

Il Tar per la Campania rimette alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa circa la compatibilità con il diritto comunitario della disposizione di legge nazionale che, ai fini della ammissione ad una gara pubblica, precluderebbe alla stazione appaltante di valutare la gravità dell'inadempimento in cui il concorrente sia incorso nella esecuzione di un precedente contratto pubblico.

[Tar Napoli, sez. IV, ordinanza 13 dicembre 2017, n. 5893 – Pres. ed Est. Pappalardo](#)

Contratti pubblici – Esclusione dalla gara – Risoluzione di precedente contratto per carenze in pregressa esecuzione – Valutazione della affidabilità del concorrente – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale ex art. 267 del TFUE:

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 (1)

(1) I.- *La causa.*

Il rinvio pregiudiziale 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 degli artt. 120 commi 2-bis e 6-bis c.p.a., la mancata esclusione di altra concorrente, già destinataria, in una precedente analoga gara, di un provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento (tossinfezione alimentare), successivamente impugnato dinanzi al competente giudice civile.

Il Comune di Napoli e la controinteressata si sono costituiti nel giudizio amministrativo eccependo che la pendenza del giudizio civile non consentirebbe di poter ascrivere il pregresso inadempimento nel novero dei gravi illeciti professionali, alla luce del disposto di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50 del 2016, precludendo, al contempo, alla stazione appaltante ogni valutazione discrezionale dei fatti di

inadempimento pregressi ai fini del giudizio di affidabilità del concorrente, con conseguente impossibilità di adottare un provvedimento di esclusione.

II.- *L'ordinanza di rimessione.*

Il T.a.r. per la Campania ha conseguentemente sollevato questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, volta ad accertare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che escludono ogni possibilità di valutazione da parte della stazione appaltante circa l'affidabilità di un concorrente, destinatario di precedente atto di risoluzione contrattuale a fronte di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, qualora lo stesso abbia spiegato impugnativa giurisdizionale della risoluzione, così determinando l'automatica ammissione alla procedura di gara.

Il parametro comunitario assunto come termine di raffronto dal giudice remittente è rappresentato dall'art. 57, comma 4, della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, recepita con il nuovo codice dei contratti pubblici che, nel prevedere le cause di esclusione facoltative di un concorrente, dispone: *"4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:...c) se 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;...g) se 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..."*.

Nel caso di specie rileva l'ipotesi di cui alla lettera g), riferita ai pregressi inadempimenti contrattuali, da interpretarsi alla luce del considerando 101 della Direttiva, che tuttavia, a dire del T.a.r., sarebbe stata impropriamente recepita nell'ordinamento nazionale con un'unica disposizione – l'art. 80, comma 5, lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 - che ricomprende anche la distinta fattispecie di cui alla lettera c) del menzionato art. 57, comma 4, riferita ai gravi illeciti professionali, sebbene si tratti di fattispecie che la Direttiva comunitaria sottopone a regimi probatori differenti.

Il T.a.r., in particolare, con riferimento al disposto di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50 del 2016 (a mente del quale la stazione appaltante esclude da una procedura un operatore economico quando tra l'altro: *"c) 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 ..") osserva che:

a) la giurisprudenza nazionale (cfr. 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, 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 – Lecce, III, 22 dicembre 2016, n. 1935, in *Foro it.*, 2017, 1735; T.a.r. per la Calabria, I, 19 dicembre 2016, n. 2522, in *Foro it.*, 2017, 1735) ritiene che laddove la gara - come, appunto, nella fattispecie in esame - rientri nel campo di applicazione del d. lgs. n. 50/2016, venga a configurarsi un ineludibile obbligo legale di ammissione del concorrente, qualora la anticipata risoluzione del contratto sia stata contestata in giudizio;

b) a differenza della previgente simile disciplina dettata dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163/2006, la nuova norma rende irrilevante la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora *sub judice*, finanche in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito Tribunale Civile;

