

***Esclusione dalla partecipazione alla procedura dell'operatore economico per mancanza di affidabilità e integrità.***

**Massima:** *Con sentenza n. 8529 del 25 ottobre 2024, la quinta sezione del Consiglio di Stato è intervenuta in tema di esclusione dalla partecipazione alla procedura dell'operatore economico per mancanza di affidabilità e integrità. A ben vedere, ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. e), D.L.vo n. 36 del 2023 «La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: [...] e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi».*

**Consiglio di Stato, SEZ. V, n. 8529 del 25/10/2024**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 3022 del 2024, proposto da Tilocca s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A001B2FF8E, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

contro

Abbanoa s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia e Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonello Rossi in Cagliari, via Ada Negri, 32;

nei confronti

Ser.Lu. Costruzioni s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n.00204/2024, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Abbanoa s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci e Mangia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con due distinti ricorsi davanti al Tribunale amministrativo per la Sardegna, la Tiloccas.r.l. e la Icort s.r.l. impugnavano i rispettivi provvedimenti d'esclusione adottati da Abbanoa s.p.a. in relazione alla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione conservativa e di efficientamento delle infrastrutture a rete del servizio idrico integrato e degli impianti connessi - lotto 7, indetta dalla stessa Abbanoa con lettera d'invito dell'11 agosto 2023, e nel cui ambito le stesse Tilocca e Icort erano risultate, rispettivamente, prima e seconda classificata in graduatoria.

Le esclusioni erano motivate in ragione della condotta tenuta dai due operatori economici in occasione del precedente rapporto contrattuale con Abbanoa (di cui al contratto dell'11 maggio 2018), in relazione al pregresso affidamento del servizio al Rti- cui le ricorrenti partecipavano - capeggiato da altra società (*i.e.*, L.C. s.r.l.).

Per quanto di rilievo, deducevano le ricorrenti, coi rispettivi ricorsi: anomalia dei provvedimenti impugnati, giacché, pur a fronte della risoluzione contrattuale disposta, le stesse ricorrenti non erano state cancellate dal sistema di qualificazione interno della stazione appaltante e avevano anzi ricevuto frattanto vari affidamenti da essa; contraddittorietà, atteso che la stazione appaltante aveva inizialmente ritenuto ammissibili alla gara le ricorrenti, per poi escluderle una volta risultate, rispettivamente prima (Tilocca) e seconda (Icort) in graduatoria; analoghe osservazioni varrebbero a fronte della mancata iscrizione delle ricorrenti a casellario Anac; assenza di motivazioni tali da giustificare l'esclusione, considerato peraltro che la disposta risoluzione era risalente nel tempo ed era stata impugnata in giudizio; l'abbandono della precedente commessa dalle interessate era stata peraltro conseguenza della carenza di liquidità provocata dai ritardi nella contabilizzazione delle lavorazioni da parte della stazione appaltante.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza di Abbanoa in entrambi i ricorsi, previa riunione, li respingeva.

Riteneva il giudice di primo grado, in sintesi: che la mancata annotazione della precedente risoluzione a casellario Anac non avesse effetto impediente per l'esclusione del concorrente ritenuto inaffidabile, spettando ogni valutazione in merito alla singola stazione appaltante; che la valutazione (discrezionale) espressa dall'amministrazione in ordine all'integrità e affidabilità degli operatori non poteva ritenersi in specie manifestamente erronea o illegittima.

A tal fine, il Tar riteneva che non vi fosse nella specie una contraddizione nell'azione amministrativa, stante l'autonomia dei vari poteri attivati (quello precedente, di ammissione ad altre procedure e affidamento alle ricorrenti, era un distinto potere in concreto esercitato) e la diversa apprezzabilità, in contesti diversi, dei medesimi episodi, tenendo conto anche dello specifico oggetto e lotto territoriale dell'affidamento in rilievo (qui coincidente proprio con quello rispetto a cui le ricorrenti erano incorse in passato nei contestati inadempimenti).

Allo stesso modo, il mero invito alla partecipazione alla procedura non sottendeva di per sé una preventiva verifica dei requisiti in capo a ogni concorrente che lo avesse ricevuto (essendo detto invito avvenuto a beneficio di tutti gli operatori presenti nel sistema di qualificazione dell'ente), sicché alcuna preclusione v'era alla (successiva) decisione d'esclusione; né v'era evidenza che l'esclusione avesse un nesso con il fallimento delle trattative relative alla soluzione delle criticità emerse nel precedente affidamento, potendo d'altra parte l'amministrazione valutare sempre gli inadempimenti pregressi, anche allorché risolti (o trattati) in via transattiva; del resto, proprio perché il mezzo di prova del grave illecito professionale era da ricondurre in specie alla risoluzione, la stazione appaltante legittimamente ne aveva atteso il consolidamento (essendo ancora possibile, nella situazione in essere, una sua revoca) per farla valere a fini escludenti.

Anche la motivazione spesa dall'amministrazione non era inadeguata, né era dunque sindacabile dal giudice; allo stesso modo, non rilevava di suo il giudizio civile avverso il provvedimento di risoluzione, stante l'attuale efficacia di quest'ultimo e la sua rilevanza temporale.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la Tilocca deducendo:

I) *error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di primo grado per avere rigettato il primo e il terzo motivo di ricorso; omessa pronuncia;

II) *error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di primo grado per avere rigettato il secondo motivo di ricorso.

4. Resiste al gravame Abbanoa, chiedendone la reiezione.

5. All'udienza pubblica del 3 ottobre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame, l'appellante si duole dell'errore che il giudice di primo grado avrebbe commesso nel respingere le censure con cui aveva dedotto in primo grado la contraddittorietà e irragionevolezza della condotta tenuta da Abbanoa, la quale aveva ben proseguito i propri rapporti con Tilocca, assegnandole anche affidamenti di identico oggetto, e tuttavia l'aveva esclusa dalla gara qui controversa.

Privi di rilievo sarebbero, al riguardo, i profili di territorialità richiamati dal Tar, inidonei a giustificare una diversa valutazione sull'affidabilità dell'impresa; tanto più che, nel corso della procedura, siffatta affidabilità era stata (positivamente) apprezzata dall'amministrazione in varie occasioni.

In tale contesto, il giudice di primo grado si sarebbe irragionevolmente richiamato alla discrezionalità dell'amministrazione finendo sostanzialmente per abdicare dal valutare l'idoneità della contestata risoluzione (adottata proprio dalla stessa stazione appaltante) a fondare e adeguatamente motivare una decisione di esclusione dalla gara.

Nella specie, il Tar avrebbe omesso di valorizzare la concomitanza fra la determinazione di esclusione e il definitivo fallimento delle trattative fra le parti in ordine alla definizione delle poste economiche relative all'appalto risolto; così come avrebbe trascurato la concomitanza con le vicende processuali in sede di giudizio civile fra le parti, con ammissione frattanto di Ctu finalizzata a quantificare gli oneri spettanti all'esecutore in ragione della ritardata contabilizzazione dei lavori da parte dell'amministrazione committente.

L'appellante pone in risalto, inoltre, come il provvedimento di risoluzione sia tuttora *subiudice*, e come a seguito di esso Abbanoa non abbia cancellato né sospeso Tilocca dal sistema di qualificazione interno per l'affidamento delle commesse, e l'abbia anzi invitata a partecipare a 64 procedure negoziate per affidamenti con oggetto identico a

quello qui in rilievo, alcuni dei quali addirittura in territori di Comuni ricadenti nel controverso lotto 7, giungendo persino ad aggiudicarle quattro procedure negoziate.

Anche nell'ambito della gara controversa, come già anticipato, l'amministrazione aveva già valutato la contestata risoluzione e l'aveva ritenuta non rilevante, sia in fase d'invito, sia in corso di gara (nel valutare le dichiarazioni rese dai concorrenti), sia infine nel formulare la proposta d'aggiudicazione.

A tal riguardo, come già anticipato, il solo riferimento alla collocazione territoriale degli interventi non potrebbe valere a giustificare una diversa valutazione di affidabilità da parte dell'amministrazione, tanto più che Tilocca era stata invitata alla procedura e aveva ricevuto anche la proposta di aggiudicazione; per converso, la suddetta valutazione andrebbe ricondotta piuttosto al fatto che proprio sul lotto 7 Abbanoa aveva accumulato una consistente esposizione finanziaria verso il Rti di cui Tilocca faceva parte.

Di quanto sopra si avrebbe conferma in un ricorso *ex art. 2409* Cod. civ. proposto dal Collegio sindacale di Abbanoa in relazione ad alcune anomalie nella gestione di quest'ultima, fra le quali anche quelle inerenti all'affidamento del lotto 7, qui controverso, oltretutto in uno speculare esposto presentato presso la Procura della Repubblica di Cagliari.

In tale prospettiva, l'appellante si duole anche del rigetto della richiesta istruttoria con cui aveva domandato l'acquisizione degli allegati al suddetto ricorso *ex art. 2409* Cod. civ., richiesta che qui reitera in termini di istanza di esibizione.

Allo stesso modo, il giudice di primo grado avrebbe trascurato i profili di sviamento sottesi all'operato dell'amministrazione, che troverebbe spiegazione nella necessità di proteggere la posizione di Abbanoa nell'ambito del contenzioso civile sul precedente affidamento al Rti di cui Tilocca faceva parte.

Il che parimenti emergerebbe dal tempo trascorso dalla precedente risoluzione, visto che Abbanoa avrebbe atteso quasi due anni prima di attribuirle, nel caso di specie, rilevanza in termini escludenti.

Parimenti, il giudice di primo grado non avrebbe adeguatamente apprezzato l'inidoneità della motivazione del provvedimento a sorreggere il giudizio d'inaffidabilità dallo stesso espresso, né avrebbe considerato le gravi responsabilità ascrivibili ad Abbanoa in relazione al precedente affidamento, con riguardo in particolare alla ritardata

contabilizzazione delle lavorazioni eseguite, reale causa del contestato “abbandono del cantiere” da parte del Rti di cui Tilocca faceva parte, il quale aveva invece sempre tempestivamente trasmesso la pertinente documentazione.

Del pari erroneo sarebbe, poi, l’aver trascurato il fatto che la vicenda contrattuale pregressa era (ed è tuttora) *sub iudice*, e ciò - insieme al tempo trascorso dall’adottata risoluzione - avrebbe reso necessaria una motivazione rafforzata ai fini dell’esclusione.

1.1. Il motivo non è condivisibile.

1.1.1. Occorre premettere che il provvedimento di esclusione adottato a carico della Tilocca è motivato in ragione dell’inadempimento al precedente affidamento delle medesime attività, in relazione allo stesso lotto, in cui la stessa Tilocca era incorsa quale componente di Rti capeggiato da altra impresa, e che era confluito nel provvedimento di risoluzione di Abbanoa del 14 gennaio 2022.

Le condotte inadempienti a tal fine contestate ed espressamente richiamate dal provvedimento di esclusione consistevano “*nell’abbandono del cantiere -platealmente annunciato dall’appaltatore con plurime note indirizzate anche a soggetti del tutto estranei all’esecuzione del rapporto contrattuale in argomento [...]-*” e nel “*rifiuto serbato [...], a decorrere dal 01.09.2021, di eseguire nuovi e diversi ordini di servizi, per un totale di O.D.L. rimasti inevasi pari a circa n. 920 interventi*”.

In relazione a tale vicenda l’amministrazione ravvisava espressamente “*uno degli inadempimenti più gravi in cui può incorrere l’esecutore di un contratto pubblico*”, sottolineando la “*gravità della condotta*” (anche a mente dei “*reiterati ritardi nella produzione della documentazione necessaria per ricostruire correttamente e su dati oggettivi la contabilità di cantiere*”), nonché la sua “*rilevanza*” rispetto alla nuova commessa da affidare, “*in ragione del fatto che essa si è riscontrata proprio nell’ambito di un pregresso appalto del tutto sovrapponibile a quello oggetto della presente procedura di gara, in termini di tipologia dei lavori, modalità esecutive degli stessi e area geografica di riferimento*”.

Alla luce di tali complessive giustificazioni, le doglianze sollevate dall’appellante non sono condivisibili.

