

Il “proprium” della diligenza richiesta all’Operatore Economico nello svolgimento delle varie fasi di una procedura ad evidenza pubblica

di Federico Muzzati

Data di pubblicazione: 16-4-2024

La Società ricorrente va pienamente ascritta, e deve, pertanto, ricondursi, alla categoria dell’“agente modello”, operatore economico che partecipa, in qualità di concorrente a procedure ad evidenza pubblica e che, conseguentemente conosce (o dovrebbe conoscere) con il grado di diligenza richiesto agli operatori professionali del settore di riferimento, la necessità di dimostrare i requisiti per l’affidamento della gara cui ha partecipato.

Avuto riguardo al suddetto parametro dell’agente modello, tenuto conto del modello civilistico di responsabilità (“intesa come osservanza dei doveri di diligenza, avendo riguardo alla nozione di “diligenza” che deve essere interpretata accentuandone il carattere relativo ed adeguandola più direttamente alle caratteristiche di ciascuna situazione considerata, in relazione alla natura dell’attività svolta, alla prevedibilità ed evitabilità dell’evento, quindi determinata secondo il parametro relativistico dell’agente modello”, infatti, è stato adeguatamente motivato che, parametrando la condotta a quella che avrebbe dovuto assumere l’agente modello”), sarebbe stato esigibile, pertanto, da parte della ricorrente la dimostrazione, mediante la trasmissione della documentazione richiesta, del possesso dei necessari requisiti finanche per l’espletamento del servizio di spalaneve posto a gara.

N. 5323/2024 REG.PROV.COLL.

N. 07720/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7720 del 2022, proposto da Bemar S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

Delibera ANAC n. 303 del 21.6.2022 recante procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva ai sensi dell'art.80, comma 12 del d.lgs. n. 50 del 2016 e per l'applicazione della sanzione pecuniaria e di ogni altro provvedimento propedeutico o connesso alla presente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2024 la dott.ssa Caterina Lauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il presente ricorso, la società Bemar s.r.l. ha impugnato la Delibera ANAC n. 303 del 21.6.2022 recante l'irrogazione della sanzione di € 1.500,00 posta suo carico, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare.

1.2. Ha premesso, in fatto, di aver partecipato alla procedura di gara bandita dalla stazione appaltante – Comune di Como - per l'affidamento dell'“ACCORDO QUADRO PER LA MANUTENZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA STRADE, ACQUE E SERVIZIO NEVE 2021 – 2023”, suddiviso in cinque lotti e di essersi aggiudicata il lotto n. 4. A seguito dell'aggiudicazione la stazione appaltante ha avviato il procedimento di verifica dei requisiti di qualificazione necessari all'espletamento del servizio di manutenzione ordinaria in esito al

quale ha domandato copia delle carte di circolazione dei veicoli che avrebbero dovuto destinarsi al suo espletamento. Non avendo la Bemar s.r.l. adempiuto alla richiesta, ritenendo sufficiente la SOA già trasmessa, la stazione appaltante ha escluso la ricorrente dalla procedura di gara, segnalando l'accaduto all'ANAC.

Nel frattempo, l'ANAC ha avviato il procedimento, conclusosi con l'esclusione della sussistenza di una falsa dichiarazione, ritenendo sussistente la diversa fattispecie dell'omesso invio della documentazione alla stazione appaltante con applicazione di una sanzione pecuniaria di € 1.500,00, ai sensi dell'art. 213, co. 13, d.lgs. n. 50/16.

1.3. Pertanto, ha proposto ricorso avverso il suddetto provvedimento, affidandolo ai seguenti motivi di impugnazione:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST –VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL CODICE DEGLI APPALTI – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL DPR 207 DEL 2010 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 213 DEL CODICE DEGLI APPALTI – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE 241 DEL 1990 –VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DELLA MASSIMA PARTECIPAZIONE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA –VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL CAPITOLATO SPECIALE DI APPALTO -ECESSO DI POTERE –SVIAMENTO;

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COST. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83 DEL CODICE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL COMMA 13 DELL'ART. 213 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI - ECESSO DI POTERE – SVIAMENTO – NULLITA' DI CLAUSOLE DIFFORMI DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI;

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI – ECESSO DI POTERE – SVIAMENTO;

V. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN ORDINE ALLE RESPONSABILITA'.

