

Appalti e gravi illeciti professionali pregressi. Legittima l'esclusione da una gara anche in assenza di un provvedimento definitivo

di Giacomo Mannocci

Title: The Exclusion from participation in Public Procurement for grave professional misconduct in the absence of a definitive jurisdictional provision.

Keywords: Public Procurement; Professional misconduct; Definitive jurisdictional provision.

1. – Con la Sentenza del 19 giugno 2019, n. 41/18, la Corte di Giustizia ha risolto un annoso problema su cui la dottrina e la giurisprudenza interna erano profondamente divise: l'esclusione o meno dalla gara di appalto di un operatore economico per un grave illecito professionale contestato e pendente in sede giudiziale e relativo all'esecuzione di un precedente contratto di appalto.

Si trattava di un problema che le Pubbliche Amministrazioni erano molto spesso chiamate a risolvere e che ingeneravano solitamente un ulteriore contenzioso giudiziario con conseguenze negative che allungavano notevolmente i tempi di affidamento o condizionavano pesantemente l'esecuzione del successivo contratto di appalto. Le Pubbliche Amministrazioni si trovavano, infatti, di fronte ad un dilemma: mantenere in gara una società a cui magari la stessa stazione appaltante aveva contestato l'esecuzione del precedente contratto di appalto oppure escluderla, mettendo comunque in conto un secondo contenzioso giudiziario perché la stessa società – magari strumentalmente – aveva impugnato la risoluzione per grave illecito professionale del precedente contratto.

Il dato normativo, nella sua sinteticità, non offriva una soluzione adeguata: l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, recante il Codice dei Contratti pubblici, come novellato dal d.lgs. n. 56/2017 e dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, si limita ad affermare che «l'operatore economico» è escluso dalla partecipazione alla procedura di gara se «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». La stessa disposizione elenca poi una serie di ipotesi in cui è disposta l'esclusione: ad, esempio è inflitta all'operatore economico che «abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

Il Codice rinvia poi all'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione «il compito

di 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) dell' art. 80, D.lgs. 50/2016)».

La giurisprudenza interna, in ossequio a quella euro unitaria, ha chiarito da subito che per le cause di esclusione il Codice dei contratti «non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegna una fattispecie aperta contenente un'elencazione tipizzante avente chiara natura esemplificativa e non tassativa, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalla norma primaria, che siano oggettivamente sussumibili nella figura del grave illecito professionale, previa motivata valutazione dell'incidenza

del comportamento stigmatizzato sulla permanenza dei requisiti di integrità ed affidabilità dell'impresa concorrente». (Cons. Stato Sez. V, 19/04/2019, n. 2553 ma anche Cons. Giust. Amm. Sicilia, 10/07/2019, n. 662; Cons. Stato Sez. V, 24/01/2019, n. 586; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 10/10/2018, n. 5848).

Il problema non riguarda, quindi, le singole ipotesi di grave illecito professionali su cui è pacifico che le stazioni appaltanti abbiano un ambito di discrezionalità nell'accertamento, seppur ovviamente nel rispetto dei principi di proporzionalità, gravità e temporalità dell'illecito; il problema investe invece se il grave illecito professionale è contestato dall'interessato il quale attiva un contenzioso giudiziario volto al riconoscimento del suo positivo operato. Secondo parte della dottrina, in assenza di un provvedimento avente autorità di cosa giudicata, non era possibile escludere da una nuova gara l'operatore economico a cui in precedenza era stato contestato un grave illecito professionale. E questo per garantire il diritto di difesa e il rispetto del contraddittorio dal momento che in precedenza la Pubblica amministrazione avrebbe potuto agire in modo arbitrario. Tale tesi è stata fatta propria in una pluralità di sentenze dal Consiglio di Stato che ha più volte affermato che «l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, relativo ai "gravi illeciti professionali", deve essere inteso nel senso che la pendenza del giudizio, avente ad oggetto la contestazione di una risoluzione contrattuale pronunciata nei confronti di un'impresa, non giustifica l'esclusione dalla gara della medesima impresa, stante l'assenza di una pronuncia definitiva in merito» (Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955. TAR Sardegna, Sezione I, 26 aprile 2018, n. 374).

