

Pubblicato il 06/09/2024

N. 07468/2024REG.PROV.COLL.
N. 08166/2022 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 8166 del 2022, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati G. M. e D. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro.

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati F. Z. e M. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 7694/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (...);

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2024 il Cons. Annamaria Fasano e preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli avvocati M. e Z.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, la (...) (in seguito anche solo (...)) impugnava la nota prot. n. 770089 del 2 dicembre 2021, con la quale (...) aveva comunicato l'intervenuta revoca dei provvedimenti di qualificazione e cancellazione dall'iscrizione dall'Albo degli operatori economici (...), riguardante una serie di categorie merceologiche meglio specificate nell'atto. A fondamento del provvedimento, (...) richiama 'la risoluzione per grave inadempimento del contratto di appalto Rep. n. 26074 Racc. n. 11167 stipulato il 15.7.2020 e dall'Atto Aggiuntivo Rep. n. 26340 Racc. 11368 stipulato in data 12.2.2021 relativo ai lavori di stabilizzazione dei costoni rocciosi incombenti sulla S.S. 163 dal Km 22+600 al Km 23+300 nei Comuni di (...) (NALAV120-19)'.

La ricorrente ravvisava l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto adottato quale mera ed automatica conseguenza di una pregressa e illegittima risoluzione

contrattuale in assenza di contraddittorio e sulla base di una generica ed apodittica contestazione.

Secondo la (...), il provvedimento non era sorretto da una congrua valutazione circa l'incidenza della vicenda sulla partecipazione alle future gare e sull'iscrizione all'Albo degli operatori (...), oltre al fatto che era privo di una qualsivoglia valutazione in ordine alla gravità ed incidenza del preteso inadempimento. Veniva, altresì, sottoposto a sindacato, in subordine, il Regolamento *'per la formazione e la gestione dell'elenco degli operatori economici (...)* per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture e per il (...), nella misura in cui lo stesso consentiva l'irrogazione della sanzione della sospensione dall'Albo e dell'interdizione da tutte le gare in termini di mero automatismo, e senza alcuna valutazione in contraddittorio con l'operatore interessato.

In particolare, la società rilevava l'illegittimità della clausola di cui al § 19 nella parte in cui introduceva, a suo dire ingiustificatamente, una ulteriore causa di esclusione (dal sistema di qualificazione e, quindi, dalle procedure di gara bandite da (...)) non prevista dal Codice dei contratti, in violazione del principio di tassatività dell'art. 83, comma 8, del Codice.

Secondo l'esponente, inoltre, l'atto gravato era illegittimo anche sotto il profilo sostanziale avuto riguardo al merito della vicenda sottesa al provvedimento di revoca della qualificazione e cancellazione dall'Albo, tenuto conto che nessuno dei presupposti normativi e regolamentari di cui all'art. 80, comma 5, del Codice e del Regolamento (...) si era concretizzato.

2. Il Tribunale amministrativo per il Lazio, con sentenza n. 7694 del 2022, accoglieva il ricorso, ritenendo che il giudizio di 'non affidabilità' dell'operatore economico, ai fini dell'ammissione ad una pubblica procedura selettiva, pur essendo fondato su una valutazione latamente discrezionale della precedente Amministrazione, nondimeno era presidiato dall'esigenza di ostensione di uno stringente apparato motivazionale. Il Collegio di prima istanza, sulla base degli esiti processuali, riteneva il provvedimento impugnato viziato sotto il profilo motivazionale, anche in considerazione del fatto che (...) non aveva attivato le modalità di interlocuzione endoprocedimentale.

Il T.A.R. disponeva l'annullamento della gravata determinazione, recante la revoca della qualificazione per le categorie merceologiche con conseguente cancellazione dell'iscrizione dall'Albo degli operatori economici (...), ma non anche dell'impugnato Regolamento (...), le cui previsioni si ritenevano indenni da ammende.

3. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, (...) ha impugnato la predetta pronuncia, chiedendone la riforma *in parte qua* sollevando le seguenti censure: *"Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'articolo 80 comma 5 lett. c ter del Codice degli appalti pubblici"*.

4. La (...) si è costituito in resistenza, concludendo per il rigetto dell'appello.

5. Questa Sezione, con ordinanza n. 5427 del 2022, ha respinto l'istanza cautelare presentata in via incidentale da parte appellante.

6. Le parti con successive memorie hanno precisato le proprie difese.

7. All'udienza del 16 maggio 2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

8. Con un'unica censura (...) ritiene legittima la cancellazione dell'appellata (...) dall'Elenco degli operatori economici (...) per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e

forniture, e quindi corretta la revoca della qualificazione per le categorie merceologiche disposta in data 2.12.2021 con nota prot. U 0770089.

Secondo l'appellante, la sentenza del T.A.R. per il Lazio sarebbe meritevole di riforma per avere ignorato le eccezioni formulate da (...) espresse in conformità alla giurisprudenza di settore richiamata in atti, optando, sulla base di presupposti fattuali e giuridici erronei, per l'annullamento degli atti impugnati.

Il Collegio di prima istanza avrebbe ignorato che la fattispecie della cancellazione dall'Elenco degli operatori economici (...) non è totalmente sovrapponibile a quella di esclusione dalla gara, essendo tale cancellazione, così come disposta dalla norma regolamentare espressamente accettata dal Consorzio all'atto di iscrizione, ipotesi ben diversa, in quanto atto doveroso e vincolato che trova la sua causa giustificativa proprio nell'atto risolutivo di una precedente vicenda negoziale.

Ciò in quanto il provvedimento di cancellazione dall'Albo comminato ad un operatore economico rappresenta un atto dovuto che discende in automatico nei riguardi di quei soggetti che sono incorsi nelle violazioni contemplate nell'art. 18 del Regolamento (...), mentre l'irrogazione del provvedimento di esclusione dalla gara presuppone una preventiva istruttoria ed è espressione di un potere discrezionale riconosciuto in capo all'Amministrazione procedente, obbligata a motivare ampiamente la sua scelta. Ad avviso di (...), i due provvedimenti impugnati sarebbero in rapporto di presupposizione, tale che l'atto presupposto, ossia quello di risoluzione contrattuale, è il fondamento esclusivo di quello di revoca e cancellazione dall'Albo. Dalla connessione esistente tra i due provvedimenti discenderebbe la correttezza della motivazione *per relationem* del provvedimento impugnato.

In particolare, il provvedimento di revoca e cancellazione non sarebbe altro che una derivazione logica e naturale del provvedimento risolutivo del contratto, sicchè le ragioni della revoca e la cancellazione dell'operatore dall'Albo sarebbero rinvenibili nell'atto presupposto di risoluzione contrattuale del 26.11.2021, in cui (...) ripercorre le molte vicende da cui desumere la reiterata inadempienza della (...), la quale avrebbe generato ritardi insopportabili nella realizzazione dell'opera appaltata. Secondo l'appellante non sarebbe stata necessaria neppure una nuova interlocuzione endoprocedimentale, atteso che già la disposizione di risoluzione contrattuale sarebbe stata preceduta da un'ampia parentesi partecipativa, durante la quale era stato garantito il contraddittorio tra le parti e il diritto di contestazione della (...).

9. L'appello è infondato.

10. (...) censura la sentenza impugnata nella parte in cui il Collegio di prima istanza sostiene che la gravità dell'inadempimento, integrante presupposto per l'esclusione dell'operatore economico dagli elenchi dei fornitori *'incontri tratti di significativa sovrapponibilità rispetto alla previsione dettata dall'art. 80, comma 5, lett. c- ter del Codice dei contratti pubblici: per il quale, l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto può essere disposta ove quest'ultimo abbia dimostrato significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento'*. Secondo l'appellante il T.A.R. erroneamente sosterebbe: *'...è affatto inidoneo il mero richiamo al fondamento significativo della pregressa risoluzione contrattuale (e se, corrispondentemente, non è necessario che le vicende giudiziali ad essa eventualmente conseguenti, siano consolidate dal giudicato)'* concludendo per la necessità che il giudizio prognostico di 'non affidabilità' debba essere

congruamente motivato, e che la relativa valutazione sia preceduta dall'avvio di una interlocuzione endoprocedimentale *'attesa la divisata, non piena, sovrapponibilità fra le ragioni del pregresso inadempimento contrattuale ed il fondamento giustificativo del provvedimento inibitorio, sostanziato dalla cancellazione dagli elenchi (...).'*

(...), contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale adito, ritiene che le due fattispecie non siano sovrapponibili, in quanto l'esclusione dall'Elenco degli operatori economici (...) sarebbe un atto vincolato che trova la sua causa giustificativa proprio nell'atto risolutivo del contratto, mentre l'irrogazione del provvedimento di esclusione dalla gara sarebbe espressione di un potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione procedente che necessita di una preventiva istruttoria.

10.1. La tesi non è condivisibile.

La (...) risultava, prima del provvedimento di cancellazione, regolarmente iscritta nell'Albo degli operatori economici (...) al fine di concorrere all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore ad euro 1.000.000,00, ed era stata affidataria di numerose commesse con committente (...).

L'operatore economico era stato inserito nell'Elenco degli operatori economici (...) secondo le modalità indicate dal relativo Regolamento *'per la formazione e la gestione dell'elenco degli operatori economici (...) per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture e per il (...).'*

Ciò premesso, l'art. 19§ del Regolamento ha stabilito che *'si procederà all'annullamento ovvero alla revoca della qualificazione e alla cancellazione di ufficio dall'Elenco nei seguenti casi: i. cessazione di attività; ii. perdita dei requisiti di qualificazione; iii. mancato invio della dichiarazione attestante il perdurare del possesso dei requisiti generali e speciali (Allegato 6) oltre il termine di 120 (centoventi) giorni dalla scadenza; iv. mancato invio della documentazione richiesta a comprova dei requisiti nell'ambito delle verifiche a campione, oltre il termine di 30 giorni dalla scadenza della richiesta; v. grave negligenza o malafede e/o inadempimento grave nell'esecuzione dei contratti affidati e/o violazione dei principi del Codice Etico di (...); vi. con riferimento alla specifica merceologia, nei casi in cui per almeno tre volte nel biennio l'operatore non abbia risposto agli inviti di gara senza fornire adeguata motivazione in merito; si procederà altresì all'annullamento della qualificazione con riferimento alla specifica merceologie e ad un determinato ambito geografico qualora l'operatore non abbia risposto agli inviti di gara nel medesimo ambito geografico per almeno due volte nel biennio; vii. accertata non veridicità delle dichiarazioni in merito al possesso anche di solo uno dei requisiti richiesti, sia di ordine generale che speciale, anche a seguito dei controlli a campione di cui al paragrafo 15, nonché a seguito delle verifiche effettuate in sede di aggiudicazione; viii. adozione di un provvedimento interdittivo antimafia ai sensi del d.lgs. 159/2011; ix. in tutti i casi in cui la normativa di riferimento prevede l'esclusione dai procedimenti concorsuali'*.

Con la nota prot. n. 770089 del 2021, (...) ha comunicato alla (...) la revoca dei provvedimenti di qualificazione e cancellazione dell'iscrizione dall'Albo, con riferimento alle categorie merceologiche indicate nel provvedimento, sulla base della seguente motivazione: *'risoluzione per grave inadempimento del contratto di appalto Rep. n. 26074 Racc. n. 11167 stipulato il 15.07.2020 e dall'Atto Aggiuntivo Rep. n. 26340 Racc. 11368 stipulato in data 12/02/2021 relativo ai lavori di stabilizzazione dei costoni rocciosi incombenti sulla S.S: 163 dal Km 22+600 al Km 23+300 nei Comuni di (...) (NALAV120-19).'*

Appare all'evidenza l'esiguità del supporto motivazionale al provvedimento gravato offerto da (...), atteso che non è consentito desumere alcuna valutazione sulla gravità e sull'incidenza della vicenda risolutoria su cui si fonderebbe il giudizio di inaffidabilità della (...) ai fini della partecipazione a future gare.

La carenza di motivazione del provvedimento di cancellazione dall'Albo implica un difetto di istruttoria in ordine alla rilevanza delle circostanze che hanno portato l'Amministrazione ad un giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico, in relazione alle ricadute che la precedente vicenda risolutoria possa determinare sui futuri rapporti.

Né si può predicare, come pervicacemente sostiene l'appellante, che l'Amministrazione abbia agito nell'esercizio di una attività vincolata, sulla base di un asserito rapporto di pregiudizialità – dipendenza tra la revoca dei provvedimenti di qualificazione e cancellazione dall'Albo e la risoluzione contrattuale precedentemente intervenuta.

Premesso che all'Amministrazione è riconosciuta la facoltà di valutare discrezionalmente l'affidabilità dell'operatore economico con riferimento alla circostanza posta a presupposto del giudizio di inaffidabilità eventualmente espresso, va evidenziato che in nessun caso si può ritenere un nesso di interdipendenza tra l'atto negoziale di risoluzione e il provvedimento di cancellazione impugnato che giustifichi una motivazione *per relationem*, trattandosi di due provvedimenti distinti che necessitano di una autonoma valutazione da parte dell'Amministrazione.

Va rammentato che la funzione della motivazione del provvedimento amministrativo è quella di consentire la ricostruzione dell'iter logico – giuridico attraverso cui l'Amministrazione si è determinata ad adottare un atto, al fine di controllare il corretto esercizio del potere, onde far valere, eventualmente, le proprie ragioni; occorre, in altri termini che l'autorità emanante ponga il destinatario dell'atto in condizione di conoscere le ragioni ad esso sottese, costituendo, la motivazione del provvedimento, *'il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 l. n. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile'* (ex plurimis Cons. Stato, n. 8449 del 2021).

La prospettazione dell'Ente resistente in ordine al collegamento dei due atti non può essere condivisa, in quanto il dedotto nesso non può estendersi, pur tenendo conto del disposto di cui all'art. 19§ cit., a tutte le future gare senza che possano essere attivate le garanzie procedurali e il contraddittorio, dovendosi dare rilievo al fatto che, nella specie, sarebbe stato necessario giustificare l'incidenza della presupposta vicenda risolutoria sul complessivo giudizio di affidabilità della (...), indicando le ragioni per le quali tale giudizio, originariamente positivo, si è inteso successivamente compromesso.

Il provvedimento di cancellazione dall'Albo, che di fatto comporta l'esclusione dell'impresa dalle pubbliche gare indette da (...), impone necessariamente una rinnovata valutazione discrezionale del committente, e quindi la necessità di una adeguata istruttoria in contraddittorio con l'operatore economico, nell'ambito del quale egli avrebbe potuto fornire chiarimenti e prove circa la propria idoneità a concorrere in pubbliche procedure di gara.

Dei suddetti principi si è fatto carico il Collegio di prima istanza, il quale ha rilevato che *'viene qui in considerazione non già la preclusa partecipazione ad una singola vicenda relativa alla scelta del privato contraente: quanto, piuttosto, una determinazione che, mercè il depennamento dagli elenchi onde trattasi, viene a dispiegare valenza inibitoria, quanto alle potenzialità negoziali di privati operatori economici nei confronti di (...), per un arco temporale avente significativa dimensione (dodici mesi)'*.

10.2. Diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, in continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati con riferimento all'interpretazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) del Codice, fattispecie sovrapponibile a quella oggetto di esame, l'esclusione

conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, la quale è tenuta a motivare sulla ritenuta idoneità dell'evento risolutorio a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore.

Come è stato detto, all'Ente committente è rimesso infatti un potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico ai fini della esclusione da future commesse, ma rispetto a tale valutazione devono essere consentite a quest'ultimo le garanzie partecipative, e quindi permesso di provare il perdurare del rapporto di fiducia riguardante anche le future procedure.

Ne consegue che, correttamente, il Collegio di prima istanza ha ravvisato la necessità di applicare alla fattispecie le medesime garanzie previste dal Legislatore con l'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale, la stazione appaltante è tenuta a dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

In definitiva, la revoca dei provvedimenti di qualificazione e cancellazione dall'iscrizione dall'Albo degli operatori economici (...), riguardante una serie di categorie merceologiche, poteva essere disposta, in disparte la valutazione della gravità della vicenda risolutoria presupposta, previa idonea istruttoria e rispetto delle garanzie partecipative del destinatario.

La (...) ha opportunamente richiamato in memoria le Linee Guida ANAC n. 6/2017 nella parte in cui si chiarisce che *'il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato'*.

10.3. Sulla base dei rilievi espressi la sentenza impugnata non merita censura, avendo il Giudice di prima istanza evidenziato la necessità di un *'accentuato corredo motivazionale'* del provvedimento di cancellazione, dal quale desumere che le concrete connotazioni dell'inadempimento siano concretamente suscettibili di generare un complessivo giudizio di *'non affidabilità'* tale da *'sterilizzare'* le potenzialità negoziali dell'operatore economico, e la relativa valutazione (ampiamente discrezionale) avrebbe dovuto essere preceduta dall'avvio di una interlocuzione endoprocedimentale, attesa *'la divisata, non piena, sovrapponibilità'* tra le ragioni del pregresso inadempimento contrattuale ed il fondamento giustificativo del provvedimento inibitorio, sostanziato dalla cancellazione dagli elenchi (...).

11. In definitiva l'appello va respinto, e dichiarata assorbita ogni altra censura, tenuto conto che l'eventuale esame della stessa non determinerebbe una soluzione di segno contrario.

12. Le ragioni della decisione e la peculiarità della vicenda processuale giustificano la compensazione delle spese di lite del grado tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente
Alberto Urso, Consigliere
Marina Perrelli, Consigliere
Gianluca Rovelli, Consigliere
Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO