

Pubblicato il 25/01/2022

N. 00489/2022REG.PROV.COLL.  
N. 01764/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 1764 del 2021, proposto da Pulitori ed Affini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

1000 Miglia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Zito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 00806/2020, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di 1000 Miglia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e viste le conclusioni delle parti come da

verbale.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – sezione staccata di Brescia ha respinto il ricorso proposto dalla società Pulitori ed Affini s.p.a. contro la società 1000 Miglia s.r.l. per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in suo favore del servizio, di durata biennale e da affidarsi al criterio del minor prezzo, di pulizia degli uffici della stazione appaltante.

1.1. A seguito di invito di quest'ultima, la società ricorrente aveva trasmesso il DGUE per consentire la verifica dei requisiti di partecipazione.

Nel documento aveva dichiarato, tra l'altro, di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016, allegando tuttavia le seguenti due dichiarazioni a firma del proprio legale rappresentante:

- nella prima precisava che a far data dal 24 ottobre 2019 la società era stata iscritta nella sezione Area B del Casellario tenuto dall'ANAC, in ragione della risoluzione di un contratto di appalto per il servizio di pulizia e sanificazione di edifici comunali, disposta dal Comune di Rovigo il 12 novembre 2018 (risoluzione impugnata dinanzi al Tribunale civile di Venezia, con giudizio ancora pendente);
- nella seconda precisava che, in relazione a tre diversi contratti relativi al medesimo servizio di pulizia, la società aveva subito l'irrogazione di penali contrattuali in misura superiore all'1% dell'importo contrattuale, rispettivamente da parte dell'ALER di Varese (per un importo di euro 5.500,00), non impugnata; Banca d'Italia (per un importo di euro 595.540,78), non impugnata; e Roma Capitale (per un importo di euro 110.257,28), impugnata dinanzi al Tribunale civile di Roma, con giudizio ancora pendente.

1.2. La stazione appaltante si era riservata di verificare le circostanze dichiarate dall'interessata e, all'esito di tale verifica, con email del 18 novembre 2019, aveva comunicato di annullare l'aggiudicazione e di escludere la concorrente dalla gara, ritenendo sussistenti "gravi illeciti professionali" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), del *Codice dei contratti pubblici*.

1.3. Con lettera del 21 novembre 2019, l'interessata aveva chiesto l'annullamento in autotutela del predetto provvedimento perché immotivato, carente di istruttoria ed emesso in assenza di contraddittorio.

1.4. Con lettera del 29 novembre 2019 la stazione appaltante aveva respinto l'istanza e confermato l'esclusione, ritenendo insussistenti elementi probatori a supporto delle dichiarazioni prodotte ed elementi di novità rispetto a quelli già acquisiti con i precedenti atti.

1.5. Con ricorso notificato il 18 dicembre 2019 e ritualmente depositato, l'interessata aveva impugnato i due provvedimenti e ne aveva chiesto l'annullamento sulla base di tre motivi, con i quali aveva dedotto vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto plurimi profili.

1.6. La società 1000 Miglia s.r.l. si era costituita in giudizio depositando documentazione e memoria difensiva, chiedendo il rigetto del ricorso.

2. La sentenza - dato atto del contenuto dei provvedimenti impugnati - ha respinto le censure della ricorrente sull'assenza di contraddittorio e sull'insufficienza dell'istruttoria e della motivazione (primo e secondo motivo di ricorso), osservando che:

- la ricorrente aveva esposto le proprie ragioni già nella documentazione integrativa allegata al DGUE e successivamente nell'istanza di autotutela; rispetto a tali ragioni, la società, in sede processuale, non aveva evidenziato "ulteriori profili" che sarebbero stati pretermessi dalla stazione appaltante a causa della dedotta carenza di contraddittorio, "*per cui il vizio di carattere procedimentale dedotto dalla ricorrente appare formalistico e pretestuoso*";

- quanto ai vizi di difetto di istruttoria e di motivazione, la ricorrente, in sede sia procedimentale che giudiziale, si era limitata a prospettare argomenti "*tesi*

*più a depotenziare la gravità degli inadempimenti commessi che a negarne l'esistenza*";

- in tale contesto, la stazione appaltante, preso atto degli inadempimenti sostanzialmente non contestati, aveva motivato rilevando che: gli stessi si erano verificati nello svolgimento di servizi analoghi; avevano comportato l'irrogazione di sanzioni risolutorie o di penali di importo non trascurabile (anzi, in alcuni casi, particolarmente elevato); erano accaduti in epoca recente; le giustificazioni dell'interessata erano generiche e fondate su considerazioni apodittiche.

Dato ciò, la committente aveva ritenuto di *"poter nutrire fondati dubbi circa l'integrità e l'affidabilità della concorrente"*, aggiungendo che la contestazione giudiziale di alcune di dette vicende contrattuali non fosse sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 80, comma 5, lett. c), del *Codice dei contratti pubblici*.

2.1. Il tribunale ha quindi ritenuto l'istruttoria condotta dall'amministrazione *"completa ed esaustiva, avendo essa preso in considerazione tutti gli elementi forniti in gara dall'interessata"*, e la motivazione *"congrua e adeguata"*, in quanto non intaccata da profili di abnormità o di manifesta irragionevolezza; il tutto poi *"in assenza di giustificazioni convincenti dell'interessata in ordine alle cause dei predetti disservizi, ritenuti invece "fisiologici" e "minimi" sulla base di affermazioni autoassolutorie del tutto apodittiche e generiche, non supportate da alcuna oggettiva evidenza; nonché, infine, in mancanza della prova di aver adottato, successivamente alle predette vicende, misure di carattere organizzativo, tecnico o afferenti al proprio personale in grado di prevenire, in futuro, il verificarsi di ulteriori disservizi e/o inadempimenti contrattuali."*

2.2. Il terzo motivo di ricorso - col quale erano state dedotte ulteriori violazioni della normativa di settore, del principio di proporzionalità e del principio del *ne bis in idem* - è stato respinto osservando che *"l'effetto espulsivo discende direttamente dall'applicazione di una norma di legge, per cui non si pone un problema di proporzionalità"* e che la norma applicata *"risponde alla finalità ragionevole di tutelare il vincolo fiduciario che deve necessariamente sussistere tra la Pubblica amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico"*.

2.3. Respinto il ricorso, le spese processuali sono state poste a carico della ricorrente e liquidate nell'importo complessivo di € 4.000,00, oltre accessori.

3. Avverso la sentenza la società Pulitori ed Affini s.p.a. ha avanzato appello con tre motivi.

3.1. La società 1000 Miglia s.r.l. si è costituita in giudizio per resistere all'appello.

3.2. All'udienza del 9 dicembre 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria dell'appellata e di replica dell'appellante.

4. I motivi di gravame possono essere unitariamente considerati, in quanto connessi.

4.1. Col primo motivo (*Error in iudicando. Violazione art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 57 e considerando 101 della direttiva 2014/24/UE. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per omessa istruttoria, difetto di motivazione e violazione del principio di proporzionalità. Ingiustizia manifesta*) è riproposta la censura di carenza di istruttoria e di contraddittorio, atteso che:

- malgrado la società 1000 Miglia avesse preannunciato di voler “*verificare le circostanze relative all'applicazione delle penali e alle risoluzioni dichiarate*”, ha omesso qualsivoglia forma di contraddittorio e, in definitiva, di istruttoria;
- contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., non avrebbe dovuto essere la ricorrente a fornire spontaneamente la prova di aver adottato le misure di *self cleaning* successivamente alle vicende contrattuali dichiarate, ma, essendo il concorrente gravato soltanto dell'obbligo dichiarativo (nel caso di specie, assolto dalla Pulitori e Affini), avrebbe dovuto essere la stazione appaltante ad avviare il relativo sub-procedimento ed a richiedere riscontro documentale di quanto dichiarato dalla società, sia relativamente alle dette misure, sia relativamente alle risoluzioni contrattuali ed alle penali applicate, acquisendo i provvedimenti applicativi e gli atti di citazione con i quali le une e (parte del)le altre erano state contestate;

