



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2075 del 2025, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

-OMISSIS- Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC reg. Giustizia e dom. fisico eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Cuc - Centrale Unica di Committenza Dell'Agencia di Sviluppo dei Comuni Dell'Area Nolana Scpa, non costituito in giudizio;
Azienda Consortile A.C.C.C. n. 19, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rodolfo De Vivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Afragola, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Iroso, Francesco Affinito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento di esclusione -OMISSIS- dalla “procedura di gara europea aperta ai sensi dell’art.71 del d.lgs.36/2023 con criterio aggiudicazione offerta economica più vantaggiosa, per l’affidamento del servizio di assistenza specialistica all’integrazione scolastica destinato agli alunni con disabilità frequentanti le scuole dei Comuni di Afragola – Caivano -Cardito e Crispano” – -OMISSIS-; b) ove e per quanto lesiva della nota del RUP prot. n. 2467 del 08/04/2025, assunta al prot. n. 1425 della CUC Area Nolana; c) ove e per quanto lesiva della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione prot. n. del 9.4.2025; d) di tutti i verbali di gara in generale; e) del provvedimento di nomina della commissione; f) della determina di indicazione della gara e della determina a contrarre; g) ove e per quanto lesiva della lex specialis di gara così come comprensiva di bando, disciplinare e capitolato così come interpretata dalla Stazione Appaltante; h) ove intervenuta della determina di aggiudicazione; i) di tutti gli ulteriori atti lesivi che ci riserva di impugnare espressamente con ricorso per motivi aggiunti; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio sottoscritto nelle more del presente giudizio al fine del subentro della ricorrente

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 24\4\2025 :
degli stessi atti di cui al ricorso principale

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Consortile A.C.C.C. n. 19 e di Comune di Afragola;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2025 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società -OMISSIS- , premesso di essere operatore economico operante in ambito sociale con particolare riferimento al settore degli asili nido, micro-nido e sezioni primavera, espone di avere partecipato alla procedura ad evidenza pubblica bandita dall'Ambito N19 per l'affidamento del servizio di assistenza specialistica all'integrazione scolastica destinato agli alunni con disabilità frequentanti le scuole dei Comuni di Afragola – Caivano -Cardito e Crispano.

Il valore stimato della procedura è di € 417.272,00 oltre IVA al 5%.

In data 9.4.2025, la ricorrente è risultata destinataria della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla procedura di gara avendo la S.A. ritenuto ostative alla partecipazione della società una serie di circostanze asseritamente influenti sulla affidabilità professionale della -OMISSIS- così come dalla stessa autodichiarate nel file prodotto in sede di gara e denominato “Dichiarazione Requisiti.pdf”.

La -OMISSIS- in data 11.4.2025 con proprie osservazioni ha preso posizione su tutti i rilievi posti a fondamento della comunicazione sopra citata. Tuttavia l'Amministrazione ha disposto egualmente l'esclusione della stessa dalla procedura di gara a mezzo del provvedimento del 15.4.2025.

Nell'articolato provvedimento di preavviso di esclusione il RUP della CUC ha ritenuto rilevanti le seguenti circostanze :

-lo stesso operatore economico concorrente ha dichiarato che “in data 19.08.2024 il Comune di Mozzo nella fase di ammissione alle fasi successive alla procedura di Gara per la gestione dell'asilo nido Comunale non ritenendo soddisfacenti le motivazioni riportate all'interno dei propri atti di gara procede all' esclusione della

scrivente Cooperativa Sociale per inaffidabilità professionale. La scrivente ovviamente, contestando quanto rilevato sull' inaffidabilità da parte del Comune di Mozzo, ha presentato Ricorso dinanzi al T.A.R. Lombardia – Brescia R.G. 674/2024”;

-in realtà, in sede di domanda di partecipazione non è stato indicato che, giusta sentenza n. 104 del 10/02/2025, il T.A.R. Lombardia – Brescia – Sez. I ha respinto il ricorso promosso dalla -OMISSIS- Coop. Soc., rilevando che “dalla lettura dello stesso DGUE compilato dalla ricorrente si evincono numerose irregolarità, sanzioni, una revoca dell'aggiudicazione, contestazioni e due successive risoluzioni consensuali che, nel loro complesso, hanno determinato il comune di Mozzo ad un giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico nient'affatto sproporzionato [...] è, inoltre, irrilevante quanto da -OMISSIS- argomentato in ordine al fatto che l'esclusione disposta dalla provincia di Pisa relativa alla procedura telematica indetta dal comune di San Giuliano terme CIG 91478092CC;

-altre stazioni appaltanti non abbiano ritenuto sussistere i requisiti del grave illecito professionale, stante l'ampia discrezionalità facente capo ad ogni amministrazione, insensibile alle valutazioni rese da altre ed atteso che tali scelte, sol perché non impugnate, non per questo assurgono a termine di confronto in relazione alla decisione impugnata. Parimenti inconferente è l'assunto secondo cui la ricorrente avrebbe genuinamente messo a conoscenza la stazione appaltante di notizie che non aveva l'obbligo di dichiarare: non sussiste, infatti, alcuna, sovrapposizione tra ciò che può integrare l'illecito professionale ex art. 98, comma 3, lettera c) d.lgs. 36/2023 e gli obblighi dichiarativi”;

-dal portale giustizia-amministrativa.it è emerso che tale pronuncia è stata appellata dall'operatore economico innanzi al Cons. Stato con ricorso assunto al R.G. - OMISSIS- (Sez. V - udienza pubblica: 03/07/2025);

Considerato che:

-come indicato dal RUP dell'Azienda Consortile delegante con comunicazione prot. n. 2467 del 08/04/2025, assunta al prot. n. 1425 di pari data dell'Agenzia Area Nolana (cfr. all.to), la quale forma parte integrante della presente comunicazione:

“Visto il contenuto delle dichiarazioni rese ex art. 80 d.lgs. 50/2016 art. 94 e 95 del d. lgs. 36/2023, nonché quanto descritto nel D.G.U.E. dall'operatore economico;

Considerato i plurimi provvedimenti di revoca disposti, nel tempo, da diverse stazioni appaltanti, provvedimenti non scalfiti nella loro definitività da pronunce del giudice amministrativo favorevoli all'O.E..

Tenuto conto, dell'ultimo provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria amministrativa intervenuto in data 01.04.2025, con il quale il Tar Campania – Napoli con la sentenza breve n. -OMISSIS-, nel ricorso promosso dall'O.E. avverso l'esclusione disposta dal comune di Melito di Napoli nella procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione nido 3-36 mesi, ha respinto le doglianze sollevate dall'operatore economico e confermato la legittimità dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante;

Ritenuto in particolare confacenti al caso di specie quanto statuto dal G.A. nella prefata pronuncia: “vengono, infatti, in rilievo una molteplicità di episodi che, valutati in maniera globale, portano ad escludere che le conclusioni cui la s.a. è giunta in punto di affidabilità dell'operatore economico siano palesemente arbitrarie o altrimenti illogiche.”.

Considerato che ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. c) d. lgs. 36/2023 “l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

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" nonché al successivo comma 6, lett. c) dell'art. 98 d. lgs. 36/2023, si specifica che costituiscono mezzi di prova adeguati a comprovare la gravità dell'illecito professionale "l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili". Considerato il delicato oggetto della gara in parola e le sue peculiarità di gestioni di soggetti fragili nonché l'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante di valutare l'eventuale esclusione di un operatore economico, a fronte di situazioni astrattamente rientranti nella nozione di "grave illecito professionale", risulta certamente rafforzata nell'ambito del d. lgs. 36/2023, che ha consacrato il principio della fiducia quale cardine e criterio ermeneutico dell'intera materia dei contratti pubblici. Alla luce di quanto sopra, preso atto di quanto relazionato da codesta C.U.C. e dalle valutazioni sopra esposte, anche alla luce delle recenti pronunce del giudice amministrativo riferite all'O.E., si ritiene che sussistano valide motivazioni ostative all'ammissione in gara dell'operatore economico";

Successivamente, presente osservazioni procedurali dalla concorrente, la stessa è stata comunque esclusa con il provvedimento impugnato.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure.

1.violazione e falsa applicazione di legge (art.62 d.lgs. 36/2023 in relazione alla determina a contrarre, alla convenzione CUC ovvero del Regolamento attuativo della CUC) – Incompetenza

Si lamenta che la esclusione sia avvenuta due volte nel giro di un mese dalla stessa CUC sempre su proposta/ impulso del RUP dell'Ente delegante (nella specie

dell'Ambito sociale N19 ma in un recente passato del Comune di Melito) e non anche su istruttoria autonoma della CUC delegata.

2 - Errata, omessa ovvero insufficiente motivazione - Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 95, 96, 98 D.lgs 36/2023) - Violazione dell'art. 57, parag. 6 della direttiva 24/2014/UE - Eccesso di potere – Carenza dei presupposti di fatto e di diritto – Irragionevolezza – Violazione del principio di proporzionalità –

Mancherebbero i presupposti di legge per legittimare l'esclusione di un O.E. , atteso che ai sensi della lett. e) dell'art. 95, comma 1 codice devono ricorrere tutti i seguenti presupposti:

- 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 all'art. 98, comma 6, d.lgs. 36/2023.

Nel provvedimento di esclusione oggetto di causa mancano tutti e tre i presupposti di legge del comma 2 dell'art.98 e le specifiche motivazioni su tutti e 3 i punti di cui al comma 8 dell'art.98,

3 – violazione del principio di proporzionalità.

l'affidabilità professionale del concorrente è stata vagliata da varie SS. AA., le quali dopo aver attentamente scrutinato le pregresse vicende professionali di -OMISSIS-, hanno ammesso la ricorrente ed aggiudicato le commesse; nel caso di specie che quelle citate dalla -OMISSIS- nella propria dichiarazione (ritenute rilevanti dalla S.A. in quanto idonee ad incidere sull'affidabilità professionale) sono esclusioni cd.“a strascico” ovvero “a cascata” ,che concludono la loro rilevanza nelal specifica procedura di gara in cui si sono verificate.

Inoltre non sono state mai seguite da iscrizioni sul casellario ANAC, da escussioni della polizza (legittime) ovvero da altri eventi in grado di incidere o minare l'affidabilità professionale della società.

Si è costituita la stazione appaltante, Azienda Consortile A.C.C.C. n. 19 ,contestando la fondatezza delle censure proposte. Non si è costituita la CUC- centrale unica di committenza.

Si è costituito altresì il Comune di Afragola, ed ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva , chiedendo di essere estromesso dal giudizio in quanto estraneo ai provvedimenti impugnati .

Dopo il deposito di ulteriore documentazione di entrambe le parti costituite, alla camera di consiglio del 7 maggio 2025 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il presente ricorso può essere deciso nel merito con sentenza ex art. 60 cpa, come rappresentato alle parti all'esito della odierna camera di consiglio, in quanto lo stesso è manifestamente fondato.

Nella specie, la SA ha fatto ricorso alla causa dell'illecito professionale, definito dal codice come la “ ..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”.

Con un primo ordine di censure la ricorrente lamenta che non ricorrono i presupposti della lett. e) dell'art. 95, comma 1 codice ovvero:

- 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 all'art. 98, comma 6, d.lgs. 36/2023.

La censura è fondata nei termini che seguono:

- l'art. 98, comma 3, d.lgs. 36/2023 individua gli elementi dai quali è possibile desumere la sussistenza dell'illecito professionale (se ne deve verificare almeno uno);

- l'art. 98, comma 6, d.lgs. 36/2023 elenca invece alle lettere da a) a f) i mezzi di prova adeguati che la stazione appaltante è tenuta a valutare ai fini della sussistenza del grave illecito professionale. Tale elenco ha valenza tassativa;

- l'art. 98, comma 7, d.lgs. 36/2023 precisa che la stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; la loro eventuale impugnazione è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Il comma 8 dell'art.98 prevede che:” Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2. “.

Esaminando gli elementi addotti dalla SA a fondamento del grave illecito professionale, deve rilevarsi che le contestate esclusioni non possono automaticamente fondare il giudizio di inaffidabilità.

Invero, secondo quanto dedotto in ricorso, quelle disposte dalla Provincia di Pisa, dal Comune di Mozzo e dal Comune di Melito sono mere esclusioni in fase di evidenza pubblica come tali non rientranti nel perimetro dell'art. 98 d.lgs. 36/2023 .

Invero, si è trattato di esclusioni dalla procedura, in ragione di episodi precedenti ovviamente dichiarati al momento della partecipazione alla procedura di gara. Anche se le relative impugnative giurisdizionali di tali esclusioni risultano respinte (alcune con pronunce non ancora definitive) deve rilevarsi che il cd. grave illecito professionale rientra tra le cause di esclusione non automatica di cui all'art. 95 nuovo codice appalti; invero l'articolo 98, comma 3, del Codice elenca le circostanze da cui può emergere un illecito professionale grave e non contempla le precedenti esclusioni ex se , neppure con riferimento alle valutazioni compiute in quelle sedi.

Al riguardo, la giurisprudenza è pacifica laddove prevede che non abbiano rilevanza (tanto da non essere nemmeno soggette ad obblighi dichiarativi) le esclusioni disposte in precedenti gare, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti

all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione che potrebbe dar luogo all'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva si riferisce - e si conclude - all'interno della procedura di gara in cui è maturata, non avendo efficacia ultrattiva in altre procedure, pena, in caso contrario, l'inaffidabilità e l'irrimediabilità a strascico della medesima sanzione espulsiva (C.d.S. sent.

03/02/2021 n. 1000; C.d.S. 27/09/2019 n. 6490; TAR Emilia-Romagna 03/04/2023, n. 191; ex multis C.d.S., 3[^], n.4266/2018; in termini C.d.S., 5[^], n. 6490/2019; TAR Campania – Napoli, n. 168/2020; TAR Lombardia –Milano, n. 2468/2020; TAR Puglia – Bari, 3[^], n. 1159/2020 e n.1016/2020);

Orbene, riguardo i precedenti citati nel provvedimento gravato, va rilevato che l'esclusione disposta dalla Provincia di Pisa, trovava fondamento in pregressi episodi relativi ad altre gare , come desumibile dalla pronuncia del TAR Toscana richiamata ;

egualmente per l'esclusione disposta dal Comune di Mozzo, esclusione che peraltro non è definitiva in quanto è tuttora sub iudice, come rilevato nell'ambito della comunicazione di avvio del procedimento (Giudizio pendente innanzi al Consiglio di Stato – R.G. n. -OMISSIS- nell'ambito del quale è stata impugnata la sentenza del TAR Lombardia – Brescia n. -OMISSIS-, ritenuta indicativa dell'esistenza di gravi illeciti professionali a carico della -OMISSIS-);

l'esclusione recentemente disposta dal Comune di Melito si fonda sulle precedenti esclusioni disposte dal Comune di Mozzo e dalla Provincia di Pisa (nonché sulle penali riportate nell'ambito del servizio per la Caserma Riberi e per il Comando Militare della Cecchignola, di cui in appresso);

- inoltre, le dette esclusioni non sono state seguite da iscrizioni sul casellario ANAC, da escussioni della polizza (legittime) .

In sostanza la CUC ha valorizzato nel provvedimento di esclusione come primo aspetto delle mere esclusioni in fase di evidenza pubblica (Provincia di Pisa, Comune di Mozzo e CUC Nola-Melito) che certo non integrano risoluzioni per gravi inadempimenti in fase di esecuzione o altre carenze nella esecuzione di precedenti contratti di appalto (come tali rientranti nel dictum dell'art. 98 d.lgs. 36/2023).

Sotto diverso profilo, la SA ha fatto richiamo ad altri elementi, riguardanti “ i plurimi provvedimenti di revoca disposti, nel tempo, da diverse stazioni appaltanti, provvedimenti non scalfiti nella loro definitività da pronunce del giudice amministrativo favorevoli all'O.E.. “: episodi tuttavia non specificamente indicati, ma desunti dalla esclusione disposta dal comune di Mozzo, in quanto nel preavviso di esclusione si legge:

“il T.A.R. Lombardia – Brescia – Sez. I ha respinto il ricorso promosso dalla -OMISSIS- Coop. Soc., rilevando che “dalla lettura dello stesso DGUE compilato dalla ricorrente si evincono numerose irregolarità, sanzioni, una revoca dell'aggiudicazione, contestazioni e due successive risoluzioni consensuali che, nel loro complesso, hanno determinato il comune di Mozzo ad un giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico nient'affatto sproporzionato [...] è, inoltre, irrilevante quanto da -OMISSIS- argomentato in ordine al fatto che l'esclusione disposta dalla provincia di Pisa relativa alla procedura telematica indetta dal comune di San Giuliano terme CIG 91478092CC”..

La SA ha fatto dunque riferimento a quanto ritenuto dalla autorità giudiziaria in un precedente contenzioso, senza autonoma valutazione degli episodi (peraltro genericamente indicati) , ma appiattendosi passivamente sulla circostanza che la precedente esclusione sia stata ritenuta legittima dal GA.

Eguale per quanto avvenuto di recente nel contenzioso con il comune di Melito deciso da questa sezione.

Tale modus procedendi non integra la necessaria motivazione richiesta dal codice a fondamento dell'esercizio corretto della discrezionalità, come di seguito chiarito.

Altro elemento a base della esclusione consiste nella contestazione delle penali contrattuali applicate da alcune stazioni appaltanti.

Tuttavia le penali di €8.400,00 di Cecchignola e di €5.600,00 della Scuola militare di Riberi non possono rientrare automaticamente nelle cd.' altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale', difettando una motivazione rafforzata sul punto, motivazione resa necessaria in ragione della loro entità (una -quella di €5.600- non arriva all'1% ;l'altra-quella di €8.400 arriva all'1,24% e da sola ed in proporzione alle circa 100 commesse in atto, non potrebbe fondare il giudizio escludente).

Nella esclusione di causa manca, in definitiva, una specifica motivazione sull'idoneità del grave illecito professionale addotto ad incidere sull'affidabilità e integrità generale dell'operatore.

La stessa si articola nei seguenti termini:

“-in definitiva, codesto operatore economico è escluso in ragione:

-dei gravi illeciti professionali indicati supra;

-in ragione dell'accertamento reso dalla richiamata sentenza del TAR Lombardia – Brescia n. -OMISSIS- (ad oggi non sospesa e/o riformata);

- in ragione dell'accertamento reso dalla richiamata sentenza del TAR Campania – Napoli n. -OMISSIS- (ad oggi non sospesa e/o riformata)

- dei rilievi mossi dalla CUC precedente e dalla Stazione appaltante delegante”.

La motivazione sul punto prosegue:” Considerato il delicato oggetto della gara in parola e le sue peculiarità di gestioni di soggetti fragili nonché l'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante di valutare l'eventuale esclusione di un operatore economico, a fronte di situazioni astrattamente rientranti nella nozione di “grave illecito professionale”, e secondo la CUC rappresenterebbe la motivazione

rafforzata richiesta nell'ambito del d. lgs. 36/2023, che ha consacrato il principio della fiducia quale cardine e criterio ermeneutico dell'intera materia dei contratti pubblici.

Il Collegio non ritiene adeguato siffatto impianto motivazionale, in quanto fondato su profili eccessivamente astratti che tradiscono nella sostanza un automatismo espulsivo piuttosto che un corretto esercizio della discrezionalità.

Invero, se la nuova disciplina, superando la previgente impostazione, afferma la necessaria sussistenza di una delle fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico.

Può quindi condividersi la tesi della sussistenza di una ampia valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Sotto questo profilo vale osservare però, per quanto rilevante nel presente giudizio, che il nuovo Codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, "la valutazione di gravità 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 (..)", e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva "sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente".

Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione.

Ciò posto, in relazione al sindacato giurisdizionale sulla valutazione di inaffidabilità si è anche di recente ribadito che “è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale” (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72, che richiama sul tema Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312). Rispetto a tale valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della ridetta valutazione: “il Giudice non è chiamato, dunque, a stabilire se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì a valutare se la condotta dell'operatore economico sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale, la cui valutazione ai fini dell'esclusione dalla gara è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante” (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483). Sotto questo profilo, il Collegio ritiene di dover evidenziare altresì come la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colori di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti e che quindi sia in astratto corretto il richiamo motivazionale al principio della fiducia innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che “il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato”.

E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice (“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere

di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore.

Tuttavia proprio per la sua ampiezza il legislatore, come sopra richiamato, ha tassativizzato i parametri entro cui deve declinarsi l'esercizio della discrezionalità, al citato art. 98, che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità.

L'interpretazione ora esposta, ad avviso del Collegio, individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra "il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, [che] porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile", e la circostanza per cui "tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento" (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738).

Calando tali principi nella specificità del caso concreto, deve ribadirsi come le questioni prospettate in ricorso sono fondate, con riferimento al deficit motivazionale sussistente in merito.

Va richiamato in particolare il disposto del co.4 dell'art.98 del codice a mente del quale : "la valutazione di gravità 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”

Riguardo a tale elemento, mette conto evidenziare come tra gli episodi richiamati, prescindendo per quanto sopra esposto, dalle cd. esclusioni a strascico, e dalle pregresse carenze esecutive indicate in modo del tutto generico, vengano in rilievo le penali contrattuali contestate.

Queste , se non determinanti per la loro quantità, potrebbero essere rilevanti per la qualità: invero la sanzione del Comando di Sanità e Veterinaria , irrogata in quanto, per alcuni prodotti esposti sul menù del giorno, erano state omesse le informazioni relative alla presenza di sostanze che possono provocare allergie o intolleranze secondo quanto previsto Reg. UE 1169/11 e dal D.lgs 231/17, può avere astratto rilievo in una gara avente ad oggetto simile, ovvero la gestione di asili nido , come ritenuto nel precedente di questa Sezione concernente il comune di Melito (cfr. sentenza. TAR Napoli n. -OMISSIS-).

Tuttavia diversamente deve concludersi per la gara de qua, che ha un differente oggetto e non comprende la somministrazione di pasti, ma il servizio di assistenza specialistica all'integrazione scolastica destinato agli alunni con disabilità frequentanti le scuole dei Comuni in epigrafe indicati, aspetto differenziale che non è stato assolutamente considerato nella motivazione del gravato atto di esclusione.

La valutazione di affidabilità dell'operatore, infatti, deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento.

Trova dunque applicazione nel caso di specie il principio di diritto per cui “l'apprezzamento della ricorrenza del grave illecito professionale è connotato da un

importante contenuto fiduciario, da intendersi nel senso che assume particolare rilevanza la condotta dell'operatore rispetto allo specifico contratto stipulando e alla posizione della singola stazione appaltante: "l'amministrazione, nell'esercizio dell'ampio potere tecnico-discrezionale attribuitole dal Codice degli appalti pubblici, può utilizzare ogni tipo di elemento idoneo e mezzi adeguati a desumere l'affidabilità e l'integrità del concorrente, potendo evincere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa [...], secondo un giudizio espresso non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria" (Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023 n. 2801)" (così Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2023, n. 10448), potendo ben accadere che "due stazioni appaltanti, chiamate a valutare le medesime pregresse vicende professionali di uno stesso operatore economico, diano giudizi opposti, l'una dicendo affidabile quel che l'altra ritenga non affidabile, senza che si possa sol per questo dire l'uno o l'altro provvedimento viziato da eccesso di potere" (Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 2022 n. 5569).

La giurisprudenza condivisibile ritiene che " la valutazione di affidabilità dell'operatore deve essere necessariamente apprezzata al lume della specifica procedura, dell'oggetto, delle condizioni e del luogo di esecuzione della commessa, cosicché è ben possibile che un medesimo episodio venga diversamente valutato a seconda del contesto di riferimento." (TAR Sardegna n., 204/2024).

Premessa perciò, ai sensi della nuova disciplina , l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico come un potere discrezionale, occorre verificare il corretto uso di tale discrezionalità alla stregua dei nuovi parametri legali indicati.

Sotto questo profilo vale osservare , per quanto rilevante nel presente giudizio, che il nuovo Codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, “la valutazione di gravità 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 (..)”, e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva “sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente”.

Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione.

Pertanto, calando tali coordinate al caso in esame, anche non volendo prendere in considerazione le misure di self cleaning che la ricorrente dichiara di avere approntato, e la circostanza che l'episodio risulta rimasto isolato nel corso di detta procedura , in quanto l'appalto in cui si è verificato risulta in corso, deve evidenziarsi la carenza di motivazione della stazione appaltante in proposito.

Non risulta valutato affatto l'elemento temporale, ovvero il tempo trascorso dagli episodi contestati; né le misure di self cleaning dichiarate dalla ricorrente e fornite all'esame della stazione appaltante sono prese in specifica considerazione.

Dunque la CUC nella esclusione impugnata non ha debitamente evidenziato né il bene giuridico violato né l'entità della lesione inferta dalla condotta della concorrente.

Eppure l'art. 98, comma 7, d.lgs. 36/2023 precisa che la stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente;

la loro eventuale impugnazione è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.

Il comma 8 dell'art.98 prevede che:” Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2. “.

Inoltre coglie nel segno l'ulteriore censura, con la quale si lamenta la violazione del principio di proporzionalità nella disposta esclusione. Invero, il Considerando 101 della Direttiva 24/2014/UE impone alle SA di disporre con particolare prudenza provvedimenti escludenti in caso di ipotesi non tipizzate: “Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali.. Osserva il Collegio che il principio di proporzionalità deve sempre guidare le SA nella valutazione dei fatti da porre a fondamento di un eventuale provvedimento di esclusione, rammentando che tutte le fattispecie riportate nel DGUE non risultano mai annotate nel Casellario ANAC (cfr. ex multis C.d.S.,³, n.4266/2018; in termini C.d.S., ⁵, n. 6490/2019; TAR Campania – Napoli, n. 168/2020; TAR Lombardia – Milano, n. 2468/2020; TAR Puglia – Bari, ³, n. 1159/2020 e n.1016/2020).

Il ricorso va conclusivamente accolto, con annullamento della impugnata esclusione. Nulla va disposto in ordine alla domanda di subentro, risultando la procedura non ancora conclusa.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico della CUC che ha adottato la disposta esclusione, sussistendo giuste ragioni per compensarle integralmente nei confronti dell'amministrazione comunale, e della Azienda Consortile A.C.C.C. n. 19, cui non è imputabile sostanzialmente la gravata determinazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, ed integrato dai motivi aggiunti, lo accoglie e per l'effetto:

annulla il provvedimento di esclusione -OMISSIS- dalla “procedura di gara europea aperta ai sensi dell'art.71 del d.lgs.36/2023 con criterio aggiudicazione offerta economica più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di assistenza specialistica all'integrazione scolastica destinato agli alunni con disabilità frequentanti le scuole dei Comuni di Afragola – Caivano -Cardito e Crispano” – -OMISSIS-, condanna la Cuc - Centrale Unica di Committenza Dell'Agenzia di Sviluppo dei Comuni Dell'Area Nolana Scpa alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate in complessivi Euro 3000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge.

Compensa integralmente le spese tra le altre parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016) a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Daria Valletta, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.