

I gravi errori professionali da dichiarare a pena di esclusione.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 14-1-2018

1. La stazione appaltante può ritenere la sussistenza dei gravi errori professionali nell'attività pregressa esercitata dall'impresa, anche in mancanza di un accertamento definitivo dei precedenti rapporti da parte di altra amministrazione, purché il relativo provvedimento sia sorretto da adeguata motivazione ed indichi puntualmente le circostanze di fatto che supportano la valutazione espressa.

2. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto e specularmente, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante, come ragioni di rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa.

- 1) Conf. Cons. Stato, V, 4 aprile 2016, n. 1412
- 2) Conf. Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2017, n. 3288

Guida alla lettura

Con la pronuncia qui segnalata il Consiglio di Stato, in riforma di una sentenza emessa dal TAR Lecce (sez. II, n. 908/2017), ha chiarito che, nel quadro del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163/2006, l'art. 38, comma 1, lett. f), **affida alla stazione appaltante la valutazione della sussistenza e rilevanza di gravi errori professionali nei pregressi rapporti di appalto di un concorrente**, senza che tale valutazione possa ridursi alla presa d'atto di precedenti provvedimenti adottati da altre amministrazioni, bensì rimettendo alla sua discrezionalità l'accertamento della esistenza e rilevanza di errori professionali anche a prescindere da quei provvedimenti, fermo l'onere di una **adeguata e puntuale motivazione** sulle circostanze di fatto indicative di tali errori.

La norma dianzi menzionata poggia sulla necessità di garantire **l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione** fin dal momento genetico: a tal proposito non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale poiché basta una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede

nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa (Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444).

In sede di gara pubblica sussiste, quindi, in capo al concorrente **il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse**, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti ai sensi dell' art. 38 comma 1 lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, occorse in precedenti rapporti contrattuali con Pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai **principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale** che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'Amministrazione committente; la stazione appaltante dispone, invero, di una **sfera di discrezionalità** nel valutare quanto eventuali precedenti professionali negativi incidano sull'affidabilità di chi aspira a essere affidatario di un contratto, e tale discrezionalità può essere correttamente esercitata solo disponendo di tutti gli elementi necessari a garantire una compiuta formazione della volontà .

Trattandosi, quindi, di esercizio di potere discrezionale, esso è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

Ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 giova precisare che non assume rilievo, ai fini della perdita della capacità di partecipare a pubbliche gare, ogni errore commesso nell'attività di impresa, ma solo quelli caratterizzati da **gravità**; seguendo questa impostazione va da sé che eventuali pregresse risoluzioni contrattuali possono essere rilevanti a prescindere dal fatto che la stazione appaltante sia la stessa presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente od altra, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante.

La giurisprudenza ha, poi, precisato che nelle gare pubbliche l'inadempimento dei partecipanti all'onere di dichiarare i fatti richiesti ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - con particolare riguardo alle inadempienze nell'esercizio dell'attività professionale - non è sanzionato di per sé, cioè per ragioni formali, ma solo se costituisce un **effettivo e sostanziale ostacolo alla valutazione da parte della stazione appaltante**; la disposizione, infatti, non onera dichiarare qualsivoglia inadempimento contrattuale che potrebbe, anche solo astrattamente, concretare ipotesi di **grave errore professionale** (Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4051).

La disciplina di cui all'art. 38 del D.Lgs 163/2006 viene riproposta nell'art. 80 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Tale norma presenta una prima parte molto dettagliata, in cui (commi 1 e 2) vengono elencate una ad una tutte le fattispecie di reato per le quali opera il divieto assoluto di affidamento.

Il comma 3 (sulla scorta del vecchio art. 38 comma 1 lett. C) chiarisce quali siano i soggetti per i quali sia richiesta l'assenza di precedenti penali di rilievo.

Il comma 4 riunisce irregolarità fiscali e contributive, chiarendo le "soglie" critiche e

specificando in quali casi possa ritenersi “non definitivamente accertata” la situazione ostativa.

Nel comma 5, infine, sono elencati tutti gli altri casi di presunta carenza di moralità professionale.

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 5724 del 2017, proposto da:

Amat S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Misserini, Roberto Barberio, Luca Barberio, Marco Barberio, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Oma Servic e Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento N. 11;

nei confronti di

Andriulo Meccanica S.r.l., Autocarrozzeria Guarini di Lopresto Giuseppa non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA – SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE II n. 00908/2017, resa tra le parti, concernente Per l'annullamento del verbale di gara del 10 aprile 2017 della commissione giudicatrice nominata dalla AMAT SPA e relativi atti allegati e, comunque, del provvedimento di esclusione dell'offerta della costituenda ATI tra la OMA Service srl e le Officine Pichierri srl dal prosieguo della procedura aperta n. 27/2015 – AC per l'affidamento annuale degli interventi di manutenzione/riparazione sugli autobus

aziendali indetta dall'AMAT spa

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Oma Service Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Barberio, Pellegrino Gianluigi su delega di Pellegrino Valeria.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tar per la Puglia, Lecce, sezione seconda, ha accolto il ricorso proposto dalla società OMA Service S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Officine Pichierri S.r.l., per l'annullamento del provvedimento di esclusione dell'offerta, adottato dall'Azienda per la Mobilità nell'Area di Taranto – AMAT S.P.A., nella procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento annuale del servizio di interventi di manutenzione/riparazione sugli autobus aziendali, indetta con bando di gara pubblicato il 24 agosto 2015.

2. Va premesso che, a seguito di altra vicenda processuale conclusa con la sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4643/2016 (su cui si tornerà), la stazione appaltante, nella seduta del 10 aprile 2017, aveva ritenuto che la decisione fosse incentrata esclusivamente sull'obbligo dichiarativo e che non si estendesse al merito delle vicende oggetto dei provvedimenti assunti da AMAT il 4 maggio 2015 ed il 25 maggio 2015, relativi a fatti (inerenti ad indebiti inserimenti in fattura ed a forniture irregolari) incidenti sull'elemento fiduciario ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006; aveva perciò ribadito la valutazione negativa della condotta del concorrente rispetto a tale requisito ed aveva peraltro osservato che a dette circostanze -da sole emblematiche della negligenza professionale del concorrente e, comunque, fortemente incidenti sulla sua moralità professionale- si aggiungeva un'ulteriore vicenda che aveva interessato OMA Service rispetto ad un'altra stazione appaltante, l'AMTAB di Bari, sfociata in un procedimento penale a carico dell'amministratore di OMA Service, che era stato destinatario da parte del g.i.p. del Tribunale di Bari della misura di interdizione dall'esercizio delle imprese.

In ragione di tanto, AMAT aveva escluso OMA Service dalla gara.

2.1. Il Tar ha richiamato la propria sentenza n. 349 del 18 febbraio 2016, riguardante le stesse parti e la medesima procedura di gara, confermata in appello con la citata sentenza n. 4643 del 7 novembre 2016, ed ha ritenuto che il Consiglio di Stato, in questa sentenza, si fosse

pronunciato anche sul merito dei fatti oggetto dell'obbligo dichiarativo (reputato insussistente) e che avesse affermato che non fossero tali da incidere sul rapporto fiduciario. Con la sentenza qui impugnata, il Tribunale –dopo aver espressamente dichiarato di condividere le valutazioni del Consiglio di Stato ed avervi fatto integrale rinvio- ha escluso che le vicende successive, riguardanti i rapporti di OMA Service con AMTAB di Bari, potessero essere prese in considerazione, perché quest'ultima stazione appaltante non aveva adottato nei confronti della società alcun provvedimento sanzionatorio e/o risolutivo e con essa aveva proseguito nei propri rapporti contrattuali, così "evidentemente stimando i fatti sulla base dei quali il GIP applicava la misura interdittiva nei confronti del sig. Di Paola tali da non configurare un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale da parte della società" (come si legge in sentenza). Pertanto, a quei fatti neppure AMAT, diversa stazione appaltante, avrebbe potuto attribuire valenza "risolutiva".

Il Tar ha perciò annullato il provvedimento di esclusione, ritenendo preclusa la pronuncia in tema di risarcimento del danno e compensando le spese di lite.

3. Per ottenere la riforma della sentenza ha proposto appello l'Azienda per la Mobilità nell'Area di Taranto – AMAT S.P.A., con tre motivi.

La società OMA Service s.r.l. si è costituita per resistere al gravame.

Le parti hanno depositato memorie e repliche.

Alla pubblica udienza del 16 novembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il primo motivo di appello, col quale è censurato il rigetto da parte del Tar dell'eccezione di inammissibilità od improcedibilità del ricorso formulata dalla stazione appaltante nel primo grado di giudizio, è infondato.

E' sufficiente ribadire una delle diverse ragioni esposte dal Tar per affermare la sussistenza in capo ad OMA Service dell'interesse a ricorrere contro il provvedimento di esclusione. Si tratta dell'affermazione per la quale permane l'interesse a ricorrere, perché "rispetto ad alcuni lotti non era ancora intervenuta l'aggiudicazione". L'appellante sostiene che, contestualmente all'esclusione dell'appellata, in relazione ai lotti per i quali questa aveva presentato offerta, la stazione appaltante avrebbe proposto l'aggiudicazione in favore di altri operatori economici. L'assunto non trova riscontro negli atti di gara, specificamente nel verbale n. 378 del 10 aprile 2017, da cui risulta l'aggiudicazione provvisoria soltanto per i lotti per i quali si erano ritenute valide le offerte.

Peraltro, trattandosi di determinazione presa a seguito dell'esclusione di OMA Service, sussiste per tabulas l'interesse di quest'ultima alla rimodulazione della graduatoria conseguente all'eventuale accoglimento del ricorso, che ne consentirebbe la riammissione in gara e la successiva apertura dell'offerta.

Il primo motivo, a carattere pregiudiziale, va perciò rigettato.

5. Sono, tuttavia, fondati il secondo ed il terzo motivo, che vanno esaminati congiuntamente.

Col secondo, l'appellante censura la decisione di primo grado nella parte in cui ha ritenuto ammissibile il ricorso nonostante che la valutazione espressa dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione di OMA Service fosse manifestazione del potere discrezionale dell'amministrazione, quindi sindacabile nei soli limiti della manifesta illogicità e/o irragionevolezza. Deduce come dall'analisi del provvedimento di esclusione non sia ricavabile alcun elemento riconducibile ad una valutazione macroscopicamente illogica od irragionevole e come, peraltro, nemmeno la società esclusa avesse evidenziato profili di tale genere, essendosi limitata, col ricorso introduttivo, a mere contestazioni di merito.

5.1. Col terzo motivo, l'appellante censura la decisione anche laddove, travalicando i confini della riserva di amministrazione, ha ritenuto errata la valutazione espressa dalla stazione appaltante, attraverso un'interpretazione restrittiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 (quanto ai rapporti contrattuali intercorsi tra OMA Service e l'AMTAB di Bari) ed attraverso un'errata considerazione della portata del precedente costituito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4643/16 (quanto ai rapporti pregressi tra OMA Service e la medesima stazione appaltante).

6. Prendendo le mosse da quest'ultima censura, va detto che, anche nel presente grado, l'appellata insiste nel sostenere che detta sentenza sarebbe passata in giudicato quanto al merito dei provvedimenti assunti dall'AMAT il 4 ed il 25 maggio 2015, e perciò il giudicato sarebbe esteso all'inidoneità ad incrinare il rapporto fiduciario dei fatti oggetto di quelle note. La difesa di OMA Service deduce da ciò che la stazione appaltante, nel disporre una nuova esclusione sulla base dei medesimi fatti, avrebbe violato il giudicato e che di questa violazione avrebbe dato atto il Tar, con la sentenza qui impugnata, aggiungendo peraltro di condividere la motivazione del Consiglio di Stato sull'irrelevanza dei fatti pregressi tra le parti, facendovi integrale rinvio.

6.1. L'assunto è infondato quanto alla sussistenza del giudicato.

Con il provvedimento del 4 maggio 2015 AMAT aveva contestato un indebito inserimento in fattura di ricambi prelevati dal magazzino aziendale e consegnati da personale AMAT ai dipendenti della società, per essere montati sui bus; con il successivo provvedimento del 25 maggio 2015 AMAT aveva ribadito che la condotta della società aveva leso l'elemento fiduciario, richiamando a tal proposito anche un precedente contrasto, sul quale era intervenuta una transazione in data 27 dicembre 2013.

Nel giudizio concluso con la sentenza n. 4643/16 era impugnato il provvedimento di esclusione adottato nella seduta del 21 dicembre 2015, per non avere OMA Service indicato la contestazione del 4 maggio 2015 nella dichiarazione resa in ordine all'insussistenza di cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sia in primo che in secondo grado, pertanto, oggetto del giudizio fu l'obbligo dichiarativo e la relativa violazione da parte della concorrente, unica ragione di esclusione. L'annullamento del provvedimento di esclusione del 21 dicembre 2015 -disposto in primo grado perché non

sussiste l'obbligo per il concorrente di dichiarare precedenti provvedimenti ex art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006, di cui sia stato destinatario da parte della stessa amministrazione precedente- è stato confermato in appello con la stessa motivazione. Con la sentenza n. 4643/2016 il Consiglio di Stato ha altresì affermato che la stazione appaltante, oltre a conoscere i fatti posti a base della nota di contestazione, non vi aveva fatto seguire "alcun ulteriore provvedimento di risoluzione o rescissione di quel rapporto contrattuale idoneo ad evidenziare negligenze o inadempienze contrattuali", ma anzi aveva avviato la stipulazione di una sorta di contratto-quadro "[...] che di fatto contraddice il venir meno del rapporto fiduciario".

E' corretta la valutazione del Tar secondo cui, con questa motivazione, è stata data una lettura del significato anche sostanziale dell'intera vicenda, ma è da escludere che essa fosse idonea a conformare il comportamento successivo della p.a., nel senso preteso dall'appellata, alla stregua del giudicato.

Questo ha avuto ad oggetto le ragioni poste a fondamento del primo provvedimento di esclusione, e rispetto a queste ultime vanno valutate le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato. Sebbene la ragione principale di annullamento dell'esclusione (vale a dire l'insussistenza dell'obbligo dichiarativo) fosse da sola idonea al rigetto dell'appello, il giudice di secondo grado vi ha aggiunto l'ulteriore motivazione sopra esposta. Essa, pertanto, dà luogo ad un argomento rafforzativo che, pur non costituendo ulteriore autonoma ragione della decisione, inerisce tuttavia al thema decidendum di quel giudizio. In sintesi, discutendosi della frattura del rapporto fiduciario causata dalla violazione dell'obbligo dichiarativo, il giudice ha valutato i fatti che avrebbero dovuto essere oggetto della relativa dichiarazione, ma soltanto ai fini della rilevanza dell'omissione di questa dichiarazione, così mantenendosi nell'ambito dell'oggetto del giudizio.

La sentenza si sarebbe pronunciata *ultra petita*, dando perciò luogo ad un giudicato anche a prescindere dagli originari motivi di ricorso e dai motivi di impugnazione, soltanto se il giudice si fosse spinto ad esaminare i fatti oggetto della contestazione del 4 maggio 2015, in sé considerati quali espressione di gravi negligenze nei confronti della stazione appaltante. Invece, come detto, il Consiglio di Stato si è limitato a considerare il comportamento successivo di quest'ultima, al solo fine di escludere che il rapporto fiduciario fosse stato incrinato dalla violazione dell'obbligo dichiarativo, non dai fatti che ne erano oggetto. Questa conclusione trova riscontro nella sentenza n. 4643/16 che, come nota l'appellante, si conclude con l'affermazione che "l'omissione della dichiarazione non poteva in alcun modo giustificare l'automatica esclusione dalla gara".

Pertanto, solo su questa statuizione si è formato il giudicato, coerentemente con *causa petendi* e *petitum* di quel giudizio, univocamente riferiti al primo provvedimento di esclusione, e quindi all'unica ragione posta a suo fondamento.

7. Il provvedimento di esclusione impugnato nel presente giudizio si fonda su quei fatti, ma anche su altri, che, secondo la valutazione espressa nel verbale di gara n. 378 del 10 aprile 2017, rilevano ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006.

Ed invero, la stazione appaltante non si è limitata ad esporre i fatti consacrati nella nota del 4 maggio 2015 e ribaditi nella nota del successivo 25 maggio, ma, allo scopo di evidenziare la non sporadicità delle condotte contestate, ha valorizzato il richiamo di altri fatti pregressi, conclusi con la transazione del 2013 (concernenti una fornitura da parte di OMA di “motori nuovi di fabbrica”, i cui certificati d’origine furono disconosciuti dal produttore, quanto a provenienza, codici e sottoscrizioni); quindi, vi ha aggiunto, le “vicende affiorate di recente nell’ambito dei rapporti intercorsi tra la stessa [OMI] e l’Amtab di Bari”.

7.1. A quest’ultimo proposito, è stato citato il provvedimento adottato il 13 febbraio 2017 dal g.i.p. presso il Tribunale di Bari nei confronti di Pietro Di Paola, amministratore e legale rappresentante della società, indagato per diversi reati, con applicazione della misura interdittiva della sospensione dall’esercizio delle imprese per il reato di cui agli artt. 81 cpv., 110-117, 314 cod. pen. , perché, in concorso con altri soggetti, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, “si appropriavano di pezzi di ricambio di proprietà dell’Amtab [...] fornendoli all’impresa OMA Service che a sua volta provvedeva a reinserirli nelle fatture destinate all’Amtab”.

La AMAT qui appellante, nel provvedimento di esclusione, ha riprodotto questa parte del capo di incolpazione perché “contempla tipologie comportamentali dello stesso genere segnalate con le contestazioni Amat del 4-25 maggio 2015”, al fine di sottolineare la non occasionalità dei comportamenti contestati; ha poi fatto espresso rinvio alle sessantuno pagine del provvedimento del g.i.p., onde ulteriormente motivare, sulla base della prognosi di pericolo di reiterazione di condotte dello stesso tipo ivi contenuta, sulla rilevanza di queste condotte, considerate sia autonomamente che nel loro cumulo, ai sensi del più volte citato art. 38, comma 1, lett. f).

8. La sentenza impugnata ha interpretato restrittivamente quest’ultima norma, sostenendo che, nel contrasto giurisprudenziale esistente al riguardo, andrebbe preferito l’orientamento per il quale le vicende contrattuali occorse nei rapporti con altre stazioni appaltanti sarebbero potenzialmente significative soltanto nei casi in cui le stesse abbiano ricevuto, da queste ultime, un’espressa valutazione in termini di “grave errore professionale”, tradottasi in un provvedimento risolutivo o, comunque, di carattere sanzionatorio.

Si tratta di orientamento che il Tar per la Puglia definisce “intermedio” tra le due posizioni antitetiche, di cui l’una ammette che la causa di esclusione in parola possa operare anche nel caso in cui l’errore professionale sia stato commesso in occasione di un rapporto contrattuale intercorso con una stazione appaltante diversa da quella che dispone l’esclusione e l’altra afferma la tesi esattamente contraria.

La sentenza impugnata ha constatato che l’AMTAB di Bari non aveva adottato alcun provvedimento sanzionatorio e/o risolutivo ed aveva proseguito nei propri rapporti contrattuali con la stessa società; ha concluso che perciò a quegli stessi fatti AMAT non avrebbe potuto attribuire alcuna valenza ai fini dell’esclusione di OMA Service.

8.1. Le ragioni dell’appello avverso questa statuizione sono illustrate al punto 3.1. del terzo motivo e vanno accolte.

In proposito, la lettera della legge (“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi...i soggetti che...secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante ...”) impedisce di assimilare le ipotesi di grave negligenza e malafede di cui al primo periodo a quelle di errore grave di cui al periodo seguente, sia perché in parte sovrapponibili, sicché non avrebbe avuto senso ripetere lo stesso concetto se non in riferimento ad altra situazione fattuale; sia perché soltanto per le prime è previsto il limite dell’“esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che gestisce la gara” a fronte della più ampia previsione che considera rilevante l’errore grave nell’esercizio dell’“attività professionale” dell’impresa senza alcuna limitazione.

Coerente con questa lettura è altresì il dato testuale che consente l’accertamento dell’errore professionale “con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”, essendo un siffatto accertamento logicamente incompatibile con quei fatti che la stazione appaltante conosce perché commessi nei rapporti direttamente intrattenuti con l’impresa.

A ciò si aggiunga che l’espressione grave errore professionale e l’ampiezza dei mezzi di accertamento non avrebbero avuto ragion d’essere se si fosse trattato semplicemente di prendere atto di precedenti provvedimenti adottati da altre stazioni appaltanti, in quanto sarebbe stata sufficiente l’imposizione di un obbligo dichiarativo, facilmente specificabile anche quanto all’oggetto, da limitarsi ai casi della risoluzione contrattuale per inadempimento o dell’adozione di provvedimenti sanzionatori.

L’interpretazione letterale trova conforto sistematico nel potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante di valutare i fatti rilevanti al fine di garantire la sussistenza o la permanenza dell’elemento fiduciario nella controparte contrattuale, che incontra l’unico limite della manifesta illogicità, irrazionalità o errore di fatto della relativa valutazione.

Evidente è la portata limitante, invece, dell’interpretazione fatta propria dal giudice a quo, in quanto fa dipendere la valutazione della stazione appaltante da prese di posizione specifiche, autonomamente adottate da altre amministrazioni, malgrado si tratti di decidere della sussistenza di un requisito soggettivo dell’operatore economico -quale è la sua affidabilità ed integrità professionale, in riferimento al contratto da stipulare- non certo della generale capacità a contrarre di quest’ultimo.

Pertanto, così come un accertamento definitivo dell’inadempimento non è richiesto nei rapporti con la stazione appaltante (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 13 luglio 2017, n. 3444), nemmeno può essere imposto ai fini della valutazione del grave errore nell’attività professionale svolta a favore di altre amministrazioni.

8.2. Le obiezioni esposte nella sentenza impugnata, e fatte proprie dall’appellata, non colgono nel segno.

La causa di esclusione, anche come sopra interpretata, continua ad essere tassativa, pur nell'ampiezza della clausola legislativa dell'"errore grave", che copre ogni ipotesi di grave illecito professionale, ben oltre quelle di mere carenze od insufficienze nell'esecuzione del contratto; ampiezza, tuttavia, bilanciata dall'obbligo di motivazione che incombe sulla p.a. escludente.

Il contenuto dei corrispondenti obblighi dichiarativi, posti a carico dei partecipanti alla gara, non diviene indeterminato, in quanto, pur estendendosi oltre i provvedimenti adottati formalmente da altre stazioni appaltanti, comprende eventi patologici comunque oggettivamente identificabili ed apprezzabili dalla stazione appaltante, abilitata ad avvalersi allo scopo di "ogni mezzo di prova".

Il punto di equilibrio tra il principio di tassatività delle cause di esclusione, da un lato, e quello della discrezionalità amministrativa, dall'altro, non si realizza, nel disegno legislativo, mediante la predisposizione di vincoli a quest'ultima (come è invece per altre ipotesi di esclusione, quali quelle a rilevanza penale, che -malgrado qualche aspetto di confusione rinvenibile nella sentenza impugnata e negli atti di parte- esulano dal caso in esame); piuttosto si rinviene nell'obbligo di rigorosa motivazione del provvedimento di esclusione e nel corrispondente sindacato giurisdizionale.

Non è dunque fondata l'affermazione secondo cui il potere dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, quando riferito a gravi errori commessi nel corso di precedenti rapporti con altre stazioni appaltanti, possa essere esercitato solo sul presupposto dell'esistenza di un pregresso provvedimento definitivo di revoca, risoluzione, decadenza, sanzione, legato all'inadempimento e adottato dall'amministrazione di riferimento. Al contrario, la stazione appaltante può ritenere la sussistenza dei gravi errori professionali nell'attività pregressa esercitata dall'impresa, anche in mancanza di un accertamento definitivo dei precedenti rapporti da parte di altra amministrazione, purché il relativo provvedimento sia sorretto da adeguata motivazione ed indichi puntualmente le circostanze di fatto che supportano la valutazione espressa (cfr., tra le altre, già Cons. Stato, IV, 4 settembre 2013, n. 4455, nonché id., V, 4 aprile 2016, n. 1412).

9. Passando a trattare della valutazione di inaffidabilità espressa in concreto dall'AMAT di Taranto, va premesso, in ordine ai limiti del relativo sindacato giurisdizionale, che, al fine di evitare di incorrere nel vizio di eccesso giurisdizionale, il giudice amministrativo deve prendere atto della chiara scelta del legislatore di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente.

Ne consegue che, come affermato dal giudice di legittimità, "il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto e specularmente, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante, come ragioni di rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa" (cfr. Cass. Sez. Un. 17 febbraio 2012, n. 2312).

Nel caso di specie, le circostanze di fatto esposte nel provvedimento impugnato e sopra

sinteticamente riportate, considerate singolarmente, ma soprattutto nella loro globalità e nella stretta successione cronologica, supportano la motivazione del provvedimento impugnato e resistono agli originari motivi di ricorso ed agli argomenti difensivi spesi dall'appellata.

9.1. In primo luogo, va ribadito che anche gli inadempimenti che abbiano dato luogo ad una conclusione transattiva della vicenda possono essere apprezzati ai fini di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore (così Cons. Stato, 15 dicembre 2016, n. 5290, che richiama id., V, 20 giugno 2011, n. 3671), tanto più che, nel caso di specie, il precedente inadempimento, oggetto della transazione del dicembre 2013, è richiamato dalla stazione appaltante al solo scopo di evidenziare l'abitudine delle condotte di inadempimento da parte di OMA Service.

Quanto alle difese svolte da quest'ultima circa l'asserita insussistenza delle irregolari fatturazioni contestate con la nota del 4 maggio 2015 ovvero circa la loro riferibilità ad una somma particolarmente esigua, va evidenziato come, già con la prima nota, la stazione appaltante abbia individuato dettagliatamente le fatture di che trattasi, i relativi importi, i pezzi di ricambio in contestazione ed i costi indebitamente fatturati a carico della committenza. Va quindi sottolineato come, con la seconda nota, la stazione appaltante ha adeguatamente risposto alle contestazioni della controparte contrattuale, indicando anche le date delle nove consegne contestate, senza che, per contro, la società abbia opposto null'altro che l'asserito mancato riscontro attraverso l'esibizione dei documenti di trasporto, laddove ben avrebbe potuto dimostrare l'acquisto in proprio dei pezzi di ricambio fatturati, spettando alla stessa l'onere della prova dell'errore di fatto imputabile alla parte pubblica convenuta in giudizio.

Né può rilevare, a favore dell'impresa esclusa, l'oggettiva esiguità degli importi per i quali risultano emesse le indebite fatturazioni.

Ed invero, sia rispetto a questo elemento che rispetto ad altri aspetti della fattispecie, la rilevanza e la gravità dell'evento, ai fini della permanenza dell'elemento fiduciario, sono ponderate dalla stazione appaltante, in riferimento al buon esito dell'appalto da affidare, col solo limite che la relativa valutazione non appaia manifestamente incongrua, chiaramente irrazionale o viziata da errore di fatto determinante (cfr., fra le tante, Cons. Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; id, V, 19 agosto 2015, n. 3950; id., 22 febbraio 2011, n. 1107).

Nel caso di specie, escluso come sopra che dagli atti risulti l'errore di fatto lamentato dalla società, va escluso altresì che la motivazione del provvedimento impugnato sia viziata per eccesso di potere, sol che si consideri che non appare affatto irrazionale che i fatti contestati siano stati valutati, per numero e tipologia, come espressione di una condotta connotata da malafede o gravissima negligenza, ripetuta nel corso del rapporto e produttiva di danni per l'erario, idonea ad incrinare il rapporto fiduciario tra il contraente e la stazione appaltante, in riferimento proprio al servizio di manutenzione/riparazione degli autobus aziendali oggetto dell'appalto (nel corso della cui precedente esecuzione quei fatti si sono verificati).

9.2. D'altronde, non va sottaciuto che il quadro d'insieme, alla data del provvedimento di esclusione, è congruamente esposto e valutato in questo provvedimento anche mediante il richiamo delle vicende intercorse tra OMA Service ed AMTAB di Bari, sfociate in un procedimento penale nei confronti dell'allora amministratore e legale rappresentante della

società per fatti del tutto analoghi a quelli contestati da AMAT.

A fronte di queste evenienze fattuali e della relativa valutazione fatta nel provvedimento impugnato non rilevano, per un verso, le condotte adottate autonomamente da AMTAB dopo l'avvio del detto procedimento penale (sulle quali, e sulla cui prova documentale, tanto si intrattengono le parti negli scritti conclusivi della presente fase di appello), poiché, come detto, ogni stazione appaltante ha, non solo il potere, ma anche il dovere di valutare la capacità tecnica ed i requisiti di affidabilità del concorrente, in riferimento alla specifica gara nell'ambito della quale quella valutazione è compiuta.

Per altro verso, nemmeno rileva la sola revoca sopravvenuta della misura interdittiva, poiché adottata in considerazione degli sviluppi del processo penale, ed in specie del comportamento processuale dell'indagato.

Le circostanze esposte nel provvedimento impugnato giustificano la valutazione negativa in ordine alla persistenza del rapporto fiduciario, e, quindi, supportano in maniera adeguata l'esclusione disposta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis*).

Pertanto, l'appello va accolto ed, in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso di OMA Service s.r.l..

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di entrambi i gradi, attesi i contrasti giurisprudenziali evidenziati dal Tar e l'opinabilità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge l'originario ricorso di OMA Service s.r.l.

Compensa interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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