

I poteri della stazione appaltante nell'esclusione di un operatore economico per gravi illeciti professionali

di Luca Pavia

Data di pubblicazione: 22-4-2024

Anche in omaggio al principio della fiducia, previsto dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. 36/23, la valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico è legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, con la conseguenza che il Giudice adito non è chiamato, dunque, a stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì a valutare se la condotta dell'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale, la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

In particolare, la valutazione di affidabilità dell'operatore deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento.

N. 00204/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00920/2023 REG.RIC.

N. 00921/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

-sul ricorso numero di registro generale 920 del 2023, proposto da - OMISSIS-, in persona del

legale rappresentante “pro tempore”, in relazione alla procedura CIG E18B220008, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Contro

Abbanoa S.p.A., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dagli avvocati Rocco Mangia, Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonello Rossi in Cagliari, via Ada Negri N° 32;

nei confronti

Ser.Lu. Costruzioni S.r.l., non costituitasi in giudizio;

-sul ricorso numero di registro generale 921 del 2023, proposto da - OMISSIS-, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Contro

Abbanoa S.p.A., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dagli avvocati Rocco Mangia, Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonello Rossi in Cagliari, via Ada Negri N° 32;

nei confronti

Ser.Lu. Costruzioni S.r.l., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento, quanto al ricorso n. 920 del 2023:

- della Determinazione del Direttore Generale di Abbanoa n. -OMISSIS-, con la quale la -OMISSIS- è stata esclusa dalla procedura negoziata telematica senza bando, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 36/2023 e dell'art. 14 del D.Lgs. n. 36/2023, previa consultazione di almeno 10 operatori economici selezionati dal sistema di qualificazione aziendale vigente, per la conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 59, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023, con un unico operatore economico, per l'affidamento dei “lavori di manutenzione conservativa e di efficientamento delle infrastrutture a rete del servizio idrico integrato e degli impianti connessi, nei comuni di cui al - OMISSIS- del rif. var. 57/2020”, della durata di 180 giorni [c.u.p. e18b22000840007-cig a001b2ff8e] rif. app. PN 60/2023;

- delle note prot. n. -OMISSIS- e prot. n. -OMISSIS- del -OMISSIS- con le quali è stata comunicata l'esclusione della -OMISSIS- dalla gara sopra precisata;
- in via derivata e per vizi propri, della nota del -OMISSIS-, con cui Abbanoa ha segnalato all'ANAC l'esclusione della società -OMISSIS- ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico ex art. 222, comma 10, del D.Lgs. n. 36/2023;
- della nota prot. n. -OMISSIS- del -OMISSIS- di comunicazione dell'avvio del procedimento di esclusione della -OMISSIS- dalla gara sopra precisata;
- del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto sopra precisato, ove "medio tempore" intervenuto;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, antecedente, conseguente e comunque connesso a quelli impugnati, ivi compresa la nota prot. n. 0175389 del 24.11.2023, di proroga del termine di conclusione della gara, della nota del 28.11.2023 con la quale è stato riconvocato il Seggio di gara.

e per la condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla Società ricorrente con immediata riammissione alla gara;

e con riserva

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà dell'odierna ricorrente.

Quanto al ricorso n. 921 del 2023:

- della Determinazione del Direttore Generale di Abbanoa n. -OMISSIS-, con la quale il RTI -OMISSIS- è stato escluso dalla procedura negoziata telematica senza bando, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 36/2023 e dell'art. 14 del D.Lgs. n. 36/2023, previa consultazione di almeno 10 operatori economici selezionati dal sistema di qualificazione aziendale vigente, per la conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 59, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023, con un unico operatore economico, per l'affidamento dei "lavori di manutenzione conservativa e di efficientamento delle infrastrutture a rete del servizio idrico integrato e degli impianti connessi, nei comuni di cui al - OMISSIS- del rif. var. 57/2020", della durata di 180 giorni [c.u.p. e18b22000840007-cig a001b2ff8e] rif. app. PN 60/2023;
- delle note prot. n. -OMISSIS- (doc. 1.b) e prot. n. -OMISSIS-8(doc. 1.c) del -OMISSIS- con le

quali è stata comunicata l'esclusione del RTI -OMISSIS-dalla gara sopra precisata;

- in via derivata e per vizi propri, della nota del -OMISSIS-, con cui Abbanoa ha segnalato all'ANAC l'esclusione del RTI -OMISSIS- ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico ex art. 222, comma 10, del D.Lgs. n. 36/2023; - della nota prot. n. -OMISSIS- del -OMISSIS- di comunicazione dell'avvio del procedimento di esclusione del RTI -OMISSIS- dalla gara sopra precisata; - del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto sopra precisato, ove "medio tempore" intervenuto;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, antecedente, conseguente e comunque connesso a quelli impugnati, ivi compresa la nota prot. n. 0175389 del 24.11.2023, di proroga del termine di conclusione della gara, della nota del 28.11.2023 con la quale è stato riconvocato il Seggio di gara.

e per la condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla Società ricorrente con immediata riammissione alla gara

e con riserva

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà dell'odierna ricorrente.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2024 il dott. Gabriele Serra 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 i due distinti ricorsi epigrafati, le società -OMISSIS-. ed -OMISSIS-hanno impugnato la Determinazione del Direttore Generale di Abbanoa, n. - OMISSIS-, recante la loro esclusione dalla procedura negoziata telematica volta alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 59, co. 3, D. Lgs. n. 36/2023, per l'affidamento dei "*Lavori di manutenzione*

conservativa e di efficientamento delle infrastrutture a rete del Servizio Idrico Integrato e degli impianti connessi, nei comuni di cui al -OMISSIS- del Rif. Var. 57/2020”, della durata di 180 giorni...”, nell’ambito della quale la società -OMISSIS- era risultata prima classificata e la -OMISSIS- seconda.

La vicenda affonda le proprie radici nei pregressi rapporti contrattuali tra gli odierni contraddittori, prospettati dalle parti ricorrenti come segue.

2. La srl -OMISSIS- e la -OMISSIS-, in RTI con -OMISSIS- e -OMISSIS-, si aggiudicavano la procedura di gara bandita da Abbanoa per l’affidamento dei “*Lavori di gestione attiva ed efficientamento delle opere infrastrutture a rete del Servizio Idrico Integrato*” per i Lotti n. -OMISSIS-.

L’esecuzione della commessa sarebbe stata contrassegnata, fin dal principio, da ritardi nella contabilizzazione e dalla mancata liquidazione dei compensi dovuti per le lavorazioni eseguite in relazione al -OMISSIS-, cosicché l’appaltatore si sarebbe trovato nella condizione di eseguire i lavori a proprie spese.

Il RTI -OMISSIS-, dopo aver vanamente diffidato Abbanoa a porre in essere le attività necessarie a consentire la liquidazione degli importi spettantigli, adiva il giudice competente per far valere le proprie pretese creditorie, nel contempo comunicando ad Abbanoa l’impossibilità di proseguire l’esecuzione dell’appalto.

La stazione appaltante, dal canto suo, contestato al RTI l’inadempimento contrattuale in relazione al ridetto -OMISSIS-, conseguente all’abbandono del cantiere e all’omessa esecuzione di alcuni ordinativi, disponeva, in data 14 gennaio 2022, la risoluzione del contratto d’appalto, anch’essa oggetto di contestazione nell’ambito del giudizio già incardinato nanti il Tribunale Ordinario di Cagliari.

Faceva seguito l’instaurazione, tra le parti, di una fase di trattative volte alla composizione della controversia, durante la quale, peraltro, le odierne ricorrenti partecipavano a svariate procedure negoziate indette da Abbanoa, aggiudicandosene alcune, pur a fronte della dichiarata risoluzione contrattuale. Ciò, fino all’esclusione oggetto del presente gravame, disposta da Abbanoa con D.G. n. -OMISSIS- in esito allo svolgimento della gara per l’affidamento dei “*Lavori di manutenzione conservativa e di efficientamento delle infrastrutture a rete del Servizio Idrico Integrato e degli impianti connessi, nei comuni di cui al -OMISSIS-*”.

L’esclusione veniva motivata con riguardo alla condotta assunta dalla - OMISSIS- e dalla -OMISSIS-, nell’ambito della loro partecipazione al - OMISSIS-, in occasione del precedente rapporto contrattuale, concretante, a giudizio della S.A., un grave illecito professionale.

3. Ritenendo illegittima la propria esclusione, nonché i provvedimenti meglio precisati in epigrafe, le ricorrenti hanno formulato, con i rispettivi ricorsi, le medesime censure di seguito riassunte:

- I Violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità; violazione

e/o falsa applicazione degli artt. 95 e 98 del d.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere sotto i concorrenti profili sintomatici dello sviamento, difetto di istruttoria, difetto di proporzionalità, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Ciò in quanto i provvedimenti censurati sarebbero l'epilogo di una serie di scorrettezze e anomalie procedurali, quali, *in primis*, la mancata cancellazione delle ricorrenti, a seguito della disposta risoluzione contrattuale, dal Sistema di Qualificazione interno per l'affidamento degli appalti, nonché l'aggiudicazione alle stesse di svariate procedure di gara bandite dalla stessa S.A., per l'affidamento di lavori identici a quelli per cui è causa, a fronte della dichiarata risoluzione contrattuale dell'operatore, ritenuta fino ad allora inidonea ad incidere sull'affidabilità professionale delle imprese.

La medesima contraddittorietà connoterebbe poi la procedura di gara dalla quale le ricorrenti sono stata escluse, nella misura in cui la Commissione di gara e il RUP avrebbero ritenuto dapprima irrilevante la pregressa risoluzione per poi mutare avviso a seguito dell'apertura delle offerte, in esito alla quale la -OMISSIS- risultava prima in graduatoria e la -OMISSIS-seconda.

- II Violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95, 98 e 222 del d.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere sotto i concorrenti profili sintomatici dello sviamento, difetto di istruttoria, difetto di proporzionalità, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, in considerazione della mancata iscrizione della risoluzione in danno delle ricorrenti nel Casellario ANAC.

Ciò in quanto le fattispecie risolutive che rivestono portata potenzialmente escludente sarebbero soltanto quelle che l'ANAC ritenga di iscrivere nel proprio Casellario informatico, verificato il necessario presupposto soggettivo del dolo o della colpa grave.

- III Violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e 98 del d.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere sotto i concorrenti profili sintomatici dello sviamento, difetto di istruttoria, difetto di proporzionalità, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Ciò in quanto le motivazioni addotte dalla stazione appaltante a sostegno della disposta esclusione non sarebbero suscettibili di minare l'affidabilità e l'integrità delle ricorrenti.

D'altra parte, nella valutazione relativa alla gravità dell'illecito professionale, Abbanoa non avrebbe tenuto conto né del tempo trascorso dalla violazione, come, per contro, prescrive la norma di cui all'art. 98, comma 4, D. Lgs. n. 36/23 (Codice dei Contratti), né dell'impugnazione della risoluzione che, per espressa previsione dell'art. 98, comma 7, del citato decreto, deve essere necessariamente considerata.

In particolare, la condotta delle ricorrenti, consistente "*nell'abbandono del cantiere*" e nel "*rifiuto... di eseguire nuovi e diversi ordini di servizio*" - qualificabile secondo Abbanoa in termini di grave illecito professionale – è in realtà stata una scelta obbligata per il RTI, il quale si sarebbe trovato nell'impossibilità di proseguire l'esecuzione della commessa per la grave crisi di liquidità imputabile ai cronici ritardi della S.A. nella contabilizzazione delle lavorazioni

eseguite, e alla conseguente mancata liquidazione dei compensi.

