



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7252 del 2017, proposto da

Indaco Service Soc. coop. sociale, in proprio e quale mandataria della costituenda Ati, Coop. sociale il Melograno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Fabrizio Cecinato, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Ufficio Territoriale del Governo Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cometa Società Cooperativa Sociale, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Puglia - Sez. Staccata di Lecce, Sez. II n. 1470/2017, resa tra le parti, concernente esclusione dalla procedura di gara aperta per affidamento mediante accordo quadro del servizio temporaneo di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ufficio Territoriale del Governo Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti l'avv. Perrone, su delega dell'avv. Cecinato e l'Avvocato dello Stato Caselli;

I. FATTO

1.- Con avviso pubblico del 21 febbraio 2017, la Prefettura di Taranto indiceva una procedura di gara aperta, ai sensi degli artt. 59 e 60 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento, mediante accordo quadro, del servizio di temporanea accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale, per il periodo 1 maggio 2017 - 31 dicembre 2017, salvo proroga (C.I.G.: 698945049A).

In particolare, l'art. 3 dell'Avviso pubblico disponeva:

- a) che *“le strutture di accoglienza avrebbero dovuto] essere dislocate nell'ambito territoriale della provincia di Taranto”*;
- b) che *“la ripartizione dei posti di accoglienza [sarebbe avvenuta] tra i comuni della provincia proporzionalmente alla rispettiva popolazione residente, con esclusione dei comuni con popolazione pari o inferiore a 2.000 abitanti, per i quali, secondo istruzioni ministeriali, [era] stata prevista l'accoglienza di almeno 6 cittadini richiedenti protezione internazionale”*;
- c) che *“ai fini del riparto, si [era] tenuto conto della presenza di strutture S.P.R.A.R. in alcuni territori comunali (Carosino, Grottaglie, Manduria, Martina Franca, Maruggio, Massafra, Palagiano, San Marzano di San Giuseppe, Torricella) e della loro capienza”*;
- d) che, pertanto i posti sarebbero stati dislocati in modi da riservarne 711 al Comune di Taranto.

Il successivo art. 7, punto *b*), del ridetto Avviso pubblico disponeva che “[potessero] *partecipare alla procedura i concorrenti di cui al punto precedente, per i quali: 1) non sussist[essero] le cause di esclusione di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016*”.

2.- Alla summenzionata procedura ad evidenza pubblica partecipava la costituenda ATI Coop. Indaco Service a r.l., la quale offriva la disponibilità dei seguenti posti:

- n. 230 posti a Taranto, di cui n. 20 presso la struttura di via Cesare Battisti n. 587 e n. 210 posti presso i n. 3 plessi presenti nella struttura di via Santa Maria del Galeso, contrada Teresiola snc (denominata ex Convento Padri Passionisti);
- n. 80 posti a Ginosa;
- n. 86 posti a Manduria;
- n. 57 posti a Sava.

3.- Al termine delle operazioni concernenti la valutazione della documentazione amministrativa della relativa procedura, la Commissione valutatrice ammetteva esclusivamente n. 3 strutture offerte dalla appellante per Taranto con n. 180 posti complessivi (quella di via Cesare Battisti e solo n. 2 plessi - su n. 3 offerti - presenti nella struttura di via Santa Maria del Galeso), escludendo le restanti strutture individuate su Taranto (un plesso presente nella struttura di via Santa Maria del Galeso) e quelle di Ginosa, Manduria e Sava.

4.- In seguito alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche pervenute, la Commissione di gara aggiudicava provvisoriamente il servizio *de quo* alla coop. Indaco Service, la quale si posizionava al 14° posto nella graduatoria provvisoria con punti 31,76.

5.- Con istanze di accesso agli atti amministrativi del 16 maggio 2017, 20 giugno 2017 e del 10 agosto 2017, l’aggiudicataria provvisoria chiedeva copia di tutti i verbali di gara, nonché dell’offerta amministrativa e tecnica delle altre partecipanti, con relativi allegati.

6.- Nelle more dell'espletamento della suddetta procedura di gara, la Prefettura di Taranto, con decreto prot. n. 25212/2017/s.c.g.f. del 26 giugno 2017, disponeva la risoluzione di un precedente contratto stipulato il 19 dicembre 2016 con la Coop. Indaco Service, per un presunto grave inadempimento nell'esecuzione di un altro servizio di accoglienza in favore di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale (CIG: 6539492F80).

Conseguentemente, la Coop. Indaco Service, con ulteriore istanza di accesso agli atti amministrativi del 13 luglio 2017 (a firma del proprio difensore), che veniva riscontrata solo in data 9 agosto 2017, chiedeva alla Prefettura la copia degli atti inerenti la predetta risoluzione contrattuale, al dichiarato fine di *“valutare la legittimità delle penali applicate [...] dalla Prefettura di Taranto ai sensi dell'art. 13 della convenzione disciplinante l'esecuzione del servizio di prima accoglienza per n. 180 cittadini stranieri temporaneamente presenti sul territorio nonché per valutare di proporre ricorso giurisdizionale avverso la risoluzione contrattuale disposta dalla Prefettura di Taranto il 26.06.2017”*.

7.- Il Viceprefetto Vicario della Prefettura di Taranto, con nota prot. n. 27579/2017 del 13 luglio 2017, pubblicata sul sito Internet dell'Ente in data 17 luglio 2017, disponeva l'esclusione della Coop. Indaco Service dalla suddetta procedura di gara, richiamando il proprio precedente decreto prot. n. 25212/2017/s.c.g.f. del 26 giugno 2017, con cui era stata disposta la risoluzione per un presunto grave inadempimento del contratto del 19 dicembre 2016, relativo ad un precedente servizio di accoglienza in favore di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale (CIG: 6539492F80), sostenendo che *“il contestato comportamento della Cooperativa costituis[se] una grave inadempienza contrattuale che non garanti[va] il necessario rapporto fiduciario nelle attività negoziali con la Pubblica Amministrazione”*.

Con lo stesso provvedimento, la Prefettura di Taranto aggiudicava in via definitiva il servizio in favore degli altri concorrenti e segnatamente:

1. ATI Salam-Al Fallah (offerta struttura a Taranto);
2. Babele Associazione di promozione sociale;
3. Confraternita Maria Santissima della Scala (offerta struttura a Taranto);
4. Noi e Voi Associazione di volontariato Onlus (offerta struttura a Taranto);
5. Escargo cooperativa sociale;
6. Senis Hospes Società cooperativa sociale (offerta struttura a Taranto);
7. Nuovi Orizzonti Società cooperativa sociale;
8. Elicea Società cooperativa sociale;
9. Engel Italia s.r.l.;
10. Costruiamo Insieme Società cooperativa sociale (offerta struttura a Taranto);
11. Circolo Arci “Svegliarci”;
12. Cometa Società cooperativa sociale (offerta struttura a Taranto).

II. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

1.- Avverso il provvedimento di esclusione, la costituenda ATI Coop. Indaco Service proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia, Lecce, chiedendo l'annullamento, previa concessione di idonea misura cautelare, dei provvedimenti impugnati.

2.- L'adito giudice, con sentenza in forma semplificata n. 1470/2017 respingeva il ricorso, perché:

a) “l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 prevede che: *«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni [...]: [...] c) 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 [...]»;

b) à“la predetta risoluzione contrattuale, nel caso in oggetto, non risultava impugnata né al momento del gravato provvedimento di esclusione né alla odierna camera di consiglio”;

c) pertanto, “il richiamo operato dalla difesa della Cooperativa alla previsione dell’art. 80, comma 5, lett. c), ultima parte non [poteva] essere condiviso, non essendo, appunto, almeno allo stato, la precedente anticipata risoluzione contrattuale censurata in giudizio (e non potendosi ritenere 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.a. a termini processuali evidentemente non in linea con gli interessi oggetto dei procedimenti e dei processi amministrativi in tema di appalti)”.

Anche il secondo motivo di censura era ritenuto infondato “*non prescrivendo l’art. 80, comma 5, lett. c) una fase di preventivo contraddittorio e non avendo le linee guida ANAC richiamate carattere normativo*”.

III. I MOTIVI DI APPELLO.

1.- La sentenza veniva impugnata dalla soc. Indaco Service, che ne lamentava l’incongruenza e l’insufficienza della motivazione.

In particolare, La Coop. Indaco Service aveva censurato, innanzi primo giudice, il provvedimento della Prefettura con cui era stata disposta la sua esclusione dalla procedura di gara in conseguenza della risoluzione di un precedente contratto d’appalto, sul rilievo che, a mente dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, la Stazione appaltante potesse escludere l’operatore economico unicamente nel caso in cui si fosse prestata acquiescenza al provvedimento di risoluzione o che lo stesso fosse stato confermato in sede giurisdizionale con una pronuncia definitiva.

La sentenza, per contro, respingeva la censura, perché “...la predetta risoluzione contrattuale, nel caso in oggetto, non risultava impugnata né al momento del gravato provvedimento di esclusione né alla odierna camera di consiglio. Ritenuto, dunque, che il richiamo operato dalla difesa della Cooperativa alla previsione dell’art. 80, comma 5, lett. c), ultima parte non può essere condiviso, non essendo, appunto, almeno allo stato, la precedente anticipata risoluzione contrattuale censurata in giudizio (e non potendosi ritenere 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.a. a termini processuali evidentemente non in linea con gli interessi oggetto dei procedimenti e dei processi amministrativi in tema di appalti)...”.

Tale assunto è ritenuto non condivisibile, posto che – sulla base di una interpretazione letterale dell’80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 – sarebbe dato evincere che la causa di esclusione opera solo se al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza dall’operatore economico o che sia diventato inoppugnabile, oppure che la risoluzione contrattuale sia stata confermata in sede giurisdizionale con una pronuncia passata in giudicato.

La legge avrebbe, invero, inteso perseguire finalità di semplificazione probatoria, in quanto la mancata produzione di tali effetti tipicizzati (cui si aggiungono la condanna al risarcimento del danno o l’applicazione di altre sanzioni) renderebbe ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato significativo, secondo una scelta che appare in linea con gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria (cfr. Cons. Stato, Commissione speciale, parere 3 novembre 2016, n. 2286, reso sulle Linee-Guida ANAC, recanti l’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto d’appalto, in attuazione del comma 13 dello stesso art. 80).

Peraltro l'acquiescenza è regolata dall'art. 329 Cod. proc. civ., in modo che si potrebbe verificare in caso di "rinuncia espressa all'impugnazione" del provvedimento lesivo, oppure in caso di "comportamenti concludenti" inequivocabilmente incompatibili con la volontà del soggetto di contestarne giudizialmente la legittimità.

In altri termini, l'acquiescenza potrebbe essere ravvisata solo in presenza di una volontà univoca del destinatario del provvedimento di accettarne gli effetti: volontà che dovrebbe risultare in presenza di atti o comportamenti univoci, posti in essere liberamente dal destinatario dell'atto, dimostranti la chiara ed incondizionata volontà di accettarne gli effetti e l'operatività.

Ne discenderebbe che l'art. 80, comma 5, lett. c), renderebbe irrilevante - ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara pubbliche - la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione a cui non fosse stata prestata acquiescenza, che sia ancora "*sub iudice*" od ancora nei termini per essere impugnata.

Nella specie, l'odierna appellante non aveva prestato acquiescenza al decreto prefettizio che aveva disposto la risoluzione contrattuale, non essendo ancora decorsi i termini per impugnare o proporre contestazioni in giustizia, l'atto di citazione essendo asseritamente in fase di ultimazione.

A ciò andrebbe aggiunta l'ulteriore circostanza che la Coop. Indaco Service, con l'istanza di accesso agli atti amministrativi del 13 luglio 2017 a firma del proprio difensore, aveva richiesto la documentazione alla Prefettura di Taranto al fine di "*valutare la legittimità delle penali applicate [...] nonché per valutare di proporre ricorso giurisdizionale avverso la risoluzione contrattuale disposta dalla Prefettura di Taranto il 26.06.2017*".

Con ciò, la società avrebbe palesato la volontà di non aderire al contenuto del suddetto provvedimento di risoluzione contrattuale, subordinando la tutela

giurisdizionale ad una valutazione della documentazione in possesso dell'Amministrazione.

A ciò andava aggiunto che la Prefettura di Taranto aveva provveduto all'ostensione della documentazione richiesta (relativa alla risoluzione contrattuale) solo in data 9 agosto 2017, giusta nota prot. n. 27575/2017 s.c.g.f., con la conseguenza che la Coop. Indaco Service non avrebbe potuto proporre un'azione giudiziaria prima di tale data o, comunque, prima del provvedimento di esclusione dalla gara, pubblicato sul profilo dell'Amministrazione appellata in data 17 luglio 2017.

Inoltre, con altra istanza di accesso agli atti amministrativi inviata il 23 agosto 2017 la Coop. Indaco Service aveva chiesto alla ASL di Taranto il verbale attestante le presunte carenze igienico-sanitarie della struttura "Santa Maria del Galeso", i cui documenti non erano ancora stati consegnati alla odierna appellante. Detta circostanza, rappresentata anche al giudice di prime cure durante l'udienza di discussione, aveva impedito alla Coop. Indaco Service di fattivamente contestare la risoluzione contrattuale, e di far valere immediatamente le proprie ragioni innanzi al giudice.

2.- Ulteriore ragione di illogicità ed erroneità della motivazione sarebbe poi, per l'appellante, che la stessa aveva ritenuto non necessario, prima di procedere alla esclusione, attivare un "*procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato*", sull'erroneo presupposto che l'art. 80, comma 5, lett. c), non prevedesse tale fase di preventivo contraddittorio e che le Linee Guida ANAC all'uopo richiamate non rivestissero carattere normativo.

IV. IL DIRITTO NAZIONALE E LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

16. L'art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone: «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma*

6, qualora: ...c) 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».

17. La giurisprudenza ha esaminato la disposizione.

17.1. La sentenza Cons. Stato, V, 27 aprile 2017, n. 1955, ha ritenuto: “l'art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità», con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, «significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata», le quali siano alternativamente non siano contestate in giudizio dall'appaltatore privato o – per venire al caso che interessa nel presente giudizio – sia stata «confermata all'esito di un giudizio».”

17.2. La stessa sentenza ha stimato illegittima l'esclusione in quanto, nonostante fosse intervenuta una pronuncia cautelare del giudice civile, non era stata ancora adottata una pronuncia sul merito del giudizio: “Sulla base dell'interpretazione letterale della norma (ex art. 12 delle preleggi) si richiede quindi che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale. E questa conferma non può che essere data da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) «all'esito di un giudizio». A questo medesimo riguardo è invece da ritenersi evidentemente insufficiente la

definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito.”.

17.3. Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299, ha affrontato nuovamente la questione, 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.

17.4. La vicenda esaminata nell'ultima sentenza si distingue da quella qui al vaglio perché non era stato adottato un provvedimento di risoluzione del precedente contratto di appalto intercorso con l'operatore economico.

V. LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

18. Tra la norma interna e la norma euro – unitaria non vi è omogeneità.

18.1. L'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che le amministrazioni appaltanti possono 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*».

18.2. La previsione va letta contestualmente all'indicazione del *Considerando* 101 della Direttiva: *“È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. 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.”*

18.3. Appare chiaro che le previsioni eurounitarie ritengono di consentire l'esclusione dell'operatore economico 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»*.

In questo senso, del resto, si comprende il richiamo alla responsabilità dell'amministrazione per una sua eventuale decisione erronea.

18.4. Il legislatore nazionale, invece, ha stabilito che l'errore professionale, passibile di risoluzione anticipata (per definizione “grave” ex art. 1455 Cod. civ. 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.

18.5. La conseguenza è la necessaria subordinazione dell'azione amministrativa agli esiti del giudizio. Ciò è astrattamente possibile, essendo comprensibile che la scelta dell'amministrazione sia vincolata agli esiti di un giudizio, ma appare non 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.

18.6. La ragione appare chiara: 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.

18.7. Quanto è accaduto nella vicenda oggetto del presente giudizio, insomma, appare caso destinato a ripetersi, 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.

18.8. 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.

19. 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 (come in Cons. Stato, 2 marzo 2018 n. 1299), lo strumento non appare adeguato: l'azione amministrativa è, nei seni detti, di fatto arrestata dall'instaurazione di altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale. Se 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 sindacare la ragionevolezza.

20. La norma interna fa dipendere dalla scelta dell'operatore economico – se impugnare la risoluzione in giustizia – 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.

20.1 I principi di proporzionalità e di parità di trattamento sono principi dei quali gli Stati membri devono tener conto nell'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Considerando* n. 1 e 2 della Direttiva 2014/24/UE; sul principio di parità di trattamento, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea sentenza 16 dicembre 2008 in causa C-213/07, *Michaniki AE*).

21. Nella sentenza relativa alla causa C-171/15, *Connexxion taxi service* in cui la normativa europea rilevante era l'articolo 45, paragrafo 2 della Direttiva, 2004/18/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato: “*il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, non osta a che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, 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*”. L'art. 45, paragrafo 2 non era distante dall'attuale formulazione dell'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE perché prevedeva l'esclusione facoltativa dell'operatore economico “*che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice*”.

VI. FORMULAZIONE DELLA QUESTIONE.

22. Alla luce delle considerazioni svolte viene formulata alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente 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”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO