISSIS- amministratore è attualmente socio unico della società, come si evince dalla visura camerale versata in atti, e dunque ricopre una posizione tale da influenzare le scelte societarie, tanto da potersi qualificare quale "amministratore di fatto".

Il che è quanto ha sinteticamente rilevato OMISSIS nella parte finale della motivazione nel provvedimento di esclusione (pag. 7 dell'atto gravato), assumendo correttamente che le misure di *self cleaning* non appaiono sufficienti a dimostrare l'integrità e l'affidabilità del concorrente.

Uguualmente, con maggiore completezza motivazionale, la stessa nota istruttoria del 16 novembre 2018 deduce la perdurante mancanza di affidabilità, sia dalla ambigua adozione del modello 231, sia soprattutto dal perdurante ruolo "egemone" che l'-OMISSIS- -OMISSIS-

ancora riveste in qualità di socio unico di maggioranza. Anzi, osserva il Collegio, che proprio valutando in termini attuali la contestata perdita di affidabilità, la società potrebbe, rebus sic stantibus, anche oggi essere esclusa da una gara in presenza di una verosimile e potenziale violazione del Codice Etico.

Non vi è dubbio che sia necessario guardare “in concreto” alla natura ed identità dell’operatore economico, senza che la personalità giuridica possa neutralizzare la rilevanza delle condotte imputabili ai soggetti che “stanno dietro” allo schermo sociale e che, purtuttavia, siano di fatto i gestori dell’ente (v. sentenza della Sezione n.1092/2019 e TAR Reggio Calabria n. 266/2016).

11. Non condivisibile è poi la deduzione difensiva secondo cui l’ordinanza di custodia c-OMISSIS-telare non riguarderebbe attività della , bensì si baserebbe su fatti del-OMISSIS-“eccentrici” rispetto all’attività della ricorrente, con la conseguenza che le risoluzioni non potevano essere valorizzate a fini escludenti da OMISSIS, non inficiando i requisiti della società stessa.

Ribadito quanto sopra in termini di immedesimazione tra le condotte dell’-OMISSIS-(-OMISSIS-della) e condotta imputabile alla società, reputa il Collegio sufficiente leggere il contenuto dell’ordinanza, disposta dal GIP, per dedurre la piena riferibilità della condotta contestata all’-OMISSIS--OMISSIS- comunque all’ambito degli appalti in cui operava la , essendo del tutto irrilevante poi che il vantaggio concreto (in termini di commesse con cui ripagare il fatto corruttivo) del prefigurato illecito penale fosse indirizzato in favore di un’altra società.

12. Infine deve essere disatteso il motivo di ricorso con cui la mira a depotenziare la rilevanza delle tre risoluzioni valorizzate da OMISSIS, tentando di assumere la natura privatistica delle tre commesse pregresse, le quali, a ben vedere, vedevano la quale controparte di tre committenti privati e non di tre amministrazioni pubbliche; con l’ulteriore corollario che, secondo la ricorrente, non potrebbe applicarsi la riferita c-OMISSIS-sa di esclusione contemplata dal Codice dei Contratti all’art. 80 comma 5 lett. c), in quanto evidentemente riferentesi ai soli contratti pubblici e non certo ai negozi tra privati.

La ricorrente non sembra considerare che si tratta di organismi di diritto pubblico, in quanto:

la OMISSIS SpA è la società concessionaria incaricata della progettazione, realizzazione e gestione del servizio di collegamento denominato *people mover* tra l’aeroporto Galileo Galilei e la stazione di Pisa Centrale (con la previsione di una fermata in corrispondenza dei parcheggi scambiatori di Via -OMISSIS-relia e Via di Goletta – anch’essi gestiti dalla società – e connessi alla viabilità locale, opportunamente integrata);

i rapporti contrattuali tra il Comune di Pisa e OMISSIS SpA sono regolati dalla convenzione di concessione del 31 ottobre 2012, che stabilisce le caratteristiche del servizio da svolgere e prevede l’erogazione di contributo pubblico;

il Consorzio Collegamenti Integrati Veloci, è il General Contractor a cui è affidata la

progettazione e la realizzazione della linea ferroviaria AV/AC (alta velocità e alta capacità) della linea Milano Genova Terzo Valico dei Giovi; esso, come da accordi con RFI, ha l'obbligo di eseguire il 60% delle attività in affidamento attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica (mentre il restante 40% verrà eseguito in via diretta)

OMISSIS SCPA è il General Contractor di ANAS e dunque è sicuramente assimilabile ad una amministrazione aggiudicatrice.

13. Alla luce delle sopraesposte considerazioni, in ragione dell'infondatezza di tutti i motivi di ricorso, il gravame deve essere rigettato.

Sussistono tuttavia i presupposti di legge per compensare le spese di lite tra le parti in c-OMISSIS-sa.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'-OMISSIS-torità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, 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 le persone fisiche menzionate nel presente provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio



IL SEGRETARIO