

Contratti secretati e discrezionalità tecnica

di Valentina Galati

Data di pubblicazione: 12-6-2020

Ai fini dell'esclusione di un concorrente non è necessario l'accertamento della responsabilità per l'inadempimento relativo ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa, potere il quale, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti".

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ripercorre il tema dei **contratti di appalto secretati e dei margini di discrezionalità della p.a. nella scelta del contraente**.

Il ricorso in appello nasce dalle rimostranze di una ditta esclusa da una gara di appalto indetta per l'affidamento dei servizi di intercettazione telefonica, telematica ed ambientale a beneficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari.

La stipula del contratto viene vincolata al possesso di determinate certificazioni (iscrizione CCIAA; certificazione antimafia; elenco dei soggetti coinvolti nell'impresa, ...) e all'assenza di circostanze tali da ledere il rapporto fiduciario.

Si legge che motivo di esclusione della ditta appellante sia stata la scarsa affidabilità della società, già nota all'ufficio per aver eseguito un numero modestissimo di incarichi non sufficienti a consolidare un rapporto di fiducia e, per non aver portato a termine gli impegni assunti né nei termini di indagine né nei risultati sperati.

Conclusione questa impugnata per erronea valutazione dei fatti, erronea motivazione, violazione e falsa applicazione del principio di tipicità delle cause di esclusione dalla gara di cui art. 80 Dlgs n. 50/2016, eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento di potere e disparità di trattamento.

L'art. 162 codice appalti individua i contratti secretati in due macro aree "a) i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza; b) i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a

disposizioni legislative, regolamentari o amministrative” con l’espressa previsione di deroghe per le procedure di affidamento per tali categorie. Regime derogatorio che, si precisa fin da subito, deve avvenire pur sempre nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica (art. 4 D. Lgs n. 50/2016).

È compito della stazione appaltante valutare la sussistenza di rischi connessi alla eventuale pubblicità della procedura e, nel caso, ottenere l’autorizzazione alla secretazione dall’Ufficio centrale per la segretezza prima dell’avvio della procedura di aggiudicazione del contratto.

Infatti:

- per la deroga di cui alla lettera a) dell’art. 162 D.Lgs n. 50/2016 è necessario che le amministrazioni o gli enti utenti attribuiscano con provvedimento motivato la classifica di segretezza ex art. 42 della legge n. 124/2007 (*“le classifiche attribuibili sono: segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato. Le classifiche sono attribuite sulla base dei criteri ordinariamente seguiti nelle relazioni internazionali”*);

- per la deroga di cui alla lettera b) dell’art. 162 D.Lgs n. 50/2016 occorre un provvedimento motivato del dirigente generale dell’amministrazione o dell’ente utente che giustifichi l’esecuzione di lavori, servizi o forniture con speciali misure di sicurezza.

Da tali premesse non v’è dubbio che l’affidamento di servizi di intercettazione telefonica, telematica ed ambientale vada inserito tra i contratti secretati attesa l’estrema sensibilità e delicatezza dei dati trattati, viepiù considerato che tali attività vengono svolte, nel caso di specie, per attività di indagine nelle compagini di un ufficio della Procura della Repubblica.

Il fine è quello di contemperare da un lato il riserbo previsto per legge sulle attività di indagine volte all’accertamento dei reati, dall’altro il diritto costituzionalmente garantito alla riservatezza delle conversazioni.

La specialità della situazione, spiega il Consiglio di Stato, **legittima l’ampia discrezionalità della p.a. nella scelta della procedura da adottare per l’affidamento del contratto e nella valutazione sul piano concreto delle garanzie di sicurezza e affidabilità dei concorrenti.**

Da un lato l’affidamento avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza (art. 162, comma 4, D.Lgs n. 50/2016). Si tratta di una procedura facoltativa e non obbligatoria, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante ma, in ogni caso, da adottare solo se idonea alla realizzazione delle misure di sicurezza, non essendo invocabile il generico motivo di segretezza.

D’altro lato la p.a è legittimata all’esercizio della discrezionalità tecnica nella scelta del contraente sotto i profili cogenti e primari delle garanzie di sicurezza e affidabilità che potrà

essere sindacata solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Invero, è l'art. 80 cod. appalti a rubricare una serie di "motivi di esclusione" ostativi per la partecipazione alle gare, tra i quali vi è la facoltà della stazione appaltante di escludere l'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità (art. 80, comma V, lettera c, d.lgs n. 50/2016).

Ma vi è di più. La discrezionalità tecnica nei contratti secretati lascia la p.a. appaltante libera di individuare il punto di rottura dell'affidamento con l'unico limite che il sindacato discrezionale non diventi arbitrio.

Tale linea interpretativa non smentisce la tassatività dei casi di esclusione ma in una in prospettiva estensiva (seppur non analogica), ricomprende tutte le condotte non solo tecnicamente caratterizzate da grave negligenza adempitiva, ma anche quelle più comprensivamente ispirate a mala fede (Cons. Stato, sez. V, n. 5424/2018).

Tanto in accordo con la normativa europea (art. l'45, par. 2, lett. d), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, secondo il quale " può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico [...] d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice) **e la giurisprudenza** (ex multis, Cons. Stato, V, 17 settembre 2018, n. 5424; IV, 11 luglio 2016, n. 3070; Corte di Giustizia UE, X, 18 dicembre 2014, n. 470) che ne hanno esteso l'applicazione ad ogni comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico, senza limitarsi alle sole violazioni contrattuali e deontologiche in senso stretto.

Di talché il concetto normativo di "errore professionale", deve intendersi esteso ad un'ampia gamma di ipotesi, comunque riconducibili alla negligenza, alla malafede o all'incapacità di assolvere alle prestazioni contrattuali.

"Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto deve prendere atto necessariamente della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto, proiettarsi sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde sfociare nel vizio di eccesso di potere, di criteri tesi ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa" Cass. Sez. Un. 17 febbraio 2012, n. 2312)

L'amministrazione può, dunque, valutare inadempienze o negligenze poste in essere dalla società esercente il servizio non essendo necessario, come nella ipotesi in commento, un vero è proprio inadempimento contrattuale quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio.

Bene, dunque, ha fatto la Procura ad escludere la società appellante per l'incapacità manifestata di decifrare conversazioni intercorse tramite BlackBerry e per i tempi troppo lunghi

di adempimento, non consoni ai tempi processuali, circostanze che se pur non qualificate *stricto sensu* come illeciti professionali hanno comunque minato negli anni il rapporto fiduciario, requisito imprescindibile per l'affidamento dell'appalto. Negligenza e malafede ancora più evidenti ove si consideri che la società ricorrente non solo è stata già depositaria di fiducia mal riposta ma si è promossa con slealtà quale unica, su piano territoriale, in grado di decodificare i dati di traffico di BlackBerry cifrati; né, peraltro ha presentato la domanda nella forma di dichiarazione sostitutiva come richiesto dal bando dimostrando, ancora una volta, scarsa attenzione nel dare seguito a richieste di ordinaria amministrazione.

Se ne conclude che non è dunque provato che l'esclusione possa essere esercitata solo sul presupposto dell'esistenza di un pregresso provvedimento definitivo di revoca, risoluzione, decadenza legato all'inadempimento di precedenti rapporti. Al contrario, **la stazione appaltante può ritenere la sussistenza dei gravi errori professionali, anche in mancanza di un accertamento definitivo di precedenti rapporti, purché il relativo provvedimento sia sorretto da adeguata motivazione ed indichi puntualmente le circostanze di fatto che supportano la valutazione espressa al fine di non ricadere in provvedimenti illogici o manifestamente infondati** (Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8176 del 2019, proposto da

Movia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Oddo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 113;

contro

Ministero della giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

Esitel s.r.l., Innova s.p.a., Rcs s.p.a., Lutech s.p.a. e Sio s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00724/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2020 – tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 come da verbale – il Cons. Valerio Perotti e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

Con avviso di gara del 27 febbraio 2018, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari invitava le ditte interessate all'accreditamento per l'affidamento dei servizi di intercettazione telefonica, telematica ed ambientale; le candidate partecipanti erano tenute ad indicare la tipologia dei servizi resi ed a fornire la certificazione di iscrizione CCIAA, la certificazione antimafia, l'elencazione di tutti i soggetti coinvolti dell'impresa, l'ubicazione delle sedi operative ed una serie di ulteriori precisazioni.

La Procura, previa verifica della documentazione inviata, si riservava di accreditare le ditte che avessero partecipato alla gara, per la durata di dodici mesi, verificando l'assenza di circostanze tali da ledere il rapporto fiduciario. In assenza di modifiche, integrazioni o rinunce, l'accreditamento si sarebbe automaticamente rinnovato, salvo perdita dei requisiti o inadempienza contrattuale.

Otto concorrenti presentavano un'offerta, autocertificando il possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Con provvedimento del 17 luglio 2018, il Procuratore della Repubblica disponeva il mancato accreditamento della società Movia s.p.a. per la fornitura del servizio.

Il bando prevedeva, in particolare, l'esclusione automatica dei soggetti che non assicurassero di possedere adeguate capacità tecniche per l'espletamento del servizio richiesto: in particolare, secondo la motivazione dell'atto impugnato, "Movia S.p.A. ha già collaborato con questa Procura, peraltro, eseguendo un modestissimo numero di incarichi non sufficiente a consolidare un rapporto fiduciario strutturato.

Ed anzi, la ditta MOVIA ha dimostrato di essere scarsamente affidabile. In data 18 Novembre u.s. la predetta ditta ha attestato alla polizia giudiziaria procedente di essere l'unica in grado di effettuare la decodifica dei dati di traffico di BlackBerry cifrati con il sistema PGP. Per tale ragione ha ricevuto l'incarico di provvedere all'intercettazione telefonica menzionata. L'incarico è durato dal 23 novembre 2016 al 9 Maggio 2017 senza che la società in argomento sia riuscita alla decodifica di alcun dato.

Ulteriormente si evidenzia che, in relazione ai punti da 3 a 20 del bando, nonostante sia stata richiesta una dichiarazione sostitutiva ex d.P.R. 28 Dicembre 2000, n. 445, MOVIA S.p.A. ha presentato una dichiarazione semplice, dimostrando scarsa precisione nel dare seguito a richieste di ordinaria amministrazione".

L'amministrazione contestava a Movia s.p.a., in estrema sintesi, di aver "già collaborato con questa Procura, peraltro, eseguendo un modestissimo numero di incarichi non sufficiente a consolidare un rapporto fiduciario strutturato". A ciò doveva aggiungersi che "La ditta MOVIA ha dimostrato di essere scarsamente affidabile. In data 18 Novembre u.s. la predetta ditta ha attestato alla polizia giudiziaria procedente di essere l'unica in grado di effettuare la decodifica dei dati di traffico di BlackBerry cifrati con il sistema PGP.

Per tale ragione ha ricevuto l'incarico di provvedere all'intercettazione telefonica menzionata. L'incarico è durato dal 23 novembre 2016 al 9 Maggio 2017 senza che la società in argomento sia riuscita alla decodifica di alcun dato. Ulteriormente si evidenzia che, in relazione ai punti da 3 a 20 del bando, nonostante sia stata richiesta una dichiarazione sostitutiva ex d.P.R. 28 Dicembre 2000, n. 445, MOVIA S.p.A. ha presentato una dichiarazione semplice, dimostrando scarsa precisione nel dare seguito a richieste di ordinaria amministrazione".

Avverso tale provvedimento Movia s.p.a. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna.

Si costituiva in giudizio il Ministero della giustizia, chiedendo che il ricorso fosse respinto.

Con sentenza 3 settembre 2019, n. 724, il giudice adito respingeva il gravame, sul presupposto dell'ampia discrezionalità caratterizzante la valutazione compiuta dalla stazione appaltante, che nel caso di specie non poteva dirsi manifestamente affetta da illogicità o errori di fatto.

Avverso tale decisione Movia s.p.a. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) Omessa e/o erronea valutazione ed interpretazione di fatti e documenti.

2) Erronea motivazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016. Falsa applicazione della lex specialis e travisamento dei fatti.

3) Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento e disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici ex art. 97 Cost.

4) Omessa pronuncia.

Costitutosi in giudizio, il Ministero della giustizia concludeva per l'infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 7 maggio 2020 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene contestato il presupposto di fatto su cui si fonderebbe la sentenza di primo grado, secondo cui il precedente affidamento dell'incarico alla società Movia di procedere alla decodifica del traffico su un dispositivo BlackBerry sarebbe avvenuto sull'assicurazione della stessa Movia di essere in grado di effettuare tale decodifica, in concreto poi non riuscita.

Tale presupposto, contesta l'appellante, sarebbe in realtà privo di fondamento, atteso che mai Movia s.p.a. aveva promesso senza riserve di poter decodificare il BlackBerry dei soggetti indagati, tale risultato essendo subordinato al rinvenimento della cosiddetta "chiave di cifratura".

Nel caso di specie, in particolare, la società incaricata aveva sì iniziato le operazioni di analisi del traffico internet dell'utenza controllata al fine di catturare le predette chiavi di cifratura, ma tale attività aveva ad un certo punto dovuto essere interrotta, nel mese di maggio 2017, in quanto il BlackBerry iniziò ad andare in blocco e non venne quindi più utilizzato dall'indagato.

Il mancato esito favorevole della attività di intercettazione non sarebbe dunque dipeso dall'ipotizzata inattitudine tecnica dell'appellante a svolgerla, bensì dal fatto che non si fosse riusciti a captare la "chiave di cifratura", in quanto inizialmente l'attività in questione aveva incontrato difficoltà tecniche causate da problematiche di trasmissione dei dati da parte del gestore Vodafone, seguite poi dal mancato utilizzo dell'apparecchio da parte dell'indagato.

Tali circostanze, in alcun modo imputabili alla Movia s.p.a., non avrebbero quindi potuto fondare un addebito di inaffidabilità nei suoi confronti.

Il motivo non può essere accolto.

Va in primo luogo rilevato – come testualmente desumibile dalla nota prot. n. 1369 del 17 luglio 2018 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari, che il mancato

accreditamento dell'odierna appellante era innanzitutto dovuto – rispetto alle altre ditte (accreditate) che avevano preso parte alla procedura – al fatto oggettivo di aver eseguito “un modestissimo numero di incarichi non sufficiente a consolidare un rapporto fiduciario strutturato”.

In tale limitato contesto, inoltre, la società Movia s.p.a. avrebbe dato pure prova di scarsa affidabilità, essendosi in un primo momento proposta come ditta in grado di svolgere una complessa operazione di decodifica dei dati di traffico di BlackBerry cifrati con sistema PGP, salvo poi – una volta ottenuto l'incarico – non ottenere alcun risultato utile dopo circa sei mesi di tentativi (dal 23 novembre 2016 al 9 maggio 2017).

Quale ulteriore elemento da cui poteva desumersi la scarsa affidabilità dell'operatore economico, inoltre, l'amministrazione individuava il fatto che “in relazione ai punti da 3 a 20 del bando, nonostante sia stata richiesta una dichiarazione sostitutiva ex d.P.R. 28 Dicembre 2000, n. 445, MOVIA S.p.A. ha presentato una dichiarazione semplice, dimostrando scarsa precisione nel dare seguito a richieste di ordinaria amministrazione”.

Solo Movia s.p.a., inoltre, tra tutte le ditte partecipanti alla procedura non aveva accettato, nel termine prefissato, il listino di cui al p.to 2, lett. c) della nota prot. n. 460 del 2018, nel quale erano stati indicati i prezzi (al netto dell'Iva) che l'amministrazione avrebbe riconosciuto alle imprese esterne per le forniture dei servizi in oggetto, nonché gli sconti per periodo.

Venendo adesso allo specifico profilo del mancato assolvimento di un precedente incarico professionale, va ricordato che l'affidamento su cui si controverte rientra tra le fattispecie di cui all'art. 162 d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale le disposizioni del vigente Codice dei contratti pubblici relative alle procedure di affidamento possono essere derogate “a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza; b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative”.

Tale deroga, giustificata nel caso di specie dall'estrema sensibilità e delicatezza della materia delle intercettazioni telefoniche ed ambientali, è funzionale ad assicurare il temperamento di due interessi contrapposti entrambi di rilevanza fondamentale, ossia l'efficacia e la segretezza delle indagini volte all'accertamento di reati, nonché la riservatezza delle persone le cui conversazioni vengono intercettate.

Alla rilevanza dell'attività ed al contesto nel quale viene svolta, nonché al correlato sistema derogatorio all'affidamento ordinario corrisponde, sul piano dell'attività amministrativa, un esercizio della discrezionalità tecnica con ampi margini di valutazione sul piano concreto e sull'identità dell'offerente, sotto i profili cogenti e primari delle garanzie di sicurezza e affidabilità.

Per l'effetto, l'esercizio della discrezionalità tecnica risulta sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Sotto diverso ma concorrente profilo, va inoltre ribadito il principio di carattere generale (su cui,

ex multis, Cons. Stato, V, 13 luglio 2017, n. 3444) in base al quale “ai fini dell'esclusione di un concorrente non è necessario l'accertamento della responsabilità per l'inadempimento relativo ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa, potere il quale, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti”.

Risulta, dagli atti di causa, che effettivamente la società Movia s.p.a. aveva dichiarato – unica tra le diverse imprese del settore interpellate – di possedere le competenze tecnico-professionali per decrittare i dati di traffico di BlackBerry cifrati (competenze che evidentemente si estendevano anche alle attività preliminari volte al recupero della “chiave di cifratura”), così come è pacifico in atti che l'incarico ricevuto dalla Procura della Repubblica aveva avuto una durata di quasi sei mesi, venendo interrotto solo una volta scoperto che il titolare delle utenze intercettate aveva smesso di utilizzarle.

L'attività di indagine riguardava due distinte apparecchiature telefoniche.

Parte appellante fa generica menzione di alcune – non meglio precisate – “problematiche di trasmissione dei dati da parte del gestore Vodafone” verificatesi all'inizio dell'attività, senza però chiarire quale sarebbe stata la loro ampiezza e l'effettiva rilevanza causale in ordine all'attività di indagine svolta, né quantifica la durata di tale impasse.

D'altro canto, nessun riscontro viene fornito dall'appellante in ordine alla tipologia ed alle modalità di svolgimento dell'attività svolta in tale arco di tempo, emergendo dagli atti solamente l'assenza di qualsiasi progresso.

Né, d'altra parte, risulta dagli atti che, in occasione dell'assunzione dell'incarico professionale, la Movia s.p.a. avesse puntualizzato all'amministrazione, nei termini oggi rappresentati nei propri scritti difensivi, i limiti alle proprie possibilità di intervento, né che ciò sia stato fatto in un momento successivo, ad esempio in occasione delle già richiamate “problematiche di trasmissione” sulla rete Vodafone. Tale necessaria puntualizzazione, in particolare, non si rinviene – neppure per implicito – nei docc.ti 4 e 5 richiamati alle pp. 9ss. dell'atto di appello, dai quali si vorrebbe piuttosto desumere la riconducibilità a cause esterne all'operato di Movia s.p.a. delle ragioni dell'insuccesso professionale.

Deve quindi concludersi che la decisione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari di non accreditare l'odierna appellante non è manifestamente contraddetta dalle risultanze di causa, né presenta evidenti caratteri di abnormità, con la conseguenza che la stessa può dirsi corretta esplicitazione dell'ampia discrezionalità tecnica che compete alla stazione appaltante, nel valutare tutti i profili e le circostanze significativi in ordine all'affidabilità dell'offerta.

Con il secondo motivo di appello si impugna inoltre la pronuncia di primo grado nella misura in cui verrebbe ad accomunare la condotta tenuta dalla Movia s.p.a. all'ipotesi disciplinata

dall'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione dell'operatore economico che "si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità". Nella specie, deduce l'appellante, sostenere che il solo dato oggettivo della contestazione di un disservizio costituisca valida ragione di esclusione della ditta concorrente – anche in ipotesi di appalti speciali e anche laddove lo stesso compaia per la prima volta in sede di provvedimento di aggiudicazione della gara – costituirebbe un'abnormità priva di logiche ragioni.

Ad avviso dell'appellante, il primo giudice avrebbe invece dovuto entrare nel merito della fondatezza delle censure mosse dalla Procura nei suoi confronti, pena lo sconfinamento della discrezionalità amministrativa nell'arbitrio.

Neppure questo motivo è fondato.

Come già rilevato in ordine al precedente motivo di appello, la decisione dell'amministrazione di non procedere all'accreditamento della Movia s.p.a. si è basata su una valutazione complessiva, concernente sia allo svolgimento di un precedente incarico di decrittazione delle comunicazioni intercorse tramite BlackBerry, sia l'atteggiamento tenuto dalla stessa società in occasione della partecipazione alla gara su cui si controverte.

In ordine al primo aspetto, fermo quanto già detto in precedenza, non tanto si tratta di ricondurre la condotta professionale dell'appellante al paradigma dell'art. 80, comma 5 lett. c) cit., quanto di individuare delle oggettive circostanze idonee ad incrinare la fiducia dell'amministrazione nei confronti del concorrente, in ordine alla corretta esecuzione del servizio.

Del resto, diversamente da quanto ipotizzato dall'appellante, la stessa sentenza impugnata non riconduce l'insuccesso di Movia s.p.a. nella decifrazione delle conversazioni intercorse tramite BlackBerry ad un illecito professionale ai sensi del vigente Codice dei contratti pubblici, ma solo richiama – in termini generali – l'art. 80 a titolo di raffronto, proprio a sostegno del principio che il sindacato discrezionale dell'amministrazione non può mai trasmodare in arbitrio: tale è infatti, nella sua interezza, la ratio del richiamo operato in sentenza alla norma di cui si è detto, laddove "la valutazione non può consistere in una insondabile opinione del soggetto che governa la procedura selettiva ma deve essere agganciata a dati concreti, essenzialmente riferibili alle esperienze professionali pregresse della ditta che richiede di essere accreditata.

In questa prospettiva, quindi, l'esigenza manifestata dal bando di gara (circa la insussistenza di fatti che possano revocare in dubbio l'affidabilità dell'operatore) si ricollega a quanto previsto, in termini generali, dall'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui la stazione appaltante può escludere «l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»).

Lo stesso bando di gara richiama, anche se non in termini puntuali, la norma da ultimo citata, laddove prescrive che le ditte invitate debbano dichiarare che «nell'esercizio della propria attività professionale, non aver commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di

prova» [...]”.

Con il terzo motivo di appello si censura l’atto di esclusione dalla procedura, per essere lo stesso “frutto dell’arbitrario convincimento dell’estensore, del tutto svincolato dai parametri delimitati dal bando di gara”. In particolare, denuncia la violazione del principio di tipicità delle cause di esclusione dalla gara, di cui all’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

In effetti, sebbene il bando lasciasse un ampio margine di discrezionalità all’amministrazione, “tanto da non potersi cogliere quali fossero le fattispecie idonee a dare luogo alla esclusione della concorrente”, il principio in questione troverebbe applicazione anche nelle procedure per cui è causa, nonostante l’applicabilità della disciplina “semplificata” di cui all’art. 162 del Codice dei contratti pubblici.

Poiché 2011).

Poiché il bando nulla specificava in proposito delle cause di esclusione, dovrebbe dunque ritenersi che le motivazioni addotte dalla Procura per non accreditare la ricorrente, escludendola dalla valutazione tecnica, fossero prive di supporto normativo e regolamentare: la mancata predeterminazione a monte di clausole determinanti l’esclusione non avrebbe infatti consentito alla società di verificare se la decisione assunta dalla stazione appaltante fosse o meno conforme alla *lex specialis*.

Il motivo non è fondato, per le ragioni già evidenziate in relazione ai precedenti motivi di gravame.

Come già detto, le procedure ricadenti nell’ambito applicativo dell’art. 162 d.lgs. n. 50 del 2016 sono caratterizzate da un’amplissima discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione delle offerte e della loro affidabilità, la cui determinazione al riguardo può essere sindacata dal giudice solo se macroscopicamente irragionevole (Cons. Stato, IV, 4 giugno 2013, n. 3059); a tal fine, è del tutto evidente che tale determinazione può fondarsi, in tutto o in parte, anche su ipotetici disservizi o carenze della società esercente il servizio (Cons. Stato, IV, 7 dicembre 2015, n. 5564).

In termini ancora più generali, l’ampia discrezionalità valutativa dell’amministrazione fa sì che possa prescindere, proprio per non ostacolarla, dalla previa indicazione – precedentemente alla valutazione delle offerte – dei criteri selettivi per la loro scelta (Cons. Stato, IV, 15 settembre 2015, n. 4314).

Deve dunque concludersi che, se a un lato le ragioni individuate dall’amministrazione circa l’insussistenza, nel caso di specie, di un adeguato rapporto fiduciario con la società Movia s.p.a. (presupposto, quest’ultimo, indispensabile per procedersi all’accreditamento) rientrano, in quanto tali, a pieno titolo nell’ambito del giudizio di competenza dell’amministrazione medesima, dall’altro le stesse valutazioni non risultavano né contraddette dalle risultanze di causa, né manifestamente illogiche o abnormi.

Infine, con il quarto motivo di appello viene lamentato che il primo giudice nulla avrebbe

disposto in ordine alla domanda risarcitoria, che pertanto riproposta nei seguenti termini: “La ricorrente reitera la richiesta risarcitoria di ogni voce di danno – in particolare quello all’immagine professionale – subito per effetto della condotta dell’Amm.ne, nonché per i mancati introiti perduti per effetto della mancata aggiudicazione”.

Il motivo, evidentemente inammissibile per genericità, è comunque del tutto destituito di fondamento, atteso che la reiezione del ricorso di primo grado sotto il profilo del merito di per sé necessariamente comportava (come pure comporta anche nell’odierno giudizio di appello) l’assenza dei presupposti di una qualsiasi azione risarcitoria presupponente – come nel caso di specie – l’illegittimità del provvedimento impugnato.

Conclusivamente, per le ragioni che precedono l’appello va respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l’appellante al pagamento, in favore del Ministero della giustizia, delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovuti.

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