In particolare, con il primo motivo di ricorso ha dedotto che la legge di gara (né nel disciplinare, né nel capitolato speciale) non imponeva all'operatore economico, come invece erroneamente ritenuto dalla stazione appaltante e dall'ANAC, di allegare i certificati di circolazione dei veicoli destinati al servizio di spala neve, trattandosi di una pretesa inspiegabile, irrazionale, sovrabbondante e non attinente alla dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice e *lex specialis* di gara. La disponibilità dei mezzi risultava, infatti, adeguatamente dimostrata tramite la produzione del contratto di noleggio e della SOA, avendo così adempiuto all'onere di dimostrare di avere accesso ad una determinata categoria o tipologia di mezzi, di carattere fungibile, non essendo, quindi, necessario indicare specificamente quali beni fossero.

Con il secondo motivo di ricorso ha rimarcato che la richiesta di integrazione documentale

della stazione appaltante, avallata dall'ANAC, non trovasse giustificazione nelle norme del codice dei contratti pubblici che disciplinano i requisiti di qualificazione, essendo a tal fine sufficiente la presentazione della SOA che già di per sé rappresenta un documento idoneo a comprovare il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dei lavori e la disponibilità dei mezzi in capo alla concorrente; una diversa interpretazione della legge di gara la renderebbe illegittima, con la conseguenza della caducazione ed illegittimità derivata anche del provvedimento sanzionatorio dell'ANAC

Ancora, con il terzo e il quarto di motivo, la ricorrente assume che l'ANAC avrebbe violato l'art. 213, co. 13, d.lgs. 50/16, laddove non ha sufficientemente motivato sulla sussistenza della colpa grave in capo alla ricorrente, rinvenendola acriticamente e con automatismo non previsto dalla legge dal provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante.

1.4. Si è costituita l'amministrazione resistente, chiedendo il rigetto del ricorso e dell'annessa istanza cautelare, depositando memoria il 26.07.22.

In particolare, ha precisato, nel riferire i fatti di causa, che l'Autorità, nel corso del procedimento, è venuta a conoscenza della proposizione di un ricorso dinanzi al TAR Lombardia, con istanza cautelare, proposto da parte della ricorrente avverso il provvedimento di esclusione e che il Tribunale adito, con ordinanza n. 745 del 19/7/2021, ha respinto l'istanza cautelare e ha fissato l'udienza di merito al giorno 16/12/2021. Di conseguenza, l'Autorità, ai sensi dell'art. 16, co. 3, lett. b), del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio, con nota prot. n. 13988 del 24/2/2022, ha comunicato alla ricorrente la sospensione del procedimento sanzionatorio, in attesa della definizione nel merito del contenzioso. Successivamente, il TAR Lombardia, con sentenza n. 817 dell'11/4/2022, ha rigettato il ricorso principale e quello per motivi aggiunti della Bemar s.r.l., ritenendoli manifestamente infondati nel merito.

Nel merito, ha quindi controdedotto che la vicenda dell'esclusione si era conclusa con il rigetto delle impugnative, depositando in atti le relative pronunce. Pertanto, correttamente l'ANAC, alla luce delle coordinate giurisprudenziali formatesi sul punto, aveva concluso per l'applicazione della sanzione pecuniaria, constatata l'integrazione della fattispecie sia sotto il profilo oggettivo - della condotta materiale - sia sotto il profilo soggettivo - in termini di imputabilità a titolo di colpa.

Ha aggiunto che, trattandosi di appalto misto, la SOA era elemento sufficiente a giustificare il possesso dei requisiti solo per la parte relativa ai lavori e che il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto erano chiari nel prevedere che si dimostrasse la dotazione delle attrezzature e dei mezzi necessari all'esecuzione delle prestazioni richieste, anche con riferimento al servizio di spala neve.

Con riferimento all'elemento soggettivo ha osservato che l'Autorità aveva considerato il grado di diligenza esigibile all'operatore economico, prendendo come termine di riferimento la diligenza, perizia e prudenza di un modello di agente che svolga la stessa professione, lo stesso mestiere, lo stesso ufficio dell'agente nel caso concreto che viene in rilievo.

1.5. All'esito della camera di consiglio del 02.08.2022 il collegio ha rigettato l'istanza cautelare, con ord. n. 5170/22, ritenendo l'insussistenza di entrambi i requisiti richiesti.

1.6. Parte ricorrente ha quindi depositato le memorie ex art. 73 c.p.a. in vista dell'udienza per la trattazione del merito del ricorso fissata al 05.03.2024, ribadendo le conclusioni già proposte.

1.7. All'udienza pubblica del 5.03.2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato per le ragioni di seguito esposte.

3. L'art. 213, co. 13, d.lgs. n. 50/16 stabilisce che "Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000."

3.1. Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 50/16 "I contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione. Nel caso di contratti misti, che consistono in parte in servizi ai sensi della parte II, titolo VI, capo II, e in parte in altri servizi oppure in contratti misti comprendenti in parte servizi e in parte forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture. L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto."

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa, anche di recente, ha precisato che "*l'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, che - ai fini della partecipazione alla gara, e non solo dell'esecuzione dell'appalto - impone ai concorrenti il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità relativamente a ogni singola prestazione costituente l'appalto misto (Cons. Stato, III, 7 agosto 2017, n. 3918); e) pertanto, i concorrenti devono allegare e comprovare la loro pregressa esperienza e il possesso dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell'una o dell'altra (Cons. Stato, V, 26 febbraio 2012, n. 1153); f) diversamente opinando, l'intera procedura di gara sarebbe illegittima per non aver previsto i necessari requisiti di qualificazione per selezionare gli operatori economici idonei all'esecuzione di opere pubbliche.*" (cfr. Consiglio di Stato, sent. 8 novembre 2021, n. 7417 citata dall'amministrazione resistente).

4. Ebbene, nel caso di specie, dall'esame della documentazione di gara (cfr. disciplinare e capitolato speciale), si ricava che la procedura aveva ad oggetto un appalto misto di lavori e servizi (si veda, in particolare, l'accordo quadro che riguarda, per l'appunto, "l'affidamento

dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade comunali, loro pertinenze, opere d'arte e arredo urbano, dei lavori e delle provviste occorrenti per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle fognature, tombinature e rogge, e del servizio di sgombero neve e trattamento antighiaccio (spargimento sale) per gli anni 2021/2022/2023”).

Ciò posto, facendo applicazione delle sopra indicate coordinate interpretative, la stazione appaltante ha domandato di documentare il possesso dei requisiti con riferimento a tutte le prestazioni da rendere nel corso dell'esecuzione del contratto, con decisione che è stata confermata in sede di impugnazione.

5. Conseguo che l'ANAC ha correttamente ritenuto sussistente la condotta materiale, considerati anche gli esiti del contenzioso instaurato avverso l'esclusione che si è concluso, come detto, con la pronuncia di manifesta infondatezza nel merito resa dal Tar Lombardia n. 817/22 (cfr. all. n. 10 alla memoria difensiva).

In tale occasione, il giudice amministrativo ha ritenuto legittima la decisione della stazione appaltante in virtù delle seguenti considerazioni: *“la richiesta di produrre le carte di circolazione degli automezzi offerti, trasmessa dalla stazione appaltante alla ricorrente in sede di soccorso istruttorio, risulta in linea con le prescrizioni della lex specialis e, in particolare, con l'art. 65 del Capitolato speciale d'appalto, a tenore del quale «l'Appaltatore deve trasmettere alla Stazione Appaltante l'elenco dettagliato dei dati relativi ai mezzi (marca, modello, n. di telaio, targa, potenza per i trattori – portata utile per gli autocarri – peso operativo per la pala) e al personale (nome, cognome, C.F.), in conformità a quanto dichiarato in sede di gara”*. Tale previsione è all'evidenza finalizzata ad accertare l'effettivo possesso in capo ai concorrenti dei requisiti speciali auto dichiarati dagli stessi e non può pertanto ritenersi irragionevole, né si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione. 2.2. In secondo luogo, *l'accordo quadro di cui è controversia ha ad oggetto «l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade comunali, loro pertinenze, opere d'arte e arredo urbano, dei lavori e delle provviste occorrenti per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle fognature, tombinature e rogge, e del servizio di sgombero neve e trattamento antighiaccio (spargimento sale) per gli anni 2021/2022/2023», quindi consiste in un appalto misto di lavori e servizi, qualificabile come appalto di lavori per la preponderante incidenza dei lavori rispetto ai servizi, ai sensi dell'art. 28, comma 1, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 (secondo il quale “i contratti, nei settori ordinari o nei settori speciali, o le concessioni, che hanno in ciascun rispettivo ambito, ad oggetto due o più tipi di prestazioni, sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione”*). Ne discende, in capo ai concorrenti, l'obbligo del possesso dei requisiti per ognuna delle singole prestazioni richieste nell'appalto, atteso che, ai sensi del citato art. 28, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, *«l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto»*. Come già osservato nella fase cautelare, quindi, i certificati SOA posseduti dalla ricorrente non possono ritenersi utili ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti per il servizio di sgombero neve, in quanto i certificati SOA de quibus rilevano ai fini della dimostrazione dei requisiti per la sola componente dei lavori e non anche per quella relativa ai servizi. In relazione a tale ultima componente, invece, e con specifico riguardo ai

mezzi in dotazione, la ricorrente era tenuta a dimostrare il possesso dei requisiti nel rispetto delle previsioni della lex specialis, ma di ciò, come visto sopra, non ha fornito puntuale riscontro, nemmeno a seguito di soccorso istruttorio reiterato da parte della stazione appaltante.”

Ha quindi ritenuto, in primo luogo, che la legge della procedura di gara stabiliva, con previsione che si è reputata non irragionevole, che si dimostrasse il possesso dei requisiti con riferimento ad entrambe le componenti dell'appalto, ritenuto di natura mista di lavori e servizi. Ha poi rimarcato che la SOA fosse sufficiente a giustificare il possesso dei requisiti con riferimento alla sola componente lavori.

La decisione non risulta essere stata appellata e, quindi, è passata in giudicato.

6. Venendo all'esame dei primi due motivi di ricorso, alla luce di quanto sopra, si ritiene che siano destituiti di fondamento.

6.1. Con le doglianze in questione, infatti, la ricorrente ripropone, in sostanza, la stessa tesi difensiva con cui si è contestata la legittimità dell'esclusione adottata dal Comune di Como, asserendo che la SOA fosse sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti e che la disponibilità dei beni, aventi carattere fungibile, fosse attestata dalla produzione del contratto di noleggio con l'operatore Massucco T s.r.l.

6.2. Ebbene, quanto alla SOA si è già sopra evidenziato che si tratta di un elemento che consente di giustificare il possesso dei requisiti per la parte dell'affidamento relativo ai lavori.

Tuttavia, il contratto, come chiarito, ha natura mista con conseguente onere per la ricorrente di comprovare anche il possesso dei requisiti per la parte dei servizi.

In proposito, il disciplinare di gara era chiaro nel richiedere all'art. 65 del Capitolato speciale d'appalto l'elenco dettagliato dei dati relativi ai mezzi (marca, modello, n. di telaio, targa, potenza per i trattori – portata utile per gli autocarri – peso operativo per la pala), tutti dati ricavabili dalle carte di circolazione, richiesta che, quindi, è coerente con quanto previsto dalla legge di gara.

Non coglie quindi nel segno l'osservazione di parte ricorrente che sostiene che i mezzi avessero carattere fungibile, tenuto conto del carattere inequivocabile della disciplina della procedura di gara che, quindi, gli imponeva di comprovare il possesso e la disponibilità di specifici e non generici mezzi per l'esecuzione del servizio di spala neve.

6.3. Neppure si ritiene fondata la dedotta illegittimità del bando di gara, laddove venisse interpretato nel senso sopra prospettato. Infatti, il contenzioso che ha riguardato l'esclusione, come detto, è stato definito con una decisione di manifesta infondatezza del ricorso, non impugnata in appello e, per questo, passata in giudicato.

In disparte tale considerazione si osserva, per inciso, che la legge di gara, alla luce delle sopra riportate coordinate giurisprudenziali, è conforme a quanto sancito dall'art. 28, d.lgs. n. 50/16,

nella parte in cui richiede la comprova dei requisiti con riferimento ad entrambe le componenti dell'appalto misto.

Deriva, pertanto, l'infondatezza dei primi due motivi di ricorso.

7. Quanto all'elemento soggettivo deve ritenersi corretta la valutazione espressa dall'ANAC che ha ritenuto sussistente in capo alla ricorrente l'elemento psicologico in termini di colpa grave.

7.1. In proposito si osserva che il fatto che la condotta della ricorrente – che ha omesso di dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi come imposto dalla legge di gara, nonostante richiesti dalla legge di gara e dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio – integra all'evidenza l'elemento soggettivo richiesto. Bemar s.r.l., infatti, va ascritta alla categoria di "agente modello" - operatore economico che partecipa, in qualità di concorrente, a procedure di evidenza pubblica e che, conseguentemente, conosce (o dovrebbe conoscere) con il grado di diligenza richiesto agli operatori professionali del settore di riferimento, la necessità di dimostrare i requisiti per l'affidamento della gara cui ha partecipato.

7.2. Correttamente, quindi, l'ANAC ha ritenuto sussistente l'elemento psicologico posto che *"tale condotta (ndr. il non aver dimostrato il possesso dei requisiti richiesti) non risulta conforme ai parametri di diligenza richiesti ad un soggetto che partecipa a procedure di gara pubbliche, avendo impedito all'Ente comunale di poter accertare il pieno possesso dei requisiti oggetto di contestazione."* (si veda pag. 4 della delibera impugnata).

Deriva, pertanto, anche l'infondatezza del terzo e del quarto motivo di ricorso, nella parte in cui si contesta che l'Anac avrebbe acriticamente e con automatismo ritenuto la ricorrente responsabile di quanto ascritte.

Avuto riguardo al parametro dell'agente modello, tenuto conto del modello civilistico di responsabilità (*"intesa come inosservanza dei doveri di diligenza, avendo riguardo alla nozione di "diligenza" che deve essere interpretata accentuandone il carattere relativo ed adeguandola più direttamente alle caratteristiche di ciascuna situazione considerata, in relazione alla natura dell'attività svolta, alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, quindi determinata secondo il parametro relativistico dell'agente modello"*) (cfr. Tar Lazio, sez. I quater, n. 02537/2024 che richiama Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2023, n. 8055), infatti, è stato adeguatamente motivato che, parametrando la condotta a quella che avrebbe dovuto assumere l'agente modello, sarebbe stato esigibile da parte della ricorrente la dimostrazione, mediante trasmissione della documentazione richiesta, del possesso dei requisiti anche per l'espletamento del servizio di spala neve.

8. Dalle considerazioni che precedono deriva, quindi, il rigetto del ricorso.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore dell'amministrazione resistente nella misura di € 2.500,00, oltre spese generali i.v.a. e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Il T.A.R. Lazio (Sez. di Roma) mediante il ricorso al pronunciamento della sentenza di cui in epigrafe compiutamente individuata, n. 5323/2024, pubblicata il 16 marzo u.s., ha statuito alcuni commendevoli, e degni di sottolineatura, principi generali di sistema, con particolare riguardo al necessario e richiesto grado di diligenza che gli Operatori economici partecipanti a una procedura ad evidenza pubblica sono tenuti necessariamente a adottare.

In specie, il Collegio ha “investigato”, *funditus*, in relazione alla condotta a cui si devono conformare, negli *iter* di gara, i concorrenti, il tratto caratterizzante dell'elemento soggettivo.

Orbene, in altre parole, il “*punctum pruriens*” erompente dalla controversia *de qua*, atteneva, ed afferiva, alla concreta gradazione, e sussunzione, caso per caso, del generale “archetipo” (di chiara genesi e stampo civilistico) della figura dell'agente modello (*melius*: in relazione ai contratti pubblici, dell'Operatore Economico modello), e del connaturato e conseguente “*modus agendi*” a cui i concorrenti, aspiranti aggiudicatari, devono mandatoriamente informarsi (in talune circostanza, a pena di esclusione).

Preliminarmente, appare d'impreteribile e prodromica importanza tracciare un breve quadro dei fatti di causa, al fine di poter meglio apprezzare e comprendere i sottostanti principi di diritto enunciati dall'adito Giudice Amministrativo, riferentesi a quanto succintamente poc'anzi preannunciato.

In nuce, una Società partecipava ad una procedura ad evidenza pubblica, indetta da un'Amministrazione comunale, ad avente ad oggetto l'affidamento dell'“*Accordo Quadro per la manutenzione ordinaria e straordinaria strade, acque e servizio neve 2021-2023*”, suddivisa in un numero complessivo di cinque lotti.

In esito allo svolgimento della fase di valutazione, il suddetto concorrente si aggiudicava lo svolgimento di quanto *ut supra* descritto, in relazione all'individuato lotto di gara numero quattro.

Senonché, in un momento successivo, la Stazione Appaltante avviava il procedimento di verifica dei requisiti di qualificazione necessari allo svolgimento del servizio di manutenzione ordinaria, domando, espressamente, all'uopo, alla summenzionata Società aggiudicataria, copia del libretto di circolazione dei veicoli che questa avrebbe destinato all'espletamento delle attività oggetto di spalamento della neve.

Non avendo ricevuto alcun riscontro in merito, in quanto, sul punto, l'aggiudicataria riteneva come fosse, allo scopo, già ampiamente sufficiente l'analisi della SOA trasmessa in precedenza, la Stazione Appaltante escludeva dalla procedura di gara la Società affidataria, informando contestualmente di quanto accaduto l'ANAC.

Medio tempore, l'"investita" Autorità, concludeva il procedimento avviato sul punto, non ravvisando alcun ipotesi di falsa dichiarazione, bensì ritenendo sussistente la diversa fattispecie di cui all'omesso invio della richiesta documentazione alla Stazione Appaltante, applicando, in conseguenza, una sanzione economica pecuniaria (del *quantum* di Euro 1.500,00), così come previsto dall'art. 213, comma 13, del D.lgs. n. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile).

Nei confronti del provvedimento di ANAC di cui sopra, l'"afflitta" Società, interponeva ricorso dinnanzi al T.A.R. in intestazione, richiedendone l'annullamento, e contestualmente la sospensione in via cautelare, ritenendo, in buona sostanza, con plurime censure in diritto, come, anzitutto, la *lex specialis* di gara non richiedesse assolutamente la presentazione delle carte di circolazione dei mezzi (e che tale richiesta non fosse nemmeno, rinvenibile, in alcuna disposizione del Codice dei contratti pubblici e delle previsioni di gara) da impiegarsi nello svolgimento del servizio, qualificando, pertanto, tale pretesa come del tutto sovrabbondante e irrazionale.

