

La terza sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 5517 del 22 luglio 2021, intervenendo in materia di procedure ad evidenza pubblica, ha chiarito alcuni aspetti relativi all'esclusione di un operatore economico concorrente per illeciti professionali, approfondendo, in particolare, la questione della valutazione della mancanza del possesso continuato in capo allo stesso del requisito morale di integrità e affidabilità di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, oggi art. 80, comma 5, lett. c), D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Ai sensi di quest'ultima norma, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali, appunto, da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Nell'esercizio dell'ampio potere tecnico-discrezionale attribuitole da tale impianto normativo, l'Amministrazione ben può utilizzare ogni tipo di elemento idoneo a desumere l'affidabilità del concorrente: secondo consolidata giurisprudenza, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2019, n.3908).

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, con la conseguenza che 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 (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2019, n. 591; Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72; Cons. Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231) laddove essa ne metta in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria (Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136; sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070). Tale assunto, peraltro, è rimasto valido anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, attuata con l'art. 5, D.L.14 dicembre 2018, n. 135, che ha sdoppiato nelle successive lettere c-bis) e c-ter) la preesistente elencazione, mantenendo comunque nella lett. c) la menzionata previsione di portata generale (Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605).

La giurisprudenza formatasi in relazione all'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del precedente codice degli appalti ha messo in luce l'ampia discrezionalità dell'amministrazione fondata sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della P.A. fin dal momento genetico e, di conseguenza, ai fini dell'esclusione di un concorrente, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede, connotata dall'elemento psicologico della colpa grave e da lesività non di scarsa entità, che rilevi sulla moralità e affidabilità dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424; Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3375; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107).

in tal senso, non occorre, ad esempio, l'accertamento inconfutabile della responsabilità contrattuale dell'impresa, che sposterebbe impropriamente nell'alveo del giudizio amministrativo ambiti di cognizione propri e tipici del giudizio civile, dovendosi ritenere sufficiente ai fini dell'applicazione della causa di esclusione, invece, la valutazione fatta dalla stessa amministrazione con il richiamo *per relationem* all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, ha provveduto alla risoluzione per inadempimento contrattuale (Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

Riferimenti Normativi:

- art. 38, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163
- art. 80, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 5, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135