

Massima: *l'eventuale esclusione, in presenza di cause "non automatiche" ex art. 95, nei confronti di un operatore che – come nel caso in esame – abbia puntualmente indicato le vicende ostantive ed indicato le misure di self – cleaning ex art. 96, avrebbe dovuto essere preceduta da motivata valutazione: in prima battuta, l'amministrazione avrebbe dovuto vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4669/2023; T.A.R. Piemonte n. 932/2023), inoltre avrebbe dovuto valutare le predette misure self -cleaning, con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e la loro sufficienza a ristabilire la fiducia (art. 96, comma 6);*

Tar Campania, Napoli, Sez. V, 14/03/2024, n. 1733



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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 485 del 2024, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avvocati Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.S.L. Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Guglielmo Ara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

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

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

del verbale amministrativo del 20.12.2023 in uno alla afferente comunicazione da Acquisti in Rete PA comunicazioni@acquistinretepa.it del 20.12.2023 ore 15:00 avente ad oggetto “EXT] 3819705 - Acquisto DPI Anti - x per la protezione da rischio radiologico occorrenti all'ASL Napoli 2 Nord - Comunicazione da parte della stazione appaltante”, con cui e nella parte in cui è stata disposta e comunicata l'esclusione di-OMISSIS-. dalla “Procedura negoziata, ai sensi dell'art 50 comma 1 lett. e) del D. l.g.s. n. 36/2023, per la fornitura di "Dispositivi di protezione individuale Antix per la protezione da rischio radiologico occorrenti all'Asl Napoli 2 Nord" - (RdO 3819705);

- di ogni atto e/o provvedimento presupposto, connesso o consequenziale;
- per l'accertamento del diritto della ricorrente ad accedere integralmente a tutti gli atti di gara siccome richiesti, nonché, ove fosse stata disposta l'aggiudicazione, all'aggiudicazione medesima, agli atti presupposti ed all'offerta avversaria;
- per la declaratoria di illegittimità del silenzio – rifiuto sulla domanda di accesso agli atti inoltrata in data 11.1.2024 e per la conseguente condanna alla ostensione;
- per la condanna dell’A.S.L. al risarcimento dei danni in forma specifica mediante riammissione in gara o, in subordine, per equivalente monetario;

II) con i motivi aggiunti:

- della comunicazione del RUP e del Direttore dell'UOC Acquisizione Beni e Servizi dell'ASL Napoli 2 Nord prot. n. 5035/U del 2.2.2024 avente ad oggetto “Procedura di gara - RDO nr. 3819705 del 30/10/2023 ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs 36/2023 avente ad oggetto “Acquisto di DPI Anti-X occorrenti all'Asl Napoli 2 Nord” in uno alla inerente pubblicazione su portale e comunicazione email da “comunicazioni@acquistinretepa.it” del 7.02.2024 con cui e nella parte in cui il Rup ed il Direttore dell'UOC Acquisizione Beni e Servizi dell'ASL Napoli 2 Nord hanno approvato l'operato del Seggio di Gara nella fase di valutazione amministrativa (verbali del 14.12.2023 e del 20.12.2023) e comunicato la esclusione di -OMISSIS- dalla gara come da verbale del 20.12.2023 e la ammissione degli altri operatori;

- in parte qua e ove possa occorrere delle operazioni e del verbale del Seggio di gara del 2.02.2024.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Napoli 2 Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2024 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale e letta la richiesta di passaggio in decisione avanzata dalla difesa dell'A.S.L. Napoli 2 Nord in data 27.2.2024;

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

Premesso che:

- la società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata indetta con delibera n. 1955 del 25.10.2023 dall'A.S.L. Napoli 2 Nord per la fornitura di “dispositivi di protezione individuale Anti-x per la protezione da rischio radiologico”, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso e con importo a base d'asta di € 139.950,00;

- con il ricorso in esame, notificato il 18.1.2024 e depositato il 29.1.2024 impugna il verbale della seduta del 20.12.2023 con cui la commissione di gara disponeva l'esclusione con la seguente motivazione: "valutata la documentazione amministrativa nella sua interezza, ai sensi dell'art. 9.5 del D. Lgs. 36/2023, non ammette la stessa al prosieguo della gara": tanto in ragione di procedimenti penali ritenuti ostativi dichiarati dall'operatore per reati di corruzione (artt. 319, 321 c.p.), inadempimento di contratto di pubbliche forniture (art. 355 c.p.), manovre speculative su merci (art. 501 bis c.p.), truffa aggravata (art. 640, comma 2, c.p.), frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.), per alcuni dei quali è stato emesso il decreto di rinvio a giudizio;
- lamenta l'illegittimità dell'azione amministrativa per violazione ed eccesso di legge sotto distinti profili dolendosi, in particolare, dell'esclusione automatica, in assenza di specifica valutazione della stazione appaltante circa l'affidabilità dell'operatore economico e in ordine alle misure di self – cleaning indicate in sede di gara (modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001), in assenza di condanne definitive, dell'infondatezza delle ipotesi accusatorie di cui ai procedimenti penali, della violazione del contraddittorio che avrebbe impedito alla ricorrente di fornire le informazioni occorrenti per comprovare l'inconsistenza delle imputazioni;
- insiste, altresì, per l'accoglimento della domanda di accesso ex art. 116 c.p.a. agli atti di gara avanzata in data 11.1.2024;
- in data 14.2.2024 sono stati depositati gli atti ostesi dall'amministrazione a riscontro della domanda di accesso;
- con successivo atto di motivi aggiunti notificato il 15.2.2024 e depositato il 16.2.2024, la ricorrente estende il gravame alla nota del RUP e del Direttore U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi del 2.2.2024 recante comunicazione delle ditte ammesse e di quella non ammessa (società ricorrente), unitamente al verbale di

gara del 2.2.2024 nella parte in cui richiama quello del 20.12.2023 già gravato con il ricorso introduttivo; deduce in proposito profili di illegittimità derivata;

- la difesa dell'amministrazione ha replicato alle censure sostenendo, in sintesi, che la estromissione si fonderebbe legittimamente sui procedimenti penali per reati afferenti a contratti di pubbliche forniture, per alcuni dei quali è stato disposto il rinvio a giudizio; ritiene inoltre che le misure di self - cleaning sarebbero intempestive ed insufficienti, in quanto non risulterebbe comprovata la sostituzione dei soggetti presunti responsabili dei gravi illeciti professionali ovvero la rinnovazione degli organi sociali;

- alla camera di consiglio del 5.3.2024 fissata per l'esame della domanda cautelare, la Sezione si è riservata di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., essendo sufficientemente istruita la causa, integro il contraddittorio e sussistendo i presupposti di legge;

- la circostanza che la difesa dell'A.S.L. non sia comparsa alla odierna udienza camerale, ma abbia preferito trasmettere la richiesta di passaggio in decisione non costituisce causa ostativa all'adozione di una sentenza in forma semplificata; difatti, la tutela del diritto di difesa delle parti costituite risulta sufficientemente garantita una volta che risulti accertata la ritualità della trattazione dell'istanza cautelare, onde l'assenza volontaria della parte alla detta camera di consiglio non può avere l'effetto di precludere in radice la conversione del rito, che è potere a chiara caratterizzazione ufficiosa (come può desumersi dalla previsione contenuta nell'art. 60 c.p.a. che non richiede assenso della parte ma onera il giudicante di "sentire" le parti costituite) e, ancora, per poter definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, il Collegio deve solo verificare la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed accertare che le parti (anche se non presenti) non abbiano esposto ragioni ostative alla definizione del giudizio in relazione alla possibilità di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o

regolamento di giurisdizione (T.A.R. Puglia, Bari, n. 801/2013; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 506/2012 e n. 6759/2011);

Ritenuto che:

- va dichiarata l'improcedibilità della domanda di accesso ex art. 116 c.p.a. avanzata dalla società ricorrente, siccome riscontrata dall'amministrazione con il rilascio dei documenti richiesti (cfr. nota depositata in atti il 27.2.2024) e in assenza di ulteriori rilievi ad opera della istante che non ha rappresentato l'incompletezza della documentazione ostesa;

- viceversa, è fondata la domanda impugnatoria avverso il provvedimento di esclusione, in riferimento ai dirimenti profili del difetto di istruttoria e di motivazione per le ragioni di seguito illustrate:

- il nuovo codice degli appalti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) distingue tra: I) cause automatiche di esclusione ex art. 94, tra cui alla lett. 'b' del primo comma, eventuali sentenze di condanna definitiva o decreti penali irrevocabili di condanna in riferimento ai delitti consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321, 322, 322 bis, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del c.p. nonché all'art. 2635 del c.c. riportati da soggetti di cui al comma 3 (es. titolare, socio, etc.); II) causa non automatiche di esclusione (art. 95);

- in tale ultima previsione rientra alla lett. e) l'ipotesi dell'offerente che *“abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi”*;

- tra i gravi illeciti professionali indicati in modo tassativo dall'art. 98, comma 3, rientra alla lett. g), per quanto rileva nel presente giudizio, la *“contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94”*, norma quest'ultima che richiama i reati contro la P.A. sopra riportati;

- ancora, l'art. 98 indica al comma 6 i mezzi di prova adeguati in relazione al comma 3, tra cui in riferimento alla lett. g) del comma 3 (disposizione che, come si è visto, rinvia alle fattispecie di reato di cui all'art. 94, comma 1), il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale;

- in altri termini, sulla base delle citate previsioni può ritenersi che l'adozione del decreto che dispone il giudizio per le fattispecie di reato di cui all'art. 94, comma 1, lett. 'b' integri una causa di esclusione non automatica;

- orbene, ai sensi dell'art. 96, comma 2, l'esclusione di un operatore economico in ragione di una fattispecie "non automatica" di cui all'art. 95 (con l'eccezione del comma 2 che attiene alla diversa ipotesi di violazioni tributarie e previdenziali) non può essere disposta se si verificano le seguenti condizioni cumulative:

I) il concorrente abbia adottato misure di self – cleaning sufficienti a dimostrare la propria affidabilità secondo le indicazioni contenute nel comma 6 dell'art. 96 (aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative; aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti); tali misure devono essere adeguatamente valutate dall'amministrazione appaltante considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione, potendo prospettarsi uno degli epiloghi di seguito indicati: a) se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, l'operatore non è escluso dalla procedura d'appalto; b) se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico;

II) l'operatore abbia assolto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del medesimo articolo, cioè: 1) nel caso in cui la causa di esclusione si sia verificata prima della presentazione dell'offerta, abbia indicato eventuali misure di self – cleaning,

ovvero la impossibilità di tale tempestiva adozione ma vi provveda in seguito; 2) qualora la causa di esclusione si verifichi successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore adotti tali misure di self - cleaning;

- dal descritto quadro normativo si desume che l'eventuale esclusione, in presenza di cause "non automatiche" ex art. 95, nei confronti di un operatore che – come nel caso in esame – abbia puntualmente indicato le vicende ostative ed indicato le misure di self – cleaning ex art. 96, avrebbe dovuto essere preceduta da motivata valutazione: in prima battuta, l'amministrazione avrebbe dovuto vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4669/2023; T.A.R. Piemonte n. 932/2023), inoltre avrebbe dovuto valutare le predette misure self -cleaning, con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e la loro sufficienza a ristabilire la fiducia (art. 96, comma 6);

- nel caso in esame la stazione appaltante si è discostata dalle precitate previsioni; difatti, dal verbale di gara del 20.12.2023 emerge che le valutazioni di cui sopra non sono state svolte, essendo stata disposta in via automatica l'esclusione in dipendenza della pendenza dei procedimenti penali dichiarati dalla partecipante, senza ulteriori approfondimenti;

- la scrutinata illegittimità non può ritenersi emendata sotto il profilo motivazionale dalle ragioni articolate in giudizio dalla difesa della parte resistente in quanto, secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, si palesa inammissibile una integrazione postuma della motivazione, rispetto a quanto riportato nel contenuto dei provvedimenti impugnati, resa nel corso del giudizio e contenuta negli scritti difensivi dell'amministrazione;

Considerato che:

- dalle considerazioni svolte discende l'accoglimento della domanda impugnatoria, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione e riammissione in gara della società ricorrente, fermo ed impregiudicato il successivo riesercizio del potere da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, entro i limiti conformativi della presente sentenza;
- le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3225/2017; n. 3229/2017; Cassazione civile, Sez. V, n. 7663/2012); gi argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso;
- la regolazione delle spese di giudizio segue la soccombenza nella misura indicata in dispositivo e le stesse vanno poste a carico dell'amministrazione resistente, con distrazione ai procuratori antistatari che hanno avanzato rituale richiesta in calce all'atto introduttivo; infine, in riferimento alla parte privata controinteressata non costituita in giudizio, va dichiarata l'irripetibilità degli oneri processuali, essendo la medesima estranea alla scrutinata illegittimità procedimentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- dichiara improcedibile la domanda di accesso ex art. 116 c.p.a.;
- accoglie la domanda impugnatoria e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nella parte in cui si dispone l'esclusione della società ricorrente dalla procedura in epigrafe, con conseguente riammissione, fermo ed impregiudicato il

successivo riesercizio del potere da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, entro i limiti conformativi della presente sentenza;

- condanna l'A.S.L. Napoli 2 Nord al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente che liquida in € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge e al rimborso dei contributi unificati versati per il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, con attribuzione ai procuratori antistatari;

- spese irripetibili nei confronti della parte priva controinteressata non costituita in giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone in atti.

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

Gianluca Di Vita, Presidente FF, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Gianluca Di Vita