

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità, con il diritto dell'Unione europea, della normativa interna sulle cause di esclusione del concorrente dalla partecipazione a una procedura di gara, in caso di grave illecito professionale che abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto di appalto, nella parte in cui richiede che l'operatore possa essere escluso solo se la risoluzione non sia contestata giudizialmente o sia confermata all'esito di un giudizio.

Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 3 maggio 2018 n. 2639 – Pres. Caringella, Est. Di Matteo

Contratti pubblici – Gara – Grave illecito professionale – Risoluzione anticipata del contratto di appalto – Esclusione dell'operatore solo in caso di non contestazione o conferma in sede giudiziale della risoluzione – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale se il diritto dell'Unione Europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, quale l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio (1).

(1) I. - Con l'ordinanza in rassegna la Quinta Sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale della compatibilità della normativa interna in tema di esclusione obbligatoria dell'operatore economico dalla procedura di gara in caso di grave illecito professionale dell'operatore economico che abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto di appalto. In particolare, il Collegio dubita della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui richiede che l'esclusione dell'operatore economico possa essere disposta solo nel caso in cui le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, che ne abbiano causato la risoluzione anticipata, siano non contestate in giudizio o confermate all'esito di un procedimento giudiziario.

II. - Nel caso esaminato dalla pronuncia in commento, l'operatore economico era stato escluso dalla procedura di gara, tra l'altro, sulla base di un provvedimento amministrativo di risoluzione di un precedente contratto, i cui presupposti erano, però, oggetto di contenzioso dinanzi al giudice ordinario.

In primo grado, il T.a.r. per la Regione Lombardia (sezione staccata di Brescia, sez. II, sentenza 17 ottobre 2017, n. 1246), pur ritenendo che l'esclusione dell'operatore per grave illecito professionale richiedesse la mancanza di contestazione giudiziale o la conferma all'esito di un giudizio della sussistenza delle significative carenze di un precedente contratto di appalto o di concessione, aveva respinto il ricorso proposto dall'operatore in quanto il provvedimento espulsivo era fondato anche su una diversa ragione rappresentata dalla commissione di gravi violazioni delle disposizioni poste a tutela della salute e sicurezza del lavoro e dell'ambiente.

III. – Il Collegio, nel ritenere che con i motivi di appello proposti sono state prospettate critiche ragionevoli alla sentenza di prima grado, in quanto i comportamenti addebitati al ricorrente quali violazioni delle disposizioni poste a tutela della salute e sicurezza del lavoro e dell'ambiente altro non sono che inadempimenti contrattuali per i quali vi è stata contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria, osserva che:

- a) la definizione della controversia richiede di valutare se la stazione appaltante ha il potere di escludere un operatore economico se la risoluzione è stata oggetto di contestazione in giudizio e prima che il giudizio sia definito;
- b) l'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa prevalente, consente l'esclusione dell'operatore solo nel caso in cui non vi sia stata contestazione giudiziale dell'inadempimento ovvero le gravi carenze nell'esecuzione di un precedente contratto siano state oggetto di un accertamento dell'autorità giudiziaria;
- c) il diritto europeo (art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE e *Considerando* n. 101 della medesima direttiva) consente l'esclusione dell'operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale, anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatoria e, quindi, a prescindere dall'eventuale contestazione giudiziale del fatto;
- d) la scelta di subordinare l'azione amministrativa agli esiti del giudizio è astrattamente possibile, ma è incompatibile con i tempi dell'azione amministrativa, in quanto:
 - d1) risolto il contratto per grave inadempimento dell'operatore economico, l'amministrazione dovrà indire una nuova procedura di gara per concludere un nuovo contratto;
 - d2) all'operatore economico inadempiente sarà sufficiente contestare in giudizio la risoluzione per ottenere l'ingresso nella nuova procedura, dovendo l'amministrazione attendere l'esito del giudizio per poter procedere legittimamente alla sua esclusione;

- d3) l'amministrazione non può assumere autonomamente la decisione di escludere un operatore, dovendo attendere l'esito del giudizio;
- e) l'orientamento prevalente rende lo strumento non adeguato allo scopo di alleggerire l'onere probatorio a carico dell'amministrazione attraverso l'elencazione di casi in cui è possibile escludere l'operatore economico, in quanto l'azione amministrativa è arrestata dall'instaurazione di un altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale;
- f) sarebbe sufficiente imporre all'amministrazione di fornire adeguata motivazione dell'esclusione dell'operatore, lasciando al giudice amministrativo di sindacare la ragionevolezza;
- g) la norma interna fa dipendere dalla scelta dell'operatore economico, di impugnare o meno la risoluzione in sede giurisdizionale, la decisione dell'amministrazione sull'esclusione del concorrente, in contrasto con i principi europei di proporzionalità e di parità di trattamento.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- h) per un diverso approccio sul medesimo tema si veda Cons. giust. amm. reg. sic., 30 aprile 2018, n. 252, secondo cui, anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi *sub iudice*, la stazione appaltante può applicare ugualmente la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque *“con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*, con la precisazione, tuttavia, che è necessario che la stazione appaltante dimostri con elementi probatori e motivi adeguatamente l'effettività, la gravità e l'inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa;
- i) secondo Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, l'elencazione dei gravi illeciti professionali, contenuta nella lettera c), del quinto comma dell'art. 80, ha carattere solo esemplificativo, con la conseguenza che la stazione appaltante può escludere un operatore economico anche per gravi inadempimenti non riconducibili a quelle tipizzate che siano qualificabili come gravi illeciti professionali, purché l'amministrazione fornisca una motivazione adeguata e la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con mezzi adeguati;
- j) il T.a.r. per la Campania, sez. IV, ordinanza, 13 dicembre 2017, n. 5893 (oggetto della News Us, in data 19 dicembre 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali), ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale *“se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ed i*

principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57 comma 4 lettere c) e g) di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lettera c) del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione”;

- k) secondo Corte di giustizia dell'UE, sez. IV, 14 dicembre 2016 causa C-171/15, Taxi Services BV (in *Foro amm.*, 2016, 2890, nonché oggetto della News US in data 9 gennaio 2017, ai cui approfondimenti si rinvia; *idem*, sez. X, 18 dicembre 2014, causa C-470/13, in *Foro amm.*, 2014, 3034; *idem*, sez. III, 13 dicembre 2012, causa C-465/11, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 713, con nota di PASSARELLI, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 3085, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 147 e in *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 1055), “*il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non osta a che una normativa nazionale obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara d'appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale. Le disposizioni della direttiva 2004/18, in particolare quelle dell'articolo 2 e dell'allegato VII A, punto 17, della medesima, interpretate alla luce del principio della parità di trattamento, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretate nel senso che ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice decida di attribuire un appalto pubblico ad un offerente che ha commesso un grave errore professionale, per il fatto che l'esclusione di tale offerente dalla procedura di gara sarebbe stata contraria al principio di proporzionalità, mentre, secondo le condizioni della gara d'appalto in questione, un offerente che avesse commesso un grave errore professionale avrebbe dovuto necessariamente essere escluso, senza tener conto del carattere proporzionato o meno di tale sanzione”;*
- l) l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa tende a negare la possibilità per la stazione appaltante di escludere dalla gara l'operatore economico quando non ricorra una delle ipotesi esemplificate nella seconda parte dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016. In particolare, si è ritenuto che, quando, in relazione alle gravi carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, con la stessa o con altra stazione appaltante, non si siano prodotti gli effetti giuridici della

- risoluzione anticipata “definitiva” (perché non contestata ovvero confermata in giudizio) o dell’applicazione di sanzioni (penali, risarcimento, incameramento della garanzia), è preclusa all’amministrazione ogni possibilità di valutazione sull’affidabilità del concorrente. In questo senso: Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017 n. 1955, in *Guida al dir.*, 2017, 21, 94, con nota di PONTE; T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. V, 12 ottobre 2017, n. 4781; T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 3 novembre 2017, n. 2511; T.a.r. per la Puglia, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828; T.a.r. per la Puglia, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; T.a.r. per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935; T.a.r. per la Calabria, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522;
- m) in dottrina si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 854 ss., anche per una ampia analisi della progressiva disciplina, delle linee guida dell’Anac e della conformità della nuova disciplina nazionale a quella europea;
- n) l’art. 80, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che l’Anac, con proprie linee guida, “*può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)*”. In attuazione di tale disposizione normativa con Delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, l’Anac ha adottato la delibera n. 6, poi modificata con successiva determinazione n. 1008 del 11 ottobre 2017. Sul tema, con specifico riferimento all’aggiornamento da parte Anac delle Linee guida n. 6, all’esito del primo correttivo al codice (d.lgs. n. 56 del 2017) si vedano L. MAZZEO e L. DE PAULI, *Le linee guida dell’ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 155.