

Il silenzio come espressione di discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione ed i limiti del sindacato del giudice amministrativo

di Gabriella Longo, Roberto Paglialonga

Data di pubblicazione: 14-9-2021

Il riscontro a carico della stazione appaltante di quelle che possono in teoria ritenersi gravi inadempienze professionali del concorrente rientra comunque nella discrezionalità della stessa stazione appaltante. La Corte di cassazione ha con chiarezza stabilito che, in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, la decisione di esclusione (e di non esclusione) per "deficit di fiducia" è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso e/o futuro contraente. Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto ab estrinseco ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici, ma non è mai sostitutivo.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana affronta la tematica del rapporto tra discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e sindacato del giudice amministrativo.

La fattispecie è significativa nella misura in cui amplia la sfera della discrezionalità amministrativa ricomprendendo anche il silenzio dell'amministrazione, indicativo dell'adozione di una scelta deliberata e consapevole.

L'occasione nasce dall'impugnazione di un'aggiudicazione di cui si chiede l'annullamento per carenza motivazionale e di istruttoria del provvedimento di ammissione alla gara dei concorrenti da parte di Invitalia S.p.A., (Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa, partecipata al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze).

In particolare parte ricorrente sostiene che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto indicare le ragioni per le quali aveva ritenuto irrilevanti due episodi di risoluzione contrattuale dichiarati nel DGUE, ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. c ter del D. Lgs. 50/2016, da un determinato Consorzio.

In primo grado il giudice ha ritenuto la doglianza infondata, richiamando la pronuncia dell'Ad. Pl. 28 agosto 2020, n. 16 , nella parte in cui ha affermato che: *"la falsità o l'omissione di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici incidenti sulla propria integrità ed affidabilità è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [attualmente c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del d. lgs. 50 del 2016 e ciò implica la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente da parte della stazione appaltante senza alcun automatismo espulsivo, mentre la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5,*

del d. lgs, 50 cit. ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.”

Il Tar Sicilia ha presente il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui **le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità amministrativa nella valutazione degli illeciti di varia natura** e al giudice amministrativo spetta solo il sindacato estrinseco, trattandosi di decisione amministrativa essenzialmente di merito.

Orbene, poiché nella fattispecie in esame non sussiste automatismo esclusivo, a parere del Tar, non può considerarsi irragionevole la determinazione di non effettuare istruttoria specifica sulle risoluzioni dichiarate dal Consorzio, considerato, anche che le stesse riguardavano imprese diverse da quelle designate come esecutrici nelle prestazioni poste in gara, oltre ad essere le risoluzioni oggetto di contenzioso giudiziale ancora non definito.

Il giudice di prime cure precisa, inoltre, che la motivazione non appare carente alla luce della consolidata giurisprudenza in base alla quale la Stazione Appaltante non è obbligata ad indicare specificamente le ragioni dell'ammissione alla gara di un operatore economico.

In appello il CGARS conferma la decisione adottata dal Tar Sicilia, chiarendo che **“il riscontro a carico della stazione appaltante di quelle che possono in teoria ritenersi gravi inadempienze professionali del concorrente rientra comunque nella discrezionalità della stessa stazione appaltante.”**

Sul punto il Consiglio di Giustizia amministrativa ricorda le Sezioni Unite della Cassazione^[1] le quali hanno affermato che **il sindacato sulla motivazione deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della “non pretestuosità”** della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante e non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera “non con divisibilità” della valutazione stessa.

In considerazione di ciò, **la decisione di esclusione (e di non esclusione) per “deficit di fiducia”, è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del “punto di rottura dell'affidamento” nel progresso e/o futuro contraente.** Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto *ab estrinseco*, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici, ma non è mai sostitutivo.

Quest'ultimo può solo verificare se le gravi infrazioni siano “debitamente accertate” negli atti adottati dalla Stazione Appaltante con mezzi di prova adeguati.

Si tratta, dunque, di un **“sindacato estrinseco e motivazionale dovendosi necessariamente preservare non solamente il merito della decisione amministrativa, ma anche la competenza propria dell'autorità giudiziaria”**^[2].

In conclusione, non sono rinvenibili vizi quali quello dell'illogicità o dell'errore di fatto nella mancata esclusione dalla procedura dell'operatore responsabile di pregresse risoluzioni contrattuali, in quanto non considerate dalla stazione appaltante quali grave inadempienza

professionale.