c) la necessità che l'inadempimento sia incontestato o accertato in giudizio, priva di effettività la causa di esclusione facoltativa, in quanto il meccanismo disegnato preclude ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente, rimettendola all'esito del giudizio civile sulla risoluzione, che nella maggior parte dei casi interverrà - per la necessaria durata di quella lite - in un momento in cui si sono prodotti effetti irreversibili, qualora la gara sia stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che il giudice civile accerti doveva essere escluso;

d) la giurisprudenza della Corte di giustizia UE formatasi sull'art. 45 comma 2 della direttiva 2004/18/UE, recante la previgente disciplina delle cause facoltative di esclusione ([Corte di giustizia dell'UE, Sez. IV, 14 dicembre 2016 causa C-171/15, Taxi Services BV](#) 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 e [www.curia.europa.eu](#), 2014; *idem*, [Sez. III, 13 dicembre 2012, causa C-465/11](#) in [www.curia.europa.eu](#), 2012), 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;

e) l'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, vigente prima della disciplina di cui all'art. 80 comma 5 del d. lgs. n. 50/2016, rimettendo alla "motivata valutazione della stazione appaltante" l'accertamento del rilievo e della gravità di condotte denotanti grave negligenza o addirittura malafede nello svolgimento di altre prestazioni affidate dalla stessa amministrazione, o di errore grave nello svolgimento dell'attività professionale d'impresa, era pienamente consonante con la normativa comunitaria. Ai fini dell'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettera f), non occorre un definitivo

accertamento della responsabilità contrattuale, essendo sufficiente “...la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per *relationem* all’atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali” (così Cons. Stato sez. V, 11 dicembre 2017 n. 5818; *idem* 25 maggio 2012, n. 3078 e 21 gennaio 2011 n. 409 citate in motivazione);

f) la sopravvenuta normativa nazionale, vincolando la Stazione appaltante, con preclusione di ogni valutazione sull’affidabilità del concorrente, per effetto della mera contestazione in un giudizio civile della risoluzione contrattuale, non si presenta consonante con i principi dell’Unione. Essa lega inscindibilmente il giudizio interno e quello esterno, impedendo alla stazione appaltante ogni motivata valutazione sulla gravità dell’errore professionale che ha dato luogo alla pregressa risoluzione contrattuale, in violazione dei principi di proporzionalità ed effettività, e realizza una non corretta trasposizione della direttiva 2014/24/UE *in parte qua*;

g) le disposizioni sovranazionali, nel disciplinare le cause di esclusione da procedure di affidamento, non richiedono «alcun accertamento definitivo della responsabilità dell’appaltatore»;

h) nella vicenda in esame assumono rilievo anche i principi comunitari della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, posto che, come rilevato dalla Corte di giustizia UE in fattispecie simile (sentenza IV sezione 14 dicembre 2016 cit.) alcuni degli operatori economici interessati, pur conoscendo la causa di esclusione e pur essendo consapevoli di aver evidenziato significative carenze professionali, che hanno dato luogo a risoluzione anticipata di un pregresso contratto di appalto, potrebbero essere tentati di depositare un’offerta nella speranza di essere esonerati dall’esclusione sulla base di una strumentale impugnativa della risoluzione, mentre altri, trovandosi in una situazione comparabile, si asterranno dal depositare una siffatta offerta, affidandosi ai termini di detta clausola di esclusione. Quest’ultimo caso può, in particolare, riguardare gli operatori economici di altri Stati membri, che avrebbero meno esperienza con i termini e le modalità di applicazione della normativa nazionale pertinente. E ciò può mettere gli operatori economici interessati in una situazione di incertezza e violare il principio della parità di trattamento ed il rispetto dell’obbligo di trasparenza;

i) la scelta del legislatore italiano, di tipizzare gli effetti giuridici al fine di stabilire quando un inadempimento contrattuale assurge al rango di “grave illecito professionale”, non appare in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, secondo cui l’illecito professionale è causa di esclusione quando abbia connotati di oggettiva gravità (Corte di giustizia UE, sez. III, 13 dicembre 2012 C-465/11 cit.). In tal modo si fa dipendere la gravità dell’inadempimento non da una circostanza oggettiva (ad es. con riferimento ad indici quali la gravità dell’inadempimento, i danni arrecati alla PA o a terzi), ma da una soggettiva scelta

dell'operatore economico destinatario di una risoluzione anticipata, di impugnare la stessa dinanzi al giudice civile, che è giudice del diverso rapporto contrattuale;

j) il carattere di oggettiva gravità non discende dalla contestazione o mancata contestazione in giudizio, essendo una qualità intrinseca del fatto, che la stazione appaltante deve poter continuare a valutare sotto il profilo del deficit di fiducia, in maniera proporzionata ma discrezionale ed autonoma avendo riguardo alla individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso e/o futuro contraente. Peraltro, la esclusione in tali ipotesi non è sanzione per la commissione di un illecito, ma ha carattere puramente preventivo, mirando a garantire l'esistenza di un rapporto di fiducia tra la SA e la sua controparte, per cui non dovrebbe essere legata ad un controllo giurisdizionale interno dei suoi presupposti, ma ad un controllo esterno, quale quello del giudice amministrativo, il cui sindacato è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo;

k) la normativa nazionale contrasta anche con ulteriori obiettivi della Direttiva, con riferimento a quanto emerge dal Considerando 102 della stessa, che ha introdotto il meccanismo del cd. *self cleaning* al fine di consentire alle imprese partecipanti di adottare misure non solo fissate ex ante (es. modelli organizzativi) e capaci di esimere eventuali responsabilità, ma di adottare comportamenti capaci di rimediare, *ex post*, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l'esclusione dalle gare. Ciò in quanto l'automatismo ammissivo derivante dalla proposizione di impugnativa giurisdizionale in sede civile dell'atto di risoluzione anticipata del rapporto costituisce un incentivo al disconoscimento degli errori professionali e quindi, all'opposto, disincentiva la adozione di misure di *self cleaning* da parte delle imprese, opportune invece per evitare il ripetersi delle violazioni da cui è scaturita la pregressa risoluzione contrattuale.

Sulla scorta delle motivazioni che precedono il T.a.r. per la Campania dubita che nella materia degli appalti pubblici, sia conforme ai principi euro-unitari la preclusione imperativa di ogni possibilità di valutazione autonoma e proporzionale della Stazione appaltante circa l'esclusione da una gara di un concorrente che sterilizzi le significative carenze evidenziate nell'esecuzione di precedenti contratti attraverso la mera proposizione di impugnativa della risoluzione contrattuale, e sino alla definizione di quel giudizio, con l'effetto di determinare, nell'ipotesi in cui il giudizio civile si concluda negativamente per l'operatore economico, ma la gara si sia svolta in senso a lui favorevole, la lesione del principio comunitario di affidabilità del concorrente, in quanto l'appalto sarebbe eseguito da un operatore economico indiscutibilmente non affidabile.

III. – Sul tema si segnala per completezza:

l) la già richiamata Corte di giustizia dell'UE, Sez. IV, 14 dicembre 2016 causa C-171/15, *Taxi Services BV*, secondo cui "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."; su cui v. A. GIULIO PIETROSANTI, *L'esclusione per grave errore professionale tra i principi di proporzionalità, trasparenza e parità di trattamento*, in *l'amministrativista.it*, 30 marzo 2017;

m) Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Foro it.*, 2014, I, 568, secondo cui "A norma dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione che bandisce la gara; il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa; l'adozione del criterio della "non condivisione" si traduce, infatti, non in un errore di giudizio - insindacabile davanti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione - ma in uno sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa, ossia in un superamento dei limiti esterni della giurisdizione tale da giustificare l'annullamento della pronuncia del g.a."; su tale sentenza si veda in dottrina M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, p. 1602; F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312)*, in *Giustamm*, 28 febbraio 2012; A FALCHI DELITALIA, *La soggettività della valutazione di affidabilità ex art. 38, 1° comma, lett. f del d.lgs. 163/06 come limite al sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, fasc.12, 2012, pag. 3143;

n) 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*, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 854 ss. 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 *Taxi service*, e fa propendere per il carattere esemplificativo del catalogo sancito dall'art. 80, comma 5, lett. c) del nuovo codice dei contratti pubblici.