

La Corte di giustizia UE ha riaffermato la non conformità alle direttive europee del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui prevede che 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 escludere l'impresa cui la suddetta risoluzione si riferisce sulla base di una valutazione di affidabilità della stessa.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IX, ordinanza 20 novembre 2019, C-552/18, Indaco Service Soc. coop. Sociale

Contratti pubblici – Grave illecito professionale – Risoluzione di precedente contratto – Contestazione in giudizio della risoluzione – Esclusione dell'impresa

L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale in virtù della quale la presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione di risoluzione di un contratto di appalto pubblico, adottata da un'amministrazione aggiudicatrice in ragione di un «grave illecito professionale», verificatosi in sede di esecuzione di tale contratto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indica una nuova gara d'appalto di escludere un operatore, nella fase della selezione degli offerenti, sulla base di una valutazione dell'affidabilità dell'operatore stesso (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la Corte di giustizia UE, in linea con quanto precedentemente affermato con la sentenza 19 giugno 2019, Meca, C-41/18 (in *Foro amm.*, 2019, 995 e oggetto della News US in data 18 luglio 2019 alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) ha affermato l'incompatibilità dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 con l'art. 57, par. 4, lettere c) e g) della direttiva n. 2014/24/UE. Ciò per la parte in cui la disposizione nazionale consente di paralizzare l'esclusione dell'impresa per effetto della proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui essa era firmataria e in attesa dell'esito del giudizio, sebbene il suo comportamento sia risultato sufficientemente carente da giustificare tale risoluzione.

Il rinvio pregiudiziale, disposto con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2018, n. 5033 (oggetto della News US in data 7 settembre 2018), si è innestato nel giudizio sulla legittimità della esclusione di un operatore economico in quanto destinatario di atto di risoluzione anticipata di precedente contratto di appalto, non impugnato alla data dell'esclusione e rispetto al quale non risultavano decorsi i termini per l'impugnazione.

II. – Con l’ordinanza in rassegna la Corte di giustizia UE, dopo aver analizzato la normativa di riferimento, ha affermato che:

- a) il tenore letterale dell’art. 57, paragrafo 4, della direttiva n. 2014/24/UE è nel senso che il legislatore dell’Unione ha inteso affidare all’amministrazione aggiudicatrice, e ad essa sola, e non ad un giudice nazionale, il compito di valutare, nella fase della selezione degli offerenti, se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto (Corte di giustizia UE, 19 giugno 2019, *Meca*, cit., punti 28 e 34);
- b) l’art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è idoneo a preservare l’effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto dall’articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della predetta direttiva in considerazione che:
 - b1) il potere discrezionale che il predetto art. 57 conferisce all’amministrazione aggiudicatrice è paralizzato dalla semplice proposizione, da parte di un’impresa di un ricorso avverso la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui essa era firmataria, sebbene il suo comportamento sia risultato sufficientemente carente da giustificare tale risoluzione;
 - b2) la norma non incoraggia, manifestamente, un’impresa aggiudicataria nei cui confronti sia stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure correttive, malgrado tali misure evidenzino l’importanza che è attribuita all’affidabilità dell’operatore economico, tenuto conto che tale affidabilità influisce profondamente sui motivi di esclusione relativi alle caratteristiche soggettive dell’offerente.

III. – Per completezza si segnala:

- c) nel senso che la contestazione giudiziale non si traduca in un’automatica ammissione: Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6763 (in *Urbanistica e appalti*, 2020, 2, con nota di GIOVANNELLI); Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 657, con nota di CONTESSA; *Giur. it.*, 2018, 1681, con nota di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO; *Foro amm.*, 2018, 441; *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 3, 78; *Gazzetta forense*, 2018, 335), secondo cui: “l’esistenza di una contestazione giudiziale della risoluzione non implica che la fattispecie concreta ricada esclusivamente nell’ipotesi esemplificativa, con applicazione del relativo regime operativo; difatti, il «fatto» in sé di inadempimento resta pur sempre un presupposto rilevante ai fini dell’individuazione di un grave illecito professionale, secondo l’ipotesi generale”. Invero, “sussistendo una relazione di genus ad speciem; a differenza della seconda ipotesi, nel caso generale, la stazione appaltante non può avvalersi dell’effetto presuntivo assoluto di gravità derivante dalla sentenza pronunciata in giudizio, né, per

*converso, l'impresa può opporre la pendenza per porre nell'irrilevante giuridico il comportamento contrattuale indiziato" (in termini T.a.r. per la Campania, sez. I, 29 maggio 2019, n. 2885); Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 30 aprile 2018, n. 252 (in *Appalti & Contratti*, 2018, 5, 85), secondo cui "Anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi sub iudice, alla stazione appaltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione ex art. 80, 5° comma, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016 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»; è però necessario che la stazione appaltante dimostri con elementi probatori e motivi adeguatamente, l'effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa";*

- d) nel senso che, laddove la gara rientri nel campo di applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016, viene a configurarsi un ineludibile obbligo legale di ammissione del concorrente, qualora la anticipata risoluzione del contratto sia stata contestata in giudizio si vedano, tra le altre: T.a.r. per la Sicilia, 3 novembre 2017, n. 2511; T.a.r. per la Puglia, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828; 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 Puglia, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; T.a.r. per la Puglia – Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935 (in *Foro it.*, 2017, 1735); T.a.r. per la Calabria, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522 (in *Foro it.*, 2017, 1735);
- e) sulla specifica questione della necessaria definitività della disposta risoluzione del pregresso rapporto contrattuale per procedere alla esclusione dalla gara: Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; Cons Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078; Cons Stato, sez. V, 21 gennaio 2011, n. 409 (in *Riv. amm. appalti*, 2011, 227, con nota di PIGNATTI);
- f) sotto altro profilo, in tema di errore professionale quale causa di esclusione della gara, la Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza, 4 giugno 2019, C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS), emessa a seguito di rinvio pregiudiziale del T.a.r. per il Piemonte, sez. I, ordinanza 21 giugno 2018, n. 770 (rispettivamente oggetto della News US n. 81 in data 16 luglio 2019 e News US in data 2 luglio 2018, ai cui approfondimenti si rinvia), ha affermato che *"l'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE [...], deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'«errore grave» [...] i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta*

violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico". La sentenza ha, ad un tempo, risolto la questione interpretativa che era stata sollevata con ordinanza Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639 (oggetto della News US in data 8 maggio 2018, ai cui approfondimenti si rinvia), sicché il Consiglio di Stato con successiva ordinanza 30 settembre 2019, n. 6551, ha rinunciato alla relativa questione pregiudiziale, circostanza di cui ha dato atto la successiva ordinanza della Corte di giustizia UE, sez. IX, 21 novembre 2019, C-324/18;

- g) nel senso che la contestazione giudiziale non si traduca in un'automatica ammissione: Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 657, con nota di CONTESSA; *Giur. it.*, 2018, 1681, con nota di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO; *Foro amm.*, 2018, 441; *Appalti & Contratti*, 2018, 3, 78; *Gazzetta forense*, 2018, 335);
- h) sulla natura esemplificativa delle ipotesi di "grave errore professionale" indicate dall'art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. n. 80 del 2016 cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299, cit., che ha esaminato la disposizione anche alla luce dell'art. 57, par. 4, direttiva n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955 (in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 699);
- i) sull'art. 45, comma 2, della direttiva n. 2004/18/CE, la Corte di giustizia UE rifiuta ogni automatismo in materia di cause di esclusione facoltativa nel caso di grave errore professionale, dovendo la relativa determinazione ispirarsi a criteri di proporzionalità; ne discende che analogo principio, contrario ad ogni automatismo, deve valere in ipotesi di meccanismi che abbiano il contrario effetto di precludere l'esclusione:
 - i1) Corte di giustizia 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);
 - i2) Corte di giustizia UE, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13 (in *Foro amm.*, 2014, 3034);
 - i3) Corte di giustizia UE, sez. III 13 dicembre 2012, C-465/11, *Forposta e ABC Direct Contact* (in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, 713, con nota di PASSARELLI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 3085; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 147 (m); *Giurisdiz. amm.*, 2012, III, 1055);
 - i4) con riferimento al rapporto tra art. 45, par. 2, primo comma, lett. d), della direttiva 2004/18/Ce e le violazioni *antitrust*, si veda anche Corte di giustizia UE, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Kozbeszerzési Hatóság Kozbeszerzési Döntőbizottság* (in *Foro amm.*, 2014, 3034);

- j) sul potere discrezionale degli Stati membri e le cause facoltative di esclusione, si vedano:
- j1) Corte di giustizia 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);
 - j2) Corte di giustizia UE, sez. X, 10 luglio 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (in *Urbanistica e appalti*, 2014, 11, 1170, con nota di PATRITO; *Giur. it.*, 2015, 1, 142 con nota di D'ALOISIO);
 - j3) Corte di giustizia CE, sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04, *La Cascina Soc. coop. a r.l. e altri* (in *Dir. e prat. trib.*, 2006, 3, 2, 696; *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 5, 515; *Urbanistica e appalti*, 2006, 540, con nota di LOTTI; *Appalti & Contratti*, 2006, 77; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 310; *Riv. corte conti*, 2006, fasc. 1, 254; *Giust. civ.*, 2006, I, 1391; *Riv. amm. appalti*, 2006, 45, con nota di TOMASSI; *Corriere trib.*, 2006, 1189, con nota di LAMBERTI; *Dir. comunitario e internaz.*, 2006, 2, 42, con nota di CARUSO; *Rass. avv. Stato*, 2007, 1, 180);
- k) sugli obblighi dichiaratori discendenti dal Codice dei contratti pubblici e, segnatamente, dall'art. 80, comma 5, si veda Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 9 aprile 2020, n. 2332 (oggetto della News US, n. 50 del 22 aprile 2020, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento, in particolare punti *aa*) e seguenti).