Sempre il Consiglio di Stato ha chiarito in una sentenza del 3 aprile 2018 che il riferimento a «qualsiasi mezzo idoneo», contenuto nella legislazione euro unitaria a proposito dell'accertamento del grave illecito professionale, riferendosi ad una causa di esclusione facoltativa e non obbligatoria, è stato interpretato dal legislatore nazionale con la necessità di un provvedimento avente autorità di cosa giudicata. (Cons. Stato Sez. V, sent., (ud. 25/01/2018) 03-04-2018, n. 2063).

Su questa ricostruzione però, lo stesso Consiglio di Stato ha sollevato dei dubbi in più di un'occasione giacché la contestazione giudiziale di un pregresso inadempimento professionale poteva essere meramente strumentale per consentire comunque in pendenza del processo la partecipazione ad altre gare.

A tal proposito, è interessante esaminare il parere del 23.10.2018 che i Giudici di Palazzo Spada hanno espresso a proposito dell'aggiornamento delle linee guida che l'Autorità Nazionale anticorruzione ha elaborato dopo le ultime novelle legislative del 2017 e del 2018 sui gravi illeciti professionali.

Per poter comprendere lo spirito del parere citato, va premesso che l'ANAC ha chiarito che la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in

giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Sul punto a) il parere ha fatto un'ampia disamina sul concetto di definitività del provvedimento giurisdizionale sottolineando che questa «non presenta un significato univoco. Se è vero che di regola con tale termine si intende designare la pronuncia del giudice avverso la quale non sono ammesse impugnazioni (diverse dalla revisione o dalla revocazione), è anche vero che tale condizione del provvedimento giurisdizionale è designata con altri termini “tecnici” più precisi, riferiti al passaggio in giudicato o alla irrevocabilità (per le sentenze penali). La “definitività” potendo invece ricorrere, nel lessico processuale, anche per significare solo l'avvenuta conclusione di un grado del giudizio o di una sua fase, anche quella cautelare o sommaria (nel processo civile e in quello amministrativo, del resto, la “sentenza non definitiva” è di regola quella, anche pronunciata in primo grado, che dispone incombenti istruttori o adempimenti di rito, non definendo nel merito la controversia e non decidendo “definitivamente” sulle domande delle parti)».

Al problema etimologico si aggiunge quello giuridico perché il requisito della «definitività» non trova una sicura base giuridica nella legge, né tanto meno nella direttiva europea. La qualificazione degli accertamenti in termini di «definitività» è invero presente solo nel comma 1 dell'art. 80, a proposito delle sentenze penali, per le quali la definitività coincide con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, ma non compare nel comma 5 relativo al grave illecito professionale. Ci si pone pertanto il quesito se la definitività sia stata voluta o no dal legislatore perché quando ha voluto farne riferimento, lo ha fatto esplicitamente come nel caso delle gravi violazioni degli obblighi fiscali e contributivi, che devono essere «definitivamente accertate».

I Giudici di Palazzo Spada mettevano poi in risalto il possibile contrasto tra la normativa italiana e quella euro unitaria perché l'art. 57, par. 4, lettera c), della Direttiva 24/2004 si limita a prevedere, come causa di possibile esclusione, il caso 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», mentre il Legislatore nazionale richiedeva che le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non fossero contestate o fossero confermate all'esito di un giudizio. Per completezza va precisato che la normativa nazionale esaminata nel parere è stata successivamente modificata: il vigente art. 80 comma 5 non fa più riferimento alla «non contestazione».

Restava tuttavia il problema – come sottolineato dalla stessa ANAC – di contemperare il principio della certezza del diritto con la garanzia di affidabilità del concorrente: la definitività dell'accertamento garantisce infatti la considerazione dei soli fatti immutabili, evitando che un operatore economico possa subire pregiudizi irreparabili sulla base di un provvedimento suscettibile di annullamento. Per contro, impedisce alla stazione appaltante di tener conto di condotte, anche poste in essere in suo danno, che non rivestano il carattere della definitività. L'ANAC osservava in proposito che erano «noti i casi in cui, a seguito della risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'aggiudicatario, la stazione appaltante ha indetto una nuova gara cui lo stesso soggetto colpito dalla risoluzione – che abbia impugnato il provvedimento adottato nei suoi confronti – chiede di partecipare. In questo caso, se si aderisse all'idea che l'accertamento della violazione debba essere definitivo, la stazione appaltante non potrebbe escludere il concorrente inadempiente e rischierebbe di dovergli aggiudicare il contratto che in precedenza aveva risolto» (Relazione illustrativa all'aggiornamento delle Linee guida n. 6).

Stante questa incertezza dottrinarie e giurisprudenziale, sono state ben due le

Ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia sulla compatibilità dell'art. 80 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 con la normativa euro unitaria. Lo stesso Consiglio di Stato ha rimesso la questione chiedendo «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, 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» (Consiglio di Stato, Sez. V, 3/5/2018 n. 2639).

In realtà, con la sentenza ivi commentata, la Corte di Giustizia interviene su una questione sottopostale in precedenza dal TAR Campania, il quale – oltre a dubitare della compatibilità con la Direttiva euro unitaria dell'obbligo dell'accertamento definitivo di un pregresso grave illecito professionale per escludere un operatore da una gara – aveva chiesto alla Corte «se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana 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» (Tar per la Campania, sez. IV, con ordinanza 13 dicembre 2017, n. 5893).

La vicenda da cui nasce la controversia è sintomatica per dimostrare come la normativa interna fosse in contrasto con i principi euro unitari sugli appalti pubblici.

Nel maggio 2017 il Comune di Napoli ha risolto il contratto con cui aveva affidato la refezione scolastica ad una società in seguito ad accertati casi di intossicazione alimentare dovuti alla presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati in una mensa scolastica. La società ha contestato la decisione dinanzi al Tribunale di Napoli e nel frattempo ha partecipato e si è nuovamente aggiudicata l'appalto per la refezione nelle scuole comunali per il successivo anno scolastico. Il Comune di Napoli non l'ha infatti esclusa dalla gara sulla base che la precedente risoluzione contrattuale era stata contestata in sede giudiziale. Avverso a tale decisione è insorta un'altra società partecipante alla gara, dando luogo al contenzioso sul quale il TAR ha investito della questione la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La Corte ha osservato preliminarmente che il Considerando 101 della Direttiva europea sugli appalti 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». Si tratta quindi di una esclusione facoltativa, basata su un prudente apprezzamento, che gli Stati membri potevano recepire o meno. Tuttavia, una volta che uno Stato membro decide di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla Direttiva n. 2014/24, deve rispettarne gli elementi essenziali, non potendo ignorare gli obiettivi o i principi che hanno ispirato ciascuna delle ipotesi facoltative.

Nel caso di specie, osserva la Corte, il Legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'Amministrazione aggiudicatrice, e ad 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. Il Legislatore italiano poteva non inserire una simile disposizione, ma – una volta che l'ha introdotta – non può più vincolare la stazione appaltante ai tempi e alla decisione dell'Autorità Giudiziaria perché altrimenti

il potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice sarebbe infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione. Inoltre, per la Corte, una norma come quella prevista all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie.

Il meccanismo delle misure riparatorie (*self-cleaning*) si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tendendo a incoraggiare un operatore economico a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura di appalto. A tal fine, l'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure riparatorie evidenziano quindi l'importanza attribuita all'affidabilità dell'operatore economico, elemento che permea i motivi di esclusione relativi alla situazione soggettiva dell'offerente.

L'esistenza delle misure di self clearing risponde quindi a un duplice obiettivo: da un lato tutela l'operatore economico permettendogli di partecipare alle gare pur in presenza di un pregresso illecito; dall'altro tutela la stazione appaltante che potrà escludere un operatore in assenza di una condanna definitiva perché l'operatore economico è stato comunque messo nella condizione di difendersi da eventuali provvedimenti arbitrari adottati da una P.A.

La Corte di Giustizia ha pertanto concluso che la normativa euro unitaria deve essere interpretata nel senso di consentire ad un'Amministrazione aggiudicatrice di escludere da una gara di appalto un operatore economico per pregressi gravi illeciti professionali verso di essa o terze Amministrazioni anche se questo è stato contestato o non vi è ancora un provvedimento giurisdizionale definitivo in merito.

Si tratta di una Sentenza molto importante perché elimina gli automatismi, impedisce ad un operatore economico di presentare strumentalmente un ricorso giurisdizionale ogni qualvolta sia stato escluso per un grave illecito professionale e attribuisce alle stazioni appaltanti una motivata discrezionalità, garantendo i principi basi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della Costituzione.