1.1.2. Sotto un primo profilo, non rileva il fatto che la medesima amministrazione avesse adottato, nell’ambito della stessa procedura di gara, provvedimenti che non esprimevano tale giudizio di inaffidabilità dell’impresa, e che anzi ne avevano consentito la partecipazione o preludevano addirittura all’aggiudicazione in suo favore.

Quanto all’invito a partecipare alla selezione, lo stesso costituiva nient’altro che un atto preliminare di avvio della procedura, che non sottendeva alcun apprezzamento circa il possesso dei requisiti partecipativi, ed era rivolto indistintamente “*senza limitazione della concorrenza [...] a tutti gli operatori economici iscritti nel Sistema di Qualificazione Aziendale vigente, per la relativa categoria e classe d’importo in possesso di qualificazione e professionalità adeguata secondo quanto stabilito nel Capitolato Speciale d’appalto*” (in tal senso, cfr. la determinazione indittiva del 10 agosto 2023).

In tale contesto, era lo stesso invito, del resto, a far riferimento al fatto che i concorrenti (benché invitati) dovessero “*essere in possesso, a pena di esclusione, dei requisiti di ordine generale previsti dal Codice nonché degli ulteriori requisiti indicati*” nello stesso invito (art. 5), e che “*La stazione appaltante [dovesse] verifica[re] il possesso dei requisiti di ordine generale*”, segnatamente

*“accedendo al fascicolo virtuale dell’operatore economico” (art. 5, cit.; cfr. anche l’art. 15, comma3: “L’aggiudicazione è disposta all’esito positivo della verifica del possesso dei requisiti, in capo all’offerente, prescritti dalla presente lettera di invito”).*

Per questo, la mera ricezione dell’invito, anche a fronte della consapevolezza della pregressa vicenda risolutoria, non equivaleva a riconoscimento del possesso dei requisiti generali in capo al concorrente, né ad abdicazione dalla relativa verifica.

Lo stesso è a dirsi per il mantenimento dell’operatore nel Sistema di qualificazione aziendale di Abbanoa, considerato che l’apprezzamento d’inaffidabilità, per come legato a una causa di esclusione non automatica (artt. 95, comma 1, lett. e) e art. 98 d.lgs. n. 36 del 2023), può ben essere modulato e declinato - negli spazi di discrezionalità rimessi all’amministrazione, da esercitare in termini non irragionevoli - a seconda dell’oggetto e caratteristiche della commessa da affidare (cfr. Cons. Stato, V, 1 agosto 2024, n. 6908, che richiama i parametri della “*pertinenza*” e “*rilevanza*” rispetto all’oggetto e all’entità della gara), sicché può ben aversi un caso di operatore non estromesso, *ex ante* e in termini generalizzati, dal Sistema di qualificazione, e nondimeno reputato inaffidabile rispetto al singolo appalto.

Analoghe considerazioni valgono per il verbale di gara del 13 settembre 2023 e la conseguente proposta di aggiudicazione, nei quali pure si menziona la detta vicenda risolutoria (cfr., in particolare, il detto verbale del 13 settembre 2023) e si afferma il possesso dei requisiti: a ben vedere, infatti, l’effettivo scrutinio circa la sussistenza dei requisiti competeva alla stazione appaltante, a norma dell’art. 17, comma 5, d.lgs. n. 36

del 2023 *successivamente* alla proposta d’aggiudicazione (in tal senso, cfr. anche l’invito, art. 15, comma 1 e 3, ove si distingue chiaramente la fase di formulazione della proposta d’aggiudicazione, da quella, distinta e successiva, di verifica del possesso dei requisiti preliminare all’aggiudicazione, il tutto nell’ambito peraltro di procedura essa stessa cd. “*inversa*” *ex art. 13.1 ss. dell’avviso*, e cioè con previa valutazione delle offerte). Per questo, le osservazioni presenti nella proposta di aggiudicazione e nei verbali di gara non possono che avere natura e valore meramente *preliminare*, ferma la (unica e assorbente) competenza allo scrutinio circa il possesso dei requisiti da eseguire successivamente alla stessa proposta.

1.1.3. Analoghe considerazioni valgono in ordine alla circostanza per cui altri inviti erano stati rivolti alla Tilocca dalla stessa amministrazione, e addirittura quattro distinte aggiudicazioni erano state adottate in favore della medesima impresa, fra cui quelle relative ai lotti n. 1 e 11 inerenti alla medesima procedura.

In senso inverso, l’amministrazione motiva espressamente la scelta effettuata, valorizzando la circostanza per cui la condotta contestata “*si è riscontrata proprio nell’ambito di un pregresso appalto del tutto sovrapponibile a quello oggetto della presente procedura di gara, in termini di tipologia dei lavori, modalità esecutive degli stessi e area geografica di riferimento, ossia l’intero Lotto n. 7 e non unicamente alcuni Comuni ricompresi nel suo territorio*”; ciò in un contesto in cui Abbanoa aveva inteso evitare, a monte, “*una sorta di discriminazione preventiva e indifferenziata nei confronti dell’operatore economico, che è iscritto nel Sistema di qualificazione dei fornitori per la categoria di opere oggetto della gara, ai quali tutti è stato esteso l’invito, così come prevede il vigente Regolamento, ove non ricorrano cause di automatica esclusione*”.

Il che non risulta di suo irragionevole o discriminatorio: riservato a valutazione casistica l'apprezzamento di affidabilità dell'operatore (stante l'assenza, nella specie, di una causa di esclusione automatica), l'amministrazione ha ravvisato qui ragioni escludenti per via della perfetta sovrapposibilità (non solo sul piano tipologico e delle modalità esecutive, ma anche su quello territoriale) fra i lavori da affidare e quelli per cui si era verificato l'inadempimento, di talché anche pregressi affidamenti o inviti relativi ad alcuni dei Comuni ricompresi nel medesimo territorio (oltreché affidamenti e inviti inerenti tutt'altri territori) non erano *ex se* paragonabili alla fattispecie in esame, che ricomprendeva l'intera area interessata dalle precedenti condotte inadempienti dell'operatore.

Ciò rientra nello spazio dell'apprezzamento discrezionale rimesso alla stessa amministrazione, di suo non illegittimamente esercitato: a fronte di una pregressa criticità emersa in fase di adempimento in relazione al medesimo identico affidamento, non è di suo irragionevole o illogico un (pur opinabile) giudizio d'inaffidabilità espresso dalla stazione appaltante nei termini suindicati, né è a ciò ostativo il fatto che per altri(distinti) lotti territoriali sia stata diversa la valutazione della medesima amministrazione(cfr. *amplius infra*, al successivo §, in ordine ai profili di discrezionalità propri del giudizio di affidabilità dell'operatore economico).

1.1.4. A ben vedere, ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 36 del 2023 «*La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:[...] e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*».

Il successivo art. 98, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che: «*L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:*

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;*
- c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6».*

Il successivo comma 3 prevede che «*L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: [...]* c) *condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale*».

Aggiunge il comma 6 che «*Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: [...]*c) *quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili*».

Se ne ricava un sistema composito che ben ricomprende, ai fini della valutazione dell'integrità e affidabilità dell'operatore, la sua condotta pregressa nell'ambito di altri affidamenti, e che individua in via tipica nella «*intervenuta risoluzione per inadempimento*»

uno dei mezzi di prova dell'illecito professionale, in relazione alla fattispecie delle “*significantive o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione*», che, appunto, ne abbiano «*causato la risoluzione per inadempimento*» (art. 98, comma 3, lett.c), cit.).

Il che, se consente di orientare e indirizzare la valutazione dell'amministrazione attraverso la tipizzazione di fattispecie e mezzi di prova, non vale al contempo a elidene la natura e il portato discrezionale: lo stesso art. 98, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023, nel richiamare la valutazione di gravità rimessa alla stazione appaltante, indica dei parametri (la valutazione «*tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa*») il cui concreto apprezzamento spetta esclusivamente alla stessa amministrazione, chiamata a esprimere un giudizio di “gravità” e conseguente incidenza sulla “affidabilità e integrità dell'operatore” (art. 98, comma 2, lett. a) e b)), su cui è perciò richiesta apposita, specifica motivazione (art. 98, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023).

In tale prospettiva, pur con le dovute innovazioni e modifiche suesposte, resta ferma nell'impianto del nuovo Codice dei contratti la *discrezionalità* della valutazione dell'amministrazione in ordine all'integrazione dell'illecito professionale (cfr. al riguardo, per la giurisprudenza maturata in relazione al previgente Codice, *inter multis*, Cons. Stato, V, 16 novembre 2023, n. 9854; 1 agosto 2023, n. 7452; 3 agosto 2023, n. 7492; 10 novembre 2022, n. 9877; 24 marzo 2022, n. 2154; 15 dicembre 2021, n. 8360; CGA, 11 ottobre 2021, n. 842; Cons. Stato, III, 7 dicembre 2020, n. 7730; cfr. anche Id., Ad plen., 28 agosto 2020, n. 16, che, nell'esaminare il profilo insieme con quello inerente alle falsità od omissioni dichiarative, pone in risalto come detta valutazione sia volta in particolare ad apprezzare “*se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità*”; Id., V, 12 aprile 2019, n. 2407; 6 aprile 2020, n. 2260; 12 marzo 2020, n. 1762).

Nel caso di specie, alla luce di quanto suesposto, la valutazione d'inaffidabilità complessivamente espressa dall'amministrazione non può ritenersi irragionevole o illogica nel quadro degli spazi di discrezionalità rimessi alla stessa amministrazione.

1.1.5. Né rilevano direttamente, nella specie, le contestazioni che a sua volta Tilocca muove ad Abbanoa in ordine alla condotta tenuta dalla stessa amministrazione

nell'ambito del precedente affidamento, ovvero le giustificazioni addotte in relazione al proprio comportamento: le une e le altre, infatti, assumono rilevanza e vanno eventualmente apprezzate nella distinta competente sede (peraltro già adita) avente a oggetto il pregresso rapporto contrattuale (cfr., al riguardo, Cons. Stato, n. 6908 del 2024, cit.), ma non consentono nella specie di ritenere che il giudizio d'inaffidabilità espresso dall'amministrazione risulti manifestamente irragionevole od erroneo, a fronte di un precedente provvedimento di risoluzione adottato nei termini suindicati, oltreché delle motivazioni esplicitamente spese nella determina di esclusione a confutazione o superamento delle contestazioni di Tilocca (cfr. la determina di esclusione e la nota di risposta del 17 novembre 2023 alle osservazioni presentati da Tilocca, ove l'amministrazione prende posizione sui rilievi mossi dalla stessa avverso la risoluzione, e dice “*infondata la circostanza secondo la quale l'esecutore si sarebbe trovato in una situazione di grave crisi economica e finanziaria che avrebbe causato, suo malgrado, una condizione di impossibilità oggettiva alla prosecuzione dell'attività di appalto*”, deduce che “*i citati rallentamenti contabili sono attribuibili esclusivamente alla stessa esecutrice*”, e che vi fu una “*scelta dell'appaltatore (deliberata e ponderata, con piena accettazione*

*delle relative conseguenze, ivi compresa l'alterazione del proprio status di affidabilità contrattuale) di interrompere i lavori nel Lotto n. 7", nonché si esprime anche sui profili processuali, inerenti alla tempestività o meno di alcune delle domande proposte dall'interessata in sede civile).*

Ai fini del (ben delimitato) oggetto del presente giudizio, le doglianze e i rilievi svolti dall'appellante non sono tali da dimostrare una macroscopica erroneità o irragionevolezza nella valutazione (opinabile, ma non manifestamente illogica) in tema di affidabilità espressa dall'amministrazione, nel quadro della discrezionalità a questa riconosciuto.

1.1.6. Né rileva ancora, in senso opposto, il solo fatto che la risoluzione formi oggetto di contestazione giudiziale: al di là dei rilievi sull'inammissibilità della relativa domanda davanti al giudice civile sollevati dall'amministrazione, è sufficiente richiamare al riguardo l'orientamento per cui "*da un lato, [...] non occorre un giudizio sulla vicenda addebitata al concorrente per poterne trarre ragioni d'inaffidabilità o non integrità giustificanti la sua esclusione; dall'altro - al contempo - [...] l'amministrazione è investita d'un autonomo e distinto apprezzamento in funzione dell'adozione dei provvedimenti d'ammissione ed esclusione dalla gara*"

(Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 307, che si richiama anche alla pertinente CGUE, 19 giugno 2019, causa C-41/18).

Il che trova del resto conferma nella disciplina di cui all'art. 98, comma 7, d.lgs. n. 36 del 2023, a tenore del quale *«l'eventuale impugnazione [dei provvedimenti di cui al comma 6, inclusa la risoluzione per inadempimento] è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente»*, di guisa che la contestazione giudiziale dell'atto pregiudizievole è valutata dall'amministrazione (come qui avvenuto, nei sensi suindicati in termini non manifestamente irragionevoli), senza condurre *ex se* ad alcun risultato predefinito.

Lo stesso è a dirsi per il tempo intercorso dall'illecito professionale confluito nella risoluzione, considerato che il provvedimento d'esclusione non risulta posteriore al triennio di efficacia della causa escludente, secondo il regime generale (su cui cfr. l'art. 96, comma 10, lett. c), e comma 11, d.lgs. n. 36 del 2023), né alla luce di quanto suesposto vi sono elementi per ritenere rilevante il decorso del tempo alla luce del parametro all'uopo previsto dell'art. 98, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 (in base al quale la valutazione tiene conto, tra l'altro, *«del tempo trascorso dalla violazione»*) a fronte della (consapevole e non manifestamente irragionevole) valutazione espressa dalla stazione appaltante.

1.1.7. In tale contesto, anche le deduzioni in ordine agli effettivi motivi per i quali sarebbe stata disposta la risoluzione, correlati in tesi alle vicende giudiziarie civili e alla situazione d'inadempimento di Abbanoa sul precedente affidamento, sono in sé irrilevanti alla luce di quanto suesposto (considerato che nella presente sede assume assorbente rilevanza la non manifesta irragionevolezza dell'apprezzamento dell'amministrazione, nei sensi su riferiti), oltre a rimanere allo stato a livello astratto ed i suggestione.

Per le stesse ragioni, in sé prive di rilievo sono le deduzioni correlate al ricorso del Collegio sindacale (di cui, fra l'altro, è sopraggiunta la dichiarata cessazione materia del contendere, come documentato da Abbanoa) e le corrispondenti richieste istruttorie avanzate dall'appellante.

2. Col secondo motivo di gravame, l'appellante si duole dell'errore che il giudice di primo grado avrebbe commesso nel respingere la censura con cui la Tilocca aveva dedotto che la precedente risoluzione contrattuale invocata alla base dell'esclusione non

era stata in realtà mai iscritta a casellario Anac, essendo perciò sfornita di qualsivoglia rilevanza escludente.

Avrebbe trascurato il giudice, al riguardo, che ai fini della verifica della sussistenza del grave illecito professionale le stazioni appaltanti sono tenute a fare esclusivo riferimento al casellario Anac.

2.1. Il motivo non è fondato.

2.1.1. È assorbente rilevare al riguardo come l'integrazione dell'illecito professionale grave, ai sensi dei suddetti artt. 95, comma 1, lett. *e*) e 98 d.lgs. n. 36 del 2023 prescinda dall'iscrizione del precedente pregiudizio nel casellario Anac, derivando piuttosto dalla sussistenza degli elementi previsti dalle suddette disposizioni, confluenti in un giudizio di inaffidabilità espresso dalla stazione appaltante.

Dal canto suo, l'iscrizione a casellario Anac ha a tali fini funzione di semplice pubblicità notizia (cfr., in generale, Cons. Stato, V, 1 settembre 2023, n. 8131), e come tale non incide di per sé sull'integrazione dell'illecito professionale, né tanto meno costituisce un vincolo per l'esclusione dell'operatore (cfr. diversamente, in altri ambiti, l'art. 94, comma 5, lett. *e*) ed *f*), d.lgs. n. 36 del 2023, e connesso art. 222, comma 10, d.lgs. n. 36 del 2023).

Di qui l'irrelevanza della non iscrizione nel suddetto casellario della precedente risoluzione ai fini del giudizio d'inaffidabilità espresso dall'amministrazione.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va respinto.

3.1. La complessità della fattispecie e la novità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano,

**IL PRESIDENTE Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**L'ESTENSORE Alberto Urso**

**IL SEGRETARIO**