

Pubblicato il 29/04/2021

N. 01069/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00053/2020 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 53 del 2020, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dall'avvocato Luciano Salomoni, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via
Caradosso, 8;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano,
Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Massimo Calì, Emilio Pregnotato, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso gli uffici dell'Ente in Milano, via della Guastalla 6;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dagli avvocati Sabrina Morelli, Gianluca Calistri, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio Gianluca Calistri in Milano, via Turati n. 3;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per l'accordo quadro per interventi di manutenzione e ristrutturazione manufatti di scavalcamento e sottopassi – lotto 2 indetta dal Comune di Milano – CIG 776208532D assunto dal Presidente della Commissione di Gara e resto noto con comunicazione PG 0127631/2019 de 27 novembre 2019; del verbale delle operazioni di gara del 22 novembre 2019, pubblicato il 27 novembre 2019 sul sito istituzionale del Comune, che dispone l'esclusione della ricorrente e individua l'offerta della controinteressata quale più vantaggiosa;
- della determinazione di aggiudicazione del medesimo accordo quadro – lotto 2, di estremi ignoti;
- di ogni altro atto comunque connesso, presupposto e consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi inclusa la comunicazione di avvio procedimento di esclusione dalla gara del 31 maggio 2019, PG 0127631/2019;

e per la declaratoria:

di inefficacia del contratto d'appalto ove sottoscritto con la controinteressata in esito all'aggiudicazione del lotto 2 indicata in epigrafe, con ogni conseguente statuizione;

nonché per la condanna:

del Comune di Milano al risarcimento in forma specifica e in subordine per equivalente dei pregiudizi patiti e patienti dalla ricorrente a causa degli atti in epigrafe.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2021 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. con legge n. 176/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

-OMISSIS- impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Contestualmente, chiede la dichiarazione di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato dalla stazione appaltante, il subentro nella gestione dell'appalto, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio il Comune di Milano e -OMISSIS-, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso avversario, di cui chiedono il rigetto.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 14 aprile 2021, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che:

- con apposito bando il Comune di Milano indiceva una gara diretta alla conclusione di un accordo quadro per l'esecuzione di interventi di manutenzione e ristrutturazione manufatti di scavalcamento e sottopassi, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso;

- entro il termine fissato dagli atti indittivi presentava offerta, tra le altre, l'impresa -OMISSIS-, che presentava la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti in data 9.4.2019, sottoscritta dal legale rappresentante pro tempore -OMISSIS-;

- nel corso della procedura, il Comune di Milano apprendeva dagli organi di stampa che diversi operatori economici partecipanti alla gara erano coinvolti in un procedimento penale in cui erano contestate illecite condotte in gare d'appalto di società partecipate dal Comune di Milano;

- il Comune di Milano acquisiva copia dell'ordinanza del Tribunale di Milano n. -OMISSIS- R.G.N.R. n. -OMISSIS- R.G.G.I.P., emessa il 29.4.2019, recante

- l'applicazione di misure cautelari personali in dipendenza del procedimento penale suindicato;
- la stazione appaltante riteneva che i fatti esposti nell'ordinanza del giudice penale evidenziassero che le condotte di diversi operatori, tra cui -OMISSIS- ed -OMISSIS-, serbate nel corso di una gara aggiudicata da Amsa (appalto n. 9/2017 cd. "servizio neve") e di una affidata da A2a (gara teleriscaldamento), fossero tali da giustificare l'avvio di un procedimento di verifica della sussistenza di un grave errore professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50;
 - il Comune di Milano acquisiva da Amsa sia la documentazione della gara n. 9/2017, sia quella relativa alla precedente gara per il medesimo servizio (gara n. 32/2011), nonché la documentazione della gara per il teleriscaldamento di A2a;
 - gli elementi istruttori acquisiti inducevano la stazione appaltante ad attivare un procedimento di esclusione di -OMISSIS-, alla quale, con nota del 31.5.2019, comunicava l'avvio del procedimento chiedendo di trasmettere osservazioni e o documenti;
 - l'operatore interessato riscontrava l'avviso di avvio del procedimento, presentando in data 7.6.2019 una memoria scritta con documentazione allegata;
 - nella seduta di gara del 22.11.2019, la Commissione concludeva il procedimento, disponendo l'esclusione di -OMISSIS- in quanto riteneva accertato a carico dell'impresa la carenza del requisito di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice dei Contratti;
 - nella medesima seduta, la Commissione, dopo avere aperto le buste contenenti le offerte economiche, redigeva la graduatoria e aggiudicava la gara alla prima classificata -OMISSIS- che aveva offerto un ribasso del 32,66700%;
 - nel frattempo, il Comune di Milano riceveva l'informativa interdittiva antimafia nei confronti di -OMISSIS- (società socia al 50% dell'impresa -OMISSIS- e indicata nella procedura in oggetto da -OMISSIS- quale impresa

subappaltatrice) con contestuale cancellazione della società dalla c.d. white list e Anac inseriva la relativa annotazione nel Casellario.

2) Preliminarmente, il Tribunale osserva che con apposita memoria depositata in giudizio, la ricorrente ha dichiarato di rinunciare sia alla domanda risarcitoria, sia alla domanda di subentro.

La memoria non risulta notificata ai sensi dell'art. 84, comma 3, cpa; nondimeno, palesa la sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione delle domande risarcitorie proposte, ai sensi del comma 4 della norma appena citata.

Ne deriva l'improcedibilità del ricorso in relazione alla domanda risarcitoria e alla domanda di subentro proposte.

3) La ricorrente articola più censure, dirette a contestare, sul piano sostanziale, l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016, n. 50 e, quindi, la mancanza di elementi istruttori adeguati a supportare il provvedimento di esclusione, contestando che i fatti considerati dall'amministrazione siano espressivi di un grave errore professionale.

Inoltre, si contesta che l'amministrazione si sia appiattita sulla tesi del pubblico ministero, omettendo qualunque autonoma valutazione.

Le censure non possono essere condivise, con la precisazione che l'infondatezza dell'impugnazione consente di prescindere dalle eccezioni preliminari di rito sollevate dall'amministrazione comunale.

3.1) L'art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50, nella versione risultante dalla novella – applicabile al caso di specie *ratione temporis* – introdotta dall'art. 5, comma 1, del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, dispone che “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si

è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”.

In ordine alle condizioni necessarie per configurare un grave errore professionale e all'interpretazione, quindi, della norma citata, il Tribunale osserva quanto segue.

L'art. 80, comma 5 lett. c), trova diretta corrispondenza nell'art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva 2014/24, che consente alle stazioni appaltanti di escludere i partecipanti che abbiano commesso “gravi illeciti professionali”, riconoscendo così un ampio potere valutativo alle amministrazioni aggiudicatrici.

A ben vedere, la norma si pone in continuità con l'art. 38, comma 1 lett. f), del d.l.vo n. 163 del 2006, il quale prevedeva la non ammissione alle procedure di affidamento delle concessione e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ovvero inibiva l'affidamento di subappalti o ancora la stipulazione dei relativi contratti per coloro che “secondo motivata valutazione della stazione appaltante ... hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo da parte della stazione appaltante”, con la precisazione che, anche in tal caso, la norma costituiva attuazione della disciplina eurounitaria, atteso che l'art. 45, comma 2 lettera d), della direttiva 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, pur rimettendo agli Stati membri la definizione delle condizioni di applicazione, consentiva l'esclusione dalla partecipazione all'appalto di “...ogni operatore economico...che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Vale evidenziare che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza n. 470, del 18 dicembre 2014) ha puntualizzato 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 operato”.

Ecco, allora, che la ratio dell’art. 80, comma 5 lett. c), cit. risiede “nell’esigenza di assicurare l’affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti...” (così già: Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412).

La norma tende a consentire alla stazione appaltante un’adeguata e ponderata valutazione sull’affidabilità e sull’integrità dell’operatore economico, tanto che sono posti a carico di quest’ultimo i c.d. obblighi informativi: l’operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, “gli è stata contestata una condotta contraria a norma” o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; Id., 16 novembre 2018, n. 6461; Id., 24 settembre 2018, n. 5500; Id., 3 settembre 2018, n. 5142; Id., 17 luglio 2017, n. 3493; Id., 5 luglio 2017, n. 3288; Id., 22 ottobre 2015, n. 4870).

L’ampiezza della formulazione, sia della norma nazionale, sia dell’art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva 2014/24, conduce a ricomprendere nella nozione di “grave illecito professionale” - ferma restando la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante - ogni condotta, collegata all’esercizio dell’attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Consiglio di Stato, sez. III, n. 4192/17 e Id. n. 7231/2018).

La norma non reca una tassativa elencazione di ipotesi di grave errore professionale, sicché la stazione appaltante può addivenire all’esclusione dell’operatore economico, al di fuori di ogni tipizzazione normativa, ogni qual

volta evidenzi, in esercizio della discrezionalità di cui dispone nella materia in esame, la riferibilità all'operatore di situazioni contrarie ad un obbligo giuridico di carattere civile, penale ed amministrativo, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Consiglio di Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231 e Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136).

Insomma, le citate disposizioni non contemplanò un numero chiuso di "gravi illeciti professionali", ma una serie aperta, cui deve essere data concretezza, di volta in volta, dalla stazione appaltante in esercizio della discrezionalità di cui dispone.

La giurisprudenza, cui aderisce il Tribunale (cfr. Tar Lombardia Milano, sez. I, 24 luglio 2019, n. 1729), ha già precisato che l'art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50 ha dilatato il potere valutativo discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici in tema di esclusione dei concorrenti, correlandone l'esercizio ad un "concetto giuridico indeterminato", sicché spetta alle stazioni appaltanti declinare, caso per caso, la condotta dell'operatore economico "colpevole di gravi illeciti professionali" (cfr. sul punto, Consiglio di Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467), fermo restando che, quando la stazione appaltante esclude un operatore economico, perché considerato colpevole di un grave illecito professionale, deve adeguatamente motivare l'esercizio di siffatta discrezionalità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299).

Quanto ai fatti oggetto di un procedimento penale, deve riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti "gravi illeciti professionali", a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, ferma restando la necessità che l'esclusione sottenda un'adeguata istruttoria e una congrua motivazione.

Va ribadito che qualsiasi condotta, di cui venga contestata dall'Autorità la contrarietà alla legge e collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle

stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (cfr. così Consiglio di Stato, Sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787), a prescindere dall'esito dell'eventuale procedimento penale instaurato.

Corrispondentemente, la pendenza di un procedimento penale o la rilevanza penale dei fatti contestati dalla stazione appaltante non conducono ad un'espulsione automatica, ma ad una doverosa valutazione della loro incidenza sulla professionalità dell'operatore economico, valutazione che, con adeguata motivazione, deve dare conto delle ragioni dell'eventuale esclusione disposta (cfr. in argomento, Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142).

Con riferimento al caso di specie, va osservato che la citata ordinanza del Gip presso il Tribunale di Milano ha disposto la misura degli arresti domiciliari nei confronti di -OMISSIS-, legale rappresentante della ricorrente al tempo della presentazione della domanda di partecipazione, fermo restando che egli è stato anche rinviato a giudizio.

Tuttavia, la questione rilevante non è tanto l'avvenuta applicazione di una misura penale a carico della società o del suo legale rappresentante, quanto la configurabilità di una condotta espressiva di un grave errore professionale.

Certo, la giurisprudenza, volta a volta, ha riconosciuto la legittimità del provvedimento di esclusione per grave illecito professionale ex art. 80, comma 5 lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 e la conseguente revoca dell'aggiudicazione, assunti in conseguenza dell'emissione di un'ordinanza cautelare applicativa di misura coercitiva degli arresti domiciliari (cfr. Consiglio di Stato n. 1367 del 27.2.2019), ovvero la legittimità dell'esclusione dell'operatore per grave illecito professionale, disposta in ragione delle circostanze emerse dall'avviso di conclusione delle indagini (cfr. Consiglio di Stato, n. 1846 del 20.3.2019).

Nondimeno, ciò non significa che ai fini della valutazione dell'esistenza di un grave errore professionale, correlato a fatti di rilevanza penale, sia necessaria

la previa adozione di una misura penale a carico del rappresentante legale della società interessata, ovvero la disposizione nei suoi confronti del rinvio a giudizio.

Rileva, piuttosto, che i fatti presi in considerazione dalla stazione appaltante, quand'anche di rilevanza penale, siano espressivi di un grave errore professionale.

La fonte di innesco del potere valutativo della stazione appaltante può sicuramente essere un provvedimento del giudice penale, per i fatti che in esso sono riferiti, ma ciò non postula che sia stata applicata una misura penale, di qualunque tipo, nei confronti del rappresentante legale della società interessata.

Sul punto, è infondata la censura diretta a contestare che i fatti presi in esame dall'amministrazione siano espressivi di un grave errore professionale e a lamentare che l'esclusione sia l'effetto della pedissequa adesione dell'amministrazione alla tesi del pubblico ministero, senza alcuna autonoma valutazione.

In primo luogo, va osservato, sul piano istruttorio, che l'amministrazione non si è limitata a prendere atto dell'ordinanza del Gip di Milano, ma ha acquisito direttamente da Amsa la documentazione della gara n. 9/2017 (cd. "servizio neve"), nonché quella della precedente gara per il medesimo servizio (gara n. 32/2011), sicché è smentita per tabulas l'affermazione secondo la quale la stazione appaltante si sarebbe limitata a considerare l'ordinanza del Gip.

Non solo, il verbale di esclusione non si limita a richiamare l'ordinanza del Gip di Milano, ma muove dalla diretta disamina del contenuto delle intercettazioni telefoniche e ambientali che interessano il rappresentante della ricorrente, sviluppando una specifica valutazione delle ricadute che gli elementi raccolti hanno sull'affidabilità della ricorrente stessa, quale controparte contrattuale, al di là dei profili penali della vicenda.

Si tratta di numerose conversazioni intercorse tra -OMISSIS-, legale rappresentante della ricorrente e amministratore della -OMISSIS-

(proprietaria al 50% di -OMISSIS-) ed altri operatori economici, nonché con il dipendente di Amsa preposto all'attività contrattuale della società, dalle quali emerge la partecipazione del primo, unitamente ad altri imprenditori, ad accordi diretti a concordare l'aggiudicazione dei Lotti della gara a procedura aperta n. 9/2017 bandita da Amsa s.p.a., avente per oggetto il "servizio di spargimento di fondenti salini, lamatura e ammasso e rimozione e trasporto della neve dalle vie, piazze, depositi ATM della città di Milano, nonché, limitatamente alle città di Pero e Trezzano sul Naviglio, l'esecuzione delle sole attività di rimozione e trasporto delle neve".

In particolare, le intercettazioni richiamate palesano che alcuni operatori economici si sono accordati per individuare i lotti in relazione ai quali presentare offerta e quelli per i quali non presentarla, così da abbinare i lotti alle diverse imprese facenti parte dell'accordo; resta fermo che proprio -OMISSIS- ha conseguito l'aggiudicazione di due lotti della gara bandita da Amsa spa.

Come chiaramente messo in luce nel verbale di esclusione – che reca una minuziosa ricostruzione della fattispecie, riportando testualmente il contenuto delle intercettazioni più significative – le conversazioni che hanno interessato -OMISSIS- palesano la sua attivazione per la creazione di un unico centro decisionale, volto a consentire la presentazione di offerte concordate tra gli operatori partecipanti, così da ottenere la spartizione dei lotti.

-OMISSIS- discute con i suoi interlocutori, nel corso della gara, della situazione che si è venuta a creare, in dipendenza del comportamento di altri operatori e concorda i comportamenti da tenere; parimenti, manifesta disappunto per il comportamento di alcuni operatori, che non sembrano serbare condotte chiare e coerenti rispetto all'accordo e, ancora, pianifica i comportamenti da tenere, ripartendo i compiti quanto ai contatti da coltivare e si adopera per portare a compimento l'accordo illecito.

Non è condivisibile la tesi secondo la quale mancherebbero elementi per riferire le conversazioni ad una specifica gara di appalto ed, in particolare, alla

c.d. gara neve gestita da Amsa spa.

Sul punto, proprio l'ordinanza del Gip di Milano inquadra, senza dubbio alcuno, le conversazioni telefoniche ed ambientali nell'ambito dell'accordo teso a spartire i lotti della gara suindicata (a titolo di esempio si vedano pag. 75 e 76 dell'ordinanza, nonché pag. 57, ove si fanno riferimenti alla stessa gara già svolta per l'anno precedente).

Il contesto e il contenuto delle telefonate, se considerati nel loro complesso, come fatto dall'amministrazione resistente, sono inequivoci nel senso di palesare che -OMISSIS- è uno dei promotori dell'accordo, al fine di realizzare la spartizione dei lotti della gara Amsa.

Né è dubitabile che l'attività contestata a -OMISSIS-, in qualità di amministratore e rappresentante di -OMISSIS- e di -OMISSIS-, integri un grave errore professionale.

Come è noto, l'impresa che partecipa ad una gara deve osservare una diligenza qualificata, ex art. 1176, comma 2, c.c., poiché la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica è espressione dell'attività economica svolta in modo professionale.

Il professionista deve commisurare la propria condotta non al criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, ma a quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c., (cfr. tra le tante, Cassazione civile, sez. III, 10 giugno 2016, n. 11906), quale modello astratto di condotta che si estrinseca, tanto se l'interessato è un professionista, quanto se è un imprenditore, nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse della controparte, nonché ad evitare possibili eventi dannosi.

Va ribadito che, per costante giurisprudenza, la diligenza "si specifica nei profili della cura, della cautela, della perizia e della legalità" (cfr. Cassazione civile, 31 maggio 2006, n. 12995) e deve valutarsi in concreto avuto riguardo

alla natura dell'attività esercitata e alle circostanze concrete del caso, in coerenza con il richiamato art. 1176, comma 2, c.c. (cfr. per tutte, Cassazione civile, sez. III, 15 giugno 2018, n. 15732).

Il grave errore, rilevante ex art. 80, comma 5 lett. c), attiene a vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata all'operatore "una condotta contraria a norma" o, comunque, si è verificata "la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti" (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Si è già evidenziato che l'ampiezza della formulazione, sia della norma nazionale, sia dell'art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva 2014/24, conduce a ricomprendere nella nozione di "grave illecito professionale" ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Consiglio di Stato, III, n. 4192/17 e Id. n. 7231/2018).

E in tale concetto è sicuramente sussumibile la condotta del rappresentante legale, che in sede di partecipazione ad una gara, si accorda con altri operatori per la spartizione dei lotti da assegnare, così da vanificare la funzione della procedura ad evidenza pubblica.

Si tratta di una condotta non solo diametralmente opposta al dovere di buona fede, che informa l'azione degli operatori che partecipano ad una gara, ma, prima ancora, palesemente contraria ai parametri della diligenza qualificata che connotano l'attività di un operatore professionale.

Insomma, al di là dei profili penali della vicenda, i fatti contestati integrano la reiterata violazione di puntuali doveri stabiliti dall'ordinamento, violazione commessa nell'esercizio dell'attività professionale.

L'amministrazione ha fondato l'esclusione su fatti precisi, supportati sul piano istruttorio, di oggettiva gravità, tali da incidere sulla moralità professionale e sull'affidabilità dell'operatore economico quale controparte contrattuale.

Ecco, allora, che il provvedimento di esclusione, oltre a recare una puntuale motivazione e una dettagliata indicazione delle risultanze istruttorie, sviluppa un giudizio del tutto aderente al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento quanto alla riconducibilità delle condotte contestate ad un grave errore professionale.

Le considerazioni svolte non sono inficiate dalla circostanza, pure dedotta dalla ricorrente, che -OMISSIS- non ha ottenuto l'aggiudicazione di alcun lotto della gara Amsa, atteso che tale dato non fa venir meno le condotte poste in essere dal suo rappresentante legale al fine di attuare una spartizione illecita dei lotti, fermo restando, in ogni caso, che -OMISSIS-, che deteneva il 50% del capitale di -OMISSIS- ed era amministrata proprio da -OMISSIS-, ha conseguito l'aggiudicazione.

Va, pertanto, ribadito che le censure in esame sono destituite di fondamento.

3.2) La ricorrente lamenta, in termini di difetto di istruttoria, che l'amministrazione non ha considerato che -OMISSIS- ha cessato di rivestire incarichi societari in -OMISSIS- prima del provvedimento di esclusione, sicché l'estromissione sarebbe centrata su dati di fatto non più attuali e, pertanto, non espressivi dell'affidabilità dell'impresa.

Non solo, l'amministrazione avrebbe in modo irragionevole omesso di considerare sia l'adozione da parte della società, nel 2018 e quindi dopo i fatti contestati, di un modello di gestione aziendale di prevenzione dei reati ai sensi del d.l.vo n. 231/2001, sia l'attività di verifica svolta dall'organismo di vigilanza, introdotto sempre nel 2018.

Anche queste censure non possono essere condivise.

La valutazione di affidabilità cui è tenuta la stazione appaltante investe l'operatore economico dal momento della presentazione della domanda di partecipazione; pertanto, la circostanza che prima dell'esclusione, ma dopo la presentazione dell'offerta, il rappresentante legale sia allontanato dalla compagine societaria integra un dato irrilevante ai fini della valutazione della sussistenza di un grave errore professionale, riferibile alla società, siccome

commesso da uno dei suoi rappresentanti ed espressivo dell'inaffidabilità della società stessa.

La cessazione dalla carica prima dell'esclusione non recide il legame tra i fatti addebitati a -OMISSIS-, quale rappresentante di -OMISSIS- e la società medesima, perché tale legame era sicuramente attuale al tempo della presentazione dell'offerta, come confermato dalla circostanza che proprio -OMISSIS- ha sottoscritto la domanda di partecipazione.

Pertanto, è del tutto coerente il giudizio dell'amministrazione che ha ritenuto influente, rispetto al tema della sussistenza di un grave errore professionale riferibile all'operatore economico, la circostanza che solo al tempo dell'esclusione -OMISSIS- non fosse più rappresentante di -OMISSIS-.

In tale contesto, anche l'attivazione di un modello di gestione aziendale ex d.l.vo n. 231/2001 e la presenza di un organismo di vigilanza, non valgono a recidere o ad attenuare l'attualità del legame tra i fatti valorizzati dall'amministrazione e la società ricorrente, atteso che il protagonista dei fatti autonomamente considerati dal Comune e penalmente rilevanti era ancora rappresentante legale al tempo della presentazione della domanda di partecipazione.

Si tratta, pertanto, di fatti attuali rispetto alla gara cui si riferisce il provvedimento di esclusione, espressivi di uno stretto rapporto tra -OMISSIS- e -OMISSIS- al tempo della partecipazione alla procedura, legame che non è stato attenuato neppure dall'attivazione dei controlli dell'organismo di vigilanza e dal modello di gestione aziendale ex d.l.vo n. 231 adottato dalla società.

Di conseguenza, non è viziata sul piano logico la scelta dell'amministrazione di non attribuire rilevanza ai due profili da ultimo riferiti nel giudizio diretto a verificare la sussistenza di un grave errore professionale riferibile a -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 80 del d.l.vo 2016 n. 50.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della doglianza in esame.

4) In definitiva, il ricorso è in parte improcedibile e in parte infondato, secondo quanto precisato in motivazione.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) dichiara improcedibile il ricorso in relazione alle domande di risarcimento del danno e di subentro nella gestione del contratto;
- 2) respinge il ricorso nel resto;
- 3) condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge.

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 la ricorrente, nonché le persone e le società cui si riferisce il provvedimento di esclusione impugnato e indicate in motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.