

La Corte di giustizia UE ha affermato 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 effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, 19 giugno 2019, C-41/18, Meca s.r.l.

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 – Principio di proporzionalità – Violazione

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 osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce (1).

(1) I. - Il rinvio pregiudiziale del T.a.r. per la Campania, sez. IV, ordinanza 13 dicembre 2017 n. 5893 (oggetto della News US in data 19 dicembre 2017, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) è stato occasionato da una controversia in materia di affidamento di un servizio per la refezione scolastica in cui una impresa concorrente ha contestato, ai sensi dell'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a., la mancata esclusione di altra concorrente, già destinataria, in una precedente gara, di un provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento (tossinfezione alimentare), successivamente impugnato dinanzi al competente giudice civile.

Il T.a.r. aveva dubitato della compatibilità della disciplina interna contenuta nell'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50 del 2016 con i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità ed effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché con la disposizione di cui all'art. 57, comma 4, lettere c) e g), di detta direttiva, nella parte in cui tale disposizione consente l'ammissione automatica, in assenza di qualsiasi valutazione di affidabilità e senza che sia stata dimostrata l'adozione di misure di *self cleaning*, di un'impresa che abbia

precedentemente commesso illeciti professionali e che abbia contestato in giudizio la precedente risoluzione del contratto intervenuta per via di tali illeciti.

Il T.a.r. aveva evidenziato che:

- a) i principi di proporzionalità e di effettività dovrebbero proibire qualsiasi automatismo in caso di impossibilità di escludere un operatore economico;
- b) l'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici violerebbe i succitati principi e, quindi, la direttiva 2014/24/UE poiché impedisce all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare una valutazione motivata sulla gravità dell'illecito professionale all'origine della risoluzione di un precedente contratto per il motivo che la risoluzione del medesimo è contestata dinanzi a un giudice civile;
- c) l'art. 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva in questione non richiederebbe in alcun modo una statuizione definitiva della responsabilità dell'aggiudicatario.

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

- d) le cause di esclusione facoltative devono essere valutate secondo il principio di proporzionalità (art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE) il quale non consente al legislatore nazionale di considerare automaticamente irrilevanti, ai fini dell'ammissione ad una nuova gara, gli illeciti professionali che hanno dato luogo ad una precedente risoluzione contrattuale avverso la quale sia stato proposto ricorso e lo stesso sia ancora pendente;
- e) in ragione del tenore dei considerando 101 e 102 della direttiva n. 2014/24/UE, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità;
- f) in base all'art. 57, par. 4, della direttiva n. 2014/24/UE, che è sostanzialmente sovrapponibile all'art. 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE:
 - f1) il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto appartiene alle amministrazioni aggiudicatrici e non a un giudice nazionale;
 - f2) la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti;
 - f3) i due motivi di esclusione previsti dall'art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), si basano su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda (*“il considerando 101, primo comma, della direttiva in parola prevede che le*

amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili», mentre il suo secondo comma prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, «comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico», cfr. punto 30);

- f4) le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura e non solo dopo che un organo giurisdizionale abbia pronunciato una sentenza che accerti l'esistenza del grave illecito professionale;
- f5) se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione;
- g) in relazione al perimetro della discrezionalità del legislatore interno, in un assetto normativo in cui gli Stati membri sono chiamati a specificare le condizioni di applicazione della disciplina nel rispetto del diritto dell'Unione:
 - g1) il potere discrezionale degli Stati membri non è assoluto e, *“una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla direttiva 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti. Precisando che gli Stati membri specificano «le condizioni di applicazione del presente articolo» «nel rispetto del diritto dell'Unione», l'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24 osta a che gli Stati membri snaturino i motivi facoltativi di esclusione stabiliti in tale disposizione o ignorino gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi”;*
 - g2) *“quando è stata chiamata a interpretare i motivi facoltativi di esclusione, come quelli previsti all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) o g), della direttiva 2004/18, le uniche disposizioni che non comportavano alcun rinvio al diritto nazionale, la Corte si è basata sull'articolo 45, paragrafo 2, secondo comma, della medesima direttiva, in forza del quale gli Stati membri precisano, nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione del suddetto paragrafo 2, per circoscrivere più rigorosamente il potere discrezionale di tali Stati e definire, a sua volta, la portata della causa facoltativa di esclusione controversa (v., in particolare, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta, C-465/11, in www.curia.europa.eu, punti da 25 a 31)”;*
- h) dal testo dell'art. 57, paragrafo 4, della direttiva n. 2014/24/UE risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un

candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto;

- i) l'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è conforme all'ordinamento europeo per la parte in cui limita la possibilità per l'amministrazione di escludere da una procedura d'appalto un operatore economico qualora, in particolare, essa dimostri, con mezzi adeguati che:
 - i1) in primo luogo, lo stesso operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;
 - i2) in secondo luogo, i medesimi gravi illeciti professionali, che possono risultare da significative carenze verificatesi nell'esecuzione di un precedente appalto pubblico, hanno dato luogo alla risoluzione del contratto concluso dal medesimo con l'amministrazione aggiudicatrice, a una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
 - i3) in terzo luogo, tale risoluzione non è stata contestata in giudizio o è stata confermata all'esito di un giudizio;
- j) tale disposizione non è idonea a preservare l'effetto utile della previsione dell'art. 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva n. 2014/24/UE poiché il potere discrezionale dell'amministrazione è paralizzato dalla proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto d'appalto di cui l'offerente era firmatario *"quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione"* (punto 38);
- k) l'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie (*self cleaning*), le quali consentirebbero all'operatore economico di prendere provvedimenti per dimostrare di essere affidabile e meritevole di fiducia nonostante ricorra un motivo di esclusione.

III. – Per completezza si segnala che:

- l) nella giurisprudenza nazionale, con specifico riferimento alla contestazione giudiziale della risoluzione per grave illecito professionale, si vedano, tra le altre:
 - l1) nel senso che la contestazione giudiziale non si traduca in un'automatica ammissione: Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 657, con nota di CONTESSA; in *Giur. it.*, 2018, 1681, con nota di FOÀ, RICCIARDO CALDERARO; in *Foro amm.*, 2018, 441, in *Appalti & Contratti*, 2018, fasc. 3, 78, e in *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);

- 12) 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, fasc. 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);
- 13) 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);
- m) nella giurisprudenza europea, le pronunce rese sull’art. 45, comma 2, della direttiva 2004/18 (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; *idem*, sez. X, 18 dicembre 2014, C-470/13, in *Foro amm.*, 2014, 3034 e in www.curia.europa.eu, 2014; *idem*, sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11, in www.curia.europa.eu, 2012) rifiutano 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;
- n) il tema della compatibilità della disciplina delle cause di esclusione previste dall’art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016 ha costituito oggetto di ulteriori rinvii pregiudiziali:

- n1) Cons. Stato, sez. V, ordinanza 23 agosto 2018, n. 5033 (oggetto della News US in data 7 settembre 2018, ai cui approfondimenti si rinvia) e Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 3 maggio 2018, n. 2639 (oggetto della News US in data 8 maggio 2018, ai cui approfondimenti si rinvia) con le quali il giudice d'appello ha rimesso nuovamente la analoga 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;
- n2) 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”*;
- o) in dottrina, per una accurata ricostruzione della nuova disciplina dell'esclusione basata sul grave illecito professionale, delle differenze fra vecchio e nuovo regime europeo e nazionale, delle linee guida A.N.A.C. e sulla rilevanza del c.d. *self cleaning*, si vedano, tra gli altri: R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 854 ss. (cui si rinvia per ampia trattazione anche delle modifiche disciplinari rispetto alla pregressa normativa di cui al d.lgs. n. 163 del 2006), secondo cui la circostanza che il legislatore italiano abbia scelto di disciplinare l'esclusione per grave illecito professionale in termini di obbligatorietà (esercitando l'opzione concessa dalle direttive del 2014 e costruendo tale figura come un *genus* all'interno del quale collocare una nutrita serie di fattispecie) è conforme al diritto europeo ed ai principi espressi dalla menzionata sentenza della Corte di giustizia

