



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6656 del 2020, proposto da R. S. in proprio e nella qualità di mandatario del costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti con G. L., P. G. V., S. A., B. S., S. G., P. M., M. M., rappresentato e difeso dagli avvocati F. I. e I. F., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...) in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati M. R., S. P., M. I. R. e A. S., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati S. G. e C. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...), non costituiti in giudizio;
per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione Seconda, 5 agosto 2020, n. 433, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e della (...)S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Il costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti con mandatario (...) ha partecipato al «*Concorso di progettazione per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, misura, contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dell'intervento "Recupero e riorganizzazione del Palazzo della Frumentaria, dell'ex Casotto Daziario e dell'ex Scuola di Sant'Apollinare"*», indetto dal Comune di (...). All'esito della procedura di gara, con determinazione dirigenziale n. 253 del 30 gennaio 2020 il Comune di (...) ha aggiudicato il concorso al r.t.p. con mandataria la società (...) s.r.l.

2. La predetta aggiudicazione è stata impugnata dall'arch. (...) con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, deducendo:

- incompetenza del dirigente che avrebbe adottato alcuni atti della procedura in luogo del R.U.P., in violazione dell'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), e delle linee guida Anac n. 3;

- illegittimità dell'aggiudicazione per l'omessa esclusione del raggruppamento aggiudicatario, che avrebbe dovuto essere escluso per non aver dichiarato in gara l'esistenza del procedimento penale pendente al momento della presentazione dell'offerta (per corruzione e turbata libertà degli incanti); il RTP avrebbe dovuto informare il Comune anche della condanna pronunciata contro l'arch. (...) dalla Corte dei Conti per il danno erariale provocato all'Università degli Studi di (...);

- illegittimità dell'aggiudicazione in quanto il Comune di (...), che dopo aver acquisito le informazioni di cui sopra ha valutato positivamente l'affidabilità del professionista, avrebbe dovuto limitarsi a prendere atto delle mancate dichiarazioni da parte del raggruppamento aggiudicatario, senza procedere a valutare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici; per le medesime ragioni dovrebbe negarsi la possibilità per il concorrente aggiudicatario di far ricorso alle misure di *self cleaning*, per definizione inidonee a rimuovere il fatto in sé dell'omissione di informazioni, di cui peraltro si rilevava l'inidoneità.

Con la sentenza del T.a.r. per la Sardegna, Sezione seconda, 5 agosto 2020, n. 433, il ricorso è stato integralmente respinto.

3. In particolare, il primo giudice, anzitutto, ha ritenuto infondato il vizio di incompetenza del r.u.p., richiamando gli articoli 34 e 35 della legge della Regione Sardegna 13 marzo 2018, n. 8, in tema di competenze del "responsabile del progetto"; con riferimento alla rilevanza dei gravi illeciti professionali che avrebbero dovuto comportare l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario, ha valutato corretta la qualificazione degli episodi nell'ambito dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici e adeguata la motivazione resa dalla stazione appaltante in ordine alla non incidenza di tali illeciti sulla affidabilità professionale dell'aggiudicatario.

4. L'arch. (...) ha proposto appello, reiterando i motivi del ricorso in primo grado in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Sassari, chiedendo che l'appello sia respinto.

Resiste in giudizio anche la società (...) S.r.l., concludendo per la reiezione dell'appello.

6. All'udienza pubblica del 27 gennaio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, proposto peraltro in via subordinata, l'appellante critica la sentenza per non aver accolto il dedotto vizio di incompetenza del dirigente del settore contratti, il quale ha effettuato le verifiche istruttorie sul possesso dei requisiti dichiarati dal RTP aggiudicatario e ha sottoscritto la relazione finale istruttoria in luogo del RUP nominato dalla stazione appaltante, in violazione dell'art. 31 del codice dei contratti pubblici e delle linee guida Anac che definiscono ruolo e funzioni del responsabile unico del procedimento.

7.1. Il motivo è infondato, anche se per ragioni in parte diverse da quelle affermate nella sentenza.

7.2. Va osservato, in primo luogo, che – nell'ordinamento degli enti locali - l'art. 31 del codice dei contratti pubblici, che disciplina ruolo e funzioni del r.u.p. nei procedimenti di affidamento di contratti pubblici, deve essere necessariamente coordinato, per un verso, con l'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000 (T.u.e.l.), che riserva ai dirigenti la responsabilità delle procedure d'appalto, come emerge dallo stesso testo dell'art. 31, comma 3, il quale assegna al r.u.p. «*tutti i compiti relativi alle procedure di [...] affidamento [...] che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi e soggetti*»; per altro verso, con il principio secondo cui gli atti che impegnano l'amministrazione all'esterno debbono essere adottati da organi dotati di qualifica dirigenziale (come, del resto, si ricava anche dall'art. 6, comma 1, lett. e), della legge n. 241 del 1990: il responsabile del procedimento «*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale [...]*»). Nel caso di specie è incontestato che il r.u.p. fosse privo di qualifica dirigenziale, per cui appare del tutto corretto che il dirigente del settore contratti pubblici abbia adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Ciò posto, lo specifico profilo sollevato con il motivo esame attiene alla configurazione dei rapporti tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa, muovendo dal presupposto che una volta nominato il responsabile unico della procedura di affidamento questi goda di una «competenza esclusiva» (in particolare in ordine all'istruttoria procedimentale, per quel che rileva nel caso di specie), in conseguenza della quale il dirigente non potrebbe svolgere direttamente l'istruttoria procedimentale o singoli atti istruttori.

