

Un caso di sindacato sostitutivo sul grave illecito professionale

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 24-7-2024

La discrezionalità in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico rinviene il proprio limite, nonché il parametro di giudizio della legittimità del relativo esercizio, nella previsione che la stazione appaltante dimostri la sussistenza del grave illecito professionale, idoneo a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avvalendosi di mezzi adeguati (Consiglio di Stato sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362). Compito dei giudici amministrativi non è stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende (se così facesse il Collegio si sostituirebbe ai giudici investiti delle singole controversie). Compito del Collegio è valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).(...)

16. Il TAR ha, evidentemente, operato un sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni affidate alla stazione appaltante. Se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre ricordare che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

17. Il Giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la logicità e la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

Pubblicato il 14/06/2024

N. 05354/2024REG.PROV.COLL.

N. 00226/2024 REG.RIC.

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 226 del 2024, proposto da Comune di Montelupo Fiorentino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9096379969, rappresentato e difeso dall'avvocato Agnese Del Nord, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS- S.p.A. Impresa Mandataria del R.T.I. costituendo composto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Farnararo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- S.r.l. in proprio e quale Mandataria Rti con -OMISSIS- S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 1084/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS- S.p.A. Impresa Mandataria del R.T.I. Costituendo Composto Da -OMISSIS-;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Del Nord e Farnararo;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Montelupo Fiorentino (da ora anche solo "Comune") ha affidato al

raggruppamento temporaneo tra -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l. (da ora anche soltanto "RTI -OMISSIS-" o "RTI") i lavori per la realizzazione di un vaso di laminazione della diga di Sammontana.

2. La -OMISSIS- S.p.A. ha impugnato l'aggiudicazione, ritenendola viziata, in sintesi perché la mandante -OMISSIS- non aveva dichiarato l'esistenza di un procedimento penale con applicazione di una misura cautelare a un socio (che era stato amministratore e direttore tecnico, ormai cessato), ma il Comune non l'aveva esclusa.

3. Di fronte al TAR Toscana si sono susseguiti:

a) il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti, proposti dalla seconda classificata -OMISSIS- s.p.a. (da ora anche solo "-OMISSIS-") per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Montelupo Fiorentino a favore del RTI -OMISSIS-, annullata con la sentenza n. 1172 del 19 ottobre 2022;

b) il ricorso per ottemperanza, proposto dalla -OMISSIS- con domanda di annullamento della nuova aggiudicazione, che il Comune aveva disposto in esecuzione della sentenza n. 1172/2022, accolto con la sentenza n. 1084 del 24 novembre 2023 (oggetto del presente gravame).

4. Riferisce il Comune che, nell'eseguire la sentenza del 2022, ha rinnovato l'istruttoria, rivalutato la condizione del concorrente aggiudicatario, e ha nuovamente aggiudicato l'appalto a suo favore. L'omissione dichiarativa, secondo il Comune era influente ai fini della gara, ragione per cui non poteva determinare la sua legittima esclusione: l'amministrazione, pur sapendo che un socio era destinatario di una misura interdittiva, ma avendo accertato che la società lo aveva rimosso da ogni carica prima della gara, non l'avrebbe comunque esclusa, né avrebbe pregiudicato l'ammissione del raggruppamento in cui era mandante con un ruolo residuale.

5. -OMISSIS- s.p.a. ha proposto ricorso dinanzi al TAR Toscana per l'ottemperanza alla sentenza n. 1172 del 19 ottobre 2022.

6. Il TAR ha accolto il ricorso con sentenza n. 1084 del 24 novembre 2023.

7. Di tale sentenza, il Comune di Montelupo Fiorentino ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai seguenti motivi: "*PRIMO MOTIVO. ERRONEITA' DELLA SENTENZA IN PARTE QUA. VIOLAZIONE DELL'ART. 80 D. LGS. 50/2016. MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA; SECONDO MOTIVO. ERRONEITA' DELLA SENTENZA IN PARTE QUA. VIOLAZIONE DELL'ART. 80 D. LGS. 50/2016 E DELLE LINEE GUIDA ANAC 6. MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA; TERZO MOTIVO. ERRONEITA' DELLA SENTENZA IN PARTE QUA. VIOLAZIONE DELL'ART. 34 C.P.A.*".

8. Ha resistito al gravame -OMISSIS- S.p.A. chiedendone il rigetto.

9. Alla camera di consiglio del 29 febbraio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

10. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto dal Comune di Montelupo Fiorentino avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana n. 1084/2023 con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso proposto da -OMISSIS- S.p.A. per l'ottemperanza alla sentenza n. 1172 del 19 ottobre 2022.

11. L'appellante contesta le conclusioni cui è giunto il TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) il TAR avrebbe invaso indebitamente la riserva della funzione amministrativa;

a.1.) l'amministrazione, in esecuzione della sentenza n. 1172/2022 ha avviato il procedimento di competenza, ha acquisito le nuove e rivalutato le preesistenti risultanze istruttorie e ha motivato le proprie determinazioni;

a.2.) l'amministrazione ha ritenuto di non avere i mezzi adeguati per dimostrare gravi illeciti professionali del RTI -OMISSIS- o della Società -OMISSIS- (l'unico illecito è, in ipotesi, quello imputato al signor -OMISSIS-, già estromesso dalla società all'epoca della gara); l'unica ipotesi di illecito della società -OMISSIS- sarebbe l'omissione dichiarativa, ritenuta irrilevante dall'amministrazione, poiché ininfluenza ai fini della gara; non ricorrerebbero dunque neppure i presupposti di cui al comma 3 lettere c) e c-bis) dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016;

a.3.) non corrisponderebbe al vero che l'Amministrazione non ha tenuto conto di quanto imposto dalla sentenza n. 1172/2022; ne avrebbe tenuto conto, ma quella sentenza doveva orientare il modo di esercizio del potere, non anche il contenuto decisionale, che nell'ambito della discrezionalità, restava in capo all'Ente;

a.4.) sarebbe irragionevole la decisione che critica la determinazione impugnata in primo grado perché eccessivamente motivata;

b) la decisione gravata sarebbe irragionevole e illogica.; nei Capi 1., 2. e 2.1. i fatti sarebbero travisati, i presupposti carenti, la motivazione uscirebbe dai confini del legittimo esercizio della funzione giudicante;

b.1.) la mandataria -OMISSIS- era ab origine del tutto estranea alla vicenda penale; la mandante società -OMISSIS-, in un momento antecedente alla gara, si era dissociata da ogni comportamento astrattamente rilevante attuando misure di *self cleaning* consistenti nella rinnovazione degli organi societari (sicché l'indagato signor -OMISSIS-, prima amministratore e direttore tecnico, già all'epoca della gara, non aveva più alcuna posizione);

b.2.) l'amministrazione ha ritenuto l'omissione dichiarativa ininfluenza ai fini dell'esito della gara, poiché riferita a una circostanza altrimenti già nota, e valutata non rilevante ai fini dell'ammissione o esclusione del concorrente;

c) nel ricorso per motivi aggiunti sarebbero state introdotte domande inammissibili e improcedibili, chiedendo la ricorrente la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, la

condanna dell'Amministrazione ad affidarle i lavori e la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni;

c.1.) la domanda di annullamento è stata introdotta solo con il ricorso per motivi aggiunti notificato il 5 settembre 2022; non corrisponderebbe al vero che in origine l'oggetto era caratterizzato dal cumulo alternativo; sarebbe irrilevante la trattazione in pubblica udienza, senza previa conversione del rito, che non sanerebbe l'originaria inammissibilità dell'azione e della domanda di risarcimento;

c.2.) la domanda sarebbe altresì infondata, o solo parzialmente fondata; la controinteressata era gravata dell'onere della prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di avere sofferto, onere che non risulterebbe soddisfatto.

12. La ricostruzione dell'appellante merita condivisione e la sentenza impugnata deve essere riformata. Si deve precisare che, evidentemente, non sussiste alcuna inammissibilità dei motivi di appello, come eccepito da -OMISSIS- nella memoria depositata il 12 febbraio 2024, dato che il ricorso contiene critiche puntuali alla sentenza impugnata.

13. Come noto, **la sentenza di annullamento del giudice amministrativo - oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio, consistente nell'eliminazione dell'atto impugnato - produce anche un effetto conformativo in ordine alle regole alle quali la pubblica amministrazione si dovrà attenere nell'attività futura e dunque istituisce un vincolo sostanziale per i successivi ed eventuali segmenti di azione amministrativa** (Consiglio di Stato sez. V, 13 ottobre 2021, n. 6875).

14. La discrezionalità in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico rinviene il proprio limite, nonché il parametro di giudizio della legittimità del relativo esercizio, nella previsione che la stazione appaltante dimostri la sussistenza del grave illecito professionale, idoneo a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avvalendosi di mezzi adeguati (Consiglio di Stato sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362). Compito dei giudici amministrativi non è stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende (se così facesse il Collegio si sostituirebbe ai giudici investiti delle singole controversie). Compito del Collegio è valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).

15. Nel particolare caso qui esaminato, la stazione appaltante ha dato ampiamente conto, sia della evoluzione della complessa vicenda, sia del motivo per cui non è stata ritenuta sussistente alcuna valida ragione per ritenere inaffidabile l'operatore economico.

16. **Il TAR ha, evidentemente, operato un sindacato di tipo sostitutivo** sulle valutazioni affidate alla stazione appaltante. Se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre ricordare che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

17. Il Giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la logicità e la coerenza dell'*iter* logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

18. Il TAR ha svolto una premessa da cui non ha tratto le debite conclusioni.

19. In prima battuta il TAR ha affermato che si versava (...) *“in un contesto caratterizzato dalla sostanziale assenza di vincoli puntuali nascenti dal giudicato”* (...) con ciò espressamente dando atto che la stazione appaltante doveva rideterminarsi sulla questione.

20. In seconda battuta il TAR ha rilevato che:

a) il Responsabile del Servizio Lavori pubblici del Comune di Montelupo Fiorentino ha effettuato le nuove valutazioni con la determinazione 18 gennaio 2023 n. 40 *“ma in una logica unilaterale e distorta che non ha per nulla tenuto conto delle indicazioni e dei limiti di valutazione previsti dalla sentenza 19 ottobre 2022, n. 1172, ormai peraltro coperti dal giudicato”*;

b) (...) *“al di là di una struttura eccessivamente prolissa, la nuova determinazione del Responsabile del Servizio Lavori pubblici del Comune di Montelupo Fiorentino si esaurisce, infatti, nella sostanziale riproposizione delle argomentazioni già proposte in giudizio dalle resistenti e non contiene quella seria rivalutazione della fattispecie che ci si sarebbe aspettati”*;

c) *“Meramente apparente è poi il tentativo di procedere ad un'analisi fattuale del (presunto) comportamento penalmente rilevante del sig. -OMISSIS-, sulla base della mera estrapolazione di alcuni aspetti della descrizione della fattispecie di reato contenuti nell'avviso di conclusione delle indagini (ovvero in un atto che non deve certo contenere e richiamare tutti gli elementi probatori acquisiti al procedimento penale) e non di quella diretta valutazione del comportamento fattuale richiesta dalla sentenza 19 ottobre 2022, n. 1172 della Sezione (che, sul punto, richiamava la chiara e perspicua formulazione di Cons. Stato, sez. V, 6 gennaio 2021, n. 307)”*.

21. **Un caso, se possibile, paradigmatico di sostituzione del Giudice alle valutazioni** che spettavano alla stazione appaltante, valutazioni che sono state effettuate, **che presentano fisiologici margini di opinabilità e che non si presentano né “distorte” né “apparenti”**. Il fatto, poi, che una dettagliata motivazione sia definita “prolissa” non vale in alcun modo a dare conto dell'erroneità o illogicità, dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione.

22. È da condividere, tra l'altro, quanto affermato dalla difesa del Comune appellante a pagina 4 della memoria depositata il 13 febbraio 2024, laddove si legge che *ilne discrezionale, ma che non è affatto indicato nella precedente sentenza n. 1172/2022”*.

23. I primi due motivi di appello sono fondati e ne determinano l'accoglimento e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese del grado di giudizio vista l'assoluta particolarità delle questioni sottoposte al Collegio possono essere compensate tra le parti in causa.

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 Toscana (Sezione Prima) n. 1084/2023, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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 le società e le persone fisiche citate nel testo del provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Viene all'attenzione del Consiglio di Stato una sentenza del Tar di accoglimento di un ricorso in ottemperanza avverso un'aggiudicazione, disposta a valle della rinnovazione dell'istruttoria, in conformità ad una pronuncia di merito demolitoria di una pregressa aggiudicazione.

Il primo provvedimento di aggiudicazione era stato impugnato per omessa valutazione dell'affidabilità dell'operatore, a fronte di una omissione dichiarativa circa la pendenza di un procedimento penale, con adozione di misure cautelari nei confronti del direttore o

amministratore. La statuizione di accoglimento nel suo effetto conformativo imponeva alla p.a. di riedigere la valutazione di affidabilità dell'operatore aggiudicatario. All'esito della conduzione della stessa da parte della p.a., veniva rinnovata l'aggiudicazione, con conseguente impugnazione in sede di ottemperanza per violazione del giudicato. Più in particolare, l'azione di riedizione della valutazione avrebbe avuto una valenza formale e secondo il TAR *"al di là di una struttura eccessivamente prolissa, (...) si esaurisce, infatti, nella sostanziale riproposizione delle argomentazioni già proposte in giudizio dalle resistenti e non contiene quella seria rivalutazione della fattispecie che ci si sarebbe aspettati"*.

Secondo il Consiglio di Stato la sentenza integrerebbe un caso di **invasione della riserva di funzione amministrativa**, con sostituzione del sindacato del Giudice alla valutazione discrezionale della P.A. per due ragioni fondamentali. In primo luogo, non sarebbero integrati gli estremi di violazione del giudicato, in quanto lo stesso non aveva imposto vincoli alla riedizione, se non il vincolo di autodeterminazione in riedizione. In secondo luogo, il fatto che si ripropongono le stesse argomentazioni già condotte non vuol dire che non vi sia stata ottemperanza al dovere di rideterminazione, avendo la PA ripercorso l'istruttoria, pur approdando agli stessi esiti valutativi. La qualificazione da parte del TAR della valutazione come distorta confliggerebbe con la connotazione estrinseca del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali, il quale deve essere un sindacato di logicità e ragionevolezza, all'esito del ripercorso delle valutazioni opinabili condotte dalla stazione appaltante.

Occorre premettere che la previsione del **grave illecito professionale** è considerata dalla giurisprudenza una **norma di chiusura del sistema**, volta ad attribuire alla P.A. una posizione di potere di esclusione, il cui esercizio richiede un'adeguata motivazione, suscettibile di controllo secondo i noti criteri di giudizio sull'attività discrezionale della P.A.. La stazione appaltante dispone di un potere di valutazione sull'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico ritenuto conforme alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria. Infatti è consentito alla stazione appaltante di dimostrare con mezzi adeguati l'illecito professionale grave e la relativa determinazione non può prescindere da una motivazione adeguata alle circostanze del caso concreto e priva di automatismi.

La giurisprudenza evidenzia che la verifica amministrativa del grave illecito professionale ad esito escludente consta di due livelli. Viene in rilievo una **prima operazione di qualificazione oggettiva del comportamento pregresso**, in quanto comportamento in grado di incrinare la astratta affidabilità ed integrità dell'operatore economico nei rapporti con la P.A.. Una volta verificata l'attitudine del comprovato comportamento ad inficiare i suddetti rapporti, la valutazione amministrativa si spinge su un piano concreto e pragmatico, relativo alla considerazione del **rapporto tra il fatto così qualificato e il contratto oggetto dell'affidamento**. In tale contesto la nozione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione dell'illecito accertata e provata con mezzi adeguati, è declinata in termini concreti in relazione alla specifica procedura di gara *in itinere*.

Nell'ipotesi in cui l'illecito professionale consista in una vicenda di rilievo penale, l'apprezzamento della P.A. deve investire il comportamento in sé, senza arrestarsi alla qualificazione e al trattamento riservato in sede penale. In ultima analisi, la determinazione

amministrativa è inficiata da illegittimità quando contenga un automatismo espulsivo e non dia atto della valutazione dei punti illustrati, traducendosi eventualmente in un passivo recepimento di qualificazioni formatesi *aliunde*, in sede penale o in altra sede.

La **discrezionalità che attinge il provvedimento amministrativo è di natura mista**, essendo corredata da connotazione tecnica ed amministrativa; nel dettaglio: è discrezionalità tecnica, nella parte in cui la valutazione si traduce nel ricorso a criteri tecnici dall'esito opinabile nel valutare il carattere astratto di grave illecito professionale; è discrezionalità amministrativa, nel segmento valutativo attinente alla scelta di non escludere o escludere, a valle della considerazione dell' idoneità in concreto del contegno pregresso a vulnerare l'affidabilità dell'operatore in relazione al contratto da stipulare.

Il criterio orientativo della valutazione è ancora una volta il principio del risultato: **la pregressa commissione di un illecito non può condizionare la selezione della scelta migliore se in concreto non ha alcuna attitudine vulnerativa del rapporto fiduciario e della qualità dell'offerta.**

Di fronte a tale tipo di discrezionalità, si staglia il **sindacato del giudice**, che è necessariamente un sindacato **sulla motivazione**, nel senso che l'autorità giudiziaria è tenuta a valutare se la P.A. ha condotto la valutazione di affidabilità. Tuttavia, giammai potrebbe il giudice sostituire la propria valutazione a quella già condotta dalla stazione appaltante, non attenendosi al sindacato della ragionevolezza.