

Grave illecito professionale dell'operatore economico e potere di apprezzamento della stazione appaltante: ampiezza e limiti della valutazione discrezionale

di Bianca Amelia Nocco

Data di pubblicazione: 23-4-2024

Nel valutare un grave errore professionale che potrebbe portare all'esclusione di un concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve condurre una complessa analisi articolata su due livelli. Inizialmente, è necessario valutare se il comportamento passato dell'operatore economico possa compromettere la sua affidabilità e integrità nei rapporti con l'Amministrazione. Una volta confermata la qualificazione negativa di detto operatore in base alla sua condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio sfavorevole possa essere previsto anche in relazione alla procedura di gara in questione.

N. 02370/2024 REG.PROV.COLL.
REG.RIC.

N. 09902/2023

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 9902 del 2023, proposto dalla società -OMISSIS-s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 75020084D8, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, David Astorre, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

nei confronti

la società Security Service a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Avilio Presutti, Marco Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

la società Union Facility a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma (Sezione Quarta) n. 16268/2023, depositata il 2 novembre 2023 e notificata nella stessa data.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a. e della società Security Service a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2024 il consigliere Marina Perrelli e uditi per le parti gli avvocati Calamita, in dichiarata delega dell'avvocato Fraccastoro, Astorre e Laudani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto del presente giudizio è l'esclusione dell'-OMISSIS- s.p.a. (-OMISSIS-), in proprio e in qualità di mandataria del RTI con -OMISSIS-, dal lotto n. 3 della procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016, articolata in 7 lotti, indetta dalla Rai-Radiotelevisione Italiana s.p.a., con bando di gara pubblicato in data 28 maggio 2018, per l'affidamento del "Servizio di sicurezza integrata per Centro di Produzione TV, Uffici di Roma, insediamenti produttivi della Radio, Sedi regionali", avente ad oggetto le attività di vigilanza armata e controllo accessi, di sorveglianza e prevenzione incendio e di *reception* presso una serie di strutture di pertinenza della società, per la durata di 36 mesi.

1.2. La società appellante ha esposto che:

a) il lotto n. 3 era stato aggiudicato al RTI appellante con sottoscrizione del relativo contratto in data 26 ottobre 2020 e che ha, pertanto, continuativamente svolto il servizio per la quasi intera durata contrattuale, prevista ad ottobre 2023;

b) con sentenza n. 9396 del 31 ottobre 2022 il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto dalla seconda classificata per il lotto n. 3 limitatamente alla violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, disponendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, e, per l'effetto, rimettendo *“alla stazione appaltante le determinazioni e valutazioni sui fatti suindicati nel quadro d'un loro apprezzamento ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016”*;

c) la stazione appaltante, in esecuzione della predetta sentenza, con nota prot. n. -OMISSIS- del 14 dicembre 2022, ha avviato il procedimento istruttorio per la valutazione dell'affidabilità professionale del RTI -OMISSIS- s.p.a., assegnando termine per presentare osservazioni, ritualmente depositate il 16 gennaio 2023;

d) la stazione appaltante, nella seduta del 2 maggio 2023, in esito all'istruttoria espletata, ha ritenuto che vi fossero i presupposti per l'esclusione dalla gara del RTI appellante per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 poiché due delle tre omissioni dichiarative evidenziate dalla sentenza n. 9396 del 2022 erano tali da incidere irrimediabilmente sul rapporto fiduciario con la RAI e, segnatamente, quella relativa all'omessa dichiarazione del rinvio a giudizio del presidente del collegio sindacale dell'-OMISSIS- e quella concernente la risoluzione subita dalla mandante -OMISSIS- nell'ambito del contratto di appalto con il Politecnico di Torino, avente ad oggetto la prestazione di servizi affini a quelli del lotto n. 3;

e) con il provvedimento prot. n. -OMISSIS- del 26 luglio 2023 la stazione appaltante ha, pertanto, disposto l'esclusione di -OMISSIS- s.p.a. - in qualità di mandataria del RTI con -OMISSIS-, in qualità di mandanti - dai lotti nn. 2 e 3 della predetta procedura;

f) con provvedimento prot. SCA/LC/2023/609/C del 25 luglio 2023 la stazione appaltante ha disposto lo scorrimento della graduatoria per il lotto n. 3 e la conseguente aggiudicazione in favore del terzo classificato RTI Security Service poiché in data 29 ottobre 2021 era stata disposta l'esclusione della seconda graduata - Securitas Metronotte s.r.l. – attesa la perdita dei requisiti di ordine generale;

g) con la sentenza appellata il T.a.r. per il Lazio ha rigettato il ricorso e i motivi aggiunti proposti rispettivamente avverso il provvedimento di esclusione dalla procedura e il provvedimento di aggiudicazione al RTI controinteressato.

1.3. L'appellante ha chiesto la riforma della sentenza appellata deducendone l'erroneità:

1) per violazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, per eccesso di potere e illogicità manifesta.

La sentenza appellata sarebbe erronea nella parte in cui respinge la censura relativa alla violazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990 sul presupposto che non sarebbe stato *“identificato il tipo di pregiudizio che essa avrebbe patito per la mancata tempestiva conclusione del procedimento”*. Dato per pacifico che la stazione appaltante fosse edotta delle ragioni dell'inaffidabilità dell'aggiudicataria sin dal 2020, cioè dall'instaurazione del contenzioso da parte della seconda classificata, la conclusione del nuovo procedimento di

valutazione dei requisiti di affidabilità dopo 9 mesi dalla pubblicazione della citata sentenza n. 9396 ridonderebbe sul corretto esercizio del potere amministrativo avendo consentito la prosecuzione del contratto d'appalto in assenza di una valida aggiudicazione, nonché si sarebbe tradotto in uno svantaggio per il RTI appellante che non avrebbe percepito il corrispettivo del servizio svolto, avendo la RAI sospeso i pagamenti in vista delle successive penali da irrogare;

2) per violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 6 del disciplinare di gara, dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, dei principi di buon andamento della P.A..

La sentenza appellata sarebbe erronea anche nella parte in cui ha respinto il motivo di ricorso con il quale l'odierna appellante aveva lamentato, da un lato, l'insussistenza di un obbligo dichiarativo delle vicende professionali in contestazione, e, dall'altro, la non rilevanza nel merito delle medesime ai fini del giudizio sulla sua affidabilità professionale.

Secondo la prospettazione dell'appellante la sentenza n. 9396 del 2022 avrebbe utilizzato il termine "rilevanza" unicamente in relazione al profilo squisitamente dichiarativo, lasciando impregiudicata ogni successiva valutazione di "rilevanza" in concreto delle omissioni dichiarative rispetto alla posizione del RTI appellante.

L'appellante ha, quindi, dedotto che:

a) il mero rinvio a giudizio del sig. -OMISSIS-, presidente del collegio sindacale dell'-OMISSIS-, non avrebbe potuto in concreto incidere sulla complessiva affidabilità professionale della società sia perché le ipotesi di reato contestate allo stesso atterrebbero all'esercizio della libera professione, sia perché si tratterebbe di fatti risalenti nel tempo, privi di ogni connessione diretta o indiretta con il servizio di vigilanza svolto presso RAI e del tutto ignorati dalla società -OMISSIS-.

A supporto della tesi dell'irrelevanza del detto rinvio a giudizio sull'affidabilità del RTI appellante, l'-OMISSIS- ha, infine, evidenziato che altre stazioni appaltanti - l'Azienda ospedaliero – universitaria "Ospedali Riuniti" Foggia e la Città Metropolitana di Roma Capitale - non hanno ritenuto il medesimo rinvio a giudizio idonea ai fini dell'esclusione dalla gara indetta, mentre la stessa RAI avrebbe mantenuto un comportamento contraddittorio, avendola in data 28 settembre 2023, con comunicazione a mezzo pec, notiziata di voler esercitare la facoltà di proroga del contratto, relativamente alle prestazioni fornite da -OMISSIS- in altri lotti della medesima procedura di gara oggetto di controversia;

b) la risoluzione contrattuale subita dalla mandante -OMISSIS- avrebbe dovuto essere sottoposta alla disciplina dell'art. 80, nella formulazione antecedente alla riforma introdotta con il D.L. n. 135 del 2018, convertito con modificazioni, dalla legge n. 12 del 2019, secondo cui non sussiste alcun obbligo dichiarativo per le risoluzioni contrattuali contestate in giudizio. Conseguentemente la sentenza appellata sarebbe erronea nella parte in cui afferma che, in virtù della pronuncia della Corte di Giustizia, causa C-41/18 del 19 giugno 2019, il fatto che la stessa fosse stata impugnata dinanzi al Tribunale di Torino *"non vale a precludere o superare l'attitudine escludente di un pregresso illecito"*. Infine, il giudice di primo grado non avrebbe

considerato che il servizio prestato in favore di RAI non sarebbe affine a quello reso per il Politecnico di Torino, avendo il primo per oggetto la vigilanza antincendio, mentre il secondo la manutenzione di estintori/idranti/porte/etc. Si tratterebbe, pertanto, di settori tutt'altro che affini, con mansioni e CCNL completamente differenti.

2. La Rai –Radiotelevisione Italiana s.p.a. si è costituita in giudizio ed ha concluso per il rigetto dell'appello evidenziando che l'esclusione dell'odierna appellante si è fondata sul duplice presupposto della rilevanza delle omissioni dichiarative in sé - già accertate dalla sentenza n. 9396 del 2022 - e della concreta incidenza di due delle tre vicende omesse, cioè il rinvio a giudizio del presidente del collegio sindacale di -OMISSIS- e la risoluzione subita dalla mandante -OMISSIS- nell'ambito del contratto di appalto con il Politecnico di Torino, avente ad oggetto la prestazione di servizi analoghi a quelli del lotto in controversia, sull'affidabilità del concorrente e sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante.

3. Il controinteressato RTI Security Service s.r.l., aggiudicatario per scorrimento per il periodo dall'1 agosto 2023 al 30 settembre 2023, con l'eventuale esercizio dell'opzione di rinnovo per ulteriori 12 mesi, ha eccepito l'inammissibilità della censura con la quale l'appellante lamenta la contraddittorietà della concotta della RAI per avere invitato -OMISSIS- ad una gara per un affidamento diretto e per avere espresso la volontà di prorogare il contratto in altri lotti della medesima gara in quanto proposta per la prima volta in appello, concludendo per il rigetto di tutti gli altri motivi di appello.

4. Le parti hanno depositato memorie e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a..

5. All'udienza dell'8 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello non è fondato e va respinto per le seguenti ragioni.

7. Oggetto del giudizio sono gli atti con i quali la RAI, in dichiarata esecuzione delle statuizioni contenute nella sentenza n. 9396 del 31 ottobre 2022 di questo Consiglio di Stato all'esito del procedimento sulla valutazione di insussistenza in capo all'odierna appaltante dei requisiti di affidabilità, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, ne ha disposto l'esclusione dal lotto n. 3 riguardante i "servizi di vigilanza armata e controllo accessi", "sorveglianza e prevenzione incendio", "reception" presso gli insediamenti Direzione Generale, con conseguente aggiudicazione per scorrimento alla controinteressata.

7.1. Parte appellante lamenta l'erroneità della sentenza gravata sia nella parte in cui il giudice di primo grado non ha tenuto conto dell'asserito ritardo della stazione appaltante nella conclusione del procedimento istruttorio, sia nella parte in cui ha affermato l'esistenza dell'obbligo dichiarativo a carico di -OMISSIS- ed ha ritenuto esente dai vizi dedotti le valutazioni della RAI in merito alla rilevanza delle vicende omesse, senza considerare che queste ultime non integrerebbero i presupposti del grave illecito professionale e, pertanto, non avrebbero dovuto essere oggetto di uno specifico onere dichiarativo.

8. Occorre premettere che con la più volte citata sentenza n. 9396 del 31 ottobre 2022 questa Sezione ha ritenuto sussistente *“un obbligo dichiarativo”* in capo all’odierna appellante in relazione alle circostanze dell’adozione di un provvedimento di rinvio a giudizio del presidente del collegio sindacale della capogruppo del RTI aggiudicatario e dell’aver subito, la mandante -OMISSIS-, una risoluzione di un contratto di appalto da parte del Politecnico di Torino, *“per un successivo apprezzamento della stazione appaltante circa il valore dei fatti dichiarati”*.

8.1. Nella predetta pronuncia la Sezione ha, quindi, concluso nel senso che *“Una volta che sia stata ravvisata una condotta dichiarativa a carattere omissivo o reticente il giudice non può statuire sic et simpliciter l’esclusione del concorrente, ma deve rimettere piuttosto la relativa valutazione alla stazione appaltante. La valutazione sulla sussistenza di gravi illeciti professionali desumibili da mezzi adeguati compete alla stazione appaltante, la quale è chiamata in caso di illecito comunicativo ad apprezzare senz’altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l’operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell’operatore economico (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407)”*.

9. Tanto premesso, è infondata e da disattendere la censura con la quale parte appellante lamenta la violazione dell’art. 2 della legge n. 241 del 1990 per la conclusione della nuova valutazione sull’affidabilità dell’aggiudicatario.

9.1. Posto che la sentenza n. 9396 è stata depositata il 31 ottobre 2022, il procedimento istruttorio avente ad oggetto le determinazioni e valutazioni sui fatti oggetto delle omesse dichiarazioni da parte di -OMISSIS- è stato avviato il 14 dicembre 2022, il 16 gennaio 2023 -OMISSIS- ha prodotto le proprie osservazioni difensive, il 2 maggio 2023 la stazione appaltante ha redatto il verbale conclusivo della procedura e, quindi, con deliberazione del Consiglio di Amministrazione -OMISSIS-del 25 luglio 2023, comunicata in data 26 luglio 2023, RAI ha disposto l’esclusione del RTI -OMISSIS- dal lotto n. 3 e ha dichiarato l’inefficacia del relativo contratto.

9.2. Il Collegio evidenzia che secondo la consolidata giurisprudenza *“alla violazione del termine finale di un procedimento amministrativo non consegue l’illegittimità dell’atto tardivo – salvo che il termine sia qualificato perentorio dalla legge – trattandosi di una regola di comportamento e non di validità”* (Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4577). Né l’art. 2 bis della legge n. 241 del 1990 correla all’inosservanza del termine finale profili afferenti la stessa legittimità dell’atto tardivamente adottato.

9.3. Considerato, quindi, che la perentorietà dei termini procedurali può aversi, quale eccezione alla regola della loro natura meramente ordinatoria o acceleratoria, soltanto laddove la stessa sia espressamente prevista dalle norme che disciplinano in modo specifico i singoli procedimenti ovvero queste sanzionino espressamente con la decadenza il mancato esercizio del potere dell’amministrazione entro i termini stabiliti, il Collegio rileva che nel caso di specie non ricorre nessuna delle predette ipotesi, né la sentenza n. 9396 del 2022 aveva previsto un termine per la riedizione del potere.

9.4. Dato per pacifico, in quanto documentalmente provato e non contestato, che, nelle more dell'espletamento del procedimento per la valutazione dell'affidabilità, il RTI appellante ha continuato a eseguire l'appalto, il Collegio rileva che solo la stazione appaltante sarebbe stata legittimata a far valere l'eventuale lesione dell'interesse pubblico conseguente alla prosecuzione del contratto in assenza di una valida aggiudicazione e che il pregiudizio lamentato e non dimostrato della mancata erogazione del compenso sarebbe correlato ad altra vicenda – *id est* – il pagamento di non meglio specificate penali - che esula dal presente giudizio.

10. È infondata e da disattendere anche la seconda censura dell'appello con la quale si lamenta la violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 6 del disciplinare di gara, dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

10.1. Al riguardo il Collegio rileva che, come condivisibilmente affermato dal giudice di primo grado, *“la questione concernente la sussistenza dell'obbligo dichiarativo in discussione è già stata definita con forza di giudicato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 9396 del 31 ottobre 2022”* e che conseguentemente si tratta di questione non suscettibile di essere nuovamente messa in discussione.

10.2. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, l'illecito professionale è rinvenibile ogni qual volta si verificano fatti tali da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, in base ad una valutazione discrezionale che è rimessa alla stazione appaltante; tale valutazione, pertanto, è soggetta al controllo e al sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2023, n. 4669; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936).

Va anche rammentato che, secondo la giurisprudenza, nella valutazione del grave errore professionale, tale da condurre all'esclusione del concorrente dalla gara, la stazione appaltante deve compiere una complessa verifica articolata su due livelli: deve innanzitutto qualificare il comportamento pregresso tenuto dall'operatore economico, come idoneo ad incrinare la sua affidabilità ed integrità nei rapporti con l'Amministrazione; una volta decretata la qualificazione negativa di tale operatore sulla base della condotta pregressa, la stazione appaltante deve verificare se tale giudizio negativo sia predicabile, a livello prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione (Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307).

10.3. Tanto premesso la sentenza appellata è esente dai vizi dedotti anche in ordine al sindacato sulla valutazione effettuata dalla RAI sulla gravità e sull'incidenza delle singole vicende omesse dall'odierna appellante.

11. Con riguardo al rinvio a giudizio del presidente del collegio sindacale della capogruppo del RTI aggiudicatario il Collegio rileva che lo stesso è qualificato come fatto rilevante ai fini della procedura di gara poiché i reati contestati in sede penale - l'aver prestato favori e tangenti per ottenere incarichi nelle procedure fallimentari - investono un organo di controllo della società che ha come funzione primaria la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo,

amministrativo e contabile adottato dalla società.

11.1. Ai fini dell'applicazione della norma sui gravi illeciti professionali, l'operatore economico non può valutare autonomamente la rilevanza dei precedenti penali da comunicare alla stazione appaltante che deve essere libera di poter ponderare la loro idoneità come causa di esclusione, dovendosi a tal fine ritenere rilevante anche il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, che, ancorché non espressamente previsto come causa di esclusione, deve considerarsi quale fatto idoneo ad incidere sulla valutazione della moralità professionale e di affidabilità.

11.2. Né, infine, assumono rilievo, a differenza di quanto sostenuto da parte appellante, le circostanze che il reato contestato non sia stato commesso direttamente a vantaggio e/o nell'interesse dell'operatore economico e che il presidente del collegio sindacale sia cessato dalla carica in data 30 giugno 2020, poiché tale soggetto era presente al momento della presentazione dell'offerta, ha ricoperto il suo ruolo per lo svolgimento della gara e le misure di *self cleaning*, come affermato dal giudice di primo grado, hanno *“effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo (ex plurimis, Consiglio di Stato sez. III, 10/01/2022, n. 164)”*.

12. In relazione alla valutazione della risoluzione contrattuale subita dalla mandante -OMISSIS- ai fini dell'affidabilità dell'aggiudicataria il Collegio rileva che dagli atti e dalla sentenza appellata emerge che *“la stazione appaltante ha compiutamente apprezzato in concreto: - la rilevanza dell'informazione omessa; - la gravità dell'inadempimento nell'esecuzione del precedente contratto pubblico, concernente la “mancata dimostrazione dei requisiti di professionalità dei lavoratori ... considerata anche l'importanza delle certificazioni che devono essere possedute dagli addetti ad un servizio così delicato”; - la collocazione temporale della vicenda contestata, essendo stata la risoluzione disposta in pendenza della procedura di affidamento in parola; - l'affinità tra le prestazioni oggetto del servizio oggetto del contratto risolto per inadempimento della mandante -OMISSIS- (che ricomprendono, tra l'altro, la “manutenzione di estintori/idranti”) e quelle oggetto della gara in discussione (che includono le prestazioni relative ai “servizi di sorveglianza e prevenzione incendio”, per le quali la ricorrente ha indicato come esecutore la stessa -OMISSIS-)”*.

12.1. Ne discende che nel caso di specie, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, da una piana lettura del provvedimento di esclusione impugnato in primo grado, emerge che lo stesso, adottato all'esito di un approfondito e articolato contraddittorio con l'operatore odierno appellante, risulta assistito da un'ampia e analitica motivazione, nella quale la stazione appaltante ha dato conto del proprio giudizio discrezionale circa l'incidenza in concreto della vicenda della risoluzione contrattuale subita dalla mandante -OMISSIS- sulla affidabilità professionale dell'-OMISSIS- in relazione allo specifico appalto di che trattasi.

12.2. Di fronte a tale valutazione, non connotata da evidenti elementi di illogicità, irragionevolezza o erroneità né da profili di omissione o carenza istruttoria, le deduzioni dell'appellante si risolvono nel sollecitare un non consentito riesame delle risultanze istruttorie esaminate dalla stazione appaltante con sovrapposizione di una nuova – e, in tesi, difforme –

valutazione giudiziale a quella operata dall'Amministrazione, tenuto conto dell'ampia discrezionalità che connota quest'ultima e della conseguente limitazione del sindacato giurisdizionale alla semplice "non pretestuosità" degli elementi valorizzati ai fini dell'espressione del relativo giudizio (Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2022, n. 3051; Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223; id., 3 giugno 2021, n. 4248).

12.3. Né, infine, assume rilevanza ai fini della presente decisione la presunta contraddittorietà tra la valutazione di inaffidabilità operata dalla RAI e la volontà di prorogare la durata dei contratti relativi ad altri lotti della medesima procedura di gara oggetto della presente controversia, trattandosi peraltro di circostanza sopravvenuta e del tutto estranea al perimetro dell'odierno giudizio.

13. Per tali ragioni l'appello deve essere respinto.

14. Le spese di lite 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 alla rifusione in favore delle parti resistenti costituite delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 8.000,00, in ragione di euro 4000,00 per ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante e il presidente del collegio dei revisori.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La pronuncia n. 2370 della sezione quinta del Consiglio di Stato, depositata in data 12 marzo 2024, propone un'interpretazione sistematica del paradigma dell'illecito professionale grave di cui all'art. 98 del vigente codice dei contratti pubblici alla luce del principio della fiducia, a sua volta sancito dall'articolo 2 del medesimo testo normativo.

In particolare, ai sensi del citato articolo 2 di cui al decreto legislativo 31 marzo, n. 36, *“la reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”* mira a conformare l'esercizio del potere amministrativo nella contrattualistica pubblica, operando di concerto con il principio del risultato.

Invero, secondo la disposizione di cui al citato art. 2, comma secondo, del decreto legislativo 31 marzo, n. 36 **“il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato”**.

In coerenza con la funzione ordinante attribuita ai suddetti principi dal successivo articolo 4 del codice appalti (*“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*), **emerge, dunque, un diritto a una “bonne administration” che, inteso nella declinazione euro-unitaria scolpita nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, promuove una rilettura in chiave evolutiva del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa.

Infatti, **la valenza immediatamente precettiva assicurata ai canoni della fiducia e del risultato incoraggia il potenziamento dell'autonomia e della discrezionalità – sia amministrativa sia tecnica – delle stazioni appaltanti, di fatto contribuendo alla progressiva responsabilizzazione dei committenti e, per l'effetto, alla costruzione di un rinnovato affidamento nell'agere pubblico.**

Con specifico riferimento alla vicenda oggetto della pronuncia in commento, ogniqualvolta emerga una condotta dichiarativa a carattere omissivo o reticente da parte dell'operatore economico *“il giudice non può statuire sic et simpliciter l'esclusione del concorrente, ma deve rimettere piuttosto la relativa valutazione alla stazione appaltante. **La valutazione sulla sussistenza di gravi illeciti professionali desumibili da mezzi adeguati compete alla stazione appaltante**, la quale è chiamata in caso di illecito comunicativo ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Di conseguenza, in continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del

previgente codice dei contratti pubblici, **l'operatività della sanzione integrante l'esclusione dell'operatore economico ex art. 95, comma primo, lettera e), del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 risulta disancorata da rigidi automatismi, derivando, per contro, da una valutazione discrezionale di inaffidabilità operata dalla stazione appaltante.**

Perciò, alla stazione appaltante compete un apprezzamento in concreto in ordine alla rilevanza dell'informazione omessa e all'incidenza sull'affidabilità professionale dell'operatore economico, tale da giustificare l'adozione di un provvedimento di esclusione dalla gara sorretto da un'analitica motivazione e reso all'esito di un articolato contraddittorio tra le parti.

Nondimeno, **un tale ampliamento dei poteri valutativi della pubblica amministrazione non può condurre alla legittimazione di scelte discrezionali che tradiscano l'interesse pubblico sotteso a una gara le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento** (si veda, a tal proposito, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738).

Per vero, **enucleando gli elementi costituenti un grave illecito professionale, l'art. 98 del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, stabilisce i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, precisando, al comma quarto, che: “la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione (...);** inoltre, con riferimento alla valutazione dei provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma sesto, **al successivo comma settimo, impone all'amministrazione un obbligo motivazionale in ordine alla “ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente”.**

Quindi, **la discrezionalità amministrativa trova un limite “nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità”** (si veda, sul punto, T.A.R. Cagliari, 11.03.2024, sentenza n. 204).

Quanto alla sindacabilità della ritenuta inaffidabilità dell'offerente, **le valutazioni discrezionali rimesse alla stazione appaltante risultano subordinate a un sindacato giurisdizionale circoscritto alla manifesta illogicità, all'irrazionalità o all'errore sui fatti** (si vedano, ex multis: Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2023, n. 4669; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936),

Sicché, prescindendo da un esame nel merito della vicenda processuale, il controllo del giudice amministrativo è limitato al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della valutazione operata dalla stazione appaltante.

D'altronde, **la scelta concernente l'esclusione dell'operatore economico dalla gara**

appare interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, alla quale spetta ***“fissare il punto di rottura dell’affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è a essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell’operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale”*** (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72, che richiama sul tema Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312).

In conclusione, **in forza del pregnante valore interpretativo attribuito ai principi cardine della fiducia e del risultato di cui agli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 31 marzo, n. 36, il potere decisionale attribuito ai funzionari costituisce lo strumento elettivo di affidamento e di realizzazione dei contratti pubblici**, sempre che risulti teleologicamente preordinato al conseguimento del preminente interesse della committenza e della collettività.