

T.A.R. Sicilia- Sezione II – Sentenza 22 ottobre 2018 n. 2148
Pres. Di Paola – Est. Mulieri

Appalti – R.T.I. – Interpretazione art. 80, co. 5 lett. c) D.lgs. n. 50/2016

Con la pronuncia in esame, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Siciliana si è pronunciato su ricorso proposto dalla Soc. Coop. A.R.L. Consorzio Sisifo per l'annullamento del verbale con il quale la commissione giudicatrice della procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata per gli assistiti dell'ASL Palermo ha escluso la ricorrente dalla gara. La ricorrente, in punto di diritto, ha formulato le seguenti censure: violazione, per omessa applicazione dell'art. 7 della L. 241/1990; erronea e falsa applicazione, dell'art. 80, co. 5 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016. In via subordinata la ricorrente ha proposto ricorso anche a seguito della violazione degli artt. 80 e 93 in ordine alla violazione del principio di tassatività e determinatezza delle cause d'esclusione.

Il Collegio ha rigettato il ricorso, ritenendo di dover affrontare le predette censure sulla base della portata applicativa dell'art. 80, co. 5 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016.

1. *«Il Collegio ritiene di affrontare congiuntamente le censure relative alla portata applicativa della disposizione contenuta nell'art. 80 co. 5 lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016 che, com'è noto, consente alla stazione appaltante di valutare il comportamento tenuto dall'operatore nelle sue precedenti esperienze e di escluderlo qualora dimostri, con mezzi adeguati, che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o professionalità.»*
2. *«Diversi dubbi sono stati sollevati sulla natura delle Linee Guida ANAC n. 6 – approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, e aggiornate, a seguito dell'approvazione del D.lgs. n. 56/2017 (cd. correttivo) con la determinazione n. 1008/2017 – che valgono comunque quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione del citato articolo, con le quali l'ANAC ha fornito in via esemplificativa un'elencazione di ipotesi idonee a concretare il "grave illecito professionale", ma ha, altresì, ampliato l'elenco e la casistica degli illeciti professionali, individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle fissate dal Legislatore.»*
3. *«Di recente sull'argomento, con particolare riferimento all'ipotesi della risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, si è pronunciato il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza del 30 aprile 2018, n. 252. Con tale decisione, è stata accolta la tesi in ragione della quale sarebbe possibile considerare legittima l'esclusione per gravi illeciti professionali a prescindere dalla circostanza che la risoluzione contrattuale sia sub iudice, ritenendo meramente esemplificativa l'elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), e valorizzando la motivazione della stazione appaltante sull'effettività, sulla gravità e inescusabilità dell'inadempimento in questione (...). Tale pronuncia ha quindi condiviso la tesi "estensiva", che consente di ampliare il catalogo di cui alla citata lett. c) e di ritenere l'inadempimento rilevante quale grave illecito professionale a prescindere dalla risoluzione».*
4. *«Con tale decisione, che conclude quindi per la non tassatività dell'elencazione, il C.G.A. ha confermato un'interpretazione della norma già fornita dal Consiglio di Stato con sentenza del 2 marzo 2018, n. 1299. Anche in questo precedente il Supremo Consesso ha chiarito che l'art. 80, comma 5, lett. c) ha carattere meramente esemplificativo (...). Secondo la quinta sezione del Consiglio di Stato, quindi, essendo l'elencazione contenuta nella norma meramente esemplificativa,*

in capo alla stazione appaltante rimarrebbe la facoltà di valutare discrezionalmente la gravità di quelle inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, siano tuttavia qualificabili come gravi illeciti professionali e, per questo, impediscano la partecipazione alla gara perché tali da inficiare l'integrità o affidabilità del concorrente».

5. «Non sfugge al Collegio che vi è anche una giurisprudenza a sostegno della tassatività delle gravi carenze nell'esecuzione del contratto (...). Tuttavia il Collegio, tra i due orientamenti giurisprudenziali, intende dare continuità al primo che, come detto, consente di ampliare il catalogo di cui alla citata lett. c) all'art. 80, comma 5 del Codice Appalti».

6. «La nuova disciplina contenuta nel citato art. 80 co. 5 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016 ha una portata molto più ampia rispetto a quella previgente contenuta nell'art. 38, lett. f), del D.lgs. n. 163/2016 e s.m.i. (...); non fa più riferimento soltanto alla negligenza o errore professionale ma, più in generale, all'illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza ed include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale ma anche in fase di gara».

7. «Ne consegue che la revoca dell'aggiudicazione da parte della A.S.P. di Enna collegata ad inadempimenti del Consorzio relativi alla fase anticipata di esecuzione, in via d'urgenza, del contratto configura un illecito professionale ex art. 80, comma 5 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016 che avrebbe dovuto essere dichiarato dal predetto Consorzio. Né può operare in siffatta ipotesi l'istituto del soccorso istruttorio (...) atteso che simile dichiarazione non può ritenersi incompleta, ma contrastante con un dato reale».

8. «Riguardo infine alla censura con cui si deduce la violazione dell'art. 7 della L. 241/1990 (primo motivo), se ne rileva l'infondatezza in quanto, nessun eventuale apporto collaborativo del Consorzio ricorrente, avrebbe potuto mutare l'esito del procedimento ben suffragato dall'acclarato illecito professionale. Ed ancora più a monte, peraltro, deve escludersi la stessa sussistenza dell'obbligo comunicativo di cui la parte ricorrente lamenta la violazione, essendo la (iniziale) ammissione del ricorrente atto endoprocedimentale, interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo ad attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale».

9. «In definitiva, per le considerazioni che precedono, il ricorso va rigettato in quanto destituito di giuridico fondamento».

Precedenti conformi

C.G.A. Regione Siciliana, n. 252/2018
Cons. St., n. 1299/2018

Precedenti difformi

T.A.R. Lazio, Sez. III – quater, n. 4793/2018
T.A.R. Campania – Salerno, n. 466/2018

COMMENTO:

All'attenzione del T.A.R. per la Regione Siciliana è stato sottoposto il problema relativo all'esatta portata applicativa dell'art. 80, co. 5 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016 (Codice degli Appalti).

L'articolo disciplina le ipotesi di "gravi illeciti professionali" di cui si sia reso colpevole l'operatore economico che partecipa alla procedura d'appalto. Gli illeciti in questione, una volta accertati, sono ostativi alla partecipazione dell'operatore alla gara in quanto rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

E' tuttavia incerto se le ipotesi contemplate dall'art. 80, co. 5 lett c) del Codice degli Appalti siano tassative o meramente esemplificative. La risoluzione della questione, in un senso o in un altro, produce conseguenze di non poco conto in quanto, qualora l'elencazione sia meramente esemplificativa, residuerebbe in capo alla stazione appaltante un margine di valutazione discrezionale rispetto alla gravità d'inadempienze non direttamente riconducibili a quelle tipizzate nell'elencazione del comma 5, lett. c) dell'art. 80.

Gli orientamenti che si sono sviluppati sulla questione protendono, nella maggior parte dei casi, verso un'interpretazione delle ipotesi contemplate nell'articolo 80, co. 5 lett. c) a titolo esemplificativo.

Il Consiglio di Stato, in una precedente pronuncia – n. 1299/2018 – ha chiarito che, essendo attribuibile alla stazione appaltante un margine di discrezionalità rispetto alla riconducibilità d'inadempienze nella categoria degli "illeciti professionali", sarà poi onere della stazione appaltante stessa motivare adeguatamente in merito all'esercizio di detta discrezionalità.

Nonostante sussista anche un filone giurisprudenziale contrario alla non tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 80, co. 5 lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato sembra ulteriormente confermato dalle Linee Guida ANAC n. 6/2016, aggiornate a seguito dell'approvazione del D.lgs. n. 56/2017 (cd. "correttivo").

