

Pregressi illeciti ed esclusione dalla gara: la valutazione della stazione appaltante è discrezionale

Scritto da Interdata Cuzzola | 22/12/2022

La decisione di escludere un operatore economico nei confronti del quale sono stati ravvisati gravi illeciti professionali pregressi che potrebbero rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dello stesso non è automatica ma rientra nell'ampia competenza discrezionale della stazione appaltante: è quanto evidenziato dal TAR Campania, Salerno, sez. I, nella sent. 14 dicembre 2022, n. 3450.

Secondo la giurisprudenza in materia, *"nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa"* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 27 ottobre 2021, n. 7223).

In argomento, l'Adunanza Plenaria ha altresì ribadito l'operatività dei *"consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente»* [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione" (sent. 28 agosto 2020, n. 16).

Va infatti considerato che *"l'invocato art. 80, comma 5, mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di condotta illecita storicamente maturata - per definizione realizzata fuori del contesto procedimentale considerato (nell'ambito del quale incombe sul concorrente solo l'obbligo dichiarativo di non omettere "le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura") - che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo. Tale norma non descrive, dunque, la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva bensì, nel rinviare all'integrazione dell'interprete per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa,*

necessariamente rimette la qualificazione di una condotta come grave illecito professionale ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, pertanto sindacabile solo nei consueti limiti della manifesta irragionevolezza, illogicità o erroneità” (TAR Campania, Napoli, sez. IV, sent. 14 gennaio 2022, n. 299).

Applicando i suddetti principi, i giudici salernitani, nella sentenza in commento, hanno ritenuto l'assenza di illogicità o irragionevolezza nella scelta di escludere il concorrente motivando, nel provvedimento di revoca, con riferimento a *“comportamenti e progressi professionali che rendono dubbia l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico aggiudicatario “-OMISSIS-.” in quanto quest'ultimo si è trovato e si trova al centro di vicende giudiziarie che, in alcuni casi, hanno anche portato alla revoca di affidamenti concessi, oltre a svariate inadempienze nell'esecuzione di servizi, oggetto di appalti a quello di del -OMISSIS-, presso altre amministrazioni committenti”*. Conseguentemente, diventano irrilevanti eventuali differenti valutazioni operate da altre stazioni appaltanti in precedenza sul medesimo operatore, atteso che il giudizio di affidabilità dell'operatore economico rientra nella discrezionalità di ciascuna stazione appaltante *“che può ritenere di privilegiare un aspetto l'altro della condotta dell'impresa nell'ambito di una valutazione globale, complessivamente intesa, con il limite della ragionevolezza”* (cfr. CGA sent. 11 ottobre 2021, n. 842) con esiti, pertanto, fisiologicamente diversi a seconda dell'amministrazione precedente.