7.3. In questi termini, tuttavia, la tesi non può essere accolta, non potendosi aderire a una rigida distinzione, all'interno del procedimento amministrativo, tra la competenza per la fase istruttoria e quella per l'adozione del provvedimento finale.

Mantenendo il discorso nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali, è sufficiente il richiamo alla generale responsabilità del dirigente per la gestione delle procedure di appalto di cui al citato art. 107 T.u.e.l., con il corollario della responsabilità dirigenziale per i ritardi o inadempimenti (cfr. art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990), ovvero della possibilità per gli interessati di rivolgersi al dirigente dell'unità organizzativa per sopperire a eventuali ritardi o inadempimenti del responsabile del procedimento (art. 2 *cit.*, commi 9-*bis* e ss.); ipotesi normative che in linea di principio escludono l'esistenza di una preclusione all'adozione di atti dell'istruttoria, possibilità che deve essere riconosciuta al fine di consentire al dirigente di sottrarsi alle responsabilità che altrimenti graverebbero su di lui.

7.4. È pur vero che (per riprendere le parole dell'appellante) non si può giungere ad ammettere il «*totale esautoramento del RUP*», il che comporterebbe la necessità di disporre la sostituzione del funzionario responsabile; tuttavia deve ritenersi consentito lo svolgimento di singoli atti istruttori, come avvenuto nel caso di specie, in cui il dirigente ha direttamente proceduto alla verifica dei requisiti dell'aggiudicatario.

8. Con il secondo motivo, l'appellante rileva l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui – in violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e *f-bis*), del codice dei contratti pubblici - ha ritenuto che il raggruppamento aggiudicatario non dovesse essere escluso dalla procedura di gara per la sola omessa dichiarazione della condanna penale e della condanna per danno erariale subita dall'arch. (...). Ad avviso dell'appellante, la obiettiva gravità dei fatti, di cui l'aggiudicatario ha omesso la comunicazione alla stazione appaltante, avrebbe dovuto comportare l'esclusione automatica.

La sentenza, inoltre, è contestata anche nella parte in cui nega rilevanza alla condanna da parte della Corte dei Conti per danno erariale, affermando che i fatti contestati non sarebbero collegati all'esercizio dell'attività professionale e sarebbero comunque risalenti nel tempo. Ribadisce l'appellante che la condanna (per essere riferita all'aver svolto l'attività libero-professionale in assenza dell'autorizzazione dell'Università in cui il professionista prestava servizio) ha riguardato l'attività professionale dell'arch. (...); e che, per valutare la risalenza dei fatti, occorre tenere conto del momento in cui questi sono stati definitivamente accertati, ossia nel corso del 2016.

9. Con il terzo motivo, la sentenza è censurata per aver ritenuto sufficiente la motivazione del giudizio positivo di affidabilità dell'aggiudicatario, resa dalla stazione appaltante. Secondo l'appellante, la motivazione sarebbe assolutamente carente e meramente apparente,

10. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente data la stretta connessione tra essi, sono infondati.

10.1. Precisato che la rilevanza dell'omissione deve essere vagliata alla luce dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici [nel testo risultante dopo le modifiche introdotte dall'art. 5, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, secondo cui «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico [...] c) [...] qualora [dimostrino] con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*»], è pur vero che secondo un determinato indirizzo della giurisprudenza (su cui si veda la sintesi effettuata nell'ordinanza di questa Sezione Quinta, 9 aprile 2020, n. 2332) la norma in questione, quanto agli obblighi dichiarativi posti a carico del partecipante alla procedura di gara, ha un carattere aperto, in grado di comprendere tutti quei fatti riguardanti l'operatore economico, di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, qualificabili come gravi illeciti professionali e quindi possibili oggetti della valutazione di incidenza sulla affidabilità professionale.

10.2. Tuttavia, il carattere aperto del catalogo di obblighi dichiarativi trova un bilanciamento nell'esigenza di uno specifico apprezzamento della stazione appaltante circa il valore dei fatti dichiarati, che deve investire, in prima battuta la qualifica di gravità dell'illecito professionale [ovvero

dell'infrazione, nell'ipotesi normativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. a)] e successivamente la sua incidenza sull'affidabilità professionale dell'operatore economico. Sviluppando quanto affermato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16 [cfr. §§ 12 e 18 del diritto], deve ritenersi che la valutazione riservata alla stazione appaltante sui due profili richiamati rappresenti l'elemento specializzante della causa di esclusione in esame, rispetto alla causa di esclusione descritta nella lett. *f-bis*) (introdotta dall'art. 49 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, che impone l'automatica esclusione dell'operatore economico il quale abbia presentato in gara «documentazione o dichiarazioni non veritiere»).

10.3. I rapporti tra le due norme configurano, in effetti, un caso di specialità reciproca. La fattispecie di cui alla lett. c) è speciale, per aggiunta, rispetto alla fattispecie di cui alla lett. *f-bis*), perché oltre agli elementi di quest'ultima contempla l'elemento ulteriore della valutazione riservata alla stazione appaltante della gravità e della incidenza sulla affidabilità dell'operatore economico. La fattispecie di cui alla lett. *f-bis*) è a sua volta speciale, per specificazione, perché in essa non rientrano tutti i gravi illeciti professionali dell'operatore economico, ma solo quelli costituiti dall'aver presentato in gara documentazione o dichiarazioni non veritiere.

Ne consegue che l'omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (o la dichiarazione reticente su tali fatti) non è mai autonoma causa di esclusione.

10.4. Non lo è nemmeno ai sensi della lett. *f-bis*), della medesima disposizione, la quale condiziona l'esclusione alla dichiarazione non veritiera (ossia alla dichiarazione di fatti che non trovano corrispondenza nella realtà), non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione (categoria alla quale, nel caso di specie, va ascritta la condotta omissiva del concorrente); e quindi si applica alle sole ipotesi in cui (come affermato dall'Adunanza Plenaria n. 16/2020, al § 18 del diritto) «*le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità [...]*».

10.5. Applicando gli enunciati principi al caso di specie, si deve quindi concludere che la mera omissione della dichiarazione non integra la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, dovendo la dichiarazione omessa o reticente integrarsi con la valutazione riservata alla stazione appaltante relativa all'incidenza dell'illecito sulla affidabilità e integrità professionale dell'operatore economico.

10.6. Valutazione riservata all'amministrazione e non surrogabile dal giudice amministrativo perché, come ha chiarito l'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 16/2020, più volte citata, «[osta] a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»). Laddove invece svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione» (§ 15 della parte in diritto).

10.7. Nella vicenda in esame, la stazione appaltante (con riguardo alla sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Milano a carico dell'arch. (...)) ha motivato la permanenza della affidabilità professionale e della integrità dell'operatore economico osservando in particolare come i fatti di reato risalgono al 2013, le condotte non sono state reiterate nel tempo, sono riferibili a un soggetto diverso rispetto alla società partecipante alla gara di cui trattasi, sono state realizzate nella "fase prodromica" all'esecuzione del contratto e non hanno inciso sul possesso dei requisiti di

partecipazione; nel caso in esame, infine, la società (...) è uno dei componenti del raggruppamento temporaneo di imprese, ciascuno dei quali risponde pro quota dell'adempimento della prestazione professionale.

10.8. La motivazione appare esauriente e completa nei diversi profili rilevanti. Né sarebbe stato necessario un maggiore approfondimento, ove si tenga conto che i fatti oggetto della sentenza penale di condanna risalgono al 2013 e quelli che hanno dato luogo alla condanna per danno erariale al 2011 (come si evince dalla lettura della sentenza della Corte dei Conti depositata in atti), ossia risalgono a oltre tre anni dalla data del bando (pubblicato il 13 agosto 2018), con la conseguenza che finiscono col perdere rilevanza al fine di dimostrare l'inaffidabilità dell'operatore economico (in tal senso cfr. Cons. Stato, V, 7 settembre 2021, n. 6233 e id., V, 5 agosto 2020, n. 4934; nonché id., V, 10 gennaio 2022, n. 166, per indicazioni in senso contrario).

11. Con il quarto e il quinto motivo, l'appellante reitera le censure con le quali, in primo grado, ha dedotto la assoluta inconsistenza delle misure di *self cleaning* adottate dal RTP aggiudicatario, le quali non sono idonee a porre nel nulla l'illecito commesso.

Alla luce delle considerazioni svolte per affermare la legittimità e la correttezza del giudizio di affidabilità professionale del raggruppamento aggiudicatario, che comporta il mancato perfezionamento della fattispecie espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), la censura (più che infondata) è irrilevante, nel senso che il suo eventuale accoglimento non condurrebbe all'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario.

12. L'appello, in conclusione, va integralmente respinto.

13. La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese giudiziali in favore del Comune di (...) e della (...) S.r.l., liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore di ciascuna parte, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO