

Arresti domiciliari e revoca dell'aggiudicazione della gara

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 25-4-2018

E' legittima la revoca di un'aggiudicazione motivata dal fatto che il legale rappresentante della società è stato attinto, nell'ambito di un precedente appalto, da un'ordinanza restrittiva della libertà personale comportante gli arresti domiciliari.

(1) Conforme: Consiglio di Stato, Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; *idem*, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; *idem*, Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; *idem*, 13 luglio 2017, n. 3444; *idem*, 20 febbraio 2017, n. 742; *idem*, 11 aprile 2016, n. 1412; *idem*, 18 giugno 2015, n. 3107; *idem*, 15 giugno 2015, n. 2928, *idem*, 23 marzo 2015, n. 1567; *idem*, 3 dicembre 2014, n. 5973; *idem* Sez. IV, 1 settembre 2017, n. 4161.

Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

La vicenda posta al vaglio del T.A.R. di Bari ha a oggetto l'esclusione dell'o.e. con la conseguente revoca dell'aggiudicazione disposta in suo favore di un appalto, indetto mediante procedura negoziata **ex art. 63, d.lgs. n. 50/2016** da un Comune per l'affidamento di lavori di miglioramento della sostenibilità ambientale e prestazioni energetiche di una scuola elementare.

L'esonero dell'impresa era stato disposto per violazione dell'**art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016**, atteso che la Commissione giudicatrice aveva a tal fine valorizzato un'**ordinanza** emanata nei confronti del legale rappresentante della società che, nell'ambito di una precedente commessa pubblica, era stato sottoposto alla **misura restrittiva** degli arresti domiciliari per il reato di istigazione alla corruzione (artt. 110 e 322 c.p.).

L'aggiudicataria esclusa è, così, insorta dianozi il G.A. barese, in quanto, a suo avviso, il provvedimento non rientrava nelle **tassative ipotesi** previste dall'art. 80, comma 5, lett. c), poiché si trattava di una misura provvisoria che era stata, peraltro, revocata dal giudice penale.

Il Collegio ha ritenuto l'assunto infondato.

Ha, infatti, ricordato come l'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti enuclea – in via **esemplificativa** - un ampio catalogo di fattispecie ricomprese nel "**grave illecito**

professionale", ove per esso si intende, in linea generale, ogni condotta contraria a un dovere giuridico che, per la sua gravità, ha attitudine a mettere in dubbio l'integrità morale e l'affidabilità professionale dell'operatore economico, in modo da legittimarne l'esclusione dalla procedura selettiva.

Invero, ha precisato il T.A.R., l'Amministrazione può porre a fondamento dell'esclusione di un concorrente fatti astrattamente sussumibili nell'**area penalmente rilevante**, tali da rendere dubbia la serietà dell'impresa, senza la necessità dell'adozione di un provvedimento definitivo di condanna.

Le cause di esclusione contemplate nell'art. 80, comma 5, lett. c) si fondano sulla necessità di garantire l'**elemento fiduciario** nei rapporti contrattuali della pubblica Amministrazione.

L'organo di valutazione, nella vicenda scrutinata, ha proceduto in tal senso poiché il comportamento contestato all'amministratore della ricorrente poteva essere ricompreso, segnatamente, nell'alveo del "**tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della la stazione appaltante**", integrante il grave illecito professionale.

Nel caso di specie, l'applicazione della misura restrittiva, ha inciso negativamente sull'**affidabilità dell'impresa**, sí da ledere in modo sostanziale il rapporto con la stazione appaltante; infatti, la stessa deve poter **ex ante** riporre "fiducia" nell'operatore economico cui affida un servizio d'interesse pubblico (sul tema, sia consentito rinviare a M. di Donna, *I cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo Codice*, in *Urb. e App.*, 2017, 4, 554 e ss.).

Al medesimo proposito, giova ricordare come la **Corte di Giustizia** (Sez. X), con decisione n. 470 del 18 dicembre 2014 ha specificato che la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attiene a "... **qualsiasi comportamento** scorretto che incida sulla **credibilità professionale** dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore".

Pubblicato il 13/04/2018

N. 00562/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00006/2018 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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 del 2018, proposto da:



Sedir s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa

dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto



presso lo studio dell'Avv. Sabino Persichella in Bari, via Principe Amedeo,

197;

contro

Comune di Cerignola, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Paradiso, Giuliana Nitti, con
domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco De Robertis in Bari,
via Davanzati, 33;



Centrale Unica di Committenza del Tavoliere, Comune di Stornarella,

Comune di Orta Nova;

nei confronti

Iti Costruzioni s.r.l.u., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Caggiano, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Prof. Avv. Paparella in Bari, via Venezia, 14;

per l'annullamento

- della Determinazione del Responsabile della Centrale Unica di Committenza del Tavoliere n. 81 del 23 novembre 2017, con cui la Stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara controversa precedentemente disposta in favore della Società odierna ricorrente ed ha aggiudicato provvisoriamente la gara alla ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- della Determinazione Dirigenziale n. 1605 dell'11 dicembre 2017 con cui il Comune di Cerignola ha preso atto delle risultanze del verbale del 23 novembre 2017 disponendo l'aggiudicazione definitiva dei lavori alla ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- di tutti i verbali di gara, ivi compresi: il verbale della seduta di gara n. 4 del 17 novembre 2017 con cui la Commissione giudicatrice ha escluso la Sedir dalla procedura e disposto la revoca della proposta provvisoria di aggiudicazione dell'appalto alla stessa precedentemente disposta con verbale della seduta di gara n. 3 del 19 ottobre 2017; il verbale della seduta di gara n. 5 del 23 novembre 2017 con cui la Commissione ha proposto la provvisoria aggiudicazione della gara in favore della ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- ove occorra, della nota prot. n. 32977 dell'8 novembre 2017 con cui la Stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione della Sedir dalla gara controversa con conseguente annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore della medesima società;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cerignola e di Iti Costruzioni s.r.l.u.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità del provvedimento con il quale è stata disposta l'esclusione della società ricorrente per grave errore

professionale [ex art. 80, comma 5 lett. c) del D.lgs n. 50/2016] in relazione

alla procedura di affidamento dei lavori di *“miglioramento della sostenibilità*

ambientale e prestazioni energetiche del patrimonio edilizio settore terziario

nell'Area Vasta "Capitanata 2020" a valere sull'azione 2.4.1 PO FESR

Puglia 2007/12 sulla scuola elementare materna ed elementare A. Moro”,

indetta con lettera di invito dell'8 giugno 2017 dalla Centrale Unica di

Committenzadel Tavoliere ex art. 63 D.lgs. n. 50/2016.

1.1 Ha premesso in fatto la Sedir s.r.l. di aver partecipato alla predetta procedura negoziata e che, all'esito della valutazione delle offerte, nella seduta del 19 ottobre 2017, la Commissione di gara ha proposto la provvisoria aggiudicazione in suo favore, risultando prima classificata, con un ribasso del 23,61%.

1.2. Senonché, nella successiva seduta di gara del 17 novembre 2017, la ricorrente è stata esclusa dalla gara, essendo nelle more intervenuta l'ordinanza cautelare del G.I.P. del Tribunale di Foggia del 25 ottobre 2017, con cui il Sig. Gerardo Biancofiore, legale rappresentante della Sedir - indagato per il reato di istigazione alla corruzione

ex artt. 110 e 322 c.p, in

relazione ad una procedura di project financing per la realizzazione e

gestione del sesto lotto della discarica di rifiuti da realizzarsi presso

l'impianto SIA (a seguito di denuncia querela presentata da Metta

Francesco, Sindaco del Comune di Cerignola e Presidente del Consorzio

Igiene Ambientale Foggia 4, ente proprietario di SIA) - era stato sottoposto

alla misura coercitiva degli arresti domiciliari.

1.3 In particolare, la Commissione Giudicatrice ha posto a fondamento del provvedimento di esclusione impugnato il “grave errore professionale” desumibile dalle circostanze, elementi e conclusioni illustrate dal GIP con la predetta ordinanza applicativa della misura cautelare, sicché ha revocato la proposta di aggiudicazione dei lavori, che sono stati successivamente affidati alla seconda classificata, ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale, odierna controinteressata (

cfr. Determinazione del Responsabile della CUC del

Tavoliere n. 81 del 23 novembre 2017 e Determinazione dirigenziale del

Comune di Cerignola n. 1605 dell'11 dicembre 2017).

2. A sostegno del gravame la società Sedir ha dedotto un unico articolato motivo di ricorso con cui lamenta, in estrema e doverosa sintesi, l'illegittimità della disposta esclusione dalla gara, asserendo che il codice degli appalti prevede tassative cause di esclusione dalle gare d'appalto, tra le quali non è contemplata l'adozione a carico degli organi societari di un provvedimento cautelare di applicazione di misura coercitiva della libertà personale, nemmeno parificabile a una condanna a seguito di sentenza, come previsto dall'art. 80, co. 1, del D.lgs. n. 50/2016, allo stato peraltro oggetto di revoca da parte del Tribunale del riesame.

3. Tanto premesso, la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati; la declaratoria del suo diritto all'aggiudicazione della gara e la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno in forma specifica – mediante subentro nel contratto, ove medio tempore stipulato – ovvero per equivalente.

4. Contestata la lite, si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Cerignola e la società controinteressata Iti Costruzioni s.r.l.u., chiedendo il rigetto della domanda attorea, difendendo l'operato della stazione appaltante e rimarcando che la misura cautelare è stata nelle more solo sostituita da altra misura, di natura interdittiva, permanendo pertanto i gravi indizi di colpevolezza a carico del Biancofiore.

5. Respinta l'istanza cautelare, acquisito il contratto medio tempore stipulato, all'udienza in Camera di Consiglio del 21 marzo 2018, sulla conclusione delle parti presenti come da verbale di udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso non merita accoglimento, alla stregua delle considerazioni che seguono.

7. Infondato è l'assunto di parte ricorrente secondo cui la S.A. non avrebbe potuto escluderla dalla gara in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione e della evidente carenza dei presupposti previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, stante l'impossibilità di sussumere la fattispecie in esame tra le ipotesi escludenti tipizzate dal legislatore.

7.1 Tale convincimento si radica all'esegesi della fondamentale norma racchiusa nell'art. 80 comma 5, lett. c) del 'Codice dei contratti', che enuclea - in via esemplificativa e non tassativa - un ampio catalogo di fattispecie annoverabili nell'ambito del "grave illecito professionale", ricomprendendovi ogni condotta, comunque connessa all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa, che, per la sua gravità, risulti idonea - alla stregua di ponderata valutazione discrezionale - a porre in dubbio l'integrità morale e l'affidabilità del concorrente e, dunque, a legittimarne l'esclusione dalla gara, ritenendo la S.A. integrata in concreto la previsione astrattamente delineata dal legislatore, anche individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida Anac (

cfr.ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 5

settembre 2017, n. 4192; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n.

1119).

7.2 Come chiarito da condivisa giurisprudenza, la finalità dell'ipotesi contemplata dalla citata lettera c) è di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa nell'esercizio della sua attività professionale al fine di garantire la sussistenza o la permanenza dell'elemento fiduciario nella controparte contrattuale in vista dell'appalto da affidare; talché il giudizio demandato alla S.A. esula da finalità aventi carattere sanzionatorio restando ancorata a valutazioni di natura prettamente fiduciaria, soggette all'unico limite della manifesta illogicità, irrazionalità o errore di fatto della relativa valutazione (



ex

multis Consiglio di Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; sez. V, 11 dicembre

2017, n. 5818; 13 luglio 2017, n. 3444, 20 febbraio 2017, n. 742, 11 aprile

2016, n. 1412, 18 giugno 2015, n. 3107, 15 giugno 2015, n. 2928, 23 marzo

2015, n. 1567, 3 dicembre 2014, n. 5973; VI, 1 settembre 2017, n. 4161).

7.3 Sotto tale profilo, dunque, l'Amministrazione ben può porre a fondamento dell'esclusione fatti astrattamente sussumibili nell'area del penalmente rilevante - ove di per sé anche suscettibili di incidere sull'affidabilità professionale dell'impresa - senza che sia a tal fine anche necessario un provvedimento di condanna definitivo: in assenza di automatismo espulsivo (diversamente connesso a condanne definitive per i reati di cui all'art. 80 comma 1 D.lgs. 50/2016), nelle ipotesi contemplate dal comma 5, lett. c), compete alla S.A. di valutare e dimostrare, con mezzi adeguati, se, in base agli elementi emersi in concreto, l'operatore economico si è reso colpevole di fatti che, oggettivamente, per la loro gravità, sono tali da determinare il superamento del punto di rottura dell'affidamento, motivando adeguatamente, in ragione di tale valutazione, l'eventuale esclusione dalla gara.

7.4 Dunque, facendo applicazione dei superiori principi al caso di specie, il

comportamento contestato al Biancofiore, legale rappresentante della Sedit

al momento della partecipazione alla gara *de qua*, risulta correttamente

ricompreso nell'ambito del *“tentativo di influenzare indebitamente la*

Stazione appaltante"; fattispecie che certamente la norma include tra i gravi

illeciti professionali e che, in ragione del carattere elastico ed

esemplificativo dell'elencazione, è idonea a ricomprendere anche illeciti

commessi nell'ambito di precedenti procedure ad evidenza pubblica

(tenuto conto che ai sensi dell'art. 80, comma 6, rileva il comportamento

commissivo o omissivo dei concorrenti avuto prima o nel corso della

procedura), anche se non riguardanti la medesima S.A., in quanto

oggettivamente idonei ad incidere sulla valutazione di lealtà professionale

rimessa, per quanto esposto, all'apprezzamento discrezionale

dell'Amministrazione.

Tale interpretazione è del resto coerente con lo scopo della norma che, si ribadisce, mira a garantire alla S.A. la possibilità di relazionarsi – in vista dell'instaurarsi di futuri rapporti contrattuali e dell'esecuzione di commesse pubbliche – solo con imprese sulla cui probità e correttezza professionale sia possibile riporre un ragionevole affidamento.

7.5 Sotto altro profilo, in merito alla contestata consistenza dell'onere probatorio richiesto alla S.A. ai fini dell'adozione del provvedimento, occorrerà tener conto dello scopo della dimostrazione, che non è finalizzata all'accertamento giudiziale dell'illecito, ma soltanto a garantire la non pretestuosità e la proporzionalità dell'esclusione dalla gara (

cfr. Cons. di

Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299), di talché ben può il provvedimento

espulsivo fondarsi sui medesimi gravi indizi di colpevolezza posti alla base

della misura cautelare coercitiva adottata dal giudice penale,

rappresentando essa un “mezzo adeguato” a rendere quantomeno dubbia

l'integrità e affidabilità dell'operatore economico, tenuto conto della gravità

della base probatoria a carico dell'indagato (per quanto allo stato degli atti

e ancora in evoluzione) necessaria ad integrare la prognosi di reità che

giustifica l'adozione della misura cautelare.

Tanto emerge dal provvedimento di esclusione oggetto dell'odierno

gravame, con cui, contrariamente a quanto *ex adverso* dedotto in ricorso, la

S.A. ha fatto buon governo del potere discrezionale riconosciuto dalla

norma in esame, filtrando autonomamente i fatti contestati al fine di

valutarne la gravità e l'incidenza sul giudizio di probità dell'impresa e

rinviano *per relationem* sia ai gravi indizi di colpevolezza emersi in

concreto che al pericolo di reiterazione del reato, costituenti fondamento

dell'ordinanza cautelare adottata dal GIP e oggetto di piena condivisione

da parte dell'Amministrazione.

7.6 Né può giovare a parte ricorrente invocare l'avvenuta adozione da

parte della società – costituita da soli due soci - di misure di *self cleaning*,

consistenti nella cessazione dalla carica di legale rappresentante del socio

attinto dalla misura cautelare e contestuale attribuzione all'altro socio,

essendo questi legati da vincolo di coniugio, di talché correttamente

l'Amministrazione intimata non ha ritenuto sufficiente la misura adottata,

mancando la garanzia di una reale autonomia ed effettiva discontinuità

rispetto alla precedente gestione.

7.7 In conclusione il ricorso è respinto.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente Sedir s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Cerignola e della società Iti Costruzioni s.r.l.u., complessivamente liquidandole in €. 4.000,00 (€. 2.000,00 per ciascuna parte), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirèe Zonno, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 del 2018, proposto da:

Sedir s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Sabino Persichella in Bari, via Principe Amedeo, 197;

contro

Comune di Cerignola, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Paradiso, Giuliana Nitti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco De Robertis in Bari, via Davanzati, 33;

Centrale Unica di Committenza del Tavoliere, Comune di Stornarella, Comune di Orta Nova;

nei confronti

Iti Costruzioni s.r.l.u., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Caggiano, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Prof. Avv. Paparella in Bari, via Venezia, 14;

per l'annullamento

- della Determinazione del Responsabile della Centrale Unica di Committenza del Tavoliere n. 81 del 23 novembre 2017, con cui la Stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara controversa precedentemente disposta in favore della Società odierna ricorrente ed ha aggiudicato provvisoriamente la gara alla ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- della Determinazione Dirigenziale n. 1605 dell'11 dicembre 2017 con cui il Comune di Cerignola ha preso atto delle risultanze del verbale del 23 novembre 2017 disponendo l'aggiudicazione definitiva dei lavori alla ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- di tutti i verbali di gara, ivi compresi: il verbale della seduta di gara n. 4 del 17 novembre 2017 con cui la Commissione giudicatrice ha escluso la Sedir dalla procedura e disposto la revoca della proposta provvisoria di aggiudicazione dell'appalto alla stessa precedentemente disposta con verbale della seduta di gara n. 3 del 19 ottobre 2017; il verbale della seduta di gara n. 5 del 23 novembre 2017 con cui la Commissione ha proposto la provvisoria aggiudicazione della gara in favore della ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale;

- ove occorra, della nota prot. n. 32977 dell'8 novembre 2017 con cui la Stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione della Sedir dalla gara controversa con conseguente annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore della medesima società;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cerignola e di Iti Costruzioni s.r.l.u.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità del provvedimento con il quale è stata disposta l'esclusione della società ricorrente per grave errore professionale [ex art. 80, comma 5 lett. c) del D.lgs n. 50/2016] in relazione alla procedura di affidamento dei lavori di *"miglioramento della sostenibilità ambientale e prestazioni energetiche del patrimonio edilizio settore terziario nell'Area Vasta "Capitanata 2020" a valere sull'azione 2.4.1 PO FESR Puglia 2007/12 sulla scuola elementare materna ed elementare A. Moro"*, indetta con lettera di invito dell'8 giugno 2017 dalla Centrale Unica di Committenza del Tavoliere ex art. 63 D.lgs. n. 50/2016.

1.1 Ha premesso in fatto la Sedir s.r.l. di aver partecipato alla predetta procedura negoziata e che, all'esito della valutazione delle offerte, nella seduta del 19 ottobre 2017, la Commissione di gara ha proposto la provvisoria aggiudicazione in suo favore, risultando prima classificata, con un ribasso del 23,61%.

1.2. Senonché, nella successiva seduta di gara del 17 novembre 2017, la ricorrente è stata esclusa dalla gara, essendo nelle more intervenuta l'ordinanza cautelare del G.I.P. del Tribunale di Foggia del 25 ottobre 2017, con cui il Sig. Gerardo Biancofiore, legale rappresentante della Sedir - indagato per il reato di istigazione alla corruzione ex artt. 110 e 322 c.p, in relazione ad una procedura di project financing per la realizzazione e gestione del sesto lotto della discarica di rifiuti da realizzarsi presso l'impianto SIA (a seguito di denuncia querela presentata da Metta Francesco, Sindaco del Comune di Cerignola e Presidente del Consorzio Igiene Ambientale Foggia 4, ente proprietario di SIA) - era stato sottoposto alla misura coercitiva degli arresti domiciliari.

1.3 In particolare, la Commissione Giudicatrice ha posto a fondamento del provvedimento di esclusione impugnato il "grave errore professionale" desumibile dalle circostanze, elementi e conclusioni illustrate dal GIP con la predetta ordinanza applicativa della misura cautelare, sicché ha revocato la proposta di aggiudicazione dei lavori, che sono stati successivamente affidati alla seconda classificata, ITI Costruzioni s.r.l. Unipersonale, odierna controinteressata (cfr. Determinazione del Responsabile della CUC del Tavoliere n. 81 del 23 novembre 2017 e Determinazione dirigenziale del Comune di Cerignola n. 1605 dell'11 dicembre 2017).

2. A sostegno del gravame la società Sedir ha dedotto un unico articolato motivo di ricorso con cui lamenta, in estrema e doverosa sintesi, l'illegittimità della disposta esclusione dalla gara, asserendo che il codice degli appalti prevede tassative cause di esclusione dalle gare d'appalto, tra le quali non è contemplata l'adozione a carico degli organi societari di un provvedimento cautelare di applicazione di misura coercitiva della libertà personale, nemmeno

parificabile a una condanna a seguito di sentenza, come previsto dall'art. 80, co. 1, del D.lgs. n. 50/2016, allo stato peraltro oggetto di revoca da parte del Tribunale del riesame.

3. Tanto premesso, la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati; la declaratoria del suo diritto all'aggiudicazione della gara e la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno in forma specifica – mediante subentro nel contratto, ove medio tempore stipulato – ovvero per equivalente.

4. Contestata la lite, si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Cerignola e la società controinteressata Iti Costruzioni s.r.l.u., chiedendo il rigetto della domanda attorea, difendendo l'operato della stazione appaltante e rimarcando che la misura cautelare è stata nelle more solo sostituita da altra misura, di natura interdittiva, permanendo pertanto i gravi indizi di colpevolezza a carico del Biancofiore.

5. Respinta l'istanza cautelare, acquisito il contratto medio tempore stipulato, all'udienza in Camera di Consiglio del 21 marzo 2018, sulla conclusione delle parti presenti come da verbale di udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso non merita accoglimento, alla stregua delle considerazioni che seguono.

7. Infondato è l'assunto di parte ricorrente secondo cui la S.A. non avrebbe potuto escluderla dalla gara in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione e della evidente carenza dei presupposti previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, stante l'impossibilità di sussumere la fattispecie in esame tra le ipotesi escludenti tipizzate dal legislatore.

7.1 Tale convincimento si radica all'esegesi della fondamentale norma racchiusa nell'art. 80 comma 5, lett. c) del 'Codice dei contratti', che enuclea - in via esemplificativa e non tassativa - un ampio catalogo di fattispecie annoverabili nell'ambito del "grave illecito professionale", ricomprendendovi ogni condotta, comunque connessa all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa, che, per la sua gravità, risulti idonea – alla stregua di ponderata valutazione discrezionale - a porre in dubbio l'integrità morale e l'affidabilità del concorrente e, dunque, a legittimarne l'esclusione dalla gara, ritenendo la S.A. integrata in concreto la previsione astrattamente delineata dal legislatore, anche individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle contemplate dalla norma primaria o dalle linee guida Anac (*cf. ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119).

7.2 Come chiarito da condivisa giurisprudenza, la finalità dell'ipotesi contemplata dalla citata lettera c) è di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa nell'esercizio della sua attività professionale al fine di garantire la sussistenza o la permanenza dell'elemento fiduciario nella controparte contrattuale in vista dell'appalto da affidare; talché il giudizio demandato alla S.A. esula da finalità aventi carattere sanzionatorio restando ancorata a valutazioni di natura prettamente fiduciaria, soggette all'unico limite della manifesta illogicità, irrazionalità o errore di fatto della relativa valutazione (*ex multis* Consiglio di Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; 13 luglio 2017, n. 3444, 20 febbraio 2017, n. 742, 11 aprile 2016, n. 1412, 18 giugno

2015, n. 3107, 15 giugno 2015, n. 2928, 23 marzo 2015, n. 1567, 3 dicembre 2014, n. 5973; VI, 1 settembre 2017, n. 4161).

