

Esclusione dalla gara, legittima in caso di gravi illeciti professionali

17 Luglio 2018

È tra i poteri della stazione appaltante la possibilità di operare una valutazione discrezionale sulla gravità di un illecito professionale, fornendo adeguata motivazione sulla incidenza dell'inadempimento sull'affidabilità del concorrente, e disporre l'esclusione di un concorrente ad una gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del **D.Lgs. n. 50/2016** (c.d. *Codice dei contratti*).

Lo ha confermato la Settima Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania con la **Sentenza n. 4271 del 26 giugno 2018** che ha rigettato il ricorso presentato per l'annullamento del provvedimento di esclusione da una gara, disposto ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 a causa di un procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica che ha portato al rinvio a giudizio dell'amministratore della cooperativa partecipante alla gara.

Il ricorso

Il ricorso è fondato sul presupposto che il decreto che dispone il rinvio a giudizio non sia atto idoneo a legittimare l'esclusione dalla gara per grave illecito professionale, non potendosi desumere dallo stesso elementi idonei a minare l'affidabilità del concorrente.

Nel caso di specie, la gara riguardava un servizio per il quale l'unico concorrente (poi escluso e attuale ricorrente) era l'esecutore del precedente contratto di appalto, pure prorogato dalla stazione appaltante, senza che mai nessuno avesse rivolto alcun addebito.

La tesi del TAR

I giudici di primo grado hanno ricordato l'art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 per il quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora *"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"*.

Per quanto riguarda l'elenco non esaustivo degli illeciti professionali, sono state pubblicate le **Linee guida ANAC n. 6** recanti *"Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice"* (Gazzetta Ufficiale 07/11/2017, n. 260)

Sull'argomento, il TAR ha confermato una tesi consolidata, precisando che:

- l'elencazione dei "gravi illeciti professionali" contenuta nella lettera c) dell'art. è "meramente

esemplificativa”;

- l’elencazione ha lo scopo di “alleggerire l’onere della stazione appaltante di fornire la dimostrazione “con mezzi adeguati” ”;
- costituisce “mezzo adeguato” di dimostrazione anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento non ancora passato in giudicato;
- la stazione appaltante può escludere un operatore economico anche per gravi inadempienze non riconducibili a quelle tipizzate, ossia anche se non ha prodotto effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati, che, però, siano qualificabili come “gravi illeciti professionali” e per questo motivo siano ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l’integrità e l’affidabilità del concorrente, ma dando adeguata motivazione.

Dunque, residua in capo alla S.A. il potere di operare una valutazione discrezionale sulla gravità dell’illecito, fornendo adeguata motivazione sulla incidenza dell’inadempimento sull’affidabilità del concorrente.

Nel caso di specie, l’esclusione risulta disposta a conclusione dell’esperimento di apposita istruttoria, nel corso della quale è stata coinvolta anche l’ANAC, che ha rimesso la valutazione dei fatti alla S.A., e si è svolta anche l’audizione della ricorrente. I fatti riferiti, che coinvolgono tra gli altri l’amministratore delegato e il legale rappresentante delle cooperativa, sono stati ritenuti idonei a configurare l’ulteriore ipotesi non elencata dall’art. 80 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto in grado di incidere negativamente sulla integrità e/o affidabilità del concorrente in rapporto allo specifico contratto da affidare proprio da parte del Comune.

I comportamenti valutabili in termini di illecito professionale non possono essere ristretti soltanto a quelli posti in essere in occasione della gara, ben potendo invece – come nel caso di specie – essere valutate come sintomatiche della mancanza di integrità e affidabilità anche condotte violative della trasparenza poste in essere con riguardo a identico precedente servizio svolto dalla società cooperativa ricorrente nei confronti del medesimo Comune.

Per questo motivo, il TAR ha rigettato il ricorso.

[sentenza-tar-campania-26.06.2018-4271](#)