L'ANAC ha fornito in via esemplificativa un'elencazione d'ipotesi idonee a concretare il "grave illecito professionale", ma ha ampliato l'elencazione facendovi rientrare anche casi non espressamente tipizzati dal Legislatore.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1338 del 2018, proposto da Soc. Coop. A R.L. Consorzio Sisifo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Merlo e Ester Daina, elettivamente domiciliato, ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tar, in Palermo, via Butera 6;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Li Vigni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'U.O.C. Legale della stessa Azienda, in Palermo, via Pindemonte 88;

nei confronti

Medicasa Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Elio Leonetti, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Cristiano Dolce, in Palermo, Via G. La Farina 3; Coop. Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiano Dolce, con domicilio eletto presso il suo studio, in Palermo, via Giuseppe La Farina n. 3;

per l'annullamento

- del verbale del 4 giugno 2018, conosciuto il 6 successivo, in quanto richiamato in una memoria depositata nel giudizio connesso n.r.g. 2530/2018 (promosso dalla Cooperativa Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati), con il quale la Commissione giudicatrice della procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata per gli assistiti dell'ASP di Palermo ha escluso la ricorrente dalla gara;
- ove impugnabile, della nota prot. n. 19284 del 24 aprile 2018, richiamata nel verbale predetto, conosciuta successivamente al 06/06/2018 a seguito di accesso, con la quale il RUP della procedura *de quaha* rimesso al Presidente della Commissione di gara, per le valutazioni di competenza, una nota del legale del concorrente risultato secondo in graduatoria e un allegato parere dell'ANAC, per la possibile rilevanza in ordine alla già disposta ammissione in gara dell'ATI Sisifo – Capp, aggiudicataria provvisoria;
- ove impugnabile, della nota prot. n. 17145 del 11 aprile 2018, richiamata nel verbale predetto, conosciuta successivamente al 06/06/2018 a seguito di accesso, con la quale il RUP della procedura *de qua* e il Direttore del Dipartimento Risorse Economiche e Finanziarie hanno rimesso al Presidente della Commissione di gara, per le valutazioni di competenza in ordine alla già disposta ammissione in gara dell'ATI Sisifo – Capp, aggiudicataria provvisoria, altra nota del legale del concorrente risultato secondo in graduatoria corredata da copia dell'ordinanza del TAR CT n. 173/2018;
- di ogni altro atto, comunque connesso e lesivo in forza della censure in seguito enunciate ed esplicate, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, della Medicasa Italia S.p.A. e della Coop. Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2018 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso in epigrafe, il Consorzio SISIFO coop. soc. a r.l. in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. formato con CAPP Cooperativa Sociale - premesso di avere partecipato alla gara a procedura aperta, indetta (con deliberazione n. 591 del 08.08.2016) dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata per gli assistiti della predetta ASP per un periodo di 36 mesi, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 - ha impugnato il verbale del 4 giugno 2018, con il quale è stata esclusa dalla suddetta procedura. In punto di fatto il Consorzio ricorrente ha dedotto che:

- nella fase di qualificazione, il costituendo R.T.I. Cooperativa O.S.A. – Medicasa Italia ha contestato la sussistenza delle condizioni di ammissione del ricorrente, tra l'altro, perché avrebbe reso, ex art. 80, comma 5, lett. c), una dichiarazione non riflettente il recente passato imprenditoriale, non avendo riferito di avere subito, in un precedente appalto bandito dall'ASP di Enna, nel 2015, la revoca dell'aggiudicazione per l'ingiustificato rifiuto di accettare la consegna provvisoria del servizio nelle more della stipulazione del contratto;
- conseguentemente la compagine ricorrente è stata ammessa con riserva alla gara;
- con verbale del 27 settembre 2017, è stata sciolta la riserva e l'ATI Sisifo – Capp è stata ammessa definitivamente (limitatamente all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali) in gara;
- avverso il predetto verbale la costituenda ATI controinteressata Cooperativa O.S.A. – Medicasa Italia ha proposto il ricorso portante il n.r.g. 2530/2018 per ottenerne l'annullamento;
- in pendenza di tale giudizio la Stazione appaltante, resasi conto che il provvedimento di ammissione del 27.09.2017 si basava su una erronea qualificazione giuridica della fattispecie intercorsa tra Consorzio Sisifo ed ASP di Enna, con il provvedimento di cui al verbale del 4 giugno 2018, lo ha escluso dalla procedura in questione;

- in particolare, in tale verbale, sono stati valorizzati i seguenti elementi:
1) due ordinanze cautelari (ordinanza TAR Catania 7.03.2018, n. 173, confermata con ordinanza C.G.A.R.S. dell'11.05.2018, n. 253) relative ad un giudizio instaurato avverso l'aggiudicazione definitiva in una gara per l'affidamento da parte della ASP di Catania di un analogo servizio, in vigenza del vecchio codice degli appalti (D.Lgs. 163/2006), in cui era venuta in rilievo l'omessa dichiarazione della revoca dell'aggiudicazione nei confronti di Sisifo da parte della A.S.P. di Enna;
2) un parere precontenzioso ANAC tardivamente emanato sulla questione nell'ambito del medesimo procedimento (anch'esso sub iudice dinanzi al TAR di Catania).
In punto di diritto ha formulato le seguenti censure:

1) *"Violazione, per omessa applicazione, dell'art. 7 della L. 241/90 (recepito dalla Regione Siciliana dall'art. 8 l reg. n. 10 del 1991)".*
Secondo parte ricorrente a seguito del regime di cui all'art. 120 comma 2 bis c.p.a. e 29 del D.lgs. n. 50/2016, i provvedimenti di ammissione ed esclusione una volta adottati e divenuti inoppugnabili da parte di terzi non sarebbero suscettibili di annullamento in autotutela senza il previo avviso di avvio del procedimento.
2) *"Violazione, per falsa ed erronea applicazione, dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016. Difetto di motivazione in ordine all'idoneità degli atti ai quali l'ASP ha ritenuto di doversi adeguare (afferenti al trattamento della fattispecie concreta in vigenza del D.Lgs. 163/2006) a regolare la fattispecie considerata anche in vigenza del nuovo codice degli appalti. Eccesso di potere sotto i profili dell'insufficiente istruttoria, del travisamento dei fatti e dello sviamento dall'interesse pubblico".*

Il Consorzio ricorrente ha lamentato che il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato basandosi su qualificazioni giuridiche contenute in ordinanze cautelari, mentre è ancora aperta la definizione nel merito della vicenda contenziosa pendente davanti al TAR di Catania. Allo stesso modo, il parere ANAC, pure posto alla base del provvedimento impugnato, sarebbe oggetto di autonomo ricorso pendente davanti al TAR di Catania per il quale l'udienza di merito è fissata al 30 gennaio 2019.

Inoltre la revoca dell'aggiudicazione da parte della ASP di Enna collegata ad inadempimenti del Consorzio relativi alla fase di anticipata esecuzione, in via d'urgenza, del contratto:
a) non potrebbe costituire, nemmeno astrattamente, illecito professionale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) prima parte del D.lgs. 50/2016 e, pertanto, nessun obbligo dichiarativo rispetto a tale revoca sarebbe stato esigibile dal concorrente. In particolare l'elencazione di gravi illeciti professionali contenuta nella seconda parte dell'art. 80, comma 5, lett. c) avrebbe natura tassativa e non esemplificativa;
b) sarebbe relativa solo alla fase pre-contrattuale in quanto dall'aggiudicazione definitiva non deriverebbero obbligazioni civilistiche: non sarebbe configurabile, quindi, tra aggiudicazione e stipula del contratto alcuna controversia in termini d'inadempimento contrattuale e la revoca dell'aggiudicazione si configurerebbe come una mera "coda procedimentale" priva di valenza sanzionatoria. Con la conseguenza del difetto di annoverabilità di detta revoca e relativa risoluzione dell'anticipata esecuzione contrattuale quale "illecito professionale" di carattere tipico ai sensi del D.lgs. n. 50/2016 e, quindi, di ogni obbligo dichiarativo, con conseguente insussistenza di una dichiarazione reticente/mendace.

3. *"In via subordinata: Violazione degli artt. 80 ... e 93 Violazione del principio di tassatività di determinatezza delle cause d'esclusione, nonché quello di massima partecipazione contrapposti ad una pretesa d'obbligo dichiarativo "omnicomprensivo". Eccesso di potere sotto i profili dell'illogicità manifesta e della manifesta ingiustizia".*

Secondo parte ricorrente, ove si pretenda di riconnettere all'aggettivo sostantivato "illecito" di cui al citato art. 80 soltanto la valenza