Di talché, con i primi due ordini di censure, la ricorrente riteneva *ex se* autosufficiente, come già affermato poco sopra, l'attestazione SOA già prodotta alla Stazione Appaltante, mentre, infine, con le due ultime "*species*" di motivi, assumeva violato, da parte dell'Autorità sanzionante, l'art. 213, comma 13, del D.lgs. n. 50/2016, non avendo, quest'ultima sufficientemente motivato circa la sussistenza della colpa grave in capo all'Operatore escluso, ritenendola, acriticamente e automaticamente rinvenibile nel caso *de quo*.

L'adito Collegio, in prima istanza, e alla luce di una sommaria delibazione in merito, rigettava, anzitutto, la pretesa di sospensione cautelare, in quanto non minimamente rinvenibile né l'elemento del *fumus bonis iuris*, né, tantomeno, quello del *periculum in mora* (*appalesandosi, immediatamente, finanche il ricorso infondato*).

Per ciò che concerne, invece, squisitamente il merito del giudizio di cui in commento, e, più in particolare, la diligenza pretesa dal concorrente in sede di svolgimento delle operazioni di gara (*rectius*: nei fatti della controversia *de qua*, l'elemento soggettivo della condotta, riferentesi

alla dimostrazione del possesso dei requisiti per lo svolgimento del servizio affidato), il T.A.R., *a fortiori*, ha ritenuto ampiamente destituito di fondamento anche le argomentazioni difensive addotte dalla ricorrente, che riteneva di aver adottato una condotta del tutto esemplare e accordante a quanto all'uopo richiesto dall'ordinamento giuridico di settore.

Ragion per cui, il Collegio ha avuto modo, alla luce dei fatti di causa poc'anzi rapidamente passati in rassegna, di affermare, in relazione al comportamento tenuto dalla ricorrente, che, omettere di dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi come imposto dalla legge di gara, nonostante espressamente richiesto dalla stessa *lex specialis*, e dalla Stazione Appaltante in sede di soccorso istruttorio, integra "*ictu oculi*" il richiesto elemento soggettivo, atteggiandosi a un compiuto comportamento affetto da colpa grave.

Infatti, i concorrenti che partecipano ad una procedura ad evidenza pubblica, devono iscriversi, a pieno titolo, nel "*genus*" dell'"agente modello", ossia un Operatore economico che "*conosce (o dovrebbe conoscere) con il grado di diligenza richiesto agli operatori professionali del settore di riferimento, la necessità di dimostrare i requisiti per l'affidamento della gara cui ha partecipato*".

Giacché, è da ritenersi pienamente integrato il richiesto elemento soggettivo, poiché, come correttamente rilevato da ANAC nella censurata Delibera (cfr. pag. 4), "*tale condotta (ndr. il non aver dimostrato il possesso dei requisiti richiesti) non risulta conforme ai parametri della diligenza richiesti ad un soggetto che partecipa a procedure di gara pubbliche, avendo impedito all'Ente comunale di poter accertare il pieno possesso dei requisiti oggetto di contestazione*".

Se ne inferisce, pertanto, in conclusione come, in generale, in ossequio al modello civilistico di responsabilità, intesa come osservanza dei doveri di diligenza richiesta, da parametrarsi al caso di specie, in relazione alla natura dell'attività svolta, e alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, in relazione alla più volte descritta condotta tenuta dalla ricorrente esclusa, è stato adeguatamente motivato dall'Autorità che, riferendosi al suddescritto paradigma di "agente modello", è del tutto legittima la pretesa, avanzata dalla Stazione Appaltante, di ottenere l'ostensione delle carte di circolazione, al fine di dimostrare il possesso dei necessari requisiti per lo svolgimento di parte del servizio affidato (trattandosi di appalto misto) in sede di gara (*id est*: spazzamento della neve).