

## **Il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale.**

*di Christian Longo*

*Data di pubblicazione: 11-3-2024*

*L'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico rinvia il proprio limite, ed al contempo il parametro di giudizio della legittimità del relativo esercizio, nella previsione normativa che la stazione appaltante dimostri la sussistenza del grave illecito professionale, idoneo a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avvalendosi di "mezzi adeguati".*

*Proprio il mezzo adoperato deve essere adeguato per permettere alla Stazione appaltante di dimostrare la sussistenza di un fatto o un comportamento qualificabile quale grave illecito professionale e l'idoneità dell'illecito, così come conosciuto dalla stazione appaltante, a compromettere l'affidabilità o l'integrità dell'operatore economico, in riferimento allo specifico affidamento in contestazione.*

N. 01804/2024REG.PROV.COLL.

N. 02376/2023 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 2376 del 2023, proposto da -OMISSIS- S.r.l. (già -OMISSIS- S.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 8558755C0C, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizio Leozappa, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Borello, Flavia De Pellegrin, Salvatore Cavallaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 2354/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di -OMISSIS-;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Presti, De Pellegrin, Angelucci;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. -OMISSIS- (già -OMISSIS-) S.r.l. (d'ora in avanti anche solo "-OMISSIS-") ha partecipato alla procedura indetta da ANAS S.p.A. per l'affidamento dell'Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte su tutto il territorio nazionale, suddiviso in n. 18 lotti.
2. All'esito della valutazione delle offerte, -OMISSIS- si è collocata al primo posto della graduatoria finale per il lotto n. 2 "Piemonte e Valle d'Aosta" seguita dalla -OMISSIS- S.p.A. (d'ora in avanti anche solo "-OMISSIS-").
3. Con provvedimento prot. -OMISSIS- del 20 luglio 2021, la Stazione appaltante ha disposto l'approvazione della proposta di aggiudicazione.
4. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio, Sede di Roma (R.G. n. 9789/2021), -OMISSIS- ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di -OMISSIS-, contestando la sua mancata esclusione:

a) per l'asserita sussistenza delle fattispecie ostative di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) e lett. c), d.lgs. n. 50/2016, in relazione a una vicenda giudiziaria da cui è interessato l'ex amministratore della stessa -OMISSIS-, -OMISSIS-;

b) per asserto mendacio in relazione alla predetta vicenda giudiziaria;

c) per l'asserita riferibilità alla -OMISSIS- delle vicende giudiziarie di altra società.

5. Con sentenza n. 13213/2021, il TAR Lazio ha accolto il ricorso limitatamente all'eccezione difetto di motivazione del provvedimento, conseguentemente ordinando ad ANAS di pronunciarsi sui fatti ascritti al sig. -OMISSIS- ed esprimere "la sua valutazione, discrezionale e adeguatamente motivata, sulla affidabilità di -OMISSIS- e adottando le conseguenti determinazioni in ordine all'aggiudicazione della gara oggetto del presente contenzioso".

6. Avverso la sentenza n. 13213/2021 -OMISSIS- ha proposto appello, chiedendone l'annullamento e/o la riforma e riproponendo le argomentazioni spese in prime cure (R.G. n. 2671/2022).

7. Frattanto, nel corso delle sedute riservate del 2 febbraio 2022 e dell'8 marzo 2022, il Sedgi di gara, all'esito dell'approfondimento istruttorio condotto in esecuzione della sentenza n. 13213/2021 del TAR Lazio, confermava che "i fatti in argomento non identificano eventi e/o circostanze potenzialmente incidenti sull'affidabilità dell'impresa rilevanti rispetto alla procedura di gara in oggetto", affermando dunque "persistente l'affidabilità dell'operatore economico".

8. Con determina del 28 marzo 2022 la Stazione appaltante ha confermato la sussistenza dei requisiti di qualificazione del concorrente primo graduato.

9. La menzionata determina del 28.3.2022 è stata impugnata da -OMISSIS- con un secondo ricorso proposto sempre dinanzi al TAR Lazio (R.G. n. 4693/2022) con cui è stato contestato il giudizio di affidabilità professionale della -OMISSIS- espresso dal Sedgi di gara e fatto proprio da ANAS e la conseguente aggiudicazione della gara in favore della stessa -OMISSIS-.

10. Con sentenza n. 15623 del 23 novembre 2022, il TAR Lazio ha ritenuto inadeguata la valutazione operata e approvata dalla Stazione appaltante con determina del 28.3.2022 e ha

ordinato per la seconda volta ad ANAS di pronunciarsi sui fatti ascritti al sig. -OMISSIS-. Con sentenza n. 10504 del 29 novembre 2022, questa Sezione ha rigettato l'appello proposto da -OMISSIS- avverso la prima decisione del TAR Lazio.

11. Nella seduta del 13 dicembre 2022, il Seggio di Gara ha escluso l'appellante dalla procedura.

12. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio (R.G. n. 1083/2023), la -OMISSIS- ha impugnato la propria esclusione dalla procedura e il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore di -OMISSIS- frattanto adottato da ANAS.

13. Il TAR Lazio con sentenza n. 2354 del 10 febbraio 2023 ha rigettato il ricorso.

14. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, -OMISSIS- ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure: "I) ERROR IN IUDICANDO VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), D.LGS. N. 50/2016 VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21-SEPTIES, L. N. 241/1990 VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE E DELLA LEX SPECIALIS ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA, MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA, ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI, CONTRADDITTORIETÀ"; II) ERROR IN IUDICANDO. ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA IN FAVORE DI -OMISSIS- S.R.L. IN VIA DERIVATA PER I MEDESIMI VIZI CHE INFICIANO IL PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE DI -OMISSIS- S.R.L. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), D.LGS. N. 50/2016 VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21-SEPTIES, L. N. 241/1990 VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE E DELLA LEX SPECIALIS ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA, MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA, ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI, CONTRADDITTORIETÀ".

15. Hanno resistito al gravame ANAS S.p.A. e -OMISSIS- chiedendone il rigetto.

16. Alla udienza pubblica del 26 ottobre 2023 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

17. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto da -OMISSIS- avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 2354/2023 con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla medesima appellante (già -OMISSIS- S.r.l.) avverso il provvedimento di esclusione dalla gara indetta da ANAS S.p.A. per l'affidamento dell'accordo quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale e impiantistico delle gallerie suddiviso in n. 18 lotti – lotto 2, Piemonte e Valle d'Aosta.

18. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) il punto centrale della questione è da individuarsi nella valutazione della rilevanza del precedente che ha attinto il sig. -OMISSIS- ("rinvio a giudizio per il reato di omicidio colposo ex art. 589, comma 2, c.p., con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, per fatti accaduti nel marzo 2018": circostanza non contestata tra le parti ai sensi dell'art. 64, comma 2 c.p.a.), il quale è cessato dalla carica di legale rappresentante della ricorrente -OMISSIS- s.r.l. in data 31 gennaio 2020, ma che, al tempo della specifica contestazione, era amministratore unico della società -OMISSIS- s.r.l., la quale detiene il 50% delle quote (unitamente a Freehold s.r.l., titolare del rimanente 50%) della società -OMISSIS- s.r.l., la quale, a sua volta, è proprietaria al 100% della società ricorrente -OMISSIS- s.r.l.;

b) la sentenza del TAR Lazio n. 13213/2021 ha disposto un remand alla stazione appaltante; non ha, dunque, né avallato la tesi della ricorrente -OMISSIS- secondo cui la società -OMISSIS- avrebbe meritato di essere direttamente (ed automaticamente) esclusa, né la tesi sostanziale opposta della stessa -OMISSIS-, ossia che non le sarebbe ascrivibile alcuna, diretta, responsabilità per il tragico sinistro verificatosi nel 2018 e che, ad ogni modo, avrebbe adottato tempestive misure di self cleaning;

c) la conferma in secondo grado da parte del Consiglio di Stato, con sentenza n. 10504/2022, non ha in alcun modo modificato l'ambito del pregresso accoglimento, non essendo stati accolti i motivi di appello proposti dalla società -OMISSIS- nel ricorso iscritto al R.G. 2671/2022;

d) la sentenza del Consiglio di Stato non ha accertato l'irresponsabilità della società -OMISSIS- per il sinistro, ovvero la liberatoria assunzione di misure di self cleaning, tenuto conto che non è stato proposto un autonomo appello principale alla sentenza del TAR Lazio n. 13213/2021 e neppure un appello incidentale nel giudizio iscritto al R.G. 2671/2022;

e) la sentenza n. 16523/2022, pronunciandosi sulla rinnovata aggiudicazione, ha accolto il ricorso e ha annullato il provvedimento, evidenziando:

e1) che "l'apoditticità motivazionale (in ragione, si ripete, della tout court esclusa ascrivibilità del suindicato episodio all'attività imprenditoriale svolta dalla società, in quanto espressione dell'operato del sig. -OMISSIS-, all'epoca del fatto responsabile gestionale di -OMISSIS- s.r.l.) che inficia la valutazione, come sopra, operata dal seggio di gara, quanto al depotenziamento della rilevanza della grave vicenda, poi sostanziata nell'irrogazione di condanna penale, impone di dare atto della derivata illegittimità della conclusiva aggiudicazione disposta in favore di -OMISSIS-, in quanto sarebbe stato compito della stazione appaltante verificare, con qualunque mezzo adeguato, la effettiva realizzazione della violazione, la sua gravità e la conseguente ascrivibilità, ai fini dell'eventuale esercizio del potere di esclusione";

e2) che "se, dunque, -OMISSIS- deve essere considerata socio di maggioranza di -OMISSIS- (detentrica, come si è visto, della totalità di quote di -OMISSIS- s.r.l.), non è dato invero escludere che l'amministratore unico della prima – fuori dalla formalistica valorizzazione di interposizioni societarie e/o intrecci partecipativi, insuscettibili di opacizzare la sostanza partecipativa e, conseguentemente gestionale – preservi" attuali ambiti di (ancorché solo formalmente indiretta) ingerenza in ordine alle scelte ed agli indirizzi aziendali dell'aggiudicataria";

e3) che in ragione di quanto statuito nella sentenza del TAR Lazio 13213/2021 "deve, allora, ritenersi che la rinnovata valutazione della posizione di -OMISSIS- s.r.l. sia inficiata, in ragione della inadeguata motivazione (e, ulteriormente, dell'inadeguatezza dei sottesi accertamenti istruttori) offerta dall'Amministrazione procedente: non soltanto con riferimento alla valutazione in ordine alla ascrivibilità della condotta penalmente sanzionata, integrante (potenziale) causa di esclusione, alla compagine societaria, piuttosto che alla sola personale responsabilità del sig. -OMISSIS-; ma anche alla rilevanza di essa, in ragione della persistente attitudine alla partecipazione gestionale mantenuta dal sig. -OMISSIS- stesso con riferimento alla società ricorrente";

f) non è sostenibile che “il TAR si è ben guardato dall’esprimere qualsivoglia valutazione in ordine alla incidenza in concreto dei fatti ascritti a -OMISSIS- sulla integrità professionale di -OMISSIS-” (cfr. pag. 12 del ricorso); la sentenza n. 16523/2022 non risulta impugnata e, pertanto, esprime statuizioni non sospese o annullate, alle quali, nell’impugnato provvedimento di esclusione, l’ufficio appalti dell’Anas ha fatto richiamo, condividendone il contenuto in senso giuridico-sostanziale e dispositivo (ciò deponendo per l’infondatezza del rilievo di nullità della disposta esclusione);

g) da parte della stazione appaltante vi è stata una profonda rimediazione sulle pregresse valutazioni che avevano condotto a ritenere l’ininfluenza della posizione del sig. -OMISSIS- nella -OMISSIS- s.r.l. rispetto alle decisioni della -OMISSIS- s.r.l.; tale rimediazione, indotta da una pronuncia giurisdizionale, costituisce la conferma di una valutazione in concreto, in linea con quanto statuito dall’Adunanza plenaria n. 16/2020;

h) l’Amministrazione ha rilevato che “risulta (...) plausibile ritenere che il complesso quadro di intrecci partecipativi sopra descritti determini un persistente ruolo di concorso gestionale dal sig. -OMISSIS- dispiegato nei confronti di -OMISSIS- s.r.l.”; e – in ragione del fatto che il sig. -OMISSIS-, in data 18.5.2020, in qualità di amministratore di -OMISSIS-, socia di -OMISSIS- s.r.l., ha nominato “il nuovo consiglio di amministrazione di quest’ultima, peraltro avente identica composizione rispetto al consiglio di amministrazione di -OMISSIS- s.r.l.” – ha concluso che “le considerazioni sino ad ora svolte escludono che delle misure di self cleaning poste in essere dall’impresa -OMISSIS- srl possano ritenersi idonee a superare il giudizio di disvalore sull’affidabilità della medesima scaturente dai fatti sopra descritti, in ragione della persistente attitudine alla partecipazione gestionale mantenuta dal sig. -OMISSIS- stesso con riferimento alla -OMISSIS- srl”;

i) non coglie nel segno il rilievo secondo cui la stazione appaltante non avrebbe ponderato la rilevanza delle misure assunte in tema di sicurezza sul lavoro né sono stati allegati in giudizio elementi idonei a confutare l’oggettiva ingerenza del sig. -OMISSIS- quale socio di maggioranza della società -OMISSIS- s.r.l. prima della dismissione delle quote avvenuta in data 8 gennaio 2021, vale a dire:

i1) la nomina, in data 16 maggio 2020, del consiglio di amministrazione di -OMISSIS- s.r.l. da parte della -OMISSIS- s.r.l., quest’ultima partecipata al 65% dalla società -OMISSIS- con quote del sig. -OMISSIS-;

i2) l'identità dei nominati componenti del consiglio di amministrazione di -OMISSIS- s.r.l. con i componenti del consiglio di amministrazione di -OMISSIS- s.r.l. nominati il 18.5.2020.

19. L'appellante contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) il passaggio valutativo e motivazionale in ordine alla effettiva sussistenza del grave illecito professionale sarebbe mancato nel provvedimento impugnato;

b) il TAR avrebbe negato rilevanza a quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 10504/2022, laddove sarebbe stata espressamente disconosciuta l'imputabilità alla -OMISSIS-, oggi -OMISSIS-, dell'incidente mortale verificatosi in data 5 marzo 2018;

c) con il provvedimento di esclusione di cui al verbale di seduta riservata del 13 dicembre 2022, ANAS avrebbe omissis di compiere una autonoma e adeguatamente motivata valutazione dei fatti ascritti al sig. -OMISSIS-, valutazione che era già mancata in occasione della prima aggiudicazione ad -OMISSIS- e che, come rilevato dal TAR Lazio nella sentenza n. 15623/2022, la Stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare sia in punto di effettiva sussistenza, nel caso concreto, di un grave illecito professionale, sia in punto di eventuale incidenza del fatto contestato sulla affidabilità professionale dell'impresa in relazione al particolare contratto oggetto della gara;

d) non sono state ritenute condivisibili le conclusioni alle quali era pervenuto il Seggio di gara nel corso delle sedute riservate del 2 febbraio 2022 e 8 marzo 2022, allorquando, all'esito dell'approfondimento istruttorio esperito in esecuzione della sentenza n. 13213/2021, era stata confermata l'aggiudicazione ad -OMISSIS- sull'assunto che "i fatti riferibili al Sig. -OMISSIS-, cessato dalla carica nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando di gara [...] hanno dispiegato effetti esclusivamente nella sfera giuridica del Sig. -OMISSIS- e non hanno comportato alcun diretto coinvolgimento dell'impresa -OMISSIS- srl" e che "tale riferibilità certamente sussisterebbe, se il Sig. -OMISSIS- fosse ancora partecipe della compagine aziendale, ma tale circostanza non ricorre nel caso di specie";

e) nella seconda decisione, il TAR pur avendo annullato anche la nuova aggiudicazione ad -OMISSIS-, non aveva espresso (né avrebbe potuto, pena la violazione dei principi sanciti dalla Adunanza Plenaria n. 16/2020) alcuna motivata valutazione in ordine alla incidenza in

concreto dei fatti ascritti a -OMISSIS- sulla integrità professionale di -OMISSIS- in relazione al contratto, precisando che detta valutazione avrebbe dovuto essere effettuata in via esclusiva da ANAS, proprio in forza della decisione della Adunanza Plenaria n. 16/2020;

f) il TAR avrebbe male interpretato (non tanto la propria precedente pronuncia n. 16523/2022, quanto invece) il tenore della doglianza formulata da -OMISSIS-, oggi -OMISSIS-; ANAS non aveva compiuto alcuna motivata valutazione in ordine alla concreta “attitudine della relativa vicenda (...) a riverberare sulla compagine societaria un giudizio di “non affidabilità”, suscettibile di condurre (quantunque non “automaticamente”, come si è visto) all’estromissione della stessa dalla gara”;

g) il risultato della statuizione di primo grado – che muove dalla travisata premessa per cui i fatti ascritti al -OMISSIS- avrebbero generato una condanna penale (il giudizio penale è tuttora pendente) – sarebbe quello di avere convalidato l’esclusione di -OMISSIS- nonostante la oggettiva carenza, nel relativo provvedimento, di alcuna motivata valutazione sulla concreta incidenza dei fatti ascritti al -OMISSIS- sulla affidabilità professionale della -OMISSIS- in rapporto al particolare contratto da affidarsi; il TAR, infatti, ha finito per ritenere sufficiente ai fini espulsivi la mera valutazione in ordine alla sussistenza di astratti poteri di ingerenza gestionale del -OMISSIS- sulla -OMISSIS-, senza avvedersi che tale valutazione poteva costituire, al più, il presupposto logico-giuridico del giudizio di affidabilità professionale della -OMISSIS-, ma non poteva surrogarlo;

h) contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, nel provvedimento del 13 dicembre 2022 ANAS non avrebbe effettuato alcuno degli specifici apprezzamenti dettagliatamente tratteggiati nella sentenza n. 15623/2022, omettendo qualsiasi autonoma valutazione in merito alla rilevanza o meno, in concreto, dei fatti in questione sull’integrità professionale della -OMISSIS- e dichiarando, invece, di escludere l’odierna appellante in asserita esecuzione della sentenza del TAR;

i) l’esclusione non può fondarsi sul mero richiamo alla citazione a processo, dal momento che, come del resto aveva rilevato lo stesso TAR nella sua precedente pronuncia n. 15623/2022, la valutazione di incidenza o meno dei fatti contestati al -OMISSIS- doveva appuntarsi “sul pregresso fatto, nel suo effettivo portato sostanziale e storico ... senza arrestarsi alla attribuita qualificazione in sede penale e alle sue inerenti conseguenze”;

l) il TAR avrebbe errato anche laddove ha ommesso di pronunciarsi sul profilo di doglianza

dedotto da -OMISSIS- in ordine alla mancata valutazione, da parte di ANAS, delle plurime e rilevanti misure di self-cleaning adottate dalla Società appellante dopo l'incidente oggetto del procedimento penale in itinere, limitandosi a rilevare che dette misure non sterilizzerebbero la perdurante influenza gestionale del -OMISSIS- sulla -OMISSIS-;

m) il TAR non avrebbe tenuto conto delle statuizioni espresse dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 10504 del 29 novembre 2022, nella quale la condotta di -OMISSIS- è stata ritenuta non riconducibile al genus delle gravi violazioni in materia di sicurezza sul lavoro e, con riferimento alla qualificazione dei fatti contestati, ha individuato la precipua responsabilità della società proprietaria dell'immobile, tenuta (essa e non -OMISSIS-) alla redazione del DUVRI e alla consegna dello stesso documento alla -OMISSIS-, oltre ad evidenziarsi il tenore significativamente modesto delle sanzioni irrogate a carico di -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

n) l'ANAS (e di conseguenza il TAR) non ha mai preso in considerazione, né valutato, che successivamente all'evento che ha determinato il rinvio a giudizio del -OMISSIS- (segnatamente, tra il marzo 2018 e il gennaio 2021) e, quindi, prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, la -OMISSIS- ha attuato misure di self-cleaning idonee a superare e prevenire il ripetersi di sinistri e infortuni (al di là del residuo ruolo del -OMISSIS- nella compagine di -OMISSIS-).

20. La ricostruzione dell'appellante non merita condivisione e la sentenza impugnata deve essere confermata.

21. Nel provvedimento di esclusione impugnato in primo grado si legge, tra l'altro:

a) "Il Sig. -OMISSIS-, cessato dalla carica di legale rappresentante della -OMISSIS- in data (31/01/2020) e, pertanto, entro l'anno anteriore alla data di pubblicazione del bando (avvenuta sulla GURI del 23/12/2020), risulta essere stato rinviato a giudizio per il reato di omicidio colposo ex art. 589, comma 2, c.p., con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, per fatti accaduti nel marzo 2018 (e, pertanto nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara)";

b) "Tale circostanza in applicazione delle indicazioni perimetrare dalla valenza conformativa promanante dalla sentenza Tar Lazio n. 15623 del 23/11/2022, viene ritenuta un adeguato

mezzo di prova in merito alla commissione di un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'affidabilità e l'integrità dell'impresa -OMISSIS- non soltanto per la rilevanza "rilevanza storico-fattuale dell'illecito -(intervenuto nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara),- commesso in violazione della normativa in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro: con univoca, quanto incontrovertibile, riconducibilità di esso non già alla sfera di interessi personali del Sig. -OMISSIS-, quanto, piuttosto, all'attività imprenditoriale della società" ma altresì, per la connotazione da esso assunta rispetto all'attività imprenditoriale della stessa -OMISSIS-, in quanto illecito compiuto nell'esercizio di poteri connessi alle "responsabilità delle quali il sig. -OMISSIS- stesso era investito dall'impresa". Il Sig -OMISSIS- rappresentava, invero, all'epoca dei fatti uno dei soggetti, di cui all'art. 80, comma 3, per il cui tramite, in ragione delle rispettive funzioni di amministrazione e controllo, l'impresa concretamente opera".

22. L'orientamento di questa Sezione è consolidato nel senso di ritenere che l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico rinviene il proprio limite, ed al contempo il parametro di giudizio della legittimità del relativo esercizio, nella previsione normativa che la stazione appaltante dimostri la sussistenza del grave illecito professionale, idoneo a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avvalendosi di "mezzi adeguati" (tra le tante, in questo senso, Consiglio di Stato sez. V, 30 maggio 2022, n. 4362).

22.1. Il nodo da sciogliere sta tutto nella valutazione di adeguatezza del mezzo adoperato dalla stazione appaltante per dimostrare:

a) la sussistenza di un fatto o un comportamento qualificabile quale grave illecito professionale, intendendosi per tale la violazione anche di norme penali, commessa nel compimento di attività professionale da parte dell'operatore economico o dei soggetti che lo rappresentano, se si tratta di una persona giuridica;

b) l'idoneità dell'illecito, così come conosciuto dalla stazione appaltante, a compromettere l'affidabilità o l'integrità dell'operatore economico, in riferimento allo specifico affidamento in contestazione.

22.2. È la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale.

22.3. Compito del Giudice, quindi, non è stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende. Compito del Collegio è valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483).

22.4. Nonostante lo sforzo profuso dall'appellante nell'argomentare le proprie tesi, non si può dire raggiunta quella "soglia critica" che consenta al Giudice di ritenere viziata la valutazione della stazione appaltante e cioè la presenza di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità, irragionevolezza.

22.5. Il provvedimento impugnato in primo grado contiene un'ampia ed esaustiva motivazione in ordine:

a) alla sussistenza di elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;

b) alla idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;

c) ai mezzi di prova utilizzati.

22.6. La stazione appaltante ha operato in base a più approfondimenti della complessa vicenda, occasionati da più episodi giurisdizionali con una minuziosa analisi degli elementi in suo possesso.

22.7. Seppure ampiamente argomentata, la tesi dell'appellante non scalfisce la sentenza impugnata. Un punto è decisivo. Il provvedimento impugnato in primo grado, seppure frutto di una rimediazione cui la stazione appaltante è giunta dopo la prima sentenza del TAR, non può dirsi meramente esecutivo di quella sentenza. Esso contiene un'autonoma valutazione della

delicata e (si ribadisce) complessa vicenda che ha interessato il signor -OMISSIS-, del suo ruolo rispetto all'attività imprenditoriale di -OMISSIS- e della inidoneità delle misure di self cleaning poste in essere dalla medesima a superare il giudizio di disvalore sulla sua affidabilità.

22.8. Altro punto decisivo è rappresentato dal fatto che corrisponde al vero che questa Sezione, con la sentenza n. 10504/2022, non ha accertato l'irresponsabilità della società -OMISSIS- per il sinistro oggetto della vicenda.

22.8.1. La sentenza, in realtà, contiene un'ampia parabola argomentativa che porta a escludere la sussistenza dei presupposti per la configurabilità di un automatismo espulsivo nei confronti di -OMISSIS- ma fa espressamente "salvi gli accertamenti e le valutazioni sul punto da parte della stazione appaltante" (punto 6.8. penultima riga della sentenza 10504/2022 invocata dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni). Valutazioni che sono state puntualmente effettuate dalla stazione appaltante.

23. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Le spese, vista la complessità e particolarità delle questioni sottoposte al Collegio, devono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 2354/2023.

Spese compensate

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 le parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere

## **Guida alla lettura**

La sentenza in esame stimola il desiderio di effettuare un approfondimento su diversi profili che riguardano: l'istituto giuridico dell'esclusione da una gara di un determinato Operatore economico; l'adeguato mezzo di prova adoperato dalla S.A. per provare il grave illecito professionale commesso dall'Operatore economico, tale da rendere dubbia la sua affidabilità e la sua integrità e, di conseguenza, adottare un provvedimento di esclusione; la discrezionalità di una Amministrazione; il rapporto tra il giudizio espresso dalla stessa S.A. – adeguatamente motivato – e la valutazione del Giudice sul contegno tenuto dall'Operatore da ricondurre alla nozione di grave illecito professionale.

In proposito, giova ricordare che l'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2026, ormai abrogato, prevede che la Stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico, qualora possa dimostrare con mezzi adeguati che esso si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali.

Tale previsione normativa è – oggi – riproposta nell'art. 95, comma 1, lett. e) del D.Lgs. n. 36/2023, secondo il quale, la S.A. esclude l'operatore economico se lo stesso abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. Inoltre, l'art. 98, rubricato "illecito professionale grave", stabilisce che tale illecito rileva solo se compiuto dall'Operatore economico. Ancora più nel dettaglio, il comma 2 dispone che l'esclusione ricorre quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;

c) adeguati mezzi di prova di cui al successivo comma 6.

La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6, motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Allo stesso modo, la Stazione appaltante procede all'esclusione di un operatore economico quando possa dimostrare, con qualunque mezzo adeguato, la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 80, comma 5, lett. a, del D.Lgs. n. 50/2016 e art. 95, comma 1, lett. a, del D.Lgs. n. 36/2023).

Tornando alla fattispecie di cui alla sentenza in commento, la vicenda è sorta a seguito dell'adozione di un provvedimento di esclusione dalla gara indetta da ANAS S.p.A. per l'affidamento dello *“accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie suddiviso in n. 18 lotti – lotto 2 Piemonte e Valle d'Aosta codice CIG -OMISSIS-”* e della nota con cui tale provvedimento è stato comunicato; del verbale del 13.12.2022, con cui la commissione giudicatrice ha escluso l'Operatore economico dalla procedura di gara; della determinazione di approvazione, ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice nonché ai sensi del Disciplinare di gara, della proposta di aggiudicazione, con il punteggio complessivo conseguito di 74,228 punti su 100 e con il ribasso offerto del 10,69%, al netto degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, oltre IVA.

Per brevità, si tralascia l'iter processuale che ha interessato il TAR per il Lazio per ben tre volte e si cerca di focalizzare l'attenzione – al contrario – sul provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante e sui mezzi utilizzati per motivare adeguatamente l'esclusione in merito all'illecito professionale commesso.

Il provvedimento di esclusione dalla gara, oggetto del contendere, fa riferimento al fatto che il precedente legale rappresentante della Società, entro l'anno anteriore alla data di pubblicazione del bando, risultava essere stato rinviato a giudizio per il reato di omicidio colposo ex art. 589, comma 2, c.p., con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, per fatti accaduti nel marzo 2018 (e, pertanto nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara).

Tale circostanza è stata ritenuta alla base di un approfondimento condotto dalla S.a., esponendo mezzi di prova e ricostruzioni utili per la dimostrazione del grave illecito professionale, rendendo dubbia l'affidabilità e l'integrità dell'impresa non soltanto per la rilevanza storico-fattuale dell'illecito - (intervvenuto nel triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara) - commesso in violazione della normativa in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, quanto, piuttosto, alla riconducibilità di tale fatto anche nella sfera giuridica del soggetto persona fisica, in qualità di L.R. della Società.

Successivamente, il ricorso in appello, avverso la sentenza del TAR per il Lazio con la quale è stato respinto il ricorso proposto, impugnando il provvedimento di esclusione dalla gara, viene

sottoposto all'esame della V sezione del Consiglio di Stato.

Viene contestato il fatto che la Stazione appaltante abbia adottato il provvedimento di esclusione con una carente valutazione e conseguente motivazione in ordine alla effettiva sussistenza del grave illecito professionale. Secondo il ricorrente, con il provvedimento di esclusione, ANAS avrebbe omesso di compiere una autonoma e adeguatamente motivata valutazione dei fatti ascritti al Legale rappresentante della Società.

Il TAR per il Lazio, con la sentenza impugnata, non ha però sposato la tesi del ricorrente, respingendo, quindi, il ricorso. In particolare, il giudice di primo grado si è soffermato sull'operato della Stazione appaltante e sulla ritenuta valenza del rinvio a giudizio per il reato di omicidio colposo a carico del Legale rappresentante della Società, per come sopra delineato, quale grave illecito professionale, tale da rendere l'operatore economico non affidabile.

Subito dopo, il Giudice di primo grado si è soffermato sui mezzi addotti dalla S.A., al fine di dimostrare adeguatamente il grave illecito professionale.

In proposito, la V Sezione del Consiglio di Stato ha sottolineato come il punto nodale è, anzitutto, da individuarsi nella valutazione della rilevanza del fatto che ha attinto il legale rappresentante della Società ("rinvio a giudizio per il reato di omicidio colposo ex art. 589, comma 2, c.p., con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, per fatti accaduti nel marzo 2018"), il quale ancorché cessato dalla relativa carica, al tempo della specifica contestazione era amministratore unico della stessa società.

La V Sezione del Consiglio di Stato, esaminando la fattispecie posta all'attenzione, ha ricordato come l'orientamento della stessa Sezione sia consolidato, nel senso di ritenere che l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione in ordine al giudizio di integrità dell'operatore economico rinviene il proprio limite, ed al contempo il parametro di giudizio della legittimità del relativo esercizio, nella previsione normativa che la stazione appaltante dimostri la sussistenza del grave illecito professionale, idoneo a compromettere il rapporto fiduciario con l'operatore economico, avvalendosi di "mezzi adeguati".

È, quindi, la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale.

Il nodo da sciogliere sta tutto nella valutazione di adeguatezza del mezzo adoperato dalla stazione appaltante per dimostrare:

a) la sussistenza di un fatto o un comportamento qualificabile quale grave illecito professionale, intendendosi per tale la violazione anche di norme penali, commessa nel compimento di attività professionale da parte dell'operatore economico o dei soggetti che lo rappresentano, se si tratta di una persona giuridica;

b) l'idoneità dell'illecito, così come conosciuto dalla stazione appaltante, a compromettere

l'affidabilità o l'integrità dell'operatore economico, in riferimento allo specifico affidamento in contestazione.

Compito del Collegio è valutare se l'insieme del contegno tenuto dall'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.