[1] Cfr. Cass., Sez. Un. Civ., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313.

[2] Cfr. Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, n. 4304.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 24/06/2021

N. 00614/2021REG.PROV.COLL.

N. 00368/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 368 del 2021, proposto da Alak s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Brolo, via Dante, n. 3;

contro

Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa - Invitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Trisorio Liuzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Commissario straordinario unico per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Villareale, n. 6;

nei confronti

Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 931/2021, resa tra le parti, concernente gara per l'affidamento di lavori di adeguamento del depuratore con linee di trattamento aggiuntive nel Comune di Campobello di Mazara – risarcimento del danno;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia s.p.a. del Commissario Straordinario e del Consorzio Stabile Progettisti Costruttori;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021 tenutasi ex art. 4 del d.l. n. 84 del 2020 e ex art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 44/2021 il Cons. Raffaele Proserpi; uditi, ex art. 4 comma 1 penultimo periodo d.l. n. 28/2020 e art. 25 d.l. 137/2020, gli avvocati Natale Bonfiglio, Annalisa Pasqualone su delega di Giuseppe Trisorio Liuzzi e Pietro De Luca; vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura dello Stato con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato distrettuale del 2 febbraio 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Alak s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Ecotec s.r.l. e S.I.G.E. s.r.l. (mandanti), impugnava dinanzi al T.a.r. per la Sicilia i provvedimenti conclusivi della procedura per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di "Adeguamento del depuratore con linee di trattamento aggiuntive nel Comune di Campobello di Mazara", indetta dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. (Invitalia), quale centrale di committenza, per conto del Commissario straordinario unico per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue urbane funzionali all'adeguamento alle sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-565/10, C251/17, C-85/13 e al

superamento delle procedure di infrazione 2014/2059 e 2017/2181, il cui importo a base di gara era di € 7.228.532,87, oltre IVA, di cui € 7.014.821,25 per lavori a corpo e € 213.711,62 per costi della sicurezza da PSC (CSC), non soggetti a ribasso.

1.1. In fatto la ricorrente esponeva che la stazione appaltante, tra i 14 operatori economici ammessi alla gara, aveva assegnato quale punteggio per l'offerta tecnica al proprio raggruppamento 59,33 punti e al Consorzio stabile progettisti e costruttori, 61,43 punti e nella graduatoria finale, attribuiti i punteggi alle offerte economiche, la ricorrente si era collocata al secondo posto con 67,43 punti - di cui 59,33 per l'offerta tecnica e 8,10 per quella economica - dopo il Consorzio stabile progettisti e costruttori, che si è collocato al primo posto con 68,61 punti - di cui 61,43 per l'offerta tecnica e 7,18 per quella economica.

Con provvedimento del 7 gennaio 2021 il r.u.p. aggiudicava l'appalto alla prima graduata, ritenuta l'assenza di offerte anomale.

2. La Alak evidenziava la differenza di soli 1,18 punti rispetto alla prima graduata e chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione nonché degli ulteriori atti impugnati, deducendo che: il provvedimento di ammissione alla gara del Consorzio stabile progettisti e costruttori sarebbe stato affetto da carenza d'istruttoria e motivazione, in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto indicare le ragioni per le quali aveva ritenuto irrilevanti i due episodi di risoluzione contrattuale dichiarati, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c *ter*, del d.lgs. 50 del 2016, nel DGUE allegato all'istanza di partecipazione (primo motivo); il seggio di gara non avrebbe potuto attribuire al Consorzio stabile progettisti e costruttori 4,15 punti relativamente al sub criterio di valutazione dell'offerta tecnica C.3. in quanto non aveva dimostrato la disponibilità dell'ing. Enrico Maria Battistoni all'assunzione del ruolo di *Project Manager* (secondo motivo).

3. Si costituiva in giudizio Invitalia s.p.a. che eccepiva preliminarmente la tardività del ricorso e ne chiedeva il rigetto.

4. Si costituiva in giudizio anche il Consorzio stabile progettisti costruttori, il quale formulava analoga eccezione di tardività e chiedeva anch'esso il rigetto del ricorso.

5. Con la sentenza 22 marzo 2021 n. 931 il T.a.r. preliminarmente non accoglieva l'istanza di accesso al fascicolo avanzata alle ore 12.51 del giorno antecedente quello fissato per la trattazione in camera di consiglio dell'istanza cautelare, dalla Calgeco s.r.l., terza graduata nel procedimento di gara oggetto della causa, istanza motivata con riferimento a un eventuale intervento volontario "per tutelare la propria posizione", poiché le censure dedotte con il ricorso in trattazione non riguardavano il r.t.i. capeggiato da Calgeco.

Veniva poi ritenuta infondata l'eccezione d'irricevibilità del ricorso, alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria 2 luglio 2020 n. 12, nella quale si è affermato che il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, ivi compresi i verbali di gara, ma con la "dilazione temporale" determinata dall'istanza di accesso agli atti della procedura in connessione con le censure dedotte, ovvero sia l'omessa valutazione della dichiarazione di due episodi di risoluzione contrattuale indicati nel DGUE e l'attribuzione del punteggio di cui al subcriterio C3 in assenza di documentazione attestante la

disponibilità del soggetto individuato quale *project manager*, le cui circostanze erano conoscibili solo in seguito al riscontro dell'istanza di accesso.

Per cui il provvedimento di aggiudicazione del 7 gennaio 2021 era stato comunicato il giorno successivo alla ricorrente, la quale, il 13 gennaio 2021, aveva formulato istanza di accesso, riscontrata il giorno successivo dalla stazione appaltante, la quale ha messo a disposizione la documentazione richiesta il 15 gennaio 2021, quest'ultima quindi la data a partire dalla quale andava calcolato il termine di 30 giorni per la proposizione del ricorso, che scadeva domenica 14 febbraio 2021 con conseguente slittamento a lunedì 15 febbraio 2021, giorno in cui il ricorso è stato tempestivamente notificato.

Il giudice di primo grado procedeva poi all'esame del primo motivo, inerente carenza d'istruttoria e motivazione nell'ammissione alla gara della controinteressata, in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto indicare le ragioni per le quali aveva ritenuto irrilevanti i due episodi di risoluzione contrattuale dichiarati, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c *ter*, del d.lgs. 50 del 2016, nel DGUE allegato all'istanza di partecipazione.

La doglianza veniva ritenuta infondata.

La sentenza 28 agosto 2020 n. 16 dell'Adunanza plenaria ha affermato che la falsità o l'omissione di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici incidenti sulla propria integrità ed affidabilità è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [attualmente c-*bis*] dell'art. 80, comma 5, del d. lgs. 50 del 2016 e ciò implica la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente da parte della stazione appaltante senza alcun automatismo espulsivo, mentre la lettera f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del d. lgs. 50 cit. ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-*bis*] della medesima disposizione.

Sull'applicazione dell'art. 80 sussisteva poi il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità amministrativa nella valutazione degli illeciti di varia natura e al giudice amministrativo spetta solo il sindacato estrinseco, trattandosi di decisione amministrativa essenzialmente di merito.

Nella specie non si contestava l'automatismo espulsivo a fronte dell'indicazione di fatti potenzialmente integranti gli estremi dell'illecito professionale, ma il fatto che la stazione appaltante non avesse attivato un'istruttoria finalizzata a verificare se esistevano i presupposti per l'esclusione, pur avendo l'operatore indicato due pregresse risoluzioni contrattuali

Non sussistendo automatismo espulsivo, non poteva ritenersi irragionevole la determinazione di non effettuare istruttoria specifica sulle risoluzioni dichiarate dal Consorzio, in considerazione del fatto che le stesse riguardavano imprese diverse da quelle designate come esecutrici nelle prestazioni poste in gara oltre ad essere le risoluzioni oggetto di contenzioso giudiziale ancora non definito, delle quali una sospesa da questo Consiglio.

Oltretutto la motivazione non poteva dirsi carente alla luce della consolidata giurisprudenza secondo cui la stazione appaltante non è tenuta a indicare specificamente le ragioni

dell'avvenuta ammissione alla gara di un concorrente, ma solo in merito all'eventuale esclusione.

Andava poi aggiunto, secondo il Tribunale amministrativo, che nel caso come quello in controversia di un consorzio stabile, soggetto giuridico autonomo costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate dei cui requisiti di idoneità tecnica e finanziaria si può giovare senza ricorrere all'avvalimento, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa", tale criterio aveva lo scopo evidente di ampliare la platea dei partecipanti alle gare con la conseguenza che i requisiti di ordine generale vanno posseduti individualmente e dichiarati espressamente dalle singole imprese consorziate indicate come esecutrici dal consorzio stabile, al fine di evitare che il consorzio divenga uno schermo di copertura.

Quindi solo le consorziate indicate per l'esecuzione dell'appalto erano tenute al rispetto degli obblighi dichiarativi connessi alla partecipazione alla gara congiuntamente al Consorzio stabile e l'insussistenza di pregressi illeciti professionali, in quanto requisito di ordine generale, doveva essere accertata relativamente al Consorzio e alle consorziate designate quali esecutrici, ma non anche con riferimento alle consorziate estranee all'appalto.

Ciò era quanto verificatosi nella fattispecie in esame, in quanto il Consorzio stabile progettisti e costruttori aveva indicato quale consorziata esecutrice dei lavori l'impresa S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l. e ha indicato nel DGUE due risoluzioni contrattuali, le quali avevano, però, coinvolto altre imprese consorziate.

Altrettanto infondato era il secondo motivo concernente l'indebita attribuzione al Consorzio stabile progettisti e costruttori di 4,15 punti relativamente al sub criterio di valutazione dell'offerta tecnica C.3, relativo alle modalità operative volte ad ottimizzare l'impiego delle risorse umane, in quanto non aveva dimostrato la disponibilità dell'ing. Enrico Maria Battistoni ai fini della copertura del ruolo di *Project Manager*.

Secondo il principio giurisprudenziale del *favor participationis* applicabile nell'interpretazione delle clausole del bando, secondo il giudice di primo grado era da privilegiare l'interpretazione che consentiva l'attribuzione del punteggio: il disciplinare di gara richiedeva all'operatore economico d'indicare i professionisti incaricati e d'inserire, nella relazione tecnica, il loro curriculum vitae, ma non faceva nessun riferimento alla produzione del contratto professionale o dell'atto di disponibilità, che quindi doveva ritenersi non dovuta con la conseguente legittima attribuzione del punteggio contestato.

Inoltre la presenza nell'offerta tecnica del Consorzio di una struttura tecnica di *project management*, composta oltre che dal direttore tecnico ing. Enrico Maria Battistoni, da un direttore di cantiere e da un supervisore dell'impianto di scavo meccanizzato, non era dato capire quanto avesse inciso la figura dell'ing. Battistoni sull'attribuzione del punteggio.

Il ricorso era quindi respinto.

6. Con appello al Consiglio di Giustizia Amministrativa notificato il 3 aprile 2021 la Alak s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i. impugnava la sentenza e si dilungava nel censurare il complesso delle affermazioni del T.a.r. palermitano nella parte concernente la mancata esclusione dell'aggiudicataria, concludendo per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

7. Si sono costituiti i soggetti intimati in primo grado, chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

8. All'udienza del 16 giugno 2021 tenuta da remoto la causa è passata in decisione.

9. La sentenza impugnata è da confermare, almeno per la limitata parte in cui è stata impugnata e, segnatamente per quanto concerne quella che sarebbe stata, a parere dell'appellante, l'illegittima ammissione alla gara del Consorzio stabile progettisti e costruttori.

9.1. Il motivo su cui si incentra la parte preponderante dell'appello in esame riguarda il vaglio immotivato da parte della stazione appaltante Invitalia riguardo a due asserite gravi inadempienze professionali a carico del Consorzio appellato.

9.2. Va puntualizzato che il Consorzio stabile progettisti e costruttori aggiudicatario dei lavori di adeguamento con linee di trattamento aggiuntive del depuratore di Campobello di Mazara aveva ampiamente documentato nel proprio DGUE in sede di presentazione dell'offerta i due eventi che secondo l'appellante Alak non avevano ottenuto il debito riscontro da parte della stazione appaltante, riscontro che sempre secondo l'appellante avrebbe dovuto determinare l'esclusione del Consorzio dalla gara.

9.3. In realtà la censura è destituita di fondamento sotto plurimi aspetti, sia di diritto, sia di fatto.

In primo luogo si deve rilevare, elemento oggettivo facilmente desumibile ma doveroso quanto fondamentale, che il Consorzio ha comunque documentato ed anche ampiamente i due fatti su cui si incentrano le critiche dell'appellante e quindi non può essere ritenuta la violazione da parte dell'appellata dell'art. 80 comma 5 lett. c) e c-ter) del d. lgs. 50 del 2016.

9.4. In secondo luogo si deve partire dalla considerazione che il riscontro a carico della stazione appaltante di quelle che possono in teoria ritenersi gravi inadempienze professionali del concorrente rientra comunque nella discrezionalità della stessa stazione appaltante. La Corte di cassazione ha con chiarezza stabilito che in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, la decisione di esclusione (e di non esclusione) per "deficit di fiducia", è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso e/o futuro contraente. Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto ab estrinseco, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici, ma non è mai sostitutivo.

Il sindacato sulla motivazione deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica

della «*non pretestuosità*» della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante e non può avvalersi, al fine di ritenere esistente il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera «*non divisibilità*» della valutazione stessa (Cass., sez. un., 17.2.2012 nn. 2312 e 2313).

9.5. Nel caso di specie il silenzio mantenuto da Invitalia sui due fatti enunciati dalla concorrente non appare ad un primo esame esprimere violazioni della discrezionalità della P.A., né comunque irrazionalità o illogicità o ancora errori di fatto del tutto palesi, così come si può desumere dall'esame delle due vicende.

9.6. Dinanzi alla domanda nel relativo questionario contenuto nel DGUE, ovverosia se l'operatore economico è incorso in significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c-ter, il Consorzio ha puntualizzato che con la determina n. 50/2018 la stazione appaltante Abbanoa s.p.a. aveva risolto il contratto di appalto con il r.t.i. costituito dalla capogruppo "Consorzio Stabile Progettisti Costruttori" e "Cospin s.r.l. mandante" stipulato il 28 aprile 2017 per grave inadempimento e grave ritardo dell'appaltatore ai sensi dell'art. 136 del d. lgs. 163 del 2006, decidendo di procedere all'incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'Anac.

Il r.t.i. capeggiato dal Consorzio rilevava di non essersi reso colpevole di alcun grave illecito professionale tale da rendere dubbia la propria integrità o affidabilità ed aveva contestato l'operato della stazione appaltante in sede giurisdizionale, non ritenendo ad esso imputabile il ritardo nella consegna della progettazione esecutiva corrispondente all'oggetto dell'appalto. Per tale ragione il r.t.i. aveva agito in giudizio dinanzi al Tribunale di Cagliari, chiedendo di accertare e dichiarare che Abbanoa s.p.a. si era resa gravemente e definitivamente inadempiente alle obbligazioni assunte con il contratto di appalto, chiedendo di conseguenza la risoluzione del contratto di appalto dedotto in giudizio per inadempimento imputabile alla stazione appaltante e chiedendone altresì la condanna al risarcimento del lucro cessante per il mancato percepimento dell'utile contrattuale e del danno emergente per il discredito commerciale arrecatole.

Tale giudizio dinanzi al Tribunale di Cagliari si trova tuttora in fase istruttoria e secondo gli atti presenti nel fascicolo di causa si dovrà disporre una consulenza tecnica d'ufficio per rilevare le ragioni delle due parti: si deve comunque considerare che se la stazione appaltante ha agito per prima, il Consorzio attuale appellato ha proposto davanti al giudice civile una domanda con contenuti ben più ampi di quanto rivendicato da Abbanoa; è evidente che la controversia si trovi a questo punto ancora alle origini e che Invitalia non ha adottato un comportamento *contra legem* nel non rinvenire espressamente una grave inadempienza professionale a carico del Consorzio stabile progettisti e costruttori. In termini più semplici dall'intero contesto della vicenda non vi sono sufficienti elementi per contestare ad Invitalia una mancanza di esercizio di discrezionalità tecnica o ancor più l'esercizio di una cattiva discrezionalità tecnica nell'assumere quale ragioni di esclusione dalla gara del Consorzio la vicenda occorsa in Sardegna.

9.7. Quanto al secondo evento richiamato nell'appello, comunque non riportato nel casellario dell'Anac, veniva riportato nel DGUE che la competente stazione appaltante, ovvero il commissario straordinario unico per il coordinamento e la realizzazione degli interventi di completamento fognatura e depurazione delle acque reflue urbane – d.P.C.M. 26 aprile 2017 - aveva risolto con provvedimento 8 agosto 2019 n. 74 il contratto di appalto stipulato con il Consorzio il 4 dicembre 2017 per l'esecuzione di lavori di adeguamento e potenziamento dell'impianto di depurazione di Contrada Errante Vecchia (Castelvetrano), a servizio del centro abitato e delle due frazioni di Triscina e Selinunte per asserita sopravvenuta carenza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d. lgs. 163 del 2006, a causa del venir meno del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. 163 del 2006.

In questo secondo caso i contorni sono ancora più netti, poiché questo Consiglio di Giustizia Amministrativa a seguito dell'impugnazione del sopraddetto provvedimento del commissario straordinario 8 agosto 2019 n. 74 da parte del Consorzio, lo ha sospeso con ordinanza 13 dicembre 2019 n. 789.

9.8. Ora, è incontestabile che ci si trova dinanzi a due risoluzioni per inadempimento pronunciate dalle stazioni appaltanti in assenza di una definizione giudiziale delle controversie che ne sono scaturite.

La giurisprudenza più recente ha tratto il principio che al giudice amministrativo spetta solamente verificare se le gravi infrazioni siano "debitamente accertate" negli atti adottati dalla stazione appaltante con mezzi di prova adeguati ovvero se sia riscontrabile in essi la plausibile affermazione di responsabilità a carico dell'impresa per fatti specificamente individuati. Si tratta, dunque, come di regola per gli atti delle procedure di gara contenenti una valutazione dell'amministrazione precedente, di un sindacato estrinseco e motivazionale, dovendosi necessariamente preservare non solamente il merito della decisione amministrativa, ma anche la competenza propria dell'autorità giudiziaria innanzi alla quale gli stessi atti siano impugnati in via principale (Cons. Stato, V, 6 luglio 2020 n. 4304).

Si è anche affermato che 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 (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2017 n. 5818; Id., IV, 4 settembre 2013, n. 4455; Id., V, 4 aprile 2016, n. 1412).

Ma nel caso di specie appare evidente che nulla possa essere rimproverato ad Invitalia circa una mancata esclusione dalla procedura del Consorzio stabile progettisti e costruttori: nel secondo dei casi abbiamo un provvedimento di riscontro di inadempienza professionale la cui efficacia è stata sospesa da questo Giudice; nel primo caso vi è un complesso giudizio civile tuttora in fase di iniziale istruttoria con contestazioni reciproche e conseguentemente, se pur Invitalia non era tenuta comunque ad attendere la definizione giurisdizionale della vicenda, non si può affermare che sia caduta in gravi illogicità o in patenti errori di fatto nel non considerare "grave inadempienza professionale" quanto occorso tra Abbanoa ed il Consorzio stabile progettisti e costruttori.

10. Da ultimo va affrontato un residuo profilo di censura con cui la Alak assume la violazione dell'art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/2016, in quanto sarebbe emerso un illecito penale a carico di -OMISSIS-, al tempo socio unico e amministratore unico di una consorziata che aveva falsificato un certificato di pagamento e, nel contempo presidente del consiglio direttivo del Consorzio stabile progettisti costruttori.

La censura è infondata per assenza di riscontri concreti.

Da un lato l'appellante non cita alcun atto relativo al procedimento penale da cui si possa desumere se la vicenda abbia interessato il giudice o almeno uffici inquirenti; dall'altro, almeno da quanto risulta dagli atti versati in causa, il signor -OMISSIS- non risulta essere ora o esserlo stato nel passato presidente del Consorzio appellato oppure socio unico di una delle consorziate, ma l'unico elemento presente è che sia stato nel passato uno dei soci del consiglio di amministrazione dello stesso Consorzio, senza comunque essere dotato di poteri di rappresentanza.

11. Alla luce di quanto finora rassegnato, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio determinate in complessivi €. 6.000,00 (seimila/00) oltre agli accessori di legge da liquidarsi per metà ad Invitalia e per l'altra metà al Consorzio Stabile Progettisti Costruttori.

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 il sig. -OMISSIS-.

Così deciso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, con sede in Palermo nella camera di consiglio del 16 giugno 2021, tenutasi da remoto ed in modalità telematica con la contemporanea e continuativa presenza dei Signori Magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere



Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere