

Esclusione dell'operatore economico dalla gara per gravi errori professionali

di Giampaolo De Piazzi

Data di pubblicazione: 5-4-2020

E' irrilevante che l'errore professionale sulla cui base è stata disposta l'esclusione dell'operatore economico sia stato posto in essere nell'esecuzione di un contratto intercorso con la stazione appaltante ovvero con altra amministrazione.

La valutazione effettuata dalla stazione appaltante ex art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, ha ad oggetto l'affidabilità contrattuale e professionale dell'operatore economico desunta dalla disamina di un grave errore professionale da questi commesso nell'esercizio della sua attività.

L'errore professionale contemplato nell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 corrisponde ad un qualsiasi comportamento scorretto dell'operatore economico, che risulti idoneo ad incidere sulla sua serietà e credibilità professionale, connotato da gravità.

La valutazione dell'errore professionale compiuto dall'operatore economico nell'esecuzione di un contratto intercorso con la p.a., e della relativa gravità, è espressione di un'attività ampiamente discrezionale della stazione appaltante, tenuta a dare conto nella motivazione del provvedimento di esclusione di avere attentamente ed autonomamente vagliato gli elementi di fatto da cui ha tratto la prova del compimento di un grave errore professionale da parte del concorrente, e della conseguente ritenuta sua inaffidabilità.

Qualora sia impugnato il provvedimento di esclusione di un operatore economico basato sulla sua ritenuta inaffidabilità per pregressi errori professionali, al giudice amministrativo non è consentito procedere al riesame delle circostanze concrete per verificare se l'inadempimento contestato risulti o meno imputabile al concorrente escluso, in quanto il relativo sindacato deve avere ad oggetto la motivazione del provvedimento censurato, al fine di scrutinarne eventuali profili di illogicità, irrazionalità, abnormità o travisamento dei fatti; diversamente opinando, si darebbe ingresso ad uno sconfinamento del sindacato giurisdizionale nell'area della discrezionalità amministrativa, con superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

GUIDA ALLA LETTURA

Con la decisione in commento, la sezione V del Consiglio di Stato ha avuto modo di occuparsi di uno dei requisiti di partecipazione cd. generali (concernenti quella che è definita l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico) contemplati nell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile al procedimento di gara *ratione temporis*), e precisamente di quello prefigurato dal legislatore nella lett. f) della norma, relativo ad inadempimenti (connotati da dolo ovvero colpa grave) imputabili all'operatore economico nell'esecuzione di prestazioni oggetto di contratti intercorsi con la stessa stazione appaltante, ovvero concernente la commissione di errori gravi da parte dello stesso operatore nell'esercizio della propria attività professionale, accertati – con qualunque mezzo di prova – dalla stazione appaltante. Si tratta, quindi, di quelle condotte contrattuali dell'operatore economico che appaiono idonee ad orientare il giudizio di serietà e di affidabilità dello stesso, per quanto attiene la sua capacità di adempiere esattamente le prestazioni oggetto delle obbligazioni inerenti il contratto da affidare.

Giova preliminarmente evidenziare che i requisiti di partecipazione cd. generali si affiancano a quelli cd. speciali che concernono l'idoneità e la capacità professionale del concorrente sul piano tecnico - economico. Entrambe le tipologie di requisiti, come da orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (*ex multis*, Consiglio di Stato, ad. pl., 20 luglio 2015, n. 8), devono essere posseduti dall'operatore economico alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, e devono permanere in capo allo stesso per tutto il corso del procedimento concorsuale, sino all'aggiudicazione della gara ed alla successiva stipulazione del contratto, nonchè durante il periodo di esecuzione dello stesso. Inoltre, il possesso di tali requisiti costituisce uno specifico obbligo dichiarativo in capo agli operatori economici, obbligo che appare funzionale alla tutela dell'interesse della stazione appaltante di rapportarsi solo con soggetti che risultino essere soggettivamente seri ed affidabili, oltre che tecnicamente e finanziariamente idonei.

Per quanto attiene il requisito prefigurato nel citato art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, come detto concernente la commissione da parte dell'operatore economico di un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, risulta del tutto irrilevante la circostanza che tale errore sia stato commesso nell'esecuzione di un contratto intercorso con la stessa stazione appaltante ovvero con altra amministrazione, sufficiente essendo che le vicende che hanno condotto una p.a. a disporre la risoluzione di precedenti contratti siano tali da far ritenere il concorrente inaffidabile per quanto attiene la sua capacità di adempiere esattamente le prestazioni oggetto del contratto da affidare. In realtà, il presupposto dell'identità soggettiva fra la p.a. controparte contrattuale e la stazione appaltante del procedimento concorsuale non risulta richiesto dalla norma nella parte relativa alla commissione di gravi errori professionali da parte dell'operatore economico (risultando prefigurato unicamente nella prima parte della disposizione, concernente la diversa ipotesi della grave negligenza ovvero della malafede nell'esecuzione delle prestazioni oggetto di obbligazioni affidate dalla stessa stazione appaltante).

Ed infatti, risulta opinione consolidata in giurisprudenza quella secondo cui la valutazione che la stazione appaltante è chiamata ad effettuare ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 ha ad oggetto ogni e qualsiasi errore commesso dall'operatore economico nella propria attività economica, purché connotato dal requisito della gravità, restando irrilevante che ciò sia avvenuto nell'esecuzione di un contratto affidato da altra amministrazione, piuttosto

che dalla stessa stazione appaltante (così Consiglio di Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3268).

Per quanto attiene l'individuazione di quale sia la condotta contrattuale in concreto idonea ad intercettare il concetto di grave errore professionale indicato dalle coordinate tratteggiate dal legislatore nell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, ha avuto modo di precisare la giurisprudenza che essa corrisponde ad un qualsiasi comportamento scorretto dell'operatore economico nell'esecuzione di un contratto intercorso con la p.a., e che risulti idoneo ad incidere sulla sua serietà e credibilità professionale (Corte di Giustizia U.E. , sez. X, 18 dicembre 2014, n. 470 causa C-470/13; Consiglio di Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479), al punto da poterlo reputare inidoneo ad assicurare la corretta esecuzione delle obbligazioni scaturenti dal contratto da affidare. Ovviamente, il comportamento scorretto posto in essere dall'operatore economico, per coincidere con il paradigma normativo della disposizione de qua, deve presentare carattere di gravità, dovendo presentare ripercussioni degne di rilievo sulla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre sulla serietà ed affidabilità del concorrente.

E' opinione consolidata in giurisprudenza che la valutazione dell'errore professionale, nonché della relativa gravità, e la sua conseguente idoneità ad incidere sulla fiducia nelle qualità professionali dell'operatore economico, concreta esercizio di un'attività della stazione appaltante connotata da ampia discrezionalità, sul rilievo che, con la norma de qua, l'ordinamento giuridico rimette alla valutazione della p.a. il giudizio sull'affidabilità morale del soggetto che aspiri a contrarre con essa, e l'individuazione del punto di rottura della fiducia di cui questi deve godere nei confronti della parte pubblica (Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312; Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5960). Nell'esercizio della descritta attività discrezionale, la stazione appaltante acquisisce gli elementi di fatto inerenti la pregressa condotta contrattuale dell'operatore economico, e li sottopone ad un attento scrutinio al fine di verificare se siano riscontrabili uno o più errori, e se gli stessi risultino connotati da gravità. Peraltro, per pervenire ad una valutazione della gravità degli errori professionali imputabili all'operatore economico partecipante alla gara, la stazione appaltante non può supinamente adagiarsi sulle conclusioni da altri raggiunte, ma deve svolgere un giudizio autonomo sugli elementi di fatto acquisiti (Consiglio di Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479).

Poiché il provvedimento di esclusione da un procedimento concorsuale dell'operatore economico, fondato su un giudizio di gravità di un errore professionale ad esso imputabile, costituisce esercizio di attività discrezionale, la p.a. è tenuta, in conformità ai principi generali che presiedono alla discrezionalità, ad esternare congruamente nella relativa motivazione gli elementi di fatto acquisiti e valutati – quali fonti del proprio convincimento – nonché il percorso logico seguito per pervenire alla valutazione di gravità dell'errore professionale e di inaffidabilità del concorrente.

Tale giudizio della stazione appaltante è censurabile in sede giurisdizionale ma, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo sindacato va mantenuto sul piano estrinseco, avendo ad oggetto la verifica della motivazione del provvedimento di esclusione, al fine di scrutinarne eventuali profili di illogicità, irrazionalità, abnormità o travisamento dei fatti (Consiglio di Stato, sez. V, 24 luglio 2017, n. 3652). In particolare, al giudice amministrativo

non è consentito procedere al riesame delle circostanze concrete esaminate dalla p.a. al fine di verificare la condivisibilità o meno delle sue valutazioni, posto che il legislatore rimette in via esclusiva a quest'ultima il giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico (Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424), e diveramente opinando si darebbe ingresso ad uno sconfinamento del sindacato giurisdizionale nell'area della discrezionalità amministrativa, con superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4888 del 2019, proposto da

Ma.Ca. S.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con Servizi Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Francario e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Francario in Roma, piazza Paganica, n. 13;

contro

Consip S.p.A. e Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 02494/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A. e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Fabio Francario, Maria Alessandra Sandulli e l'avvocato dello Stato Pasquale Pucciariello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Ma.Ca. s.r.l., in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Gaetano Paolin s.p.a., Techne s.p.a., Gi.L.C. Impianti s.r.l., Edilmaster s.r.l. e Servizi generali s.r.l., impugnava il provvedimento 18 aprile 2018 (prot. 12695/2018) di esclusione dalla procedura di gara indetta da Consip s.p.a., con bando pubblicato il 25 novembre 2015 in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, per l'affidamento "*dei servizi di pulizia ed igiene ambientale nonché degli altri servizi aggiuntivi da eseguirsi negli immobili adibiti ad uso caserma per le pubbliche amministrazioni – Lotti 1,5,9 e 14*" (cd. Gara Caserme).

1.1. L'esclusione era motivata dalla carenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 *ratione temporis* applicabile: la società era stata destinataria di due provvedimenti di risoluzione, uno disposto dalla stessa Consip s.p.a. il 30 novembre 2017, in relazione alla "*Convenzione per i servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli istituti scolastici di ogni ordine e grado per i centri di formazione della pubblica amministrazione*" c.d. *Gara Scuole*; il secondo dalla ASL Roma C il 9 maggio 2016 in relazione al contratto di appalto per il "*Servizio di pulizia sanificazione per le esigenze della ex ASL Roma C (ora Asl Roma 2)*"; secondo la stazione appaltante le ragioni a fondamento delle predette risoluzioni contrattuali, sostanzialmente consistenti nel mancato pagamento delle retribuzioni dovute ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto e nell'adozione di politiche lesive dei diritti dei lavoratori e della loro dignità, erano connotate da "*profondo disvalore*" e tali "*da far ritenere irrimediabilmente leso il rapporto fiduciario con l'operatore economico, rapporto fiduciario che costituiva il presupposto necessario sotteso alla regolare prosecuzione della partecipazione*" alla procedura di gara.

1.2. Nel ricorso il r.t.i. Ma.ca. così rappresentava le circostanze di fatto che avevano preceduto il provvedimento di esclusione dalla Convenzione Scuole adottato da Consip s.p.a.:

- in raggruppamento temporaneo con Smeraldo s.r.l. e Servizi generali s.r.l., Ma. ca. era

risultata aggiudicataria della gara indetta da Consip s.p.a., per “l’affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli Istituti scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della Pubblica Amministrazione” (cd. Gara Scuole), lotto 5 relativo all’area geografica delle Province di Frosinone e Latina per un importo di € 95.100.000,00, con convenzione stipulata il 9 dicembre 2013;

- in fase di esecuzione della convenzione erano emerse difficoltà a riassorbire tutto il personale precedentemente impiegato nei servizi presso le scuole (lavoratori ex Isu – lavoratori socialmente utili ed appartenenti ai c.d. appalti storici) e, al fine di risolvere tale situazione, il 28 marzo 2014, era stato siglato un accordo tra Ministero del lavoro e delle politiche sociali e rappresentanti del Ministero dell’istruzione, università e ricerca e delle organizzazioni sindacali nel quale era stabilito che: *“...al fine di avviare alla definitiva soluzione la problematica occupazionale conseguente alle riduzioni degli affidamenti derivanti dalle espletate gare Consip e riguardante i lavoratori e le lavoratrici ex Isu e appartenenti ai c.d. appalti storici, addetti allo svolgimento dei servizi di pulizia nelle scuole, il Miur – nell’ambito del più ampio programma per l’edilizia scolastica facente capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – utilizzerà risorse complessive pari a 450 milioni di euro, a decorrere dal 01.07.14 e sino al 30.06.16, che saranno impiegate per lo svolgimento, da parte del personale adibito alle pulizie nelle scuole di ulteriori attività consistenti in interventi di ripristino del decoro e della funzionalità degli immobili adibiti ad edifici scolastici”*;

- seguiva il d.l. 7 aprile 2014, n. 58, conv. in l. 5 giugno 2014, n. 87, che all’art. 2, comma 2 – bis, prevedeva che: *“Nei territori ove non è stata ancora attivata la convenzione-quadro Consip, le istituzioni scolastiche ed educative statali effettuano gli interventi di mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili adibiti a sede di istituzioni scolastiche ed educative statali, da definirsi secondo le modalità di cui alla successiva delibera del CIPE, acquistando il relativo servizio dai medesimi raggruppamenti e imprese che assicurano i servizi di pulizia ed altri ausiliari alla data del 30 aprile 2014, alle condizioni tecniche previste dalla convenzione Consip ed alle condizioni economiche pari all’importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui è attiva la convenzione”*.

- il progetto denominato “*Scuole belle*” prevedeva l’impegno degli operatori economici aggiudicatari ad assumere tutto il personale precedentemente impiegato e a corrispondere ad esso la retribuzione per l’intero monte orario massimo contrattualmente possibile (7 ore giornaliere per 35 ore settimanali), anche in assenza della corrispettiva prestazione lavorativa nell’erogazione del servizio di pulizia, e l’impegno di detto personale, per le ore non lavorate nel servizio di pulizia e nondimeno retribuite, ad eseguire lavori pianificati per il ripristino del decoro e della funzionalità degli edifici scolastici nei periodi festivi e di chiusura delle scuole.

- l’attuazione del progetto *Scuole belle* nell’area geografica corrispondente al lotto 5 della Convenzione Scuole aveva incontrato delle difficoltà sostanzialmente riconducibili al fatto che gli stanziamenti ministeriali erano insufficienti e gli istituti scolastici, dal canto loro, non procedevano all’utilizzo delle risorse stanziato; ciò aveva determinato una situazione di insostenibilità perché, all’anticipata retribuzione corrisposta ai lavoratori, non corrispondeva un fatturato (o anche solo ordinativi) in misura sufficiente a ripagare il costo della manodopera

sostenuto per il progetto *Scuole Belle*;

- di conseguenza all'approssimarsi della scadenza della convenzione, avvertendo l'impossibilità di recuperare le anticipazioni corrisposte, aveva interrotto la corresponsione della retribuzione, emettendo nel mese di luglio 2017 buste paga ad importo 0;

- Consip s.p.a. aveva allora disposto con provvedimento 30 novembre 2017 (prot. 34307) la risoluzione della Convenzione scuole a suo danno (risoluzione che, unitamente ad altra risoluzione disposta dalla ASL RM 2, era stata posta a fondamento del contestato provvedimento di esclusione).

1.3. L'impugnativa di tale esclusione era affidata a quattro motivi di ricorso diretti a contestare:

- il primo, la possibilità di porre a fondamento del provvedimento di esclusione i predetti atti di risoluzione, i fatti contestati essendo inidonei a porre in discussione la sua credibilità nell'esecuzione dell'appalto da affidare, in quanto non integranti un provato inadempimento connotato da grave negligenza o malafede nell'esecuzione di uno specifico contratto con la medesima stazione appaltante ovvero un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale, come invece richiesto dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 cit.;

- il secondo, l'inadeguatezza dell'istruttoria svolta dalla Consip che si era limitata a richiamare gli atti istruttori posti a base della risoluzione della Convenzione scuole – come pure della risoluzione disposta dall'ASL Roma C – senza tener conto delle osservazioni e controdeduzioni offerte, nonché la violazione del canone di proporzionalità per essere stata disposta l'esclusione da tre procedure di gara sulla base di una debole inferenza logica incentrata sull'asserita assenza dell'elemento fiduciario a causa di presunti reiterati comportamenti negativi tenuti in soli due contratti;

- il terzo, l'impossibilità di procedere all'escussione della cauzione in via automatica, trattandosi di esclusione conseguente ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, e dovendo, invece, essere limitati l'incameramento automatico della cauzione ai soli casi più gravi di mancanza totale del requisito ovvero di palese difformità, falsità o comprova di quanto dichiarato;

- il quarto, la segnalazione all'ANAC, nonostante l'esclusione non fosse connotata da vincolatività, ma disposta sulla base di una valutazione puramente discrezionale.

1.4. Nel giudizio si costituiva Consip s.p.a., che concludeva per il rigetto del ricorso.

Parte ricorrente proponeva motivi aggiunti avverso il provvedimento con il quale Consip disponeva l'escussione delle garanzie provvisorie in ragione dell'avvenuta esclusione dell'operatore dalla procedura di gara.

2. Il giudizio di primo grado era definito dalla sentenza segnata in epigrafe di reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti e condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese di lite.

3. Propone appello Ma.Ca. s.r.l., nella qualità in atti; ha resistito al gravame Consip s.p.a..

L'appellante ha prodotto memoria ex art. 73 Cod. proc. amm..

All'udienza pubblica del 5 dicembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. I primi tre motivi di appello possono essere esaminati congiuntamente per la stretta connessione delle questioni sollevate.

1.1. Con il primo motivo la sentenza impugnata è contestata per *“Ingiustizia manifesta. Omessa pronuncia. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 163/2006”*; il giudice avrebbe ritenuto integrata la causa di esclusione prevista dall’art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, vale a dire l’aver commesso *“grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidata dalla stazione appaltante che bandisce la gara”* senza tener conto che le inadempienze contestate attenevano all’esecuzione del progetto *Scuole belle*, vale a dire ad impegni contrattuali che non erano stati assunti nei confronti di Consip, la quale neppure figurava tra i sottoscrittori dell’Accordo *Scuole belle*.

1.2. La questione è ulteriormente affrontata nel secondo motivo di appello, rubricato *“Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, c. 1, lett. f) d.lgs. 163/2006. Con PTCL riferimento al presupposto della “grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”. Travisamento dei fatti ed errore nei presupposti. Difetto di istruttoria”*, ove è ribadito che il Progetto *Scuole Belle* non realizzava una novazione oggettiva o un ampliamento della Convenzione *Scuole* conclusa con Consip nel 2013, tanto è vero che non erano state redatte apposite appendici o atti aggiuntivi alla convenzione, trattandosi pertanto di un accordo del tutto autonomo ed indipendente che, al più, poteva essere in collegamento meramente occasionale con la precedente convenzione.

Di conseguenza Consip, non essendo la controparte dell’obbligo contrattuale rimasto asseritamente inadempito, non poteva accertare la negligenza o la malafede nell’esecuzione delle pregresse prestazioni, ma avrebbe dovuto darsi carico di accertare il compimento del *“grave errore professionale nell’esercizio dell’attività professionale”*; ad ogni modo, secondo l’appellante, sarebbe mancato qualsiasi accertamento sull’animus ovvero della specifica volontà di perpetrare la condotta contestata, come, invece, richiesto dalla disposizione normativa per assumere la *“negligenza”* o *“malafede”* dell’operatore economico.

1.3. Nel terzo motivo di appello (*“Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 163/2006 con riferimento al presupposto del grave...accertato con qualsiasi mezzo” e degli artt. 4, 5 e 6 dPR 207/2010”*) si sottolinea che neppure sarebbe stato commesso un *“grave errore professionale”* poiché, quanto al progetto *Scuole Belle*, le criticità occorse nel pagamento dei lavoratori (fermo l’adempimento degli obblighi contributivi), erano imputabili esclusivamente ad un *“cortocircuito”* del sistema *Scuole Belle*, derivante dalla insufficienza dei fondi stanziati e dall’impiego solo parziale degli stessi da parte degli istituti

scolastici, tali per cui era divenuto insostenibile continuare a sopportare l'anticipazione dei costi della manodopera per l'impiego a tempo pieno del personale riassorbito in forza dell'Accordo del 2014 a fronte di prestazioni lavorative non erogate o erogate in maniera ridotta.

Prova ne era la stipulazione il 23 gennaio 2018 di un Accordo con le stesse organizzazioni sindacali in cui veniva riconosciuto il diritto di Ma.Ca. di procedere al recupero delle ore pagate e non lavorate dai propri dipendenti nei limiti del quinto della retribuzione mensile e dalla sentenza del Tribunale di Cassino che escludeva l'antisindacalità della condotta della società nei confronti dei propri dipendenti.

Quanto, poi, alla risoluzione adottata dalla ASL Roma 2, risultava palese la carenza di istruttoria da parte di Consip che le aveva assegnato solo sette giorni per chiarimenti sulla predetta vicenda, per poi interpretare la richiesta di concessione di un maggior termine e di specificare i profili sui quali si rendevano necessari i chiarimenti, come espressione della volontà di sottrarsi dal fornire chiarimenti, come pure che era stata omessa la specifica individuazione degli aspetti ritenuti rilevanti nel provvedimento di risoluzione adottato dalla ASL, nonostante l'art. 38, comma 1, lett. f) cit. imponesse alla stazione appaltante un particolare aggravio in termini di onere motivazionale, non potendo essa fondare la sua decisione di escludere l'operatore economico sul mero dato di fatto della risoluzione disposta da altra stazione appaltante e dovendo, invece, evidenziare gli aspetti rilevanti come comprova del giudizio di inaffidabilità dell'operatore medesimo.

2. I motivi, così sintetizzati, sono infondati.

2.1 In primo luogo deve osservarsi che è del tutto irrilevante ai fini della verifica di legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara stabilire se l'inadempimento contestato all'appellante nell'esecuzione della Convenzione scuole sia avvenuto a danno della medesima stazione appaltante, l'appellata Consip s.p.a., o di altra stazione appellante – il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero dell'istruzione, università e ricerca o i singoli istituti scolastici, non è precisato – giacché l'esclusione è giustificata dal convincimento maturato sull'inaffidabilità professionale della Ma.ca. alla luce di una serie di reiterati gravi errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale, ivi compiutamente descritti.

Detto altrimenti Consip non ha disposto l'esclusione dalla gara del r,t,i, Ma.ca. per aver subito, nell'esecuzione di un proprio contratto d'appalto, un inadempimento imputabile a negligenza o malafede, ma per aver reputato il concorrente inaffidabile in ragione delle pregresse vicende che avevano condotto all'adozione di provvedimenti risolutivi nei suoi confronti ed aver perduto, per questo, ogni fiducia sulla possibilità di un corretto adempimento delle obbligazioni che avrebbe assunto stipulando la Convenzione oggetto della gara.

La ragione dell'esclusione pertanto va rintracciata nella valutazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, vale a dire nell'avvenuta realizzazione di *"un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale"*, accertato con i pregressi provvedimenti di risoluzione.

D'altronde la giurisprudenza ha precisato che la valutazione compiuta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 cit. ha ad oggetto ogni errore commesso nella pregressa attività professionale connotato dal requisito di gravità, a prescindere dal fatto che la stazione appaltante sia la stessa presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente o altra (Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628; V, 5 luglio 2017, n. 3288; V, 19 agosto 2015, n. 3950).

2.2. Pur potendo ammettersi una certa imprecisione nella motivazione della sentenza impugnata laddove si afferma che la risoluzione della Convenzione Scuole era certamente idonea ad essere inquadrata nella fattispecie escludente di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) cit. poiché trattavasi di *“grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”*, ciò non inficia tuttavia le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado: la stazione appaltante ha esercitato il suo potere discrezionale nel rispetto della disposizione normativa per aver compiutamente ricostruito le circostanze di fatto che avevano caratterizzato la condotta dell'impresa nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto e adeguatamente motivato sulle ragioni della perdita della fiducia nella stessa.

2.3. In definitiva la decisione impugnata è condivisibile e non può dirsi che il tribunale abbia ingiustamente limitato il suo sindacato senza approfondire le ragioni delle pregresse risoluzioni, come pure è contestato nel primo e, specialmente, nel terzo motivo di appello.

Al riguardo, è sufficiente rammentare che secondo costante giurisprudenza:

- la valutazione operata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ha ad oggetto l'affidabilità contrattuale e professionale dell'operatore economico alla luce di un grave errore professionale commesso nell'esercizio della sua attività, inteso come qualsiasi comportamento scorretto idoneo ad incidere sulla credibilità professionale dell'operatore (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. X, 18 dicembre 2014, n. 470 causa C-470/13; Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479; V, 17 luglio 2017, n. 3493; V, 6 settembre 2017, n. 4228)

- tale valutazione è espressione di ampia discrezionalità poiché effettuata sulla base di considerazioni di opportunità e, comunque, in applicazione di norme interne o prassi amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5960; V, 19 settembre 2018, n. 5337);

- nondimeno la stazione appaltante è tenuta nella motivazione del provvedimento a dar adeguato conto: a) di aver effettuato un'autonoma valutazione delle fonti di prova dai cui ha tratto la pregressa commissione di un errore professionale grave; b) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479)

- il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente un sindacato sulla motivazione nel senso che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce delle ragioni articolate dalla stazione appaltante nella motivazione del provvedimento, la valutazione non sia connotata da illogicità, irrazionalità, abnormità o, comunque, da travisamento dei fatti (Cons. Stato, sez. V, 24 luglio

2017, n. 3652; V, 17 settembre 2018, n. 5424, in cui si afferma: *“Perciò il giudice amministrativo, posta la ragionevole opzione legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di ritenuta inaffidabilità dell'impresa, deve prendere atto, nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto, della scelta di rimettere alla stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente: onde il relativo il sindacato, propriamente incentrato sulla motivazione del rifiuto, va rigorosamente mantenuto sul piano della verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione”*).

Ne deriva che, ove sia impugnato il provvedimento di esclusione di un operatore economico da una procedura di gara giustificato dalla sua ritenuta inaffidabilità per pregressi errori professionali, è precluso al giudice amministrativo il riesame delle circostanze concrete ovvero del contesto fattuale nel quale si è verificato il fatto inadempitivo, allo scopo di valutare se esso sia effettivamente imputabile all'impresa ovvero se non possa trovare qualche giustificazione che valga ad escludere la colpa, poiché, in questo modo, si darebbe luogo ad un giudizio di condivisibilità della decisione della stazione appaltante e, in ultima analisi, ad un palese sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia ad un superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (Cass. civ., Sez. Unite, 17 febbraio 2012, n. 2312).

2.4. Va dunque considerato estraneo al presente giudizio ogni apprezzamento sulle circostanze che hanno determinato l'inadempimento contestato alla Ma.Ca., sulle quali la stessa, invece, si è ampiamente soffermata per dimostrare che nessuna condotta inadempitiva le era imputabile per essere dipeso il mancato pagamento dei lavoratori da scelte di terzi.

Spetterà al giudice civile, dinanzi al quale l'appellante ha dichiarato di aver contestato la risoluzione contrattuale, di valutare l'imputabilità dell'inadempimento; in questa sede il sindacato va limitato alla motivazione del provvedimento di esclusione che, come già affermato dal giudice di primo grado, si sottrae ad ogni possibile censura.

La stazione appaltante, infatti, si è data carico di: a) descrivere compiutamente le condotte contestate alla Ma.ca nei due provvedimenti di risoluzione da cui era stata attinta nell'esecuzione di pregressi contratti, costituite, in entrambi i casi, dal mancato pagamento delle retribuzioni ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto; b) chiarire le ragioni per le quali siffatte condotte dovevano reputarsi connotate dal requisito della gravità, ossia per aver reso *“precaria e disagiata l'esecuzione delle prestazioni e la gestione della Convenzione”*, determinando un *“grave e persistente stato di agitazione dei lavoratori”* con conseguente impatto (negativo) sull'opinione pubblica e danno di immagine alla Consip e alle varie amministrazioni coinvolte; c) specificare che siffatti comportamenti qualificavano l'operatore economico come oggettivamente inaffidabile e, comunque, per la loro reiterazione e la lesività dei diritti dei lavoratori e della loro dignità, in grado di far ritenere irrimediabilmente leso il rapporto fiduciario con l'impresa stessa.

Non è idonea a scalfire siffatto corredo motivazionale la specificazione che le prestazioni per le quali non è stata corrisposta la retribuzione sono solamente quelle rientranti nel progetto

Scuole Belle, trattandosi pur sempre di obbligazioni assunte dall'appellante, come pure che non v'è stato rispetto del contraddittorio procedimentale poiché – a parte che si tratta di circostanza non dimostrata avendo la stazione appaltante consentito la produzione di note di chiarimenti – resta fermo che il fatto inadempitivo non è contestato e, in relazione alla Convenzione con l'ASL Roma 2, non risultano neppure indicate le giustificazioni che si sarebbe voluto – e in tesi non potuto – sottoporre alla stazione appaltante.

3. Con il quarto motivo di appello la sentenza è contestata per *“Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c.1, lett. f) d.lgs. 163/2006. Omesso esame delle censure dedotte avverso gli ulteriori presupposti del provvedimento di esclusione con riferimento all'art. 37 d.lgs. 163/06 (quote rti) e all'art. 3 l. 136/2010 (tracciabilità). Difetto di motivazione”*.

L'appellante lamenta l'omessa pronuncia in relazione alle contestazioni rivolte nei confronti delle ulteriori ragioni poste a fondamento dell'esclusione indicate nel provvedimento impugnato, vale a dire l'inadempimento relativo al rispetto delle quote di esecuzione per aver dichiarato, in sede di partecipazione, la ripartizione percentuale delle attività tra le imprese raggruppate, salvo derogarvi in sede di esecuzione del contratto e la violazione della normativa vigente in materia di tracciabilità dei flussi finanziari (art. 3 l. 13 agosto 2010, n. 136) per non aver sempre utilizzato il conto corrente dedicato all'appalto indicato in sede di stipula della convenzione.

3.1. Il motivo è assorbito dal rigetto dei primi tre motivi dell'appello.

Va fatta applicazione, infatti, dell'orientamento giurisprudenziale per il quale quando una determinazione amministrativa è fondata su di una pluralità di ragioni (c.d. atto plurimotivato), ciascuna delle quali idonea a supportarla in maniera autonoma, è sufficiente che anche una di esse resista alle censure mosse in sede giurisdizionale, perché sia respinta la domanda di annullamento (*ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 31 gennaio 2020, n. 789; VI, 28 gennaio 2020, n. 701; VI, 13 gennaio 2020, n. 324; V, 14 novembre 2019, n. 7833; IV, 30 marzo 2018, n. 2019; V, 14 giugno 2017, n. 2910).

E' vero, dunque, che il provvedimento di esclusione del r.t.i. Ma.Ca. dalla procedura richiamava anche le ragioni in precedenza esposte, ma, per aver respinto i motivi diretti avverso le contestazioni principali, sarebbe senza effetto l'eventuale accoglimento delle altre censure ad esse rivolte.

4. Con il quinto motivo di appello la sentenza impugnata è contestata per *“Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c. 1, lett. f) dlgs 163 2006 e del canone di proporzionalità. Omessa pronuncia”*; l'appellante ripropone anche nel presente grado di appello la contestazione al provvedimento di esclusione per violazione del canone di proporzionalità.

La scelta di Consip di escludere il r.t.i. Ma.Ca., non solo dalla procedura denominata Gara Cultura, ma anche dalle altre procedure di *“affidamento dei servizi di pulizia ed igiene ambientale, nonché degli altri servizi aggiuntivi da eseguirsi negli immobili adibiti ad uso*

caserma per le P.A.” (cd. *Gara Caserme*) e di “affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili adibiti preventivamente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Istituzioni Universitarie Pubbliche e agli Enti e agli Istituti di ricerca”, comporterebbe una conseguenza del tutto sproporzionata, quale l’estromissione dall’interno mercato nazionale per essere Consip centrale generale di committenza.

4.1. Il motivo è infondato.

E’ sufficiente considerare che l’eventuale limitazione degli effetti dell’esclusione ad una sola procedura di gara, pur avendo Consip ritenuto l’operatore economico inaffidabile e, per questo, non meritevole di fiducia quanto all’adempimento delle obbligazioni che avrebbe assunto una volta resosi aggiudicatario, sarebbe stata intrinsecamente contraddittoria, non potendosi certo parcellizzare alle singole procedure di gara la valutazione di affidabilità e serietà del concorrente.

In tal senso la decisione di Consip di estendere l’esclusione alle ulteriori procedure di gara che avevano, in quel momento, come concorrente l’operatore economico, va considerata come un atto dovuto, inevitabile conseguenza delle apprezzamento sulla carenza delle qualità professionali del concorrente.

5. Il sesto motivo di appello è rivolto a far valere “*Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell’art. 75 dlgs 163/2006. Difetto di motivazione e di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti*”; l’appellante contesta la sentenza di primo grado per aver respinto il motivo di ricorso (il quarto) avverso l’incameramento della cauzione provvisoria possibile, a suo dire, solamente nel caso di violazione dell’obbligo di diligenza da parte dell’offerente ovvero di inosservanza della *lex specialis* che sia connotata dal gravità, nel caso di specie insussistente.

5.1. Il giudice di primo grado ha respinto il motivo in applicazione dell’orientamento giurisprudenziale per il quale all’esclusione per mancanza di un requisito di ordine generale consegue in via automatica l’escussione della garanzia provvisoria, in quanto conseguenza diretta della violazione del patto di integrità e delle regola della gara e sono irrilevanti gli stati soggettivi del concorrente sulle circostanze che hanno determinato l’esclusione.

5.2. Lamenta l’appellante, da un lato, l’assenza del presupposto legittimo dell’escussione in ragione dell’illegittimità dell’esclusione disposta e, dall’altro, che l’esclusione è stata disposta per fatti sopravvenuti alla presentazione dell’offerta per questo non automaticamente incidenti sulla sua validità; al momento della presentazione dell’offerta, infatti, i provvedimenti di risoluzione non erano ancora stati adottati, onde non sarebbe stato possibile attribuirle alcuna dichiarazione falsa o non veritiera al momento della partecipazione alla gara, unici casi in cui, insieme alla mancata comprova dei requisiti dichiarati, è consentito l’incameramento della cauzione.

6. Il motivo è infondato.

In precedenza è stata confermata la piena legittimità del provvedimento di esclusione per carenza del requisito generale come previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; va solo aggiunto, pertanto, che, come esposto dal giudice di primo grado, l'escussione della cauzione provvisoria consegue all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione, quale che sia il requisito accertato mancante, poiché la partecipazione alla gara in mancanza dei necessari requisiti, costituisce elemento che denota, di per sé, un contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità, connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico (Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3384 e le pronunce ivi richiamate).

Ne segue – e così è data risposta alla contestazione formulata dall'appellante – che l'escussione non è conseguenza esclusivamente di una falsa dichiarazione o della mancata prova di requisiti dichiarati, ma di ogni carenza dei requisiti di partecipazione e che la circostanza che i provvedimenti di risoluzione fossero successivi alla data di presentazione dell'offerta non assume rilevanza alcuna per essere essi solo mezzo di prova dell'inaffidabilità e mancanza di serietà dell'operatore già concretizzatasi nei suoi pregressi comportamenti.

7. Il settimo motivo di appello è diretto a contestare la sentenza di primo grado per *“Ingiustizia manifesta. Violazione art. 8 c 2 lett r DPR 207/2010 e delle previsioni contenute nella lex specialis di gara. Violazione del principio di proporzionalità. Difetto di motivazione e di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti”*.

Lamenta l'appellante la reiezione del (quinto) motivo diretto nei confronti della segnalazione rivolta all'ANAC dalla stazione appaltante; il giudice avrebbe dichiarato inammissibile il motivo per assenza di immediata lesività della mera segnalazione, senza tener conto del fatto che la segnalazione è già idonea a produrre effetti pregiudizievoli per l'appellante che dovrebbe rendere chiarimenti ad altre stazioni appaltanti ovvero si troverebbe esclusa da altre procedure di gara.

8. Il motivo è infondato.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è nel senso di ritenere inammissibile la domanda di annullamento della segnalazione della stazione appaltante ad ANAC per assenza di immediata lesività, considerato che gli effetti pregiudizievoli per le ulteriori procedure di gara alle quali prenda parte l'operatore segnalato conseguono solamente all'iscrizione nel Casellario informatico, sola notizia cui possono attingere le stazioni appaltanti (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2019, n. 6190; V, 28 marzo 2019, n. 2069 e le pronunce ivi richiamate).

Le considerazioni esposte nel motivo di ricorso danno conferma di ciò; Ma.Ca. potrebbe essere chiamata a rendere chiarimenti ad altre stazioni appaltanti ovvero essere esclusa da altre procedure di gara per aver dette amministrazioni avuto notizia dell'esclusione dall'iscrizione nel Casellario informatico e non dall'adottata segnalazione.

9. L'ultimo motivo di appello è rivolto a censurare la sentenza di primo grado per "*Violazione e falsa applicazione art. 38 c.1 lett. f DLgs 163/06 con riferimento al profilo della intervenuta scadenza della convenzione Consip*": l'appellante assume che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente disatteso il motivo di ricorso nel quale era stato evidenziato che il provvedimento di risoluzione della Convenzione scuole era stato adottato il 13 novembre 2017, quando la stessa era già scaduta al 6 giugno 2016.

9.1. In effetti, sul punto il giudice di primo grado ha affermato di condividere quanto rilevato da Consip, vale a dire che i contratti attuativi della Convenzione erano ancora in corso di svolgimento alla data di adozione della risoluzione, per cui la stessa era ancora valida ed efficace.

9.2. L'appellante replica richiamando l'art. 5 della Convenzione dal quale emergerebbe che si sia inteso distinguere tra durata della convenzione, fissata in 24 mesi prorogabili per ulteriori 12 e durata dei contratti attuativi, quattro anni decorrenti dalla data di emissione degli ordinativi, per cui è alla prima e non alla seconda che occorre aver riguardo per stabilire la persistenza degli effetti della Convenzione all'atto della risoluzione.

10. Il motivo è infondato.

Le argomentazioni contenute nel motivo di ricorso attengono alla legittimità del provvedimento di risoluzione e, segnatamente alla possibilità della sua adozione per essere ormai scaduta la convenzione; si tratta, come accennato in precedenza, di questioni estranee alla cognizione del giudice amministrativo e rimesse unicamente al giudice civile nel giudizio in cui è impugnato il provvedimento di risoluzione.

D'altronde un provvedimento di risoluzione per il fatto inadempitivo in esso accertato ben può essere posto a fondamento di una valutazione di inaffidabilità del concorrente anche se, in ipotesi, assunto quanto il contratto era stato completamente eseguito.

11. In conclusione l'appello va respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

12. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Ma.Ca. s.r.l. al pagamento delle spese di lite, che liquida complessivamente in € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore di Consip s.p.a. e A.N.A.C.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019.