- UE, sez. IV, 14 dicembre 2016, cit., e fa propendere per il carattere esemplificativo del catalogo sancito dall'art. 80, comma 5, lettera c), del nuovo codice dei contratti pubblici; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 6, 763; M. DIDONNA, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie <difensive>* in *Urbanistica e appalti*, 2018, 4, 538; *id.*, *Revoca di precedenti affidamenti e <gravi illeciti professionali> nel d.lgs. n. 50/2016*, in *www.Italiappalti.it*, 19 gennaio 2017; *id.*, *Il <grave errore professionale>, tra attuale incertezza e imminente prospettiva europea*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 1, 61; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 6, 745. Sulle Linee guida ANAC n. 6 adottate, in attuazione dell'art. 80, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016, con determinazione n. 1293 del 16 novembre 2016 (su cui si veda il parere del Cons. Stato, comm. speciale, 3 novembre 2016, n. 2286/2016) e modificate con determinazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017 (su cui si veda il parere del Cons. Stato, comm. speciale, 25 settembre 2017, n. 2042/2017) cfr. L. MAZZEO e L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 2, 155. MANGANARO, M. GERMANO', *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 3, 301;
- p) 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, che ha esaminato la disposizione anche alla luce dell'art. 57, par. 4, direttiva del 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955 (in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 699);
- q) la soluzione divisata dalla sentenza in rassegna era stata anticipata dall'*art. 5, comma 1, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135*, convertito, con modificazioni, dalla *l. 11 febbraio 2019, n. 12*, che ha sostituito, nel corpo dell'art. 80, comma 5 cit., l'originaria lettera c), con le lettere c), c-bis) e c-ter);
- r) l'art. 1, comma 20, lettera o), della *legge n. 55 del 2019* (di conversione del d.l. c.d. "sblocca cantieri", oggetto della *News normativa n. 74 del 10 luglio 2019*) ha introdotto nell'art. 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016 la lettera *c-quater*, ai sensi della quale l'amministrazione appaltante deve disporre l'esclusione dell'operatore economico che abbia commesso "grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato". Si tratta di una causa di esclusione obbligatoria, introdotta autonomamente dal legislatore nazionale, non essendo prevista dalle direttive europee, e che può essere ricondotta al più ampio *genus* del grave illecito

professionale. Come osserva, puntualmente, R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recati dal d.l. n. 32/2019*, in corso di pubblicazione in *Urbanista e Appalti*, il d.l. interviene anche sulla materia della durata massima delle cause ostative di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, sia con riguardo alle condanne penali, al fine di coordinare la disciplina del Codice dei contratti pubblici con la legge n. 3 del 2019 in tema di delitti contro la p.a., sia con riguardo alle violazioni dell'art. 80, quinto comma, al fine di dare migliore attuazione alle direttive europee, in particolare con riguardo alla decorrenza della causa ostativa. Con riguardo agli illeciti penali indica una durata variabile della causa di esclusione in base alla tipologia di reato e all'entità della condanna, se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Nel caso in cui ricorra una delle ipotesi descritte al quinto comma dell'art. 80, la durata della causa ostativa è di tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Tuttavia, in caso di contestazione in giudizio, non vi è un totale congelamento della causa di esclusione, che piuttosto, da obbligatoria, diviene facoltativa. Si stabilisce infatti che, nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza dei presupposti per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso (art. 80, comma 10-bis, ultimo periodo). Il d.l., superando i problemi ermeneutici emersi con la formulazione previgente (ma sul punto si veda R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*), fa decorrere la durata del termine della causa ostativa dall'accertamento del fatto, che o è contenuto nel provvedimento amministrativo non contestato, ovvero, in caso di contestazione, nella condanna giudiziale passata in giudicato. Per il caso di contestazione giudiziale, come anticipato, si ipotizza una causa di esclusione facoltativa e non obbligatoria, al fine di evitare che la lunghezza del giudizio congeli *sine die* la causa di esclusione.