

Illecito professionale ed esclusione dalla gara: la valutazione della stazione appaltante è discrezionale

Scritto da Interdata Cuzzola | 16/10/2023

L'art. 80, comma 5, del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) dispone che la stazione appaltante procede all'esclusione di un operatore economico *"qualora [...] dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

Come ribadito recentemente dal TAR Lombardia, Milano, sez. IV, nella sent. 5 ottobre 2023, n. 2205, l'illecito professionale è rinvenibile ogni qual volta si verificano fatti tali da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, in base ad una valutazione discrezionale che è rimessa alla stazione appaltante; tale valutazione, pertanto, è soggetta al controllo e al sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10936).

L'elencazione delle cause rilevanti sulla valutazione di affidabilità del concorrente, sotto la vigenza del precedente e dell'attuale codice, deve intendersi come meramente esemplificativa, di talché la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti professionali" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231) se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria (tra le tante, Cons. Stato sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136; sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 costituisce dunque "norma di chiusura", ossia una clausola residuale in cui può essere fatta rientrare qualsiasi violazione tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (T.A.R. Lazio, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 13237; Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603).

Tra queste "violazioni" rientrano pertanto anche i reati diversi da quelli di cui all'art. 80, comma 1, nonché quelli pur riconducibili a siffatto elenco ma per i quali non è ancora intervenuta sentenza definitiva di condanna. In questa stessa direzione possono essere prese in considerazione non solo le condanne non definitive ma anche altri accertamenti ed elementi di prova quali rinvii a giudizio oppure misure restrittive della libertà personale o patrimoniale.

In questo quadro si è affermato, anche sotto la vigenza del precedente codice, che il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa

di esclusione dalle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale (Cons. Stato sez. VI, 1/2/2013, n. 620).

La giurisprudenza ha, poi, definito puntualmente il contenuto della valutazione cui è tenuta la stazione appaltante qualora sia venuta a conoscenza di una condotta potenzialmente suscettibile di integrare un "grave illecito professionale" incidente sull'affidabilità e integrità del concorrente priva di portata escludente automatica.

In particolare (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307) è stato precisato che:

- la stazione appaltante è tenuta ad una duplice valutazione: dapprima se si tratti, in ogni aspetto, di un effettivo caso di pregresso "grave illecito professionale" e poi in che termini il fatto che lo integra risulti incongruo rispetto all'affidabilità dell'impresa in vista del particolare contratto per il quale è gara;

- da quest'ultimo punto di vista, il giudizio della stazione appaltante "non può che investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale", considerato che l'apprezzamento del medesimo fatto in sede penale e da parte dell'amministrazione ex art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici è ben distinto proprio per le diverse finalità istituzionali della valutazione e gli inerenti parametri normativi;

- non occorre un giudicato sulla vicenda addebitata al concorrente per poterne trarre ragioni di inaffidabilità o non integrità giustificanti la sua esclusione (e cioè che il fatto sia stato accertato in sede penale con sentenza definitiva), poiché l'amministrazione è investita di un autonomo e distinto apprezzamento in funzione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara (Cons. Stato, sez. V, 27/11/2020, n. 7471 e 13/5/2021, n. 3772).

Alla luce di ciò, nel caso di fatti oggetto di verifica in sede penale, è necessario e sufficiente che l'amministrazione dia adeguato conto: a) di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova; b) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente (Cons. Stato sez. V, 17/9/2018, n. 5424).