

Negligenza e malafede: un *deficit* di fiducia.

D.ssa Filomena Masi

*Specializzanda presso la Scuola
Di Specializzazione Per
Le Professioni Legali
Dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

Sommario: 1. Negligenza e malafede; 2. Alcuni dati storici; 3. Qui iudicibus? 4. Qualche caso pratico.

1. Negligenza e Malafede.

Ai sensi dell'art. 38, comma I, lett. f) del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture- *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.* La ratio di tale norma si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario che connota i rapporti contrattuali della P.A., elevando il requisito della “affidabilità professionale” a requisito di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici e l'esclusione dalla gara è posta a presidio dell'elemento fiduciario stesso. L'elemento fiduciario è intaccato quando la stazione appaltante vede partecipare alla gara un'impresa con la quale già aveva un rapporto che si è risolto per grave inadempimento dell'impresa. L'inadempimento cui fa riferimento l'art. 38, comma I, lett. f) è quello grave causato dall'impresa per negligenza o malafede ascrivibile alla stessa e capace di compromettere l'affidamento sulle qualità di serietà e di correttezza contrattuale dell'impresa. L'art. 38, comma I lett. f) indica due cause di esclusione, la prima consiste nell'aver commesso “grave negligenza o malafede” nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima P.A. appaltante che attualmente sta indicando la procedura di gara. La norma non richiede, quale presupposto, un provvedimento giudiziale, nello specifico non è necessario un accertamento definitivo (anche solo in sede amministrativa, se non necessariamente giudiziale), in quanto ciò che risulta esser venuto meno è il rapporto fiduciario con la P.A. appaltante che, quindi, anche in assenza di una sentenza di condanna, non intende più contrarre con quell'operatore economico che, in passato, ha commesso una “grave negligenza o malafede” nei suoi confronti. E' da evidenziare che “negligenza” e “malafede” sono due concetti non giuridicamente chiari, a cui s'aggiunge, poi, che l'aggettivo

“grave” non ha una connotazione giuridica “univoca” ed inoltre la norma lascia alla stazione appaltante un ampio spazio di discrezionalità, *rectius* di merito amministrativo. Per tale motivo la giurisprudenza è particolarmente rigorosa nel pretendere una “motivata valutazione” delle cause d'esclusione che, al di là del caso dell'inadempimento contrattuale¹, impone l'onere di una precisa e circostanziata motivazione, che tenga conto di quanto effettivamente verificatosi in precedente rispetto all'affidamento della gara in oggetto. Il riferimento ai concetti di negligenza e malafede, i quali richiamano atteggiamenti dolosi o comunque gravemente colposi, ha fatto sì che spesso tale norma sia stata utilizzata per escludere imprese sulle quali pendevano indagini penali.

La norma non ha carattere sanzionatorio, quindi, ai fini dell'esclusione dalla gara, non è necessaria una sentenza penale di condanna passata in giudicato, ma è sufficiente la pendenza di indagini penali su contestati episodi di negligenza o malafede nei rapporti contrattuali pregressi poiché la pendenza è già di per sé idonea a minare il rapporto fiduciario tra P.A. ed impresa, nonché l'affidabilità professionale dell'impresa stessa².

Prima facie si potrebbe ravvisare un contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza dell'imputato sancito all'art. 27 Cost., ma così non è in quanto la pendenza di indagini penali non comportano automaticamente l'esclusione, essendo il giudizio rimesso alla discrezionalità dell'Amministrazione la quale, seguendo il faro dell'interesse pubblico, deve valutare se le circostanze dedotte nelle indagini inficiano o meno l'affidabilità professionale dell'impresa. Per giurisprudenza pacifica è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla negligenza o malafede tenuta nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stessa stazione appaltante, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa. Non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto invece per l'esercizio di un potere sanzionatorio³. La gravità della situazione ostativa deve essere valutata dall'Amministrazione procedente, che ha l'onere di motivare in ordine all'esistenza ed all'importanza della condotta pregressa, suscettibile di dar luogo all'esclusione⁴. La rilevanza della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va, in concreto, commisurata al pregiudizio arrecato all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa con cui decide di intraprendere un nuovo rapporto contrattuale.

¹ Cfr. Cons.St., sez. V, 25/5/2012. n. 3078; Consiglio Stato, sez. III, 14/1/2013, n. 149

² cfr. A.V.C.P., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1

³ Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato sez. V 22 febbraio 2011, n. 1107; id. sez. V 16 agosto 2010 n. 5725; id. sez. VI 28 luglio 2010 n. 5029; id. 27 gennaio 2010 n. 296; T.A.R. Puglia Bari sez. I 19 ottobre 2011 n. 1561, T.A.R. Puglia sez. I Bari 14 giugno 2012 n.1183

⁴ cfr. A.V.C.P., parere 25 febbraio 2010 n. 42; Id., parere 23 aprile 2008 n. 122 T.A.R. Puglia Bari sez. I 26 luglio 2012 n. 1251

Naturalmente, esigenze di ragionevolezza (art. 3 Cost.), buona amministrazione (art. 97 Cost.), proporzionalità e soprattutto di tutela del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.) impongono di escludere la rilevanza della contestazione di condotte connotate da modesta lesività onde scongiurare l'espulsione dal mercato degli appalti pubblici, a tempo indeterminato, di soggetti che siano incorsi in modeste inadempienze contrattuali⁵. D'altronde *Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*; e, infatti, in altre fattispecie il Legislatore ha richiesto espressamente la definitività degli accertamenti in sede amministrativa o giurisdizionale come ad esempio l'art. 38 comma I lett c), e), g) del D.Lgs 163/2006.

La seconda causa di esclusione prevista dall'art. 38 comma I lett. f) è data dall'ipotesi di "errore grave". Diversamente dalla negligenza e malafede il comportamento oggetto della specifica causa di esclusione dell'errore grave non deve afferire necessariamente ad un precedente rapporto contrattuale con la stessa stazione appaltante, ben potendo riguardare precedenti rapporti con altre stazioni appaltanti. L'errore grave è considerato anche dall'art. 45, paragrafo 2, lett. d) della direttiva 2004/18 il quale prevede la possibilità di escludere dalla partecipazione ad una gara pubblica ogni operatore economico che abbia commesso un errore professionale grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dalla stazione appaltante. Tale causa di esclusione può venire in considerazione in relazione a tutta l'attività professionale pregressa dell'impresa perché è un elemento sintomatico della perdita dei requisiti di capacità e affidabilità professionale a fornire determinate prestazioni, dirette al soddisfacimento degli interessi pubblici perseguiti dalla stazione appaltante⁶. Nella determina n. 1 del 2010 l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, nel definire l'errore grave, afferma: *"L'errore grave riguarda, più in generale, la attività professionale dell'imprenditore e quindi la sua reale capacità tecnica e professionale. La rilevanza dell'errore grave non è circoscritta ai casi occorsi nell'ambito di rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara, ma attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue. Anche con riferimento all'errore grave, la stazione appaltante è tenuta ad esprimere una valutazione che deve essere supportata da congrua motivazione. L'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, può risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità"*.

Anche l'esclusione per errore grave ha come obiettivo quello di salvaguardare l'elemento fiduciario sul quale deve essere necessariamente improntato il rapporto contrattuale tra P.A. ed impresa affidataria.

⁵ Cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez I ter 12 dicembre 2006, n. 14212; id.sez. III 11 novembre 2009 n. 11089

⁶ T.A.R. Veneto sez. I 17 maggio 2012, n. 703

Ciò che accomuna l'ipotesi dell'errore grave con quella della negligenza e malafede è che, entrambe, per assurgere a causa di esclusione devono essere oggetto di adeguata motivazione da parte della stazione appaltante che, perciò, ha l'onere di assumere un provvedimento formale nel quale si dia conto dell'esistenza dell'inadempienza e della sua gravità.

2. Alcuni dati storici.

Storicamente i requisiti di partecipazione a gare pubbliche avevano una scarsa disciplina; la normativa, infatti, richiedeva generiche attestazioni di sufficiente perizia ed affidabilità rimesse alla discrezionalità della P.A. In particolare, per quanto riguarda negligenza e malafede, antecedente storico dell'art. 38, comma I, lett. f) D. Lgs. 163/2006 è dato dall'art. 68 del regolamento di esecuzione di cui al R.D. 23 aprile 1924 n. 827, in attuazione dell'art. 3, comma III, del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440; in base ai quali *“sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano resi colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni”*. L'art. 68 del regolamento precisava che il provvedimento di esclusione doveva essere comunicato al Ministero del Tesoro (Ragioneria centrale dello Stato), a cura del quale veniva data notizia alle altre amministrazioni. La stessa procedura doveva essere seguita per le eventuali riammissioni. L'art. 68 del Reg., inoltre, sanciva che *“l'amministrazione ha piena ed esauribile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione”*. Per armonizzare interessi pubblici e privati il Consiglio di Stato precisò che, per esercitare la facoltà di esclusione, la P.A. doveva compiere tutti gli accertamenti opportuni, nell'ambito della sua discrezionalità, ai fini della migliore valutazione possibile.

Ma, in termini di negligenza e malafede, il problema riguardava la natura tassativa o meramente indicativa dei due termini. Secondo il Consiglio di Stato *“la malafede sussiste in qualsiasi fatto compiuto dall'imprenditore per procurare a sé un vantaggio, pur senza l'intendimento di arrecare danno alla P.A. ed anche se nessun pregiudizio ne sia, in concreto, alla stessa derivato”*.⁷ Secondo G. Ingrosso, invece, *“il loro significato è così elastico da non consentire un rigore di interpretazione circa i casi di esclusione che in essi possano andar compresi. E' logicamente impossibile stabilire uno schema prestabilito delle condizioni nelle quali possono presentarsi la negligenza e la malafede come motivi di esclusione”*.⁸

E' stato solo con l'avvento dell'Unione Europea e le sue direttive che si è avuto un elenco minuzioso dei criteri di selezione per le imprese da invitare o ammettere alle gare.

⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 21/01/1955 n. 132

⁸ G. Ingrosso, *Istituzioni di diritto finanziario*, Vol. I, Napoli, 1935, pag. 105

Solo attraverso le direttive comunitarie si è avuto una cristallizzazione dei requisiti soggettivi, delle qualità personali che ciascun candidato deve possedere per poter essere ritenuto idoneo ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto e ciò al fine di prestare maggiori garanzie agli stessi partecipanti⁹. L'art. 38, comma I, lett. f) ha sostituito l'art. 75 comma 1 lett. f) d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (per i lavori), l'art. 12 del d.lgs. 157/95 (per i servizi) e l'art. 11 del d.lgs. 358/92 (per le forniture). Mentre per i lavori già l'art. 75 comma I lett. f) faceva riferimento ai concetti di negligenza e malafede, gli artt. 11 comma I lett. c) del D.lgs. 358/92 e 12, comma I lett. c) del D.Lgs. 157/95 facevano espresso richiamo solo all'errore grave.

Per quanto riguarda la negligenza e la malafede l'art. 38, comma I, lett. f) del D. Lgs. 163/2006 ha dato attuazione all'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 il quale, però, ha un contenuto più ampio e generico ed inoltre non menziona espressamente né la negligenza né la malafede tanto che, secondo tesi minoritaria, *“la malafede può essere ricompresa nell'ampio ed indeterminato concetto di errore professionale grave ed è possibile qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore, ovunque commesso –quindi anche presso stazioni appaltanti diverse –che caratterizzi la storia professionale degli aspiranti concorrenti, purché abbastanza grave da metterne in dubbio l'affidabilità”*¹⁰.

3. *Qui iudicibus?*

L'esclusione per negligenza o malafede non ha carattere sanzionatorio ma ciò non significa che non può passare al vaglio del giudice amministrativo al fine di accertare un'eventuale ipotesi di eccesso di potere e, incidentalmente, accertare se, nel concreto, sussistano i presupposti idonei a giustificare il venir meno della fiducia.

Le regole generali in tema di giurisdizione vedono come spartiacque il momento della stipula del contratto e, in particolare, il giudice amministrativo nulla può statuire in merito all'esecuzione del rapporto; quindi, nel caso dell'art. 38, comma I lett. f), nulla potrebbe statuire sui pregressi fatti sussistendo i quali sarebbe legittima l'esclusione dalla gara. Sul punto va ricordato che, ai fini dell'esclusione, non è necessario che la negligenza e malafede siano accertati in sede giurisdizionale perché, come precedentemente acclarato, la norma non ha carattere sanzionatorio. E' sufficiente, quindi, una valutazione discrezionale della P.A. ed una congrua motivazione, ed è in tale contesto che il provvedimento di esclusione può essere giudicato dal giudice amministrativo per vizi di legittimità suoi propri (eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge) ed è attraverso questi vizi che si può

⁹ R. Garofoli-G.Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, VI edizione 2012-2013, Nel diritto editore, p. 1437. Picozza-Sandulli-Solinas, *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. X, *I lavori pubblici*, Cedam Padova 1990, pp. 281 ss.

¹⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia Brescia sez. II 23 giugno 2011, n. 925; T.A.R. Puglia Bari sez. I n. 1183/2012

riportare alla valutazione del giudice amministrativo anche le ponderazioni discrezionali della P.A. e, *obiter dictum*, i fatti presupposti del provvedimento di esclusione. In poche parole, è vero che la competenza è del giudice ordinario per quanto riguarda gli elementi contrattualistici dell'esecuzione ma qui la competenza del giudice amministrativo sta nella motivazione del provvedimento di esclusione.

La Corte di Cassazione, Sez. Un., con sentenza 17 febbraio 2012 n. 2312, ha affermato che il sindacato del Giudice amministrativo sulla motivazione dell'esclusione dalla gara deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuta, e non può invece pervenire ad evidenziare - anche sulla scorta degli esiti di una CTU disposta in corso di giudizio - la mera non condivisibilità della valutazione stessa, pena lo sconfinamento nell'ambito della discrezionalità amministrativa ed il conseguente superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa¹¹. Questo perché l'esclusione per motivi di fiducia rientra nel merito amministrativo e non è valutabile con la discrezionalità tecnica. Il merito amministrativo coincide con l'apprezzamento della P.A. mentre la discrezionalità tecnica coincide con le valutazioni tecniche. *Ergo*, trattandosi di esercizio di potere discrezionale, esso è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti¹².

Infine, è consolidato orientamento giurisprudenziale ritenere che la violazione dei doveri professionali riconducibili alla negligenza o malafede deve essere connotata dall'elemento psicologico della colpa grave, e da lesività non di scarsa entità in relazione allo specifico rapporto contrattuale¹³.

4. Qualche caso pratico.

Una buona parte del contenzioso in materia di appalti è incentrato proprio sulla negligenza e malafede come cause di esclusione da gare d'appalto. Nella sentenza del 14 giugno 2012, n. 1183, il T.A.R. Puglia Bari sez. I si è giustappunto occupato di un ricorso proposto dalla società X s.r.l. contro il Comune di Bari il quale l'aveva esclusa da una gara di appalto avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico per mancanza dei requisiti ex art. 38, 1 comma, lett. f) D. Lgs. 2006 n. 163. Il Comune di Bari accertava a carico della X s.r.l. grave negligenza e malafede nell'esecuzione di precedente appalto di trasporto alunni

¹¹ V. Capuzza, *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale nei requisiti per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni*, G. Giappichelli editore - Torino, 2012, pp. 159 ss.

¹² *Ex plurimis* Consiglio di stato sez. V 22 febbraio 2011, n. 1107

¹³ *Ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. I ter 12 dicembre 2006, n. 14212; id. sez. III 11 novembre 2009, n. 11089

in riferimento alle risultanze del procedimento penale a carico del titolare dell'impresa ricorrente, rinviato a giudizio per i reati di cui agli artt. 355, 356 e 640 c.p. Il T.A.R. ha ritenuto il ricorso infondato e l'ha rigettato, allineandosi al consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale l'esclusione da una gara pubblica si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario e, in merito, la pendenza di indagini penali è idonea a minare il rapporto fiduciario, non rilevando l'effettivo accertamento dell'inadempimento contestato.

E' fonte di una serie di considerazioni, invece, uno dei motivi dedotti dalla ricorrente ove si legge *"la negligenza e la malafede si riferirebbero ad un periodo assai remoto e circoscritto nella durata, che non ha impedito al committente la conferma degli affidamenti per un quadriennio nonché di affidare il servizio all'esito della gara de qua, prima della richiesta di rinvio a giudizio"*; orbene, su tale punto non si è pronunciato il giudice del T.A.R. ma, lo stesso, richiama alla mente una nota pronuncia del Consiglio di Stato, la sentenza del 3 agosto 2011, n. 4629; che ha stabilito il principio per il quale *"L'esclusione di una impresa da una procedura ad evidenza pubblica per grave negligenza o malafede è illegittima qualora la P.A. abbia provveduto a confermare la fiducia nei confronti dell'impresa rinnovando o prorogando l'affidamento di diversi contratti"*. L'amministrazione che procede a rinnovare all'impresa l'affidamento di servizi, infatti, dimostra l'affidabilità della stessa ed inoltre, proprio la proroga e l'affidamento senza alcun riferimento a pregresse inadempienze, sono chiari indizi dello sviamento e della contraddittorietà di cui è affetto l'atto di esclusione dalla gara.

Già precedentemente il Consiglio di Stato sez. VI, con sentenza 28 luglio 2010, n. 5029 aveva statuito che l'elemento fiduciario trovava un palese limite nel caso in cui la stessa amministrazione avesse operato una valutazione favorevole sul piano tecnico-morale dell'impresa rinnovandole fiducia attraverso la proroga o l'affidamento di diversi contratti. L'atto di esclusione è, pertanto, illegittimo se non dimostra in maniera adeguata l'intervenuta inaffidabilità dell'impresa.

Con la sentenza n. 5029/2010 il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza di primo grado, annullava il provvedimento di esclusione per sviamento di potere, accertato sulla base di una consulenza tecnica d'ufficio. Successivamente, tale sentenza venne impugnata con ricorso in Cassazione ex art. 362 c.p.c.

In primo luogo la Suprema Corte ha statuito che l'esclusione per motivi di fiducia rientra nel merito amministrativo. E' da rammentare la distinzione, all'interno della discrezionalità amministrativa, tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo. La discrezionalità tecnica consiste nella valutazione dei fatti attraverso le regole tecnico-scientifiche interessate dal tipo di valutazione che, inoltre, deve essere effettuata nel rispetto delle norme giuridiche; mentre, il concetto di merito amministrativo non è disciplinato da norme giuridiche e, sostanzialmente, esprime un'attività libera nel cui espletamento la P.A. compie valutazioni ed apprezzamenti di opportunità, convenienza, utilità e giustizia. Il merito amministrativo non è sindacabile dal giudice amministrativo perché la libera scelta dell'amministrazione è effettuata tra tutte soluzioni ragionevoli. Tale dicotomia non è

irrelevante poiché diverso è il controllo che può operare il giudice amministrativo a seconda che si trovi dinanzi alla discrezionalità tecnica ovvero al merito amministrativo. Con riguardo al merito amministrativo, il Giudice amministrativo, non potendosi sostituire alla valutazione effettuata dalla P.A., sarà chiamato al controllo sul corretto esercizio del potere discrezionale. Tale controllo giurisdizionale si sostanzierà nel giudizio sull'eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche (rappresentazione dei fatti alla base della decisione conforme alla realtà, rispetto dei canoni della logicità e della non contraddizione, delle regole di parità di trattamento, istruttoria completa ecc).

Viceversa, il controllo sulla discrezionalità tecnica risulta più limitato, a causa delle caratteristiche stesse di tale discrezionalità; un controllo, più che altro, volto alla rilevazione di vizi macroscopici ovvero di errori lapalissiani.

In secondo luogo la Suprema Corte ha ribadito che il Giudice amministrativo travalica i limiti della propria giurisdizione ogniqualvolta si sostituisce all'Amministrazione nell'effettuare una scelta discrezionale; e, pertanto, la relativa decisione del Giudice amministrativo sarà suscettibile di sindacato in punto di giurisdizione da parte della Corte di Cassazione la quale potrà pronunciarsi anche su questioni non soggette alla sua valutazione¹⁴

Ai sensi dell'articolo 362 c.p.c., casi di ricorso in Cassazione sono le impugnazioni delle decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi inerenti alla giurisdizione del Giudice stesso.

Sintetizzando, la Corte di Cassazione può sindacare le sentenze del Consiglio di Stato qualora quest'ultimo abbia esercitato le proprie funzioni con "eccesso di potere giurisdizionale"¹⁵.

L' "eccesso di potere giurisdizionale" si configura quando l'indagine svolta dal Consiglio di Stato non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto; così facendo l'organo giudicante va a sostituirsi alla P.A. La valutazione di affidabilità effettuata ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. f), D. Lgs. 163/2006 deve essere considerata una scelta discrezionale dell'Amministrazione, rientrante nel merito amministrativo, quindi sottosta al solo obbligo di una congrua motivazione.

Inoltre, nel caso in cui la valutazione di opportunità sia stata effettuata per *errore grave nell'esercizio dell'attività professionale* la stazione appaltante potrà usare qualsiasi mezzo di prova (consulenza di parte inclusa) senza che ad esso possa essere sostituito altro mezzo di prova assunto autonomamente dal Giudice amministrativo.

¹⁴ Cass. SS. UU. 19 gennaio 2007, n. 1136

¹⁵ Cass. Sent. 21 dicembre 2005, n. 28263



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Ciò anche nel caso in cui l'esperimento del mezzo di prova deciso dal Giudice sia volto all'accertamento di un eccesso di potere e, pertanto, sia funzionale all'annullamento del provvedimento di esclusione stesso.

Infatti, in caso contrario, lo stesso Giudice amministrativo incorrerà in uno sconfinamento dei suoi poteri giurisdizionali, per questo sindacabili dalla Corte di Cassazione in punto di giurisdizione *ex* articolo 362 c.p.c.