

Gara d'appalto, il rinvio a giudizio non comporta l'automatica esclusione dalla gara

di Amedeo Di Filippo

PDF

[La sentenza del Tar Lombardia n. 894/2019](#)

Una richiesta di rinvio a giudizio non è sufficiente a giustificare un provvedimento di esclusione dalla gara qualora non sia sostenuto da ulteriori e autonome valutazioni da parte della stazione appaltante, finalizzate a dimostrare l'esistenza di un grave illecito professionale. Lo afferma il Tar Lombardia con la [sentenza n. 894/2019](#), proprio nei frangenti in cui il mondo politico si arrovella sugli effetti di un avviso di garanzia.

Il caso

La sentenza trae origine da un procedimento penale in cui l'amministratore di una società è stato accusato di aver messo a disposizione le proprie maestranze per l'esecuzione di lavori di ristrutturazione di un centro estetico di proprietà della figlia di un funzionario comunale, per essere favorito nella procedura per l'affidamento di un appalto.

In seguito alla richiesta di rinvio a giudizio dell'operatore economico, il Comune ha applicato l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti, in base al quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle gare i concorrenti che si siano resi colpevoli di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità od affidabilità, qualora ciò sia dimostrato con «mezzi adeguati».

L'autonoma valutazione

Il Tar afferma che anche i fatti oggetto di accertamento in un procedimento penale ancora in corso possano essere considerati «mezzi adeguati» per dimostrare che un operatore economico si sia reso responsabile di gravi illeciti professionali, ma questo non esclude che la stazione appaltante debba procedere a un'autonoma valutazione dei fatti oggetto di accertamento in sede penale, in quanto, diversamente dall'autorità penale, deve valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto a un offerente la cui integrità o affidabilità sia dubbia.

Anzi, affermano i giudici lombardi, la direttiva Ue 2014/24, consentendo di escludere i partecipanti che abbiano commesso «gravi illeciti professionali», riconosce un ampio potere discrezionale alle amministrazioni aggiudicatrici, evidenza che ha indotto la giurisprudenza a dubitare della legittimità degli automatismi previsti dal Codice e il legislatore a modificarne le norme.

L'epilogo è che, per l'individuazione dei «gravi illeciti professionali», c'è una tendenziale

riduzione delle fattispecie generali e astratte normativamente previste, in quanto tale onere viene direttamente demandato alle amministrazioni aggiudicatrici, chiamate a individuare in concreto le condotte suscettibili a integrarli e giustificare l'esercizio degli ampi poteri discrezionali loro attribuiti mediante congrua motivazione.

La condotta della stazione appaltante

Trasposto il criterio nel caso particolare, l'elemento determinante che ha indotto l'amministrazione a valutare l'irrimediabile lesione del rapporto fiduciario è la mera richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'operatore economico, per cui il potere amministrativo esercitato per escludere il ricorrente dalla procedura ha riguardato le sole valutazioni espresse dal pubblico ministero nel procedimento penale, che dunque il Comune ha condiviso ma senza indicarne le ragioni.

Dunque senza alcuna autonoma valutazione dei fatti e delle relative fonti di prova e non esprimendo alcun giudizio sui fatti indicati nel procedimento penale che avrebbero dato luogo al grave illecito professionale e alla conseguente lesione dell'indice di integrità. La commissione di gara, infatti, si è limitata a ribadire la presenza di gravi delitti propri dell'attività imprenditoriale e che i fatti descritti nella richiesta di rinvio a giudizio dimostrano l'esistenza di un sistema finalizzato alla sistematica violazione della finalità pubblica che dovrebbe caratterizzare l'attività imprenditoriale. Dal che sarebbe derivata la grave compromissione del rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria.

E quella corretta

Motivazioni ritenute poco consistenti dal Tar Lombardia che annulla il provvedimento di esclusione, proprio in quanto una richiesta di rinvio a giudizio, sebbene per gravi reati, non può di per sé essere sufficiente a giustificare un provvedimento di esclusione, spesso suscettibile di arrecare gravissimi pregiudizi all'operatore economico e anche la cessazione della sua attività, in assenza di un autonomo accertamento dei fatti idonei a configurare un grave illecito professionale.

Nemmeno apprezzano i giudici l'attenuante del Comune relative all'impossibilità di esercitare un autonomo potere di accertamento, in quanto la stazione appaltante non è chiamata a pronunciarsi sulla fondatezza delle accuse rivolte in sede penale, quanto invece ad accertare se l'operatore abbia commesso i gravi illeciti professionali avviando un procedimento amministrativo in cui esaminare i fatti oggetto di quello penale e le relative fonti di prova, provvedendo alla loro valutazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, eventualmente, anche in difformità da quanto ritenuto dal Pm, purché mediante congrua motivazione. Motivazione dalla quale emergano quali fatti confluiti nel procedimento penale siano suscettibili a rivelare l'esistenza del grave illecito professionale, segnalandoli preventivamente alla società in base all'articolo 7 della legge n. 241/1990.

Solo all'esito di questo procedimento il Comune avrebbe potuto adottare il provvedimento di esclusione.