

Grave errore nell'esercizio dell'attività professionale e discrezionalità valutativa

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 20-1-2017

Nel caso in cui la stazione appaltante desume da procedimenti penali l'esistenza di fatti idonei ad integrare gli estremi del grave errore professionale ha l'onere di una puntuale descrizione di tali fatti e della loro incidenza causale sul rapporto fiduciario al fine di evitare che si realizzi una automatica sovrapposizione di una fattispecie dotata di una sua autonomia (art. 38, comma 2, lettera c) con altra fattispecie dotata anch'essa di proprie caratteristiche identificative (art. 38, comma 2, lettera g), in violazione del principio di tassatività della cause di esclusione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9484 del 2013, proposto da:
Nuova Comafer s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero e Concetta Borgese, con domicilio eletto presso Studio s.r.l. Della Corte in Roma, via Vittorio Veneto, 169;

contro

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Torchia e Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi, 47;

nei confronti di

Vuolo Taddeo s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 19 settembre 2013, n. 4210 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Napoli, Sezione I.

FATTO e DIRITTO

1.–Trenitalia s.p.a. ha indetto, con atto 15 febbraio 2012, n. 3870738, una procedura aperta per l'affidamento in appalto del «*servizio di revisione porte di salita e di testa su vetture Es City*».

La società Nuova Comafer s.r.l. (d'ora innanzi anche solo Comafer) è stata esclusa dalla suddetta procedura con delibera del responsabile di programmazione materiali e acquisti 5 giugno 2012, n. 43. In particolare, nella predetta delibera si afferma che Comafer, ai fini del possesso del requisito di capacità tecnico organizzativa, si è avvalsa del fatturato della LC Service s.r.l. Nei confronti di quest'ultima, si sottolinea, sussiste la causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2016, in quanto «*l'impresa ha commesso un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, accertato mediante comunicazione formale inviata a Trenitalia dalla Procura della Repubblica di Firenze*».

La gara è stata aggiudicata, pertanto, all'unica concorrente rimasta, Taddeo Vuolo s.r.l., che, però, è stata anch'essa successivamente esclusa per avere reso dichiarazioni false, con la conseguenza che l'appalto non è stato aggiudicato per mancanza di offerte valide.

La Comafer ha impugnato l'atto di esclusione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, che, con sentenza 19 settembre 2013, n. 4210, ha rigettato il ricorso.

2.– La ricorrente in primo grado ha proposto appello per i motivi riportati nei successivi punti.

2.1.– Si è costituita in giudizio Trenitalia, chiedendo il rigetto dell'appello.

3.– La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2016.

4.– L'appello è fondato nei limiti di seguito indicati.

5.– Con un unico articolato motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto illegittima la determinazione impugnata per non avere considerato che il grave errore nell'esercizio dell'attività professionale atterrebbe all'incidenza di un'anomalia nella fase di esecuzione di un contratto. Non potrebbero, pertanto, essere posti a base della decisione amministrativa fatti di reato che sarebbero stati ritenuti, in gran parte, non sussistenti dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli. Si assume, inoltre, un difetto di motivazione, di istruttoria dell'atto impugnato, nonché l'illegittimità dello stesso perché

sarebbe stato adottato senza il rispetto delle garanzie di partecipazione.

Il motivo è, nei limiti di seguito indicati, fondato.

L'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, vigente *ratione temporis*, indica le seguenti cause di esclusione: *i)* esistenza di una sentenza di condanna passata in giudizio in relazione a taluni reati specificamente indicati (lettera *c*); *ii)* commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale «*accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante* (lettera *f*).

Tale ultima previsione assegna un ampio potere di valutazione alla stazione appaltante di verificare se l'operatore economico ha violato «*doveri professionali nell'esecuzione delle obbligazioni rivenienti da precedente rapporti contrattuali*» in modo da escludere «*l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario*» (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2014, n. 6541).

Il Collegio rileva che tali elementi possono anche essere desunti dall'amministrazione, come ritenuto dal primo giudice, da fatti penalmente rilevanti oggetto di appositi procedimenti. Ma a tale fine è necessario che l'amministrazione individui con precisione quali siano le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato la interruzione del rapporto fiduciario. Nel caso in esame il rappresentante legale della società è stato indagato per reati per molti dei quali poi il GIP e il Tribunale di Napoli hanno accertato l'estraneità dai fatti contestati. Era onere della stazione appaltante individuare gli specifici episodi, afferenti alla fase esecutiva di precedenti rapporti, in grado di inficiare il rapporto con l'appellante. Non è, dunque, sufficiente un mero richiamo alla comunicazione proveniente dalla Procura di Firenze. In mancanza di tale puntuale motivazione non è possibile un efficace sistema di tutela della parte e non si consente neanche un effettivo sindacato giurisdizionale. Né potrebbero essere prese in esame le deduzioni difensive di Trenitalia, contenute, in particolare, nella memoria del 6 dicembre 2016 in cui si fa riferimento a questioni di rilevanza esecutiva, quali la mancata corresponsione di penali, trattandosi di una non consentita integrazione in giudizio della motivazione.

In definitiva, nel caso in cui la stazione appaltante desume da procedimenti penali l'esistenza di fatti idonei ad integrare gli estremi del grave errore professionale ha l'onere di una puntuale descrizione di tali fatti e della loro incidenza causale sul rapporto fiduciario al fine di evitare che si realizzi una automatica sovrapposizione di una fattispecie dotata di una sua autonomia (art. 38, comma 2, lettera *c*) con altra fattispecie dotata anch'essa di proprie caratteristiche identificative (art. 38, comma 2, lettera *g*), in violazione del principio di tassatività della cause di esclusione.

6.– Alla luce di quanto sin qui esposto, l'appello va accolto limitatamente al difetto di adeguata motivazione dell'atto esclusione. Ne consegue che Trenitalia potrà riesercitare il potere nel rispetto degli effetti conformativi derivanti dalla presente sentenza.

7.– La natura della decisione e le ragioni su cui essa si fonda giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

a) accoglie, nei limiti di cui in motivazione, l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;

b) dichiara integralmente compensato tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Guida alla lettura

La violazione dei doveri professionali costituisce una causa di esclusione dalla gara disciplinata dal legislatore che assegna all'amministrazione procedente il potere discrezionale di verificare la sussistenza degli stessi "*con qualsiasi mezzo di prova*", così come sancito dall'art. 38 comma 2 lett. f) D.lgs. 163/2006

Posto in tali termini, il dato normativo produce un punto di domanda in ordine alla possibilità che il predetto mezzo di prova si sostanzi in un accertamento penale in corso.

Sul punto la pronuncia in esame afferma che **la verifica della violazione dei doveri professionali, tali da escludere l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario, può essere desunta da fatti penalmente rilevanti oggetto di appositi procedimenti, a patto però che l'amministrazione circoscriva con precise argomentazioni le condotte esecutive qualificabili in termini di errore professionale.**

In sostanza la discrezionalità amministrativa che connota il potere valutativo concernente la sussistenza di una violazione di doveri professionali, idonea a determinare l'interruzione del rapporto fiduciario, non può tradursi in un mero richiamo ad una comunicazione da parte della Procura competente, poiché se così non fosse la fattispecie disciplinata dalla lettera f) dell'art. 38 comma 2 cit. si sovrapporrebbe ingiustificatamente a quella disciplinata dalla lettera c) della medesima disposizione.

Alla luce delle considerazioni che precedono può dunque affermarsi che **qualora la sussistenza di un grave errore professionale sia desumibile da un procedimento penale, la stazione appaltante ha l'onere di descrivere puntualmente tali fatti e la loro incidenza causale sul rapporto fiduciario.**

Il principio di diritto espresso dal Consiglio di Stato ribadisce l'orientamento espresso dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), la quale vincola la discrezionalità amministrativa all'interno di un articolato impianto motivazionale idoneo a fornire la giustificazione al provvedimento emesso dall'Amministrazione competente.

Ne deriva l'ovvia subordinazione dell'attività provvedimentale ad un'eventuale sindacato di legittimità da parte del giudice all'interno dei limiti di illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078).

Alla luce di quanto premesso **ben può l'amministrazione formulare un proprio giudizio sull'affidabilità dell'impresa sulla base degli elementi in suo possesso**. Pertanto è legittimo l'operato della stazione appaltante che non intende escludere il partecipante il quale annoveri al suo attivo un provvedimento di revoca dell'affidamento ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) e altri provvedimenti di esclusione per omessa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, del predetto provvedimento di revoca. Parimenti, è da ritenersi legittimo il comportamento della stazione appaltante che permetta di integrare la documentazione presentata attivando il procedimento di soccorso istruttorio ex art. 46 comma 1 *bis* del Codice degli appalti, sia al fine di sanare un errore materiale, sia per produrre la dichiarazione del fideiussore a completamento della polizza assicurativa presentata quale garanzia provvi