4. Si è costituita per resistere ad entrambi i ricorsi Abbanoa S.p.A. che, in fatto, ha ricostruito la vicenda come segue:

- l'esecuzione della precedente commessa, da parte del -OMISSIS-, è stata caratterizzata, per un verso, dalla reiterata iscrizione di riserve e dalla censura del metodo di computo della contabilità, nonché dalla pretesa insufficienza degli oneri di sicurezza stimati dalla S.A., nonostante la preventiva conoscenza ed accettazione delle relative disposizioni capitolari e contrattuali; per l'altro, dalla sistematica violazione, ad opera del RTI appaltatore, degli oneri imposti in relazione alla rendicontazione degli interventi eseguiti, che ha determinato, a sua volta, un costante ritardo nella contabilizzazione dei lavori;

- con atto di citazione notificato in data 30 luglio 2021, il -OMISSIS-conveniva in giudizio Abbanoa S.p.A. avanti al Tribunale ordinario competente al fine di ottenere la corresponsione dei maggiori oneri della sicurezza sostenuti nel corso dell'esecuzione, in relazione ai quali si contestava lo stesso metodo di computo, lamentando altresì la violazione da parte della S.A. degli obblighi di pronta e corretta contabilizzazione dei lavori;

- nel mese di agosto 2021, il -OMISSIS- interrompeva unilateralmente ed illegittimamente - invocando asserite inadempienze imputabili alla controparte, tra le quali il notevole ritardo nei pagamenti - l'esecuzione del contratto, di cui, nelle more, era stato autorizzato il rinnovo anticipato, preso atto della scadenza anticipata per esaurimento dell'importo contrattuale disponibile, e non accettava i successivi ordini di intervento;

- a fronte dell'interruzione dell'attività, Abbanoa avviava la procedura di risoluzione del contratto, successivamente culminata nella Delibera del CDA n. 23 del 14 gennaio 2022, apprestandosi, nel contempo, ad intraprendere trattative stragiudiziali volte alla composizione bonaria della controversia, protratte fino al mese di agosto del 2023, allorché l'ipotesi di un accordo tramontava definitivamente;

- in pendenza delle trattative, Abbanoa riteneva di non procedere alla cancellazione delle imprese facenti parte del -OMISSIS- dal proprio sistema di qualificazione aziendale e, conseguentemente, seguitava ad invitarle e talvolta ad aggiudicare loro ulteriori gare successivamente indette;

- Abbanoa provvedeva, infine, con Determinazione del D.G. n. 51 del 10 agosto 2023, a indire la procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando e con invito aperto, per cui è causa, al fine di consentire la conclusione dei lavori rimasti incompiuti a seguito dell'abbandono del cantiere da parte del -OMISSIS-, in esito alla quale veniva trasmessa al Direttore Generale la proposta di aggiudicazione in favore della società -OMISSIS-, con seconda classificata la -OMISSIS-, che, a seguito di ulteriori approfondimenti istruttori, venivano escluse con la determinazione del D.G. n. -OMISSIS-.

5. All'udienza pubblica del 6 marzo 2024, in vista della quale le parti hanno depositato memorie e repliche, entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

6. Preliminarmente, deve essere disposta la riunione dei ricorsi epigrafati, stante l'evidente connessione oggettiva degli stessi e l'identità di censure sviluppate dalle ricorrenti, entrambe escluse dalla procedura per le medesime ragioni.

7. Nel merito, la tesi di parte ricorrente, pur suggestiva e argomentata, non può trovare accoglimento.

8. Per ragioni di comodità espositiva, giova principiarsi dal secondo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente si duole dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, in considerazione della mancata iscrizione della precedente risoluzione contrattuale nel Casellario Anac.

La censura muove dal riconoscimento, in capo all'Autorità, di una preliminare funzione di "filtro" con riguardo al rilievo dei potenziali provvedimenti di risoluzione comminati in danno di un operatore economico, di tal che solo quelli che l'Anac ritenga di iscrivere nel relativo Casellario avrebbero potenziale portata escludente.

Per contro, la mancata annotazione di una determinata risoluzione precluderebbe alla stazione appaltante di fondare su di essa l'esclusione dell'operatore.

La censura è priva di pregio.

Giova, al riguardo, rammentare che le circostanze annotate nel Casellario Anac come "utili" hanno mera valenza di pubblicità notizia, in quanto idonee a portare a conoscenza delle Stazioni Appaltanti eventi riguardanti un determinato operatore economico, potenzialmente in grado di incidere sulla sua affidabilità ai fini della partecipazione a pubbliche gare.

In ordine agli eventi potenzialmente oggetto di iscrizione, l'Autorità è chiamata unicamente a valutare la conferenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario informatico, nonché l'utilità della stessa quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico attinto dall'annotazione, giammai potendo sostituirsi alle stazioni appaltanti nella valutazione circa la portata escludente, in concreto, dell'evento iscritto (cfr., ex multis, Tar Lazio, Sez. I quater, 9 marzo 2023, n. 3945; Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1318).

Al lume delle suesposte considerazioni, deve dunque concludersi che, se per un verso all'annotazione nel Casellario di un determinato evento non è ascrivibile alcun automatismo impeditivo in ordine alla partecipazione dell'operatore ad una successiva gara, per l'altro la mancata annotazione non può precludere, ex se, alla stazione appaltante di disporre l'esclusione di un operatore ritenuto inaffidabile.

La doglianza si rivela, dunque, infondata.

9. Può ora procedersi all'esame delle censure contenute nel primo e terzo motivo di ricorso, tra loro intimamente connesse, che attengono alla contestazione dell'esercizio del potere di esclusione.

Con la prima censura, le ricorrenti si dolgono dei profili di contraddittorietà, sviamento

istruttorio e motivazionale che affliggerebbero i provvedimenti impugnati, alla luce delle pregresse vicende che hanno caratterizzato i rapporti tra le parti, così come descritte in narrativa.