7.3 Sotto tale profilo, dunque, l'Amministrazione ben può porre a fondamento dell'esclusione fatti astrattamente suscettibili nell'area del penalmente rilevante - ove di per sé anche suscettibili di incidere sull'affidabilità professionale dell'impresa - senza che sia a tal fine anche necessario un provvedimento di condanna definitivo: in assenza di automatismo espulsivo (diversamente connesso a condanne definitive per i reati di cui all'art. 80 comma 1 D.lgs. 50/2016), nelle ipotesi contemplate dal comma 5, lett. c), compete alla S.A. di valutare e dimostrare, con mezzi adeguati, se, in base agli elementi emersi in concreto, l'operatore economico si è reso colpevole di fatti che, oggettivamente, per la loro gravità, sono tali da determinare il superamento del punto di rottura dell'affidamento, motivando adeguatamente, in ragione di tale valutazione, l'eventuale esclusione dalla gara.

7.4 Dunque, facendo applicazione dei superiori principi al caso di specie, il comportamento contestato al Biancofiore, legale rappresentante della Sedit al momento della partecipazione alla gara *de qua*, risulta correttamente ricompreso nell'ambito del "*tentativo di influenzare indebitamente la Stazione appaltante*"; fattispecie che certamente la norma include tra i gravi illeciti professionali e che, in ragione del carattere elastico ed esemplificativo dell'elencazione, è idonea a ricomprendere anche illeciti commessi nell'ambito di precedenti procedure ad evidenza pubblica (tenuto conto che ai sensi dell'art. 80, comma 6, rileva il comportamento commissivo o omissivo dei concorrenti avuto prima o nel corso della procedura), anche se non riguardanti la medesima S.A., in quanto oggettivamente idonei ad incidere sulla valutazione di lealtà professionale rimessa, per quanto esposto, all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione.

Tale interpretazione è del resto coerente con lo scopo della norma che, si ribadisce, mira a garantire alla S.A. la possibilità di relazionarsi – in vista dell'instaurarsi di futuri rapporti contrattuali e dell'esecuzione di commesse pubbliche – solo con imprese sulla cui probità e correttezza professionale sia possibile riporre un ragionevole affidamento.

7.5 Sotto altro profilo, in merito alla contestata consistenza dell'onere probatorio richiesto alla S.A. ai fini dell'adozione del provvedimento, occorrerà tener conto dello scopo della dimostrazione, che non è finalizzata all'accertamento giudiziale dell'illecito, ma soltanto a garantire la non pretestuosità e la proporzionalità dell'esclusione dalla gara (*cf.* Cons. di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299), di talché ben può il provvedimento espulsivo fondarsi sui medesimi gravi indizi di colpevolezza posti alla base della misura cautelare coercitiva adottata dal giudice penale, rappresentando essa un "mezzo adeguato" a rendere quantomeno dubbia l'integrità e affidabilità dell'operatore economico, tenuto conto della gravità della base probatoria a carico dell'indagato (per quanto allo stato degli atti e ancora in evoluzione) necessaria ad integrare la prognosi di reità che giustifica l'adozione della misura cautelare.

Tanto emerge dal provvedimento di esclusione oggetto dell'odierno gravame, con cui, contrariamente a quanto *ex adverso* dedotto in ricorso, la S.A. ha fatto buon governo del potere discrezionale riconosciuto dalla norma in esame, filtrando autonomamente i fatti contestati al fine di valutarne la gravità e l'incidenza sul giudizio di probità dell'impresa e rinviando *per*

relationem sia ai gravi indizi di colpevolezza emersi in concreto che al pericolo di reiterazione del reato, costituenti fondamento dell'ordinanza cautelare adottata dal GIP e oggetto di piena condivisione da parte dell'Amministrazione.

7.6 Né può giovare a parte ricorrente invocare l'avvenuta adozione da parte della società – costituita da soli due soci - di misure di *self cleaning*, consistenti nella cessazione dalla carica di legale rappresentante del socio attinto dalla misura cautelare e contestuale attribuzione all'altro socio, essendo questi legati da vincolo di coniugio, di talché correttamente l'Amministrazione intimata non ha ritenuto sufficiente la misura adottata, mancando la garanzia di una reale autonomia ed effettiva discontinuità rispetto alla precedente gestione.

7.7 In conclusione il ricorso è respinto.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente Sedir s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Cerignola e della società Iti Costruzioni s.r.l.u., complessivamente liquidandole in €. 4.000,00 (€. 2.000,00 per ciascuna parte), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirèe Zonno, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore