

## **La valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico**

*di Flavia Rossi*

*Data di pubblicazione: 24-10-2022*

*Non v'è dubbio che sia rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la valutazione in punto di affidabilità dell'operatore economico, ossia di formulare un giudizio prognostico sulla sua capacità di eseguire correttamente il contratto in affidamento alla luce delle sue pregresse vicende professionali, ma è necessario che detto giudizio abbia a presupposto precise circostanze fattuali che dell'affidabilità dell'operatore possano far dubitare: un "grave illecito professionale" (nel caso dell'art. 80, comma 5, lett. c) ovvero "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di precedente contratto" (nel caso dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter).*

*Se l'amministrazione giunge a dire inaffidabile un operatore che (sia stato accertato) non abbia commesso alcun grave illecito professionale né si sia reso colpevole di persistenti e significative carenze, il giudizio è di per sé illogico e arbitrario.*

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 4874 del 2021, proposto da

Maggioli s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella e Francesco Verrastro, con domicilio eletto presso lo studio Tonucci in Roma, V. Principessa Clotilde, 7;

contro

Comune di Castellammare di Stabia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonella Verde e Giuseppina Moccia, con domicilio digitale come da

PEC tratta dai Registri di Giustizia; nei confronti

Società Megasp s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 00978/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castellammare di Stabia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Federico Di Matteo e udito per le parti l'avvocato Piergiuseppe Venturella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con determinazione del 23 ottobre 2020 n. 2043/2020 il Comune di Castellammare di Stabia revocava il provvedimento del 12 agosto 2020 n. 1539\_2020 di aggiudicazione a Maggioli s.p.a. della procedura di gara per l'affidamento della "gestione triennale del procedimento sanzionatorio originato dagli atti di accertamento delle violazioni al Codice della strada" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1.1. Nella relazione istruttoria redatta dal R.u.p. erano esposte le motivazioni della revoca: la Maggioli s.p.a., in qualità di gestore uscente, aveva usufruito di proroga del contratto (stipulato il 7 febbraio 2017 e con scadenza al 16 febbraio 2020) fino al 16 ottobre 2020 (per il tempo necessario alla conclusione della nuova procedura e alla stipulazione del contratto); con nota del 20 agosto 2020 aveva comunicato di aver commesso un "inadempimento contrattuale" (così nella relazione) nella stampa e notifica dei verbali di due lotti che le erano stati consegnati nel periodo di proroga, per un totale di 979 verbali con valore complessivo pari a € 61.500,00; in particolare risultavano essere erroneamente indicate l'autorità giudiziaria e prefettizia alle quali poter proporre ricorso, gli estremi dell'IBAN su cui eseguire i pagamenti, il nominativo del Responsabile del procedimento, l'informativa sulla privacy e gli orari di apertura degli uffici e i relativi indirizzi (dati che venivano tutti erroneamente riferiti al Comune di Caponago); i predetti errori rendevano annullabili gli atti di accertamento ed esponevano il Comune a ricorsi prefettizi e impugnazioni giudiziarie nei quali era prevedibile la soccombenza con rifusione delle spese legali, ed ipotizzabili pregiudizi economici e di immagine non quantificabili a medio termine; gli errori avrebbero comportato, inoltre, mancati introiti con conseguenze negative sulle previsioni di entrata iscritte nel bilancio 2020 e impossibilità di realizzare le attività operative programmate del Corpo di Polizia Municipale sul territorio, finanziabili con i fondi a destinazione vincolata; la Maggioli s.p.a. aveva dimostrato una

“significativa carenza nell’esecuzione del precedente contratto di appalto” e la sua disponibilità al ristoro dei danni “peraltro solo asserita ma non formalizzata” non era idonea a produrre “effetti sanatori del compromesso elemento fiduciario”; l’inadempimento contrattuale aveva avuto “un conseguente negativo riverbero sulla capacità professionale determinando il venir meno dell’affidabilità dell’operatore economico, quale imprescindibile requisito richiesto per la stipula del nuovo contratto che, nel caso di specie, deve tendere ad offrire alla collettività il miglior servizio, ad un prezzo proporzionato, attraverso selezione della migliore impresa concorrente”. Per le ragioni così esposte, l’amministrazione disponeva la revoca dell’aggiudicazione, aggiudicava il contratto alla seconda graduata Mega Asp s.r.l. e segnalava ad ANAC la revoca.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Maggioli s.p.a. impugnava il provvedimento di revoca con unico ed articolato motivo.

La ricorrente preliminarmente precisava che l’inadempimento che le era stato imputato dall’amministrazione comunale, avvenuto nel periodo di proroga del precedente contratto, era consistito in una serie di errori materiali contenuti nel documento informativo allegato ai verbali di contestazione ed irrogazione della sanzione – questi, invece, correttamente redatti, così come il bollettino per il pagamento – inviati ai trasgressori; aggiungeva che, dopo aver dato comunicazione dell’accaduto all’amministrazione (con nota del 20 agosto 2020), e prima del maturarsi del termine di decadenza (al 27 agosto), aveva a propria cura e spese ristampato e nuovamente inviato sia i verbali (con i bollettini di pagamento) che il foglio informativo – il cui contenuto era stato corretto – precisando chiaramente ai destinatari degli atti che i verbali e gli allegati oggetto del secondo invio sostituivano integralmente quelli precedenti.

Alla luce delle predette circostanze, la ricorrente sosteneva insussistenti il “grave illecito professionale” ovvero la “significativa o persistente carenza dell’esecuzione di un precedente contratto di appalto” che potessero far dubitare della sua affidabilità e giustificare la sua esclusione dalla procedura di gara rispettivamente ai sensi della lett. c) e c-ter) del comma 5 dell’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016: si era trattato, infatti, di un “disguido” che non aveva influito sulla tempestività ed efficacia della notifica e, dunque, sul corretto adempimento della prestazione, tanto che i danni ipotizzati dall’amministrazione erano rimasti solo asseriti e non documentati (solo otto multe erano state pagate erroneamente al Comune di Caponagro per un totale di € 453,80, somma che quest’ultimo s’era subito impegnato a restituire al Comune di Castellamare di Stabia); il provvedimento di revoca era, dunque, affetto da difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca (considerato, peraltro, che successivamente alla revoca non era stato adottato alcun ulteriore provvedimento dall’amministrazione, che anzi le aveva consegnato altri lotti di verbali da lavorare), da illogicità manifesta, difetto dei presupposti, difetto di motivazione.

2.1. Resistente il Comune di Castellamare di Stabia, il giudice di primo grado con la sentenza della settima sezione del 15 febbraio 2021, n. 978, respingeva il ricorso.

Il tribunale:

- ricostruiva il quadro normativo e giurisprudenziale nel quale si inseriva la vicenda oggetto del

giudizio giungendo alla conclusione per cui, in seguito alle modifiche legislative (in particolare dovuta all'art. 5 del "decreto semplificazioni" che ha modificato l'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016), nell'individuazione dei "gravi illeciti professionali" si è verificata una tendenziale riduzione delle fattispecie tipiche, normativamente previste, in favore della dilatazione dei poteri valutativi delle stazioni appaltanti, chiamate ad individuare in concreto le condotte suscettibili di integrare un "grave illecito professionale", e, per questo, a soddisfare un preciso onere motivazionale, con indicazione delle ragioni fattuali e giuridiche che avevano condotto all'esercizio dei poteri discrezionali loro attribuiti;

- riteneva che l'amministrazione, nella relazione istruttoria che era parte integrante della revoca, avesse dettagliatamente ricostruito la vicenda e l'istruttoria procedimentale seguita all'errore commesso nel corso dello svolgimento del rapporto da parte della ricorrente nella gestione del medesimo servizio, esprimendo un giudizio di inaffidabilità alla luce del "particolare servizio oggetto della gara in esame e della gravità dell'episodio contestato";

- precisava che la mancata risoluzione del rapporto contrattuale non poteva assurgere ad elemento determinante ai fini della valutazione della legittimità dell'operato dell'amministrazione, considerato che il contratto era giunto al termine di scadenza, tanto che l'errore s'era verificato nella fase di proroga strumentale alla conclusione della nuova procedura di gara, e che l'amministrazione aveva comunque ritenuto di applicare la penale prevista dall'art. 25 del disciplinare tecnico relativo al contratto in proroga e di escutere la cauzione definitiva, così avvalorando la plausibilità della decisione assunta avuta conoscenza dell'episodio;

- nei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo – che ricordava essere limitato alla attendibilità e coerenza anche sotto il profilo della motivazione e della presupposta istruttoria – stimava il giudizio di inaffidabilità formulato dall'amministrazione "coerente e giustificato, a fronte della necessità di assicurare la corretta esecuzione del servizio oggetto del nuovo affidamento", avendo il Comune dato rilevanza alla "frattura del rapporto fiduciario, derivante dalle carenze esecutive dimostrate in occasione dell'esecuzione del precedente contratto, peraltro in un lasso di tempo ravvicinato, pur avendo valutato gli apporti procedurali della ricorrente", frattura che assurge ad elemento di specifico ed autonomo rilievo ai fini del giudizio di affidabilità, indipendentemente dai rimedi volti a fornire ristoro per il danno subito.

3. Propone appello Maggioli s.p.a.; si è costituito il Comune di Castellamare di Stabia; Mag Asp s.r.l., regolarmente citata, non si è costituita.

Con ordinanza del 30 luglio 2021, n. 4180, la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione degli effetti esecutivi proposta da Maggioli s.p.a..

In vista dell'udienza pubblica Maggioli s.p.a. ha depositato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm.

All'udienza del 17 marzo 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con unico motivo di appello Maggioli s.p.a. lamenta “Illegittimità della sentenza del Tar Campania, n. 978 del 2021 per il mancato annullamento degli atti impugnati in ragione della loro illegittimità in via diretta, quanto alla revoca ed in via derivata quanto all’aggiudicazione alla Società controinteressata Mega Asp Srl, per violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5 lett. c) e c ter), D. Lgs. 50/2016, dell’art. 32, comma 8, D.lgs. 50/2016 e dell’art. 21-quinquies L. 241/1990, eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, illogicità manifesta, difetto dei presupposti, violazione di legge, difetto di motivazione, irragionevolezza manifesta e sviamento”: al giudice di primo grado è contestato:

- di aver ritenuto il provvedimento di revoca essere stato preceduto da un adeguato e reale contraddittorio, in realtà mai avviato dall’amministrazione resistente;

- di aver considerato la notifica dei verbali con il foglio informativo corretto avvenuta oltre il termine di legge, laddove, invece, la rinotifica era stata compiuta nei termini di decadenza;

- di aver assunto essere stata richiesta dall’amministrazione il pagamento di penali per l’inadempimento e disposta l’escussione della cauzione nel provvedimento di revoca, mentre tali pretese erano state solo minacciate, tanto che il Comune aveva richiesto il pagamento delle penali solo a giudizio di primo grado ormai concluso;

- di aver trascurato di apprezzare il suo comportamento sia nell’esecuzione di tutte le commesse affidate dall’amministrazione sia successivamente all’errore, sebbene egli stesso avesse evidenziato la necessità di tener conto di tutte le circostanze soggettive ed oggettive ai fini della revoca;

- di aver omesso ogni valutazione in ordine alla scelta del Comune, anche dopo aver avuto conoscenza dell’errore, di affidarle nuovi ed ulteriori lotti di verbali per la stampa e la notifica.

L’appellante contesta anche la ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale: se è vero che l’amministrazione gode di discrezionalità nella valutazione dell’affidabilità del concorrente che abbia commesso un “grave illecito professionale”, è pur vero che, per giurisprudenza costante, l’esclusione può essere disposta a condizione che ne sia dimostrata “con mezzi adeguati” la colpevolezza, che nella motivazione del provvedimento si dia conto delle ragioni fattuali e giuridiche, senza alcun automatismo e nel contraddittorio con l’interessato.

Nel caso di specie, in primo luogo, sarebbe mancato un reale contraddittorio: la revoca era stata il frutto di un improvviso e illegittimo atto di volontà dell’amministrazione, adottato unilateralmente senza garanzia procedimentale e senza una reale interlocuzione con l’appaltatore; la vicenda, peraltro, era peculiare perché si era verificato un “mero errore” e non “ripetute irregolarità nell’esecuzione dei relativi contratti” come nei casi esaminati dalla giurisprudenza richiamata dal giudice di primo grado, e grazie ai suoi “processi interni” e alle sue dimensioni era stato possibile tempestivamente far fronte e risolvere una potenziale

situazione di criticità, al punto che la denunciata “frattura del rapporto fiduciaria” può dirsi confinata nell’ “ambito del sentire dei funzionari dell’amministrazione”, piuttosto che corroborata dalla oggettiva dimensione degli accadimenti.

In definitiva, conclude l’appellante, non sussistono le fattispecie di cui alle lettere c) e c-ter) del comma 5 dell’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, per essere mancate le argomentazioni puntuali fondate su riscontri obiettivi all’esito di una puntuale istruttoria nell’ambito di un effettivo contraddittorio che consenta di appurare l’effettivo grave inadempimento, come pure perché non v’è stata risoluzione del contratto né accertamento del danno e condanna al risarcimento.

2. Il motivo è fondato.

2.1. Preliminarmente va ricordato che l’attuale formulazione dell’art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è frutto della modifica legislativa operata con il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12.

Nell’originaria formulazione, l’art. 80, comma 5, lett. c) descriveva, in via esemplificativa (per giurisprudenza costante, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2020, n. 5967, V, 14 aprile 2020, n. 2389) una serie di illeciti professionali suscettibili di condurre all’esclusione dell’operatore concorrente se valutati dalla stazione appaltante quali episodi di comprovata inaffidabilità e non integrità dell’impresa.

Tale causa di esclusione è ora prevista dall’art. 80 comma 5, lett. c), ma le singole fattispecie di illecito professionale sono state ripartite dal legislatore, con specifiche ulteriori prescrizioni, nelle successive lettere del medesimo comma, dalla lett. c – bis) alla c – quater).

In particolare, per quanto di interesse al presente giudizio, il grave illecito professionale costituito da una condotta inadempitiva di precedente contratto di appalto che abbia condotto la stazione appaltante all’adozione di un provvedimento di risoluzione o alla richiesta di condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni è ora contemplata alla lettera c – ter) del comma quinto dell’art. 80.

La stazione appaltante può disporre l’esclusione di un operatore concorrente ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c – ter) a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le descritte conseguenze (anche nei suoi confronti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8506), che essa reputi grave e sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell’impresa (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8236 secondo cui: “Trattasi, all’evidenza, di una fattispecie escludente ad applicazione non automatica (né, per tale ragione, i relativi presupposti applicativi sono acclarabili autonomamente dal giudice), in quanto presupponente lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante, estese anche “al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”: ne discende che non è il mero accertamento del provvedimento sanzionatorio aliunde adottato (sotto forma di risoluzione per inadempimento, condanna risarcitoria o altra “sanzione comparabile”) a far scattare la sanzione espulsiva, in quanto, sebbene lo stesso sia astrattamente atto a veicolare “significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto”, queste sono a



loro volta autonomamente valutabili dall'Amministrazione ai fini dell'esercizio del potere escludente dalla specifica gara.”).

Il Comune di Castellammare ha disposto la revoca dell'aggiudicazione alla Maggioli s.p.a. proprio per la causa esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c – ter) d.lgs. n. 50 del 2016.

2.2. Il Collegio ritiene, però, che nel caso di specie fosse assente la condizione principale alla quale il legislatore subordina l'adozione del provvedimento di esclusione, vale a dire l'aver commesso “significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto”. L'inadempimento contestato a Maggioli s.p.a. nell'esecuzione del precedente contratto di appalto non era, infatti, né significativo né persistente.

Non era significativo, perché, nonostante quanto affermato nel provvedimento impugnato, non ha comportato alcun danno all'amministrazione: in disparte la circostanza che i verbali di contestazione e i bollettini oggetto del primo invio fossero corretti in ogni parte – ciò che fa dubitare della possibilità per i trasgressori di ottenerne l'annullamento in sede prefettizia o giudiziaria – decisivo è che la rinotifica degli stessi, con il foglio informativo correttamente redatto, è avvenuta entro il termine di decadenza.

Per il recupero delle somme erroneamente pagate al Comune di Caponago, invero di ammontare non elevato, Maggioli ha dimostrato di essersi prontamente attivata.

Ogni altra posta di danno evocata dall'amministrazione (i “pregiudizi economici” e “di immagine” di cui si parla nel provvedimento di revoca) non ha ricevuto alcun riscontro probatorio.

L'inadempimento, inoltre, non era persistente perché si è trattato di un episodio unico, avvenuto nella fase di proroga del precedente contratto di appalto integralmente eseguito senza contestazioni e frutto di un mero errore materiale, cui il contraente ha posto tempestivo rimedio, dimostrando volontà collaborativa e ampia disponibilità nei confronti dell'amministrazione.

Che l'amministrazione abbia applicato alla Maggioli s.p.a. per il suo inadempimento le penali previste dal contratto (circostanza ammessa dalla stessa appellante) non vale a modificare la conclusione raggiunta: se riferite ad un unico episodio di violazione degli obblighi contrattuali, anche le penali rientrano in una evenienza fisiologica nella conduzione di un contratto di appalto, specialmente se ha ad oggetto servizi e se di una certa durata e non sono significative di una incapacità di esecuzione della prestazione.

2.3. Le stesse ragioni che inducono a dire l'inadempimento contestato alla Maggioli s.p.a. non qualificabile come “significativa e persistente carenza nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto”, portano a ritenere che non potesse neppure essere assunto a “grave illecito professionale”, poiché tale non può essere quell'inesatta esecuzione di prestazione contrattuale che consista in un errore marginale, privo di conseguenze pregiudizievoli per la committenza e che sia rimasto isolato nella durata del rapporto, in cui, per il resto, non vi sono state altre doglianze; donde l'assenza della condizione per disporre l'esclusione

dell'operatore ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016.

2.4. Alla luce delle considerazioni esposte si giunge alla seguente conclusione: come si è detto, non v'è dubbio che sia rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la valutazione in punto di affidabilità dell'operatore economico, ossia di formulare un giudizio prognostico sulla sua capacità di eseguire correttamente il contratto in affidamento alla luce delle sue pregresse vicende professionali (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223; in generale sul contenuto del giudizio dell'amministrazione, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307), ma è necessario che detto giudizio abbia a presupposto precise circostanze fattuali che dell'affidabilità dell'operatore possano far dubitare: un "grave illecito professionale" (nel caso dell'art. 80, comma 5, lett. c) ovvero "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di precedente contratto" (nel caso dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter).

Se l'amministrazione giunge a dire inaffidabile un operatore che (sia stato accertato) non abbia commesso alcun grave illecito professionale né si sia reso colpevole di persistenti e significative carenze, il giudizio è di per sé illogico e arbitrario (vizi che il giudice amministrativo può ben conoscere cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 166).

Si tratta del punto centrale dell'odierna controversia: è indiscutibile – come evidenziato dal giudice di primo grado e ritenuto ad un esame prima facie nell'ordinanza cautelare resa dalla Sezione – che il Comune di Castellamare di Stabia abbia esposto nel provvedimento di revoca dell'aggiudicazione ragioni di sfiducia nei confronti della Maggioli s.p.a., ma è altrettanto vero che queste ragioni sono state desunte da una vicenda che per il suo sviluppo non portava in alcun modo a dubitare che quell'operatore sarebbe stato in grado di eseguire il contratto in affidamento.

In questo senso, la valutazione dell'amministrazione costituisce non già un giudizio prognostico articolato sulla base di fatti concreti, ma una mera supposizione frutto di un'errata interpretazione delle circostanze fattuali, che non può giustificare conseguenze così rilevanti per l'impresa quali l'esclusione dalla procedura di gara con ogni ulteriore effetto (come l'iscrizione nel casellario A.n.a.c.).

2.5. In conclusione, il provvedimento di esclusione va annullato e con esso l'aggiudicazione alla società Mega Asp s.r.l..

L'appellante ha riproposto in appello la domanda di inefficacia del contratto "eventualmente" stipulato dalla società controinteressata al fine di subentrare nell'esecuzione.

Dell'avvenuta stipulazione del contratto, però, non è stata fornita allegazione né prova; in carenza di prova sull'avvenuta stipulazione del contratto non può esservi pronuncia sulla domanda di inefficacia dello stesso.

3. Considerata la peculiarità della vicenda è possibile compensare tra le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.



Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 978/2021, accoglie il ricorso di primo grado di Maggioli s.p.a. nei termini di cui in motivazione. Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022.

## GUIDA ALLA LETTURA:

Con la pronuncia **n. 2800 del 13.4.2022**, la V Sezione del Consiglio di Stato è tornata sul tema della definizione dei canoni ermeneutici, ai fini della ricognizione del “*grave illecito professionale*”, nonché della “*significativa o persistente carenza dell'esecuzione di un precedente contratto di appalto*”, di cui rispettivamente alle lettere c) e c-ter) del comma 5 dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, **stringendo le maglie della discrezionalità con cui l'Amministrazione effettua la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico**.

Nel caso sottoposto al suo esame, il Collegio richiama il fondamento normativo posto a base del grave illecito professionale costituito da una condotta inadempitiva del precedente contratto di appalto, il quale è oggi individuabile all'art. 80, comma 5 d.lgs. n. 50/2016, **dalla lett. c-bis) alla c-quater)**, che contengono **le singole fattispecie di illecito professionale**, con le relative specifiche prescrizioni, suscettibili di condurre all'esclusione dell'operatore economico concorrente.

Fatta questa premessa, la Corte, ponendosi nel solco dell'orientamento consolidato in materia, ha ribadito che la stazione appaltante può disporre l'esclusione di un operatore concorrente, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c – ter), **a condizione che dia conto di un progresso episodio di inadempimento che abbia comportato le descritte conseguenze** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8506), **che essa reputi grave, sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa** (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8236).

Ciò chiarito, la Corte evidenzia come, nel caso sottoposto alla Sua attenzione, il provvedimento di esclusione difetti della condizione principale, vale a dire l'aver commesso “*significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto*”.

L'inadempimento contestato, infatti, non è risultato né significativo, né persistente: **non è risultato significativo in quanto non si è verificato alcun danno** (economico e d'immagine) **in capo all'Amministrazione** a tal fine, rileva anche la rettifica avvenuta da parte della società aggiudicataria, entro il termine di decadenza, nonché il generale atteggiamento

collaborativo; l'inadempimento contestato **non è risultato nemmeno persistente in quanto si è trattato di un episodio unico** (invero, avvenuto nella fase di proroga del precedente contratto di appalto integralmente eseguito senza contestazioni) e **frutto di un mero errore materiale, cui il contraente ha posto tempestivo rimedio**, dimostrando **volontà collaborativa e ampia disponibilità** nei confronti dell'amministrazione.

Inoltre, sempre ai fini della valutazione di affidabilità dell'operatore, **non assume carattere rilevante la circostanza per cui sono state applicate le penali** previste dal contratto, in quanto **le penali rientrano in una evenienza fisiologica nella conduzione di un contratto di appalto**, conseguendone che le stesse non sono suscettibili di evidenziare alcuna incapacità di esecuzione della prestazione.

Il Collegio perviene alla medesima conclusione, esaminando il profilo relativo alla esclusione dell'aggiudicataria da parte dell'amministrazione, con riferimento ai **presupposti di cui all'art. 80, comma 5 lett. c) d.lgs. n. 50/2016**.

Infatti, come è da escludersi che l'inadempimento contestato dalla stazione appaltante rientri nell'ipotesi di *"significativa e persistente carenza nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto"*, parimenti lo stesso non risulta qualificabile alla stregua di un *"grave illecito professionale"*, atteso che ***"tale non può essere quell'inesatta esecuzione di prestazione contrattuale che consista in un errore marginale, privo di conseguenze pregiudizievoli per la committenza e che sia rimasto isolato nella durata del rapporto, in cui, per il resto, non vi sono state altre doglianze"***.

Alla luce delle riflessioni che precedono, la V Sezione del Consiglio di Stato, con la pronuncia in esame, ha inteso ribadire il principio secondo cui, sebbene la valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico sia connotata da un'ampia discrezionalità, **l'Amministrazione è tenuta a motivare le ragioni che conducono all'esclusione dalla gara secondo precise circostanze fattuali**, conseguendone che se l'Amministrazione giunge a dire inaffidabile un operatore che non abbia commesso alcun grave illecito professionale né si sia reso colpevole di persistenti e significative carenze, **il giudizio è di per sé illogico e arbitrario** (vizi che il giudice amministrativo può ben conoscere cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 166).