

Pubblicato il 27/10/2021

N. 07223/2021REG.PROV.COLL.

N. 04447/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 4447 del 2018, proposto da

Va.Ben. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Calabrese, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Poli n. 29;

nei confronti

Edil Roma s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Santarossa e Vincenzo Arrigo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via della Giuliana n. 44;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione I, n. 2390/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania e di Edil Roma s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2021 il Cons. Valerio Perotti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con nota n. 171040 del 15 marzo 2018 la Regione Campania comunicava alla società Va.Ben s.r.l. l'esclusione dalla procedura aperta indetta per la conclusione di un accordo biennale avente ad oggetto l'affidamento di lavori di manutenzione ed adeguamento degli impianti ubicati nell'Istituto Paolo Colosimo, di proprietà dell'amministrazione, gara nella quale la predetta concorrente era risultata miglior offerente.

L'esclusione veniva motivata sulla base dell'assenza, in capo all'operatore economico, del requisito di cui all'art. 80, quinto comma, lettera c) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, poiché *“nell'ambito delle verifiche effettuate sulle dichiarazioni rese ex art.80, codesta ditta risulta iscritta al casellario informatico dell'ANAC per essersi resa colpevole di violazioni in tema in inadempimento contrattuale; tale comunicazione, seppur resa in sede di gara, è stata oggetto di ulteriori verifiche ed approfondimento da parte della S.A.; a seguito dell'istruttoria svolta questa Amministrazione ha ritenuto non opportuno procedere ad una aggiudicazione a favore di codesta società, ritenendo gravi le inadempienze commesse”*.

Avverso tale provvedimento, nonché contro il decreto dirigenziale n. 46 del 15 marzo 2018 con cui veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Edil Roma s.r.l., seconda graduata, la Va.Ben s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, deducendone l'illegittimità.

In punto di fatto, la ricorrente ricordava di aver lei stessa dichiarato, in sede di partecipazione alla gara, di aver subito con deliberazione di Giunta n. 4 del 4 febbraio 2015 dal Comune di Marzano di Nola la risoluzione per grave inadempimento di un contratto di lavori per il restauro e la qualificazione funzionale dell'Antica Torre.

A sostegno dell'impugnazione, Va Ben s.r.l. lamentava una presunta carenza istruttoria, per non avere la stazione appaltante verificato e valutato che la risoluzione era stata da subito contestata innanzi al Tribunale civile di Avellino, il cui giudizio era tuttora pendente; tale circostanza non avrebbe consentito di applicare in via automatica la predetta causa di esclusione, né la stazione appaltante avrebbe potuto operare, in assenza di una preventiva decisione del giudice civile, una differente ed autonoma valutazione di gravità in punto di affidabilità del concorrente.

Con un ulteriore motivo veniva quindi contestata l'assenza di contraddittorio in ordine alla

rilevanza della vicenda risolutoria rispetto alla partecipazione alla gara.

Si costituivano in giudizio la Edil Roma s.r.l. e la Regione Campania, concludendo per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Con sentenza 11 aprile 2018, n. 2390, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto della portata meramente esemplificativa delle ipotesi di grave illecito professionale contemplate nel secondo periodo dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente *“piena autonomia della fattispecie contemplata nel periodo precedente, che, nell'assumere una portata generale, si affranca dai requisiti specifici richiamati nei predicati casi esemplificativi”*.

Avverso tale decisione Va.Ben s.r.l. interponeva appello, deducendo un unico articolato motivo di impugnazione, così rubricato: “*Error in iudicando – Violazione di legge (art.80 comma 5 lett. c) – Difetto di istruttoria e di motivazione*”, con il quale sosteneva, in particolare, che il tenore letterale della disciplina richiamata dal nuovo *Codice dei contratti pubblici* avrebbe sterilizzato ogni “disvalore” della precedente risoluzione contrattuale, precludendo l’applicazione di una sanzione espulsiva.

Si costituivano in giudizio la Regione Campania ed Edil Roma s.r.l., concludendo per l’infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all’udienza del 30 settembre 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con un unico motivo di appello, Va.Ben s.r.l. deduce l’erroneità della sentenza di primo grado, *in primis* per non aver rilevato che i provvedimenti originariamente impugnati dovevano considerarsi viziati per difetto di istruttoria, nella misura in cui erano stati adottati senza alcuna interlocuzione in contraddittorio con la ricorrente. E ciò nonostante la presupposta risoluzione contrattuale fosse stata impugnata innanzi all’autorità giudiziaria per ottenere la condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni arrecati, ai sensi dell’art. 93 del d.lgs. n. 267 del 2000.

Deduce inoltre l’erroneità della decisione di prime cure nella parte in cui ha ritenuto che l’elencazione contenuta nell’art. 80, comma 5, lett. c) non abbia natura esaustiva (*recte*, tassativa) bensì esemplificativa e che, conseguentemente, pur in presenza di una contestazione in sede giurisdizionale del provvedimento di risoluzione, sia possibile sindacarne autonomamente il contenuto, anche al fine di procedere all’esclusione dalla gara.

D’altra parte, aggiunge l’appellante, la stazione appaltante si sarebbe limitata ad un riscontro apodittico ed astratto, non avendo dimostrato con mezzi adeguati che – in

concreto – l'operatore economico si era reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

L'appello, nelle sue diverse articolazioni, non è fondato.

In ordine alla questione principale, data dalla portata – esemplificativa o meno – delle ipotesi di grave illecito professionale contemplate nel secondo periodo dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, va confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. Stato III, 12 dicembre 2018, n. 7022) secondo cui l'individuazione tipologica dei gravi illeciti professionali ha carattere meramente esemplificativo, potendo per tal via la stazione appaltante desumerne il compimento da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Tale conclusione non muta anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, disposta con l'art. 5 d.l. n. 135 del 2018, che ha “sdoppiato” nelle successive lettere *c-bis*) e *c-ter*) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. c) la previsione di portata generale (in termini, Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171).

Più di recente, Cons. Stato, V, 3 giugno 2021, n. 4248 ha ribadito che in materia di gare pubbliche l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella lett. c), comma 5, art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 è da considerarsi “meramente esemplificativa” per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornire la dimostrazione dell'illecito professionale “*con mezzi adeguati*”, sia dall'*incipit* della disposizione che precede l'elencazione: quest'ultima, oltre ad individuare a titolo esemplificativo dei gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con “mezzi adeguati”.

Quanto poi alla valutazione, da parte della stazione appaltante, della rilevanza dei fatti posti alla base della precedente risoluzione contrattuale comunicata da Va.Ben s.r.l. al momento di presentazione dell'offerta, va ricordato (*ex multis*, Cons. Stato, V, n. 4248 del 2021, cit.) che nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore.

Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa.

Al riguardo, più nello specifico va ribadito (da ultimo, Cons. Stato, III, 31 maggio 2021, n. 4167) che in materia di gare pubbliche non è indispensabile che i gravi illeciti professionali posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili anche da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati. Altresì non rileva, a precludere all'amministrazione l'esclusione dell'operatore economico ritenuto inaffidabile, l'eventuale impugnazione del provvedimento di risoluzione, essendo sufficiente individuare una concreta condotta inadempiente di un precedente contratto di appalto, che abbia a suo tempo condotto la stazione appaltante all'adozione di un provvedimento di risoluzione o alla richiesta di

condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni (Cons. Stato, V, 12 aprile 2021, n. 2922).

Neppure soccorre, a supporto delle difese dell'appellante, la giurisprudenza eurounitaria.

Va richiamata, da ultima, la sentenza della Corte di giustizia UE del 19 giugno 2021, adottata a definizione della causa n. 41/2018, a mente della quale *“l'art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”*.

Tale arresto conferma non solo la natura esemplificativa delle ipotesi contemplate dall'art. 80, comma 5 lett c) del d.lgs. n. 50 del 2016, ma pure il principio generale per cui la stazione appaltante ben può valutare, per mezzo di un giudizio discrezionale ed autonomo, l'affidabilità degli offerenti in qualsiasi fase della procedura, a prescindere dall'eventuale pendenza di un giudizio al riguardo.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto.

La particolarità delle questioni esaminate giustifica peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO