

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato rimette nuovamente 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 23 agosto 2018, n. 5033 – Pres. Severini, Est. Grasso

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, come quella in esame, 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 – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della esclusione di un operatore economico da una procedura di gara in quanto destinatario di atto di risoluzione anticipata di precedente contratto di appalto, atto di risoluzione non impugnato alla data dell'esclusione ma neppure fatto oggetto di acquiescenza e rispetto al quale non risultavano decorsi i termini per l'impugnazione – valutata la disomogeneità tra disciplina interna e disciplina euro-unitaria sul punto, ha posto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede che la risoluzione anticipata di precedente contratto di appalto costituisca causa di esclusione dell'operatore economico da nuova gara solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio.

Al medesimo risultato la Quinta Sezione era giunta con l'ordinanza del 3 maggio 2018, n. 2639 (in www.lamministrativista.it del 13 giugno 2018 con nota di P. MARTIELLO, *Gravi illeciti professionali: l'esclusione è legittima anche se la risoluzione è sub iudice?* ed oggetto della News US in data 8 maggio 2018), con la quale ha effettuato rinvio pregiudiziale alla Corte

di giustizia UE di tenore analogo a quello di cui all'ordinanza in esame; ulteriore rimessione alla Corte UE sul tema della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'art. 80, comma 5, lett. c) cit., era stata peraltro già effettuata dal T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. IV, con ordinanza del 13 dicembre 2017, n. 5893 (oggetto della News US in data 19 dicembre 2017).

Il "grave illecito professionale", quale causa di esclusione dalle gare pubbliche, è disciplinato nei termini che seguono nella normativa europea e in quella interna:

a) Direttiva 2014/24/UE

a1) l'art. 57, par. 4, lett. c) prevede quale causa di esclusione la fattispecie in cui *"l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità"*;

a2) l'art. 57, par. 4, lett. g) prevede poi quale ulteriore causa di esclusione la fattispecie in cui *"l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili"*;

a3) il considerando 101 tra l'altro prevede che *"tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale"*;

b) la disciplina interna è rinvenibile nell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, che in particolare:

b1) al comma 5, lett. c) prevede l'esclusione dell'operatore economico qualora *"la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le*

decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione";

b2) al comma 13 prevede che *"con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, 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)"*.

II. – La vicenda procedimentale e processuale che ha portato all'ordinanza in rassegna può essere così sintetizzata:

- la Prefettura di Taranto indiceva una procedura di gara aperta, ai sensi degli artt. 59 e 60 del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento, mediante accordo quadro, del servizio di temporanea accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale, alla quale partecipava una società cooperativa che già gestiva in Puglia analoghi servizi, risultando aggiudicataria provvisoria per parte delle strutture messe a gara;
- la cooperativa veniva però successivamente esclusa dalla procedura in esito alla emissione di decreto della Prefettura stessa con il quale era stata disposta la risoluzione del contratto stipulato con la cooperativa medesima per un presunto grave inadempimento nell'esecuzione di un altro servizio di accoglienza stranieri;
- la Prefettura di Taranto aggiudicava quindi in via definitiva il servizio *de quo* in favore di altri concorrenti;
- la cooperativa impugnava l'esclusione dinanzi al T.a.r. per la Puglia – Lecce, censurando l'operato della stazione appaltante per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, non avendo la cooperativa stessa fatto acquiescenza alla disposta risoluzione anticipata del precedente vincolo contrattuale ed avendo intenzione di impugnarlo dinanzi al Tribunale ordinario;
- il T.a.r. adito, con sentenza n. 1470 del 2017, resa in forma semplificata dalla Sezione Seconda, respingeva il ricorso, ritenendo non fondata la censura di violazione dell'art. 80 cit.; rilevava il T.a.r. che, *"almeno allo stato"*, la anticipata risoluzione contrattuale non risulta *"censurata in giudizio"* e aggiungeva che non può ritenersi che *"la norma in parola, già di dubbia interpretazione ove letta nel senso di privare di rilevanza le risoluzioni oggetto di contestazione fino alla loro inoppugnabilità, porti alla paradossale conseguenza per cui la p.a. debba addirittura attendere l'assenza di future, eventuali iniziative giudiziarie dei concorrenti, iniziative sottoposte peraltro dal c.p.c. a termini processuali evidentemente non in linea con gli interessi oggetto dei procedimenti e dei processi amministrativi in tema di appalti"*;

- avverso la citata sentenza ha proposto appello la cooperativa esclusa dalla gara, evidenziando come a mente dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 sarebbe irrilevante, ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara pubbliche, la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto a cui non sia stata prestata acquiescenza, che sia ancora *sub iudice* od ancora nei termini per essere impugnata, com'è nella specie, avendo l'appellante medesima palesato, nella richiesta di accesso agli atti rivolta alla Prefettura, la propria intenzione di valutare la proposizione di azione giudiziaria all'esito dell'ostensione della documentazione richiesta.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, pronunciandosi sull'interposto appello, giunge al riferito deferimento alla Corte di giustizia UE sulla base del seguente percorso argomentativo:

- c) il Consiglio di Stato, esaminando la disposizione interna di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 ha ritenuto che rientrino tra i "*gravi illeciti professionali*" che consentono la esclusione di un operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici le "*significant carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata*", qualora la risoluzione, alternativamente, non sia stata contestata in giudizio dall'appaltatore privato, che vi ha prestato acquiescenza, o sia stata "*confermata all'esito di un giudizio*";
- d) non vi è omogeneità tra la norma interna e la norma euro-unitaria, poiché l'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE, letto congiuntamente al considerando 101 della stessa direttiva, consente l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, 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 obbligatori*", sotto la responsabilità dell'amministrazione per una sua eventuale decisione errata;
- e) la scelta del legislatore nazionale, in caso di errore professionale passibile di risoluzione anticipata, di subordinare l'agire dell'amministrazione agli esiti del giudizio sulla risoluzione stessa, se astrattamente possibile, non appare tuttavia compatibile con i tempi effettivi dell'azione amministrativa in relazione alle finalità di interesse generale del settore, vale a dire l'utile realizzazione delle opere o acquisizione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni; infatti:
 - e1) risolto il contratto per grave inadempimento dell'operatore economico, l'amministrazione dovrà indire una nuova procedura di gara per addivenire ad un nuovo contratto; ma all'operatore economico inadempiente basterà contestare in giudizio la risoluzione per ottenere comunque ingresso nella

- nuova procedura, dovendo nelle more l'amministrazione attendere l'esito del giudizio per poter legittimamente procedere alla sua esclusione;
- e2) con la conseguenza per l'amministrazione – contraria a ragionevolezza, proporzionalità, efficacia ed efficienza - di trovarsi a dover valutare in maniera imparziale un operatore economico che pure aveva già giudicato inaffidabile tanto da aver risolto il precedente contratto con lo stesso stipulato;
- e3) l'amministrazione appaltante non può, in questo modo, assumere una propria responsabilità nella decisione di escludere l'operatore e deve attendere, comunque, l'esito del giudizio: che viene a prevalere sulle esigenze amministrative di ordine generale sopra rammentate;
- f) se obiettivo del legislatore nazionale è di alleggerire l'onere probatorio a carico dell'amministrazione per rendere più efficiente l'azione amministrativa attraverso l'elencazione di casi in cui è possibile escludere l'operatore economico, lo strumento non appare adeguato: l'azione amministrativa è, nei sensi detti, di fatto arrestata dall'instaurazione di altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale; se invece l'obiettivo è garantire che l'operatore economico sia definitivamente escluso dalla procedura di gara solo quando il grave illecito professionale è confermato all'esito di un giudizio, è sufficiente imporre all'amministrazione di fornire adeguata motivazione dell'esclusione, lasciando al giudice amministrativo di sindacarne la ragionevolezza;
- g) la norma interna fa dipendere dalla scelta dell'operatore economico – se impugnare o meno la risoluzione – la decisione dell'amministrazione; a fronte di *“gravi illeciti professionali”* simili, allora, un operatore sarà escluso in quanto non ha proposto impugnazione giurisdizionale della risoluzione e l'altro, per averla proposta, non potrà essere escluso; ciò in violazione dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento di cui gli Stati membri devono tener conto nell'aggiudicazione degli appalti pubblici;
- h) la Corte di giustizia dell'UE, nella causa C-171/15, seppur in riferimento alla normativa di cui alla precedente direttiva 2004/18/CE, che sul punto conteneva disciplina non distante da quella dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, ha affermato che il diritto dell'Unione 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.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- i) sul grave illecito professionale quale causa di esclusione dalle gare pubbliche, si vedano in dottrina: M. DIDONNA, *Il <grave errore professionale>, tra attuale incertezza e imminente prospettiva europea in Urbanistica e appalti*, 2016, 1, 61; M. DIDONNA, *Revoca di precedenti affidamenti e <gravi illeciti professionali> nel d.lgs. n. 50/2016* in www.Italiappalti.it 19 gennaio 2017; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici in Urbanistica e appalti*, 2017, 6, 745; 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; 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; M. DIDONNA, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie <difensive> in Urbanistica e appalti*, 2018, 4, 538;
- j) 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;
- k) sulla natura esemplificativa delle ipotesi di "grave errore professionale" indicate dall'art. 80, comma 5, lett. 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 esamina 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);
- l) sulla specifica questione della necessaria definitività della disposta risoluzione del pregresso rapporto contrattuale per procedere alla esclusione dalla gara si segnala:
- 11) non era ritenuta necessaria dalla giurisprudenza formatasi sulla disciplina di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006, essendo ritenuta sufficiente la valutazione fatta dalla stazione appaltante: Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5818; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 e Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011, n. 409 (in *Riv. amm. appalti*, 2011, 227, con nota di PIGNATTI) ;
 - 12) è ritenuta invece necessaria nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016, non potendosi procedere alla esclusione dalla gara se la risoluzione è impugnata in giudizio sino alla conferma da parte del giudice adito: 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 Sicilia – Palermo, sez. II, 3 novembre 2017, n. 2511; T.a.r. per la

Puglia - Bari, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828, in www.lamministrativista.it 19 luglio 2017; T.a.r. per la Puglia - Bari, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; T.a.r. per la Puglia - Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935, in *Foro amm.*, 2016, 12, 3096 (s.m); T.a.r. per la Calabria - Catanzaro, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522, in *Guida al dir.*, 2017, 4, 54; ma, per un diverso approccio, si veda Cons. giust. amm. reg. sic., 30 aprile 2018, n. 252 (in www.lamministrativista.it 23 maggio 2018 con nota di PRESTI), 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;

- m) sull'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006 (normativa disciplinante il grave errore professionale nella disciplina previgente) cfr. T.a.r. per il Piemonte, sez. I, ordinanza 21 giugno 2018, n. 770 (oggetto della News US in data 2 luglio 2018), che ha rimesso alla Corte di giustizia UE il quesito interpretativo "se il combinato disposto da una parte degli articoli 53 paragrafo 3 e 54 paragrafo 4 della Direttiva 2004/17/CE, e d'altra parte dell'art. 45 paragrafo 2 lett. d) della Direttiva 2004/18/CE osti ad una previsione, come l'art. 38 comma 1 lett. f) del Decreto Legislativo n. 163/2006 della Repubblica Italiana, come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, che esclude dalla sfera di operatività del c.d. <errore grave> commesso da un operatore economico <nell'esercizio della propria attività professionale>, i comportamenti integranti violazione delle norme sulla concorrenza accertati e sanzionati dalla Autorità nazionale antitrust con provvedimento confermato in sede giurisdizionale, in tal modo precludendo a priori alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente siffatte violazioni ai fini della eventuale, ma non obbligatoria, esclusione di tale operatore economico da una gara indetta per l'affidamento di un appalto pubblico";
- n) sulla giurisprudenza comunitaria formatasi sull'art. 45, par. 2, della direttiva 2004/18/UE, recante la previgente disciplina delle cause facoltative di esclusione, si vedano: Corte di giustizia dell'UE, sez. IV, 14 dicembre 2016 causa C-171/15, Taxi Services BV (in *Foro amm.*, 2016, 2890 ed oggetto della News US in data 9 gennaio 2017); *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); la

richiamata giurisprudenza 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, dovrebbe valere in ipotesi di meccanismi che abbiano il contrario effetto, di precludere l'esclusione.