- il T.a.r., inoltre, sarebbe incorso in un errore prospettico ritenendo che il contraddittorio sarebbe stato integrato e l'istruttoria completata in ragione del fatto che la ricorrente aveva esposto le proprie ragioni nella documentazione allegata al DGUE e successivamente nell'istanza di autotutela: queste integrano soltanto il presupposto dell'avvio del procedimento, che l'amministrazione committente deve poi condurre in contraddittorio con l'operatore economico, come da Linee Guida Anac n. 6, par. 6.1. e da giurisprudenza richiamata nell'atto di appello;
- non sarebbe affatto decisiva, all'opposto di quanto ritenuto dal T.a.r., la mancata deduzione in giudizio di "ulteriori profili" rilevanti per escludere il grave illecito professionale, perché, se anche la società ne avesse dato prova in giudizio, gli stessi non avrebbero potuto essere apprezzati dal giudice, ostandovi l'art. 34 c.p.a., e comunque il supporto documentale del provvedimento di esclusione della stazione appaltante avrebbe dovuto essere acquisito da quest'ultima nella naturale sede procedimentale;
- ancora, è errata la sentenza nella parte in cui valorizza la mancata contestazione in giudizio di alcune penali inflitte alla società e, in altra parte, ritiene contraddittoriamente che non sarebbe "*elemento impeditivo dell'esclusione*" l'avvenuta contestazione in giudizio di altre penali (e della risoluzione contrattuale).

4.2. Col secondo motivo (*Error in iudicando. Violazione art. 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 57 e considerando 101 della direttiva 2014/24/UE. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per omessa istruttoria, difetto di motivazione e violazione del principio di proporzionalità. Ingiustizia manifesta*) è riproposta la censura di insufficienza della motivazione con riguardo alla previsione dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del d.lgs. n. 50 del 2016, contestando l'appellante, in via preliminare, l'affermazione della sentenza secondo cui <<*nel caso di specie la stazione appaltante ha motivato l'esclusione della ricorrente e l'annullamento*

*dell'aggiudicazione in virtù del richiamo della sola lettera c) dell'art. 80 comma 5, ritenendo sussistenti a carico del concorrente "gravi illeciti professionali" tali da rendere "dubbia la sua integrità o affidabilità"; per cui il riferimento alla lettera c-ter) operato dalla ricorrente nel secondo motivo non appare pertinente>>.*

L'appellante obietta che l'affermazione è errata perché la stazione appaltante ha fatto riferimento all'errore professionale integrato proprio dalle carenze nell'esecuzione di pregressi contratti, valorizzando il breve tempo trascorso dalle vicende valutate (risoluzione contrattuale e penali contrattuali).

Ciò premesso, sostiene che il provvedimento impugnato sarebbe carente della necessaria, rigorosa motivazione imposta dalla norma citata, poiché la stazione appaltante si è basata esclusivamente sul recepimento della "vicenda storica", senza esprimere le ragioni per le quali la Pulitori e Affini non sarebbe soggetto affidabile, malgrado le argomentazioni spese nella propria dichiarazione e malgrado le misure adottate a garanzia della propria integrità professionale, e senza esprimere alcun giudizio sui fatti sottesi alla risoluzione contrattuale e sulle penali comminate, salvo che per il riferimento alla mera "analogia" o identità del servizio rispetto al quale sono state comminate, ma in palese contrasto con la giurisprudenza riportata nell'atto di appello.

4.3. Col terzo motivo (*Error in iudicando. Violazione dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 57 e considerando 101 della direttiva 2014/24/UE. Violazione delle Linee Guida n. 6. Violazione del principio di proporzionalità e del ne bis in idem. Violazione dell'art. 97 e 41 della Costituzione. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta*) viene riproposta la censura di violazione del canone di proporzionalità perché, ad avviso dell'appellante, in assenza di un'autonoma valutazione dei pregressi errori professionali, l'annullamento dell'aggiudicazione produce in capo al concorrente una duplicazione degli effetti pregiudizievoli conseguenti ai provvedimenti di risoluzione contrattuale e di applicazione delle penali (come da decisione della C.G.U.E., ordinanza 4 giugno 2019, C-425/18).

5. I primi due motivi sono fondati, con conseguente assorbimento del terzo, per le ragioni che di seguito si espongono.

5.1. E' corretto l'assunto dell'appellante secondo cui la scansione procedimentale stabilita dall'art. 80 del *Codice di contratti pubblici* onera il concorrente soltanto degli obblighi dichiarativi, lasciando alla stazione appaltante l'avvio e la conduzione dell'istruttoria, in particolare sulle vicende professionali rilevanti ai fini del giudizio di affidabilità e di integrità ai sensi dello stesso art. 80, comma 5, lett. c).

Spetta quindi alla stazione appaltante individuare i "mezzi adeguati" di prova dell'illecito professionale, acquisiti a seguito di spontanea produzione dell'operatore concorrente o d'ufficio o previa apposita richiesta rivolta all'interessato, essendo poi quest'ultimo "*ammesso a provare di ... avere adottato provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti?*", vale a dire le c.d. misure di *self cleaning* di cui al comma 7 della citata disposizione del *Codice dei contratti pubblici*.

Pulitori e Affini aveva dichiarato, non solo la risoluzione contrattuale e le penali irrogate, ma anche di aver adottato misure idonee a supportare un giudizio di affidabilità professionale (adozione del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231 del 2001, massimo punteggio nel *rating* di legalità riconosciuto dall'AGCM, iscrizione nella *white list*, sistemi di qualità e asseverazione del sistema di sicurezza: cfr. doc. 4).

La stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere il riscontro documentale di siffatta dichiarazione e motivare specificamente sull'(eventuale) ritenuta inidoneità delle misure.

A fronte di tale onere istruttorio e motivazionale, non colgono nel segno le difese della società 1000 Miglia, secondo cui si dovrebbe ritenere (*rectius*, presumere) che la stazione appaltante abbia giudicato insufficienti le misure adottate dall'operatore economico aggiudicatario, pur in mancanza di qualsivoglia attività istruttoria e motivazione al riguardo.



La produzione documentale effettuata dalla società ricorrente nel corso del presente giudizio non è utile a colmare una lacuna istruttoria procedimentale imputabile, non all'operatore economico, ma alla società committente; essendone precluso l'apprezzamento da parte del giudice, in mancanza del previo esame dell'amministrazione (arg. ex art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.), non è nemmeno in discussione il divieto di *ius novorum* in appello, ai sensi dell'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm., pur invocato dalla difesa dell'appellata.

Per ragioni analoghe va escluso che fosse onere della ricorrente evidenziare in giudizio "ulteriori profili" atti a sconfiggere la valutazione di inaffidabilità della stazione appaltante, come ritenuto dal T.a.r., essendo all'opposto la società committente 1000 Miglia a dover completare, con adeguato supporto documentale, la propria istruttoria, basata invece sulla mera constatazione delle circostanze dichiarate dalla concorrente.

5.1.1. In proposito va ribadito quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza 14 gennaio 2021, in causa C-387/19, richiamata dall'appellante, laddove si è concluso che *"L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una prassi in forza della quale un operatore economico è tenuto a fornire spontaneamente, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati per dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza, nei suoi confronti, di un motivo di esclusione facoltativo di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di detta direttiva, come modificata dal regolamento delegato 2015/2170, qualora un simile obbligo non risulti né dalla normativa nazionale applicabile né dai documenti di gara."*

Poiché né l'art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, come detto, né la *lex specialis* imponevano un obbligo siffatto nei confronti dell'operatore economico concorrente nella gara *de qua*, avrebbe dovuto la stazione

appaltante ammettere la Pulitori e Affini a provare i provvedimenti e le misure di ravvedimento operoso adottati per porre rimedio all'eventuale motivo di esclusione facoltativa.

5.2. Fermo peraltro l'obbligo del concorrente di dichiarare le vicende professionali incidenti sull'affidabilità professionale, la circostanza che nel caso di specie la Pulitori e Affini, non solo avesse dato conto della risoluzione per inadempimento del Comune di Rovigo e dell'irrogazione delle penali da parte di tre stazioni appaltanti (ALER Varese, Banca d'Italia e Roma Capitale), ma ne avesse riassunto le vicende ed illustrato le ragioni per le quali, a suo avviso, non configuravano "gravi illeciti professionali", non è, in sé, sufficiente a ritenere esonerata l'amministrazione committente dall'avvio di un procedimento in contraddittorio, sia per acquisire i provvedimenti applicativi dell'una e delle altre sia per indagare sugli atti e sull'andamento dei processi civili istaurati dalla società per contestare la risoluzione disposta dal Comune di Rovigo e l'irrogazione della penale da parte di Roma Capitale.

5.2.1. Come ricorda la società appellante, già le Linee Guida Anac n. 6 prescrivono che "*L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato*". Nello stesso senso è la giurisprudenza amministrativa che si condivide (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5732, sulla necessità dell'attivazione del sub-procedimento di cui all'art. 57, paragrafo 6, della direttiva, volto a garantire il contraddittorio con l'operatore economico; di recente, anche C.G.A.R.S., 19 luglio 2021, n. 720).

Invero, va premesso che il sub-procedimento prescritto dall'art. 57, par. 6 della direttiva 2014/24, ha profili di specialità tali da non richiedere la formale attivazione delle garanzie procedurali della legge n. 241 del 1990. Esso tuttavia connota il giudizio discrezionale della stazione appaltante sull'affidabilità dell'operatore economico concorrente, svincolandolo dall'automatismo espulsivo in presenza di un illecito professionale, più o meno qualificato.

Di conseguenza, l'amministrazione è chiamata ad esprimersi sui *fatti* che hanno dato luogo ad una determinata vicenda risolutiva o sanzionatoria contrattuale, previa acquisizione della relativa conoscenza, in contraddittorio con l'interessato.

5.3. Agli esiti di detta attività istruttoria è correlato l'onere di adeguata motivazione sulle ricadute sull'affidabilità e sull'integrità della concorrente degli accadimenti integranti illeciti professionali, tenuto conto dello specifico contratto da stipularsi con quest'ultima.

5.3.1. La motivazione è poi "rafforzata" quando l'illecito professionale consiste in "*significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili*", ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c - ter), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si tratta di una tipologia di "grave illecito professionale" per la quale è richiesta la motivazione sulle circostanze che lo hanno determinato "*anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa*". Perciò è errata in diritto l'affermazione della sentenza che "*il riferimento alla lettera c-ter) operato dalla ricorrente nel secondo motivo non appare pertinente*", in ragione del fatto che la stazione appaltante, nel provvedimento di esclusione, ha richiamato soltanto la lettera c) del comma 5 dell'art. 80.

Ogniquale volta l'illecito professionale consista nei detti fatti di inadempimento contrattuale, esso rientra nella previsione della lettera c-ter).

Conferma di ciò si rinviene nelle vicende del testo di legge, che nella sua versione originaria ricomprendeva "*le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione*" nell'unica previsione sotto la lettera c), ad esemplificazione del grave illecito professionale rilevante ai fini del giudizio di affidabilità del concorrente riservato alla stazione appaltante.

Con l'art. 5 del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, sono state introdotte le previsioni delle attuali lettere c-bis), c-ter) e c-quater), volte a ribadire la specificazione di tipologie di illeciti

professionali comunque rilevanti alla stregua del giudizio rimesso alla stazione appaltante dalla precedente lettera c (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16).

Pertanto, il mero richiamo della fattispecie dell'illecito professionale di cui alla lettera c), contenuto nel provvedimento di esclusione impugnato, non avrebbe potuto esonerare la stazione appaltante dall'obbligo di motivazione previsto dalla lettera c-ter).

La discrezionalità della stazione appaltante nell'apprezzamento della causa di esclusione facoltativa attiene al giudizio di affidabilità ed integrità dell'operatore economico, in relazione ad "illeciti professionali" anche atipici, purché comprovati con "mezzi adeguati" (cfr. Cons. Stato, V, 29 ottobre 2020, n. 6615; 14 aprile 2020, n. 2389; 24 gennaio 2019, n. 586 e 591; IV, 8 ottobre 2020, n. 5967), ma di certo non consente di prescindere dai presupposti di legge per la valutazione degli illeciti professionali invece tipizzati.

In definitiva, la società Mille Miglia non si sarebbe potuta sottrarre all'onere di motivare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c –ter), del d.lgs. n. 50 del 2016.

5.3.2. Va riconosciuto che, come evidenzia la difesa di parte appellata, il provvedimento di esclusione contiene un riferimento al tempo trascorso dalle violazioni, ma esso è espresso in termini assolutamente generici. In particolare, non è dato conto dell'epoca dei diversi fatti di inadempimento che hanno dato luogo alla risoluzione ed all'irrogazione delle penali.

Altrettanto generico risulta il riferimento alla gravità delle violazioni, desunta, in parte, dall'entità degli importi delle penali. Sebbene non si tratti di elemento irrilevante, così come è rilevante che i precedenti contratti con altre amministrazioni avessero ad oggetto servizi identici o analoghi a quello in oggetto, è mancata la motivazione sulla gravità, né questa è desumibile - come pure è possibile accada – anche soltanto dalla oggettiva consistenza dei fatti di inadempimento (id est, anche soltanto dalla loro mera elencazione), poiché non risultano evidenziati nel provvedimento impugnato.

5.4. Le modifiche normative che hanno interessato l'art. 80, comma 5, lett. c), sopra cennate, hanno riguardato anche la questione della rilevanza della contestazione in giudizio ovvero della conferma all'esito di un giudizio della risoluzione di un precedente contratto di appalto, su cui si è soffermato l'appellante.

E' noto che il testo originario della disposizione individuava tra gli illeciti professionali consistenti in significative carenze esecutive di un precedente contratto, "la risoluzione anticipata" in presenza di una delle due situazioni anzidette. Si erano perciò venute a contrapporre due interpretazioni giurisprudenziali della norma: l'una, volta a ritenere irrilevante *tout court* la risoluzione anticipata in caso di contestazione giudiziale tuttora in corso al momento della partecipazione alla gara o della valutazione della stazione appaltante; l'altra, volta a riconoscere la possibilità e l'autonomia del giudizio di quest'ultima anche in tale eventualità.

Il contrasto è stato superato dalla previsione della lettera c-ter), che ha soppresso l'inciso in contestazione, prima che intervenisse la pronuncia da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della sentenza della sezione IV, 19 giugno 2019, in causa C-41/18 (con la quale si è escluso che il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice possa essere *"paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione"* e si è dichiarato che *"l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della*

*selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”).*

La novella non comporta affatto che la questione si ponga nei termini di contrapposizione esposti nell'atto di appello (cfr. alle pagg. 9-10: “*o la contestazione in giudizio rappresenta un (concorrente) elemento che la stazione appaltante è tenuta a considerare [...]; oppure, conformemente alla norma, la stazione appaltante può ritenere integrato un illecito professionale indipendentemente dalla contestazione in giudizio ovvero da una sentenza definitiva che si pronunci sulla legittimità o meno della risoluzione e/o delle penali contrattuali [...]”*).

Piuttosto, nell'un caso come nell'altro, la stazione appaltante è tenuta a considerare tutti gli elementi di fatto della vicenda contrattuale pregressa - vale a dire sia le carenze esecutive del precedente contratto, poste a fondamento della risoluzione o dell'applicazione di sanzioni, che le ragioni della loro contestazione in giudizio da parte dell'appaltatore e, a maggior ragione, gli accertamenti contenuti nella sentenza, passata o non passata in giudicato; ma anche, qualora invece la risoluzione non sia stata contestata in giudizio, le ragioni dichiarate dall'operatore economico dell'omessa contestazione giudiziale - senza entrare nel merito della valutazione della gravità dell'inadempimento rispetto alla diversa stazione appaltante, ma valutando la stessa rispetto al vincolo contrattuale da instaurare all'esito della procedura in corso (cfr. Cons. Stato, V, 21 luglio 2020, n. 4668, anche in riferimento alle modifiche apportate all'art. 80, comma 5, a seguito dell'introduzione delle lettere c-bis, c-ter, c-quater).

5.5. In conclusione, non può che essere ribadito l'obbligo di rigorosa motivazione sulla rilevanza della pregressa risoluzione contrattuale (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, n.4668/20, citata) e delle penali comminate (cfr., sia pure nella diversa prospettiva della sussistenza di un correlato obbligo dichiarativo, Cons. Stato, V, 5 marzo 2018, n. 1346 e 30 aprile 2019, n. 2794), dal momento che il giudizio di inaffidabilità del concorrente presuppone 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 (cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 307, che richiama conformi precedenti ed afferma il seguente principio, in riferimento all'illecito professionale integrato da precedente penale, ma vieppiù valido ove si tratti di significative carenze nell'esecuzione di precedente contratto: *“Nell'apprezzare tale fatto l'amministrazione è chiamata a svolgere un sillogismo giuridico complesso che si articola su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata.”*).

5.6. Vanno perciò accolti i primi due motivi di appello, concernenti la carenza di contraddittorio e l'insufficienza di istruttoria e di motivazione.

Resta assorbita la doglianza di violazione del canone della proporzionalità, anche sotto il profilo, sottolineato in appello, della duplicazione degli effetti pregiudizievoli dei provvedimenti di risoluzione contrattuale e di applicazione delle penali, che dovranno essere rivalutati.

6. Accolto l'appello, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, gli atti impugnati vanno annullati e va demandato alla stazione appaltante di procedere ad una nuova determinazione sulle cause di esclusione della società aggiudicataria, all'esito di una compiuta istruttoria in contraddittorio con la medesima.

7. Dato ciò, non vi è luogo, allo stato, a provvedere sulla domanda di risarcimento in forma specifica o per equivalente avanzata dalla Pulitori ed Affini s.p.a.

8. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, considerate le ragioni della decisione, sulla base delle quali la stazione appaltante dovrà procedere alla riedizione del potere.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla Pulitori ed Affini s.p.a. e annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese processuali di entrambi i gradi.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**  
**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**