Il motivo di ricorso quindi evidenzia ragioni esogene all'impianto motivazionale posto a sostegno del provvedimento di esclusione, che dimostrerebbero lo sviamento di potere che avrebbe in tesi caratterizzato l'attività dell'amministrazione.

Con il terzo motivo di ricorso le ricorrenti, quand'anche ritenute non fondate le questioni poste in via generale con il primo motivo, censurano invece, nel merito, la motivazione posta dalla stazione appaltante a fondamento della disposta esclusione, ritenendo, da un lato, che i fatti addotti siano del tutto inidonei a inferire un giudizio di inaffidabilità a proprio carico e, dall'altro, contestando che le condotte loro addebitate, quali l'abbandono del cantiere e il rifiuto di eseguire nuovi e diversi ordini di servizio, siano suscettibili di assurgere a grave illecito professionale, in quanto, piuttosto, indotte dal sistematico ritardo nella contabilizzazione dei lavori, imputabile ad Abbanoa. Quest'ultima, inoltre, nel valutare la gravità delle condotte ascritte a controparte, non avrebbe considerato né il tempo trascorso dalle rilevate condotte inadempitive, né la pendenza di un giudizio civile avente ad oggetto la contestazione della risoluzione.

10. In premessa, si rileva che il provvedimento impugnato è stato adottato ai sensi del combinato disposto degli artt. 95, comma 1 lett. e) e 98 del D.lgs. n. 36/2023, ritenendosi integrato un grave illecito professionale da parte degli operatori in relazione alla già ampiamente descritta vicenda che ha condotto all'adozione del provvedimento di risoluzione del precedente contratto disposta con il -OMISSIS-, per i medesimi lavori e il medesimo Lotto per cui è oggi causa.

La causa di esclusione non automatica, nella sistematica del nuovo Codice dei Contratti, è dunque riconducibile alla sussistenza di un grave illecito professionale, che è da considerarsi integrato, ai sensi del nuovo art. 98, comma 2 del Codice, allorquando ricorrano le seguenti condizioni:

- i. elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- ii. idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- iii. adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

Per quanto qui rilevante, nell'ambito dell'elencazione tassativa di cui all'art. 98, comma 3 del Codice, si desume l'illecito professionale, ai sensi della lett. c), dalla "condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento (..)", costituendo adeguato mezzo di prova, nell'elenco di cui al comma 6, proprio "l'intervenuta risoluzione per inadempimento" (lett. c).

Premessa perciò, ai sensi della nuova disciplina e superando la previgente impostazione, la necessaria sussistenza di una delle fattispecie espressamente previste come tassative per

configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è invece mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico.

In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Sotto questo profilo vale osservare però, per quanto rilevante nel presente giudizio, che il nuovo Codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, "la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione (...)", e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva "sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente".

Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione.

Ciò posto, in relazione al sindacato giurisdizionale sulla valutazione di inaffidabilità si è anche di recente ribadito che *"è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale"* (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72, che richiama sul tema Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312). Rispetto a tale valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della ridetta valutazione: "il Giudice non è chiamato, dunque, a stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì a valutare se la condotta dell'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale, la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante" (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).

Sotto questo profilo, il Collegio ritiene di dover evidenziare altresì come la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colori di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti.

Invero, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di "affidabilità" si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di "fiducia", riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del Codice alla luce del generale Principio

della fiducia, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che "il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato".

E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice ("le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore.

La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità.

L'interpretazione ora esposta, ad avviso del Collegio, individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra "*il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, [che] porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile*", e la circostanza per cui "*tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento*" (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738).

11. Al lume di tali considerazioni, le questioni prospettate in ricorso non possono trovare accoglimento.

12. Principiando dalle questioni generali agitate col ricorso, quanto alla contraddittorietà esterna, in tesi riscontrabile poiché le ricorrenti, dopo la risoluzione del contratto avente ad oggetto "*Lavori di gestione attiva ed efficientamento delle opere infrastrutture a rete del Servizio Idrico Integrato*", relativi al Lotto n. 7, sarebbero state invitate rendendosi anche aggiudicatarie di numerose procedure negoziate per lavori che sarebbero identici a quelli per cui è causa (64 inviti e 4 aggiudicazioni per -OMISSIS-, 74 inviti e 4 aggiudicazioni per -OMISSIS-), la stessa non può essere sic et simpliciter affermata nel caso di specie.

Giova, infatti, al riguardo, rammentare che la figura sintomatica della contraddittorietà c.d. estrinseca - predicabile con riguardo ad atti differenti, in contrapposizione a quella intrinseca,

configurabile solo tra le diverse parti di un medesimo atto – è riscontrabile secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo *“solo allorquando sussista, tra più atti successivi di un medesimo procedimento, un contrasto inconciliabile tale da far dubitare su quale sia l’effettiva volontà dell’Amministrazione; non sussiste invece tra atti di distinti ed autonomi procedimenti quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardanti lo stesso oggetto, siano stati, come nel caso di specie, adottati all’esito di procedimenti indipendenti e ad intervalli di tempo l’uno dall’altro”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 806).

In altre parole, occorre *“un contrasto fra più manifestazioni di volontà da parte della stessa amministrazione, nell’esercizio del medesimo potere, con valutazioni tra loro incompatibili, la cui diversità non è giustificabile in base al principio della coerenza logica”* (Cons. Stato, Sez. II, 21 settembre 2023, n. 8455).

Orbene, è del tutto evidente che i presupposti richiamati non sono riscontrabili nel caso di specie, stante la diversità del potere in concreto esercitato da Abbanoa e il distinto oggetto delle valutazioni espresse in relazione alle singole e differenti procedure di gara.

La valutazione di affidabilità dell’operatore, infatti, deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell’oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento.

Trova dunque applicazione nel caso di specie il principio di diritto per cui *“l’apprezzamento della ricorrenza del grave illecito professionale è connotato da un importante contenuto fiduciario, da intendersi nel senso che assume particolare rilevanza la condotta dell’operatore rispetto allo specifico contratto stipulando e alla posizione della singola stazione appaltante: “l’amministrazione, nell’esercizio dell’ampio potere tecnico-discrezionale attribuitole dal Codice degli appalti pubblici, può utilizzare ogni tipo di elemento idoneo e mezzi adeguati a desumere l’affidabilità e l’integrità del concorrente, potendo evincere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell’attività professionale dell’operatore economico di cui sia stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa [...], secondo un giudizio espresso non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria”* (Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023 n. 2801)” (così Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2023, n. 10448), potendo ben accadere che *“due stazioni appaltanti, chiamate a valutare le medesime pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti, l’una dicendo affidabile quel che l’altra ritenga non affidabile, senza che si possa sol per questo dire l’uno o l’altro provvedimento viziato da eccesso di potere”* (Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 2022 n. 5569).

12.1. È dunque sufficiente, ad avviso del Collegio, la, pacifica, differenza territoriale tra il -OMISSIS-, nel quale era stata disposta la risoluzione del contratto in danno del -OMISSIS-, del quale facevano parte le ricorrenti, e tutte le altre procedure nelle quali sono state invitate le ricorrenti stesse, anche a voler ritenere i medesimi i lavori oggetto degli appalti, poiché, come visto, è sufficiente la diversità anche di solo parziali elementi tra diverse procedure a giustificare il possibile diverso esito della valutazione di affidabilità.

Ciò quantomeno in astratto, non essendo condivisibile dunque la suggestiva tesi dell'inammissibilità di quella che le ricorrenti hanno definito "inaffidabilità relativa", poiché, in realtà, l'inaffidabilità di una impresa va predicata in relazione alla singola procedura di gara e al singolo appalto, alle cui caratteristiche concorre senz'altro anche l'ambito territoriale di esplicazione, che inevitabilmente incide anche sui lavori che debbono essere eseguiti.

L'inaffidabilità è senz'altro "*una caratteristica soggettiva del concorrente*" (p. 5 memoria di replica ricorrenti), ma tale valutazione del soggetto si compie in relazione alla specifica procedura di gara e, come visto, può dare esiti diversi tra stazioni appaltanti e in relazione a procedure diverse; d'altronde, la tesi delle ricorrenti della "inaffidabilità soggettiva" determinerebbe una costante valutazione di inaffidabilità anche a prescindere dallo specifico oggetto dell'appalto, che è invece circostanza valorizzata dalle stesse ricorrenti, e che si appalesa senz'altro non condivisibile, poiché pretermette la correlazione che tra intercorre tra valutazione di inaffidabilità e la specifica procedura nella quale è affermata.

È intuitivo riconoscere che una cosa è eseguire i medesimi lavori in un dato ambito territoriale, *exempli gratia* per il caso che occupa, il Lotto -OMISSIS-, e altra cosa è eseguirli in un altro ambito territoriale, come il -OMISSIS- - - OMISSIS-.

L'inaffidabilità escludente dunque va rapportata al singolo, concreto, appalto di riferimento; perciò, è, se si vuole, sempre relativa, poiché non deve essere genericamente affermata in relazione a una certa tipologia di lavori, ma va correlata allo specifico appalto.

Ciò che va valutato è la consistenza della motivazione sottesa all'esercizio del potere escludente (su cui v. *infra*), dovendosi sin d'ora evidenziare come, nel caso di specie, la precedente risoluzione del contratto che ha interessato le ricorrenti ha riguardato i medesimi lavori e il medesimo ambito territoriale (-OMISSIS- -OMISSIS-), ponendosi perciò tale risoluzione quale antecedente logico che ha dato origine all'odierna nuova procedura negoziata, nella quale le ricorrenti sono state escluse.

13. Con riguardo poi alla pretesa contraddittorietà tra atti della medesima procedura di gara, in quanto l'esclusione sarebbe stata disposta dopo che il Direttore Generale, in sede di indizione della procedura di gara, aveva dato espressamente atto della risoluzione disponendo, ciononostante, di invitare la ricorrente a parteciparvi e, sullo stesso solco, la Commissione di gara avrebbe ritenuto l'episodio privo di rilevanza escludente, la stessa del pari non può condividersi.

Appare cogliere nel segno infatti la difesa di Abbanoa, laddove rileva che, trattandosi di procedura negoziata con invito aperto, la partecipazione è consentita a tutti gli operatori presenti nel Sistema di Qualificazione dell'Ente. Coerentemente, dunque, l'invito è stato rivolto anche alle ricorrenti.

Né può ritenersi che l'invito a partecipare a una procedura di gara sottenda una preventiva verifica dei requisiti in capo a ogni operatore che lo riceve, rispetto alla quale una successiva eventuale esclusione sarebbe suscettibile di porsi in termini antitetici.

È vero, per contro, che la verifica dei requisiti – per espressa previsione normativa (art. 17, comma 5, D. Lgs. n. 36/23) – è demandata al soggetto competente a disporre l'aggiudicazione, il quale vi provvede a seguito della proposta di aggiudicazione, formulata dall'organo preposto, in esito alla valutazione delle offerte.

Anche sotto questo profilo, pertanto, è da escludere la censurata contraddittorietà.

14. Cominciando a muovere verso il merito della motivazione svolta dalla stazione appaltante a sostegno dell'esclusione, ancora in termini generali la ricorrente ha prospettato la ratio ritorsiva dei provvedimenti gravati, desumibile, in tesi, dalla pressoché contestuale adozione dei medesimi rispetto al definitivo fallimento delle trattative in corso tra le parti, il quale fallimento dunque sarebbe la reale ragione dell'esclusione, non prevista dalla legge.

Deve ritenersi che, per quanto suggestiva, si tratti di una lettura soggettiva e opinabile della vicenda, priva di riscontri concreti ed elementi probatori idonei e sufficienti a sostenerla in giudizio.

Del resto, l'oggettivo susseguirsi degli eventi è perfettamente compatibile con la ricostruzione offerta dalla difesa di Abbanoa, la quale, se in un primo momento decideva di non procedere, nei confronti della ricorrente, all'applicazione delle sanzioni, ritenendo eccessivamente gravosa una sospensione a suo carico dal Sistema di Qualificazione aziendale, tanto più per il profilarsi di una possibile composizione bonaria della controversia, cui le trattative in atto erano volte, si risolveva, infine, con il venir meno di ogni prospettiva transattiva, a procedere alla gravata esclusione e alla successiva segnalazione all'Anac, quale atto dovuto.

Salvo quanto poi si dirà in seguito in merito alla disposta risoluzione, vale qui rilevare che non appare convincente la tesi per cui, in sostanza, l'esclusione sarebbe stata disposta a causa del fallimento delle trattative, che non sarebbe, in tesi, ragione di esclusione ai sensi del Codice dei Contratti poiché, in realtà, l'esclusione è stata disposta in forza del provvedimento di risoluzione del precedente contratto, che, fino a tale momento, non si era ritenuto decisivo da parte di Abbanoa stante la possibilità di intervenire su di esso in autotutela alla luce delle trattative in corso tra le parti. Definitivamente superata tale possibilità, è al provvedimento di risoluzione che si riconduce la natura di mezzo di prova adeguato del presupposto del provvedimento di esclusione ed alla luce della motivazione in concreto spiegata circa l'inaffidabilità delle imprese.

Neppure è sufficiente alle ricorrenti sostenere che *“Se Abbanoa avesse davvero ritenuto che la risoluzione contrattuale del 14.1.2022 fosse indice di inaffidabilità, non avrebbe mai avviato con la -OMISSIS- [e la -OMISSIS-] alcuna trattativa”* (p. 2 memoria di replica), poiché tale assunto prova troppo, non vedendosi ragione per ritenere che un provvedimento di risoluzione per inadempimento non possa essere oggetto di un ragionamento transattivo tra le parti del contratto e, tuttavia, i fatti posti a base dello stesso, laddove non dovesse essere fatto oggetto di superamento, eventualmente negoziale, possano poi fondare una valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico.

In termini non dissimili da quanto qui evidenziato d'altronde, i primi commentatori del nuovo

Codice hanno rilevato che nel perimetro della causa di esclusione di cui all'art. 98, comma 3, lett. c) rientrano anche le ipotesi di risoluzione consensuale, facendo richiamo alla giurisprudenza che aveva avuto modo di affermare che *“lo scioglimento consensuale da un contratto può essere l'effetto di una transazione in cui le parti ricorrano per comporre i loro dissidi, evitando uno strascico giudiziale della vicenda (cfr. Cass. civ, sez. 3, 20 aprile 2020, n. 7963; sez. lav., 4 novembre 2019, n. 28295).*

In quest'ultimo caso, lo scioglimento dal contratto è certo frutto di un accordo – e non invece di un provvedimento unilaterale dell'amministrazione – ma potrebbe essere pur sempre dovuto ad un precedente inadempimento dell'appaltatore; tale inadempimento costituisce pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta poiché suscettibile di far dubitare dell'affidabilità ed integrità del concorrente” (Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708).

Anche tale doglianza non può perciò trovare accoglimento.

15. Venendo infine alle contestazioni mosse specificamente avverso la motivazione resa dalla stazione appaltante a sostegno dell'esclusione, le stesse non conducono all'affermazione di illegittimità dell'esercizio del potere dell'amministrazione.

In tal senso, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. c), ha posto a fondamento dell'esclusione le condotte dell'-OMISSIS- di abbandono del cantiere, e il rifiuto serbato dallo stesso, a decorrere dal 01.09.2021, di eseguire nuovi e diversi ordini di servizi, per un totale di O.D.L. rimasti inevasi pari a circa n. 920 interventi.

In relazione all'obbligo di motivazione di cui al già richiamato art. 98, comma 4, i.e. la valutazione di gravità che tenga conto dei beni giuridici lesi e del tempo trascorso, la stazione appaltante evidenzia che la condotta *“lede una molteplicità di beni giuridici tutelati dall'ordinamento. Sotto il profilo squisitamente privatistico, risulta evidente la lesione del principio di buona fede, il quale sorregge i rapporti tra Stazione Appaltante e appaltatore, anche (e soprattutto) in sede di esecuzione della commessa pubblica. Sotto il profilo pubblicistico, i beni lesi risultano essere, oltre alla solidarietà sociale sottesa al principio di buona fede così apertamente violato da codesto operatore, anche gli interessi pubblici che governano la legislazione sugli appalti pubblici” e che si è “verificata[si] in tempi recenti —agosto/settembre 2021”.*

Quanto ai mezzi di prova adeguati, di cui al comma 6, la stazione appaltante motiva con riferimento, all'evidenza, all'intervenuta adozione di un provvedimento di risoluzione per inadempimento in relazione alle condotte descritte (delibera del C.D.A. n. 23 del 14/01/2022), argomentando poi, quanto agli elementi di cui al già citato art. 98, comma 7, *id est* l'idoneità della disposta risoluzione ad incidere sull'affidabilità e alla circostanza dell'impugnazione giurisdizionale della risoluzione:

- quanto al primo, che *“la condotta predetta risulta di particolare rilevanza, per le implicazioni che dalla stessa possono derivare, in ragione del fatto che essa si è riscontrata proprio nell'ambito di un pregresso appalto del tutto sovrapponibile a quello oggetto della presente*

procedura di gara, in termini di tipologia dei lavori, modalità esecutive degli stessi e area geografica di riferimento, ossia l'intero Lotto n. 7 e non unicamente alcuni Comuni ricompresi nel suo territorio. La procedura in questione, invero, trova la sua causa e origine, come evidenziato nella stessa determinazione D.G. di indizione della gara n. 51/2023 del 10/8/2023, dalla risoluzione contrattuale prima citata, dato che - in assenza della forzata interruzione del rapporto contrattuale, avvenuta per fatti e condotte imputabili al R.t.i. -OMISSIS- / -OMISSIS- s.r.l. / -OMISSIS- s.r.l. / Hitachi s.r.l. - non sarebbe stato necessario indire la "gara ponte", finalizzata a rispondere alla necessità di esecuzione degli interventi richiesti, rimasta insoddisfatta in ragione del menzionato inadempimento";

- quanto al secondo, che il giudizio civile promosso dal RTI ha ad "oggetto l'accertamento della legittimità delle, si ripete, esorbitanti pretese economiche, che ha avanzato l'appaltatore, pur in presenza di carenze, a questi imputabili, relative alla documentazione contabile. La domanda relativa alla risoluzione del rapporto è stata illegittimamente introdotta nel già citato giudizio pendente (Trib. Cagliari, R.g. 5838/2021) da codesto operatore economico, per il tramite di una inammissibile mutatio libellii; tra l'altro, questa domanda è rimasta estranea al perimetro di indagine peritale disposta dal Giudice con ordinanza istruttoria del 09/08/2023".

16. Alla luce del richiamato compendio motivazionale, ad avviso del Collegio esso è congruo e sufficiente e, perciò, rientra nel perimetro della legittimità e il sindacato consentito al giudice amministrativo non può condurre ad un suo annullamento, poiché, vale ribadirlo, *"tale sindacato non concerne la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle esposte argomentazioni"* (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).

17. Orbene, facendo coerente applicazione dei ridetti principi al caso di specie, deve evidenziarsi che la motivazione del provvedimento di esclusione sottende una valutazione plausibile e scevra da profili di irragionevolezza in ordine all'integrità e affidabilità dell'operatore, ancorata a dati fattuali oggettivi, come tali idonei a superare le contestazioni mosse dalla ricorrente, fondate sulla pretestuosità dell'esclusione.

In tal senso infatti, la motivazione sopra richiamata è conforme alle prescrizioni dell'art. 98 del Codice, poiché individua chiaramente le condotte addebitate all'operatore economico e il provvedimento di risoluzione del precedente contratto che ne è conseguito quale mezzo di prova adeguato ex lege.

In proposito, vale la pena evidenziare, nuovamente, che la decisione di Abbanoa di escludere -OMISSIS- e -OMISSIS- è maturata proprio con riguardo alla gara indetta per il completamento dei lavori rimasti incompiuti a seguito della risoluzione del precedente contratto con il -OMISSIS- e nel medesimo contesto territoriale in cui i precedenti erano stati interrotti (-OMISSIS-, -OMISSIS-).

Ciò costituisce, ad avviso del Collegio, una sufficiente e congrua motivazione, come resa dalla stazione appaltante, circa l'idoneità della risoluzione a incidere sull'affidabilità dell'impresa (art. 98, comma 6), ravvisandosi una situazione fattuale che, ragionevolmente, ha portato la

stazione appaltante ad escludere di affidare il nuovo medesimo appalto, rispetto al precedente interrottosi per effetto della risoluzione, al medesimo appaltatore nei cui confronti tale risoluzione era stata dichiarata.

Non può dunque trovare ingresso, in questo giudizio, il complesso di argomentazioni spiegate dalle società al fine di contestare, nel merito, la sussistenza delle condotte che hanno determinato la risoluzione, dovendosi peraltro ricordare che l'odierno giudizio non è deputato ad accertare o meno le ragioni che hanno portato gli operatori economici a porre in essere le condotte contestate dalla stazione appaltante (in tesi, l'inadempimento di Abbanoa a corrispondere il corrispettivo economico tempestivamente), bensì, unicamente, se risulti ragionevole la valutazione di "dubbia affidabilità" dell'operatore economico escluso, alla luce degli elementi indicati dall'art. 98 del Codice.

E, sul punto, la stazione appaltante ha pienamente adempiuto a tale onere motivazionale, poiché ha ragionevolmente indicato tanto i beni giuridici lesi dalla condotta dell'operatore economico, quanto, in senso evidentemente contrario alla critica mossa dal ricorrente, sul punto infondata, evidenziato come le condotte siano state tenute nei mesi di agosto e settembre 2021 e dunque motivando anche sul tempo trascorso dalla violazione, rientrando nei tre anni decorrenti dalla commissione del fatto, di cui all'art. 96, comma 10, lett. c) n. 3 del Codice dei Contratti (il provvedimento di esclusione è del - OMISSIS- e il provvedimento di risoluzione a comprova è del 14.1.2022).

Quanto poi alla pendenza del giudizio civile davanti al Tribunale di Cagliari nell'ambito del quale si discute proprio delle reciproche pretese tra le parti in relazione all'appalto risolto, deve rilevarsi che correttamente l'amministrazione ha motivato in ordine alla non decisività della circostanza ai fini di una valutazione di perdurante affidabilità delle imprese destinatarie della risoluzione.

Invero, come risulta dagli atti processuali del giudizio civile, depositati in questo giudizio, e, in particolare, dalla ordinanza istruttoria resa dal Giudice civile sul punto, le pretese avanzate dal -OMISSIS- si identificano nel "*a) non corretto - e insufficiente - computo degli oneri della sicurezza (riserva n. 1 -SAL n. 1, 2, 3; riserva n. 2-SAL n. 4, 5, 6, 7; riserva n. 4- SAL n. 8, riserva n. 5-SAL n. 9 e riserva n. 6-SAL n. 1 - 2020); b) cronica ritardata contabilizzazione delle lavorazioni eseguite, con conseguente ritardo nel pagamento dei SAL (riserve nn. 7 e 8);", rilevando peraltro che "con la prima memoria istruttoria, l'attrice ha ampliato il thema decidendum e le proprie domande, chiedendo (non solo e non tanto della sopraggiunta dichiarazione di inefficacia della risoluzione del contratto ex art. 108 d.lgs n. 50/2016) quanto ulteriori somme derivanti da altre tre riserve (maggiori oneri per misure di sicurezza, maggiori oneri della sicurezza per misure di contenimento della diffusione del covid-19 nei cantieri edili e per ritardata contabilizzazione e liquidazione) nonché gli importi relativi alla mancata emissione della contabilità relativa agli interventi eseguiti nel periodo 1.05.2020-31.08.2021"* (doc. 29).

Di tal che, da un lato, deve rilevarsi che appare quantomeno dubbia la tempestività della domanda di dichiarazione di inefficacia del provvedimento di risoluzione spiegata davanti al giudice civile, ma, in ogni caso, dall'altro, in questa sede non può che rilevare la circostanza

per cui il provvedimento di risoluzione risulta, allo stato, senz'altro efficace e dunque correttamente l'amministrazione lo ha utilizzato quale elemento di prova per la valutazione di inaffidabilità, adempiendo anche all'onere motivazionale relativo, comunque, alla pendenza del giudizio civile e riscontrandone la non decisività in merito.

E tale motivazione – che, si ripete, non deve essere condivisa o meno dal Collegio nel merito della sua portata escludente ma che va unicamente riguardata sotto il profilo della sua ragionevolezza e congruità - rispetta i parametri suddetti, anche alla luce del contenuto della stessa ordinanza istruttoria del giudice civile.

18. Tutte le superiori argomentazioni depongono infine per l'irrilevanza dell'acquisizione istruttoria richiesta dalla parte ricorrente in sede di discussione orale, con riferimento ad una relazione della dirigente del settore procurement al Collegio Sindacale in merito alla procedura per cui è causa, dal cui stralcio riportato in un ricorso giurisdizionale del Collegio Sindacale, esposto in sede di discussione orale, non paiono cogliersi elementi decisivi per la definizione dell'odierno giudizio, ma solo suggestioni quand'anche potenzialmente rilevanti per altre vicende, non già ai fini della valutazione di legittimità del provvedimento impugnato.

18. In conclusione, i ricorsi epigrafati sono infondati e devono essere rigettati. La complessità, anche fattuale, della vicenda sottesa al caso di specie nonché la novità di alcune questioni giuridiche trattate, conducono tuttavia a compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi NRG 920/2023 e 921/2023, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi, li rigetta.

Spese compensate.

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 degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Oscar Marongiu, Consigliere

Gabriele Serra, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con la sentenza numero 204/24 il TAR per la Sardegna ha dettato importanti principi in tema di **esclusione di un operatore economico da una procedura di evidenza pubblica per gravi illeciti professionali nonché sulla rilevanza dell'iscrizione dei progressi inadempimenti nel Casellario ANAC.**

Partendo da quest'ultimo aspetto il Giudice adito ha evidenziato che **le circostanze annotate nel Casellario de quo «hanno mera valenza di pubblicità notizia, in quanto idonee a portare a conoscenza delle Stazioni Appaltanti eventi riguardanti un determinato operatore economico, potenzialmente in grado di incidere sulla sua affidabilità ai fini della partecipazione a pubbliche gare»**; ne consegue che, da un lato, all'annotazione non consegue alcun automatismo impeditivo in ordine alla partecipazione dell'operatore ad una successiva gara e, dall'altro, la mancata annotazione non può precludere alla stazione appaltante di disporre l'esclusione di un operatore ritenuto inaffidabile.

Con specifico riferimento al giudizio di inaffidabilità, il Collegio ha evidenziato, in primo luogo, che **ai sensi dell'art. 98, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici si configura un grave illecito professionale qualora: i) sussistano elementi sufficienti ad integrarlo, ii) esso sia idoneo a incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore, nonché iii) sia dimostrato con adeguati mezzi di prova, con la precisazione, di cui al successivo comma 3, secondo cui l'illecito de quo può essere desunto solo da tassative ipotesi espressamente individuate**, tra le quali figurano le *«significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale»* (art. 98, comma 3, lett. c, d.lgs. 36/23).

Sul punto il Giudice adito ha evidenziato che, anche in omaggio alla giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del precedente codice, nella disposizione *de qua* rientrano pacificamente anche le ipotesi di scioglimento consensuale di un contratto in quanto, nonostante derivi da un accordo e non da un provvedimento unilaterale della pubblica amministrazione, esso ben potrebbe essere determinato da un precedente inadempimento dell'appaltatore che costituisce una **«pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta poiché suscettibile di far dubitare dell'affidabilità ed integrità del concorrente»** (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708).

Esattamente come nella disciplina previgente, poi, **la valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico è invece legata a valutazione discrezionale della stazione appaltante**, con la conseguenza che il Giudice adito *«non è chiamato, dunque, a stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì a valutare se la condotta dell'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale, la cui valutazione ai fini dell'esclusione*

dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante» (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).

Il sindacato del giudice amministrativo non concerne, dunque, *«la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle esposte argomentazioni» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).*

A ciò si aggiunga che **la discrezionalità della stazione appaltante in *subiecta materia* è stata addirittura rafforzata dal nuovo codice con l'introduzione, all'art. 2, comma 2, del principio della fiducia** che ha ampliato *«i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile» (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738).*

Tanto chiarito, il Collegio ha, poi, evidenziato che **la «valutazione di affidabilità dell'operatore, infatti, deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento».**

Alla luce dei principi enunciati, il Collegio ha pertanto respinto il ricorso ritenendo che l'apparato motivazionale del provvedimento impugnato fosse conforme alle prescrizioni dell'art. 98 del codice in quanto ha individuato *«chiaramente le condotte addebitate all'operatore economico e il provvedimento di risoluzione del precedente contratto che ne è conseguito quale mezzo di prova adeguato ex lege».*