

Consiglio di Stato: chiesto alla Corte Europea altro chiarimento sull'illecito professionale

14 Maggio 2018

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale della possibilità della stazione appaltante di valutare un precedente errore professionale in caso di una sua impugnazione giurisdizionale (Cons. St., sez. V, ord., 3 maggio 2018, n. 2639).

1) La questione della parità di trattamento affrontata dal Consiglio di Stato

Nel Codice dei contratti, il legislatore interno ha stabilito che l'errore professionale (o illecito), passibile di risoluzione anticipata (per definizione "grave" ex art. 1455 c.c. nonché ex art. 108, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) non comporta l'esclusione dell'operatore in caso di contestazione in giudizio (art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, Codice dei contratti pubblici).

Secondo il Consiglio di Stato, la necessaria subordinazione dell'azione amministrativa agli esiti del giudizio, seppur in parte comprensibile, è incompatibile con i tempi dell'azione amministrativa, perché permette all'operatore economico inadempiente di ottenere l'ingresso nella nuova procedura, solo contestando in giudizio la risoluzione del precedente contratto da cui è derivato il possibile errore professionale.

In tal caso, infatti, l'amministrazione sarebbe costretta ad attendere l'esito del giudizio per poter procedere legittimamente alla sua esclusione.

L'illogicità della norma interna, ad avviso del Consiglio di Stato, sta nel fatto che fa dipendere dalla scelta dell'operatore economico - di impugnare o meno la risoluzione in sede giurisdizionale - la decisione dell'amministrazione.

A fronte di "gravi illeciti professionali" identici, potrebbe essere che venga escluso un operatore in quanto non ha proposto impugnazione giurisdizionale della risoluzione, ed un altro no, solo per averla proposta.

Ciò si porrebbe, secondo i giudici di Palazzo Spada, in possibile contrasto con i principi di proporzionalità e di parità di trattamento che costituiscono principi dei quali gli Stati membri devono tener conto nell'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Inoltre, tale meccanismo differirebbe significativamente dall'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE che stabilisce la possibilità di escludere gli operatori economici *"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"*.

Pertanto, secondo il costrutto europeo, l'amministrazione potrebbe escludere l'operatore economico se 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"*; ciò fatta salva la responsabilità della stessa per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea.

2) La questione di compatibilità rimessa alla Corte di giustizia europea

In relazione a tutto quanto sopra esposto, il Collegio ha formulato il seguente quesito interpretativo: *"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".

Il pronunciamento della Corte di giustizia dovrebbe quindi chiarire se la norma nazionale sia compatibile o meno con i principi eurounitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di effettività.

Da notare che la Corte europea non ha ancora dato risposta sull'identica questione sollevata dal Tar Campania, secondo cui la norma nazionale è altresì censurabile perché dovrebbe consentire all'impresa la dimostrazione della «*adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione*» (ord. n. 5893 del 13 dicembre 2017).

3) La giurisprudenza 'oscillante' sull'illecito professionale

L'ordinanza di rimessione della Sez. V del Consiglio di Stato è l'ultima in ordine di tempo tra quelle pronunce che ritiene tale motivo di esclusione di difficile applicazione, perché lo sottopone «*ad una sorta di condizione potestativa in favore di chi dovrebbe invece subirla, vanificando ... la funzione di tutela dell'interesse pubblico di estromettere concorrenti che la disposizione codicistica ... consente alla stazione appaltante ... di qualificare non affidabili ...*» (T.A.R. Napoli, sez. I, 11 aprile 2018, n. 2390).

Secondo, tale linea interpretativa, la stazione appaltante dovrebbe valutare un comportamento contrattuale del concorrente, prescindendo dalla pendenza di un giudizio, valorizzando nella motivazione dell'eventuale provvedimento escludente l'effettività, la gravità e l'inescusabilità dell'inadempimento in questione (*cf.*, in tal senso, Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 di cui alla NEWS ANCE del 14 marzo 2018 e, soprattutto, C.g.a. n. 252 del 30 aprile 2018, di cui news ANCE del 4 maggio u.s., in cui il giudice ha ritenuto l'onere motivazionale non adeguatamente adempiuto dalla stazione appaltante).

Secondo tale ricostruzione, in ultimo espressa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, l'inadempimento, se grave, effettivo e inescusabile, resta già di per sé un presupposto rilevante ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale, mentre l'elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), tra cui compare «*la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio*», assume carattere meramente esemplificativo (C.g.a. cit.).

Tuttavia, lo stesso Consiglio siciliano in una diversa sentenza ritiene che vi è l'esigenza di coordinare l'unilateralità del riconoscimento delle «*significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto*» con la condizione della «*non contestazione*» o «*definitività*» che la norma espressamente impone per la risoluzione anticipata (sent. 28 dicembre 2017, n. 575, NEWS ANCE dell'8 febbraio 2018).

Ne conseguiva, nel caso specifico, che la sanzione inflitta direttamente dall'Amministrazione (nel caso specifico una penale) non potesse prescindere «*dal rispetto di quella garanzia giurisdizionale che permea ... la norma nel suo insieme, presentandosi come un valore cui il legislatore, nello specifico del conflitto d'interessi considerato, ha mostrato di voler assegnare un ruolo essenziale*».

A favore dell'interpretazione secondo cui, in caso di ricorso, è necessario attendere il giudizio, possono altresì citarsi le seguenti sentenze di primo grado:

- TAR Lazio, secondo cui l'accertamento dell'illecito presuppone «*la risoluzione anticipata [del contratto di appalto], non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero ... una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni*» (Roma, Sezione III Quater, sent. 2 maggio 2018 n. 4793, in cui sono sitate le linee guida ANAC n. 6);
- TAR Sardegna, secondo cui «*la causa di esclusione da una gara per gravi illeciti professionali ... non può essere oggetto di interpretazioni estensive*» (Cagliari Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 124);
- TAR Lombardia, secondo cui la transazione è «*sempre idonea ad escludere la definitività di un accertamento giudiziale*» - e quindi l'applicazione dell'esclusione per l'illecito - «*sia che essa sia intervenuta prima dell'instaurazione del contenzioso sia che essa sia intervenuta nel corso di tale contenzioso, non potendosi considerare in modo differente due ipotesi tra di loro sovrapponibili*» (Milano, sez. IV, 23 marzo 2018, n. 792).

Tale orientamento è strettamente connesso ad una interpretazione secondo cui l'elencazione dei casi

di illecito è tassativa e non integrabile.

Sulla base di quest'ultimo, è stato ad esempio stabilito che non può essere valutata come illecito dalla stazione appaltante la revoca dell'aggiudicazione che sia stata determinata dalla mancata integrazione documentale da parte della ricorrente, in quanto ... non si ricade nelle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che richiede necessariamente la stipula del contratto e, quindi, l'esecuzione del relativo rapporto (TAR Campania Napoli, sez. I, 28 marzo 2018, n. 455).

4) L'interpretazione dell'AGCM

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha formulato alcune osservazioni in merito alle Linee Guida n. 6 sull'illecito professionale, nella versione aggiornata al decreto correttivo (NEWS ANCE del 15 Marzo 2018).

Nello specifico, le Linee Guida attribuiscono rilevanza ai fini della sussistenza della causa di esclusione di cui all'articolo 80, co. 5, lett. c), del Codice, ai provvedimenti sanzionatori dell'Autorità che riguardano illeciti antitrust gravi, *"aventi effetti sulla contrattualistica pubblica"* e *"posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare"*.

Secondo l'AGCM se il fine è di contribuire alla certezza giuridica per le imprese che partecipano agli appalti pubblici ed evitare una proliferazione del contenzioso, appare preferibile individuare l'illecito professionale con riferimento a precedenti accertati definitivamente (nota del 13 febbraio 2018, prot. n. AS1474, posizione confermata dal Tar Puglia, Lecce, sez. II, 26 marzo 2018, n. 485).

Ciò in n coerenza, con *«l'articolo 80, co. 10, del Codice dei contratti pubblici, che ha fissato la durata della causa di esclusione pari a tre anni decorrenti dalla data del suo "accertamento definitivo", da intendersi - come osservato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 2286/2016 - quale data non già del fatto ma del suo accertamento giudiziale definitivo»*.

5) Conclusioni

Alla luce dello stato d'incertezza giurisprudenziale sopra descritta e in attesa del definitivo pronunciamento della Corte europea, appare prudentiale, per ora, suggerire ai concorrenti di dichiarare qualsiasi potenziale motivo di esclusione per illecito professionale, anche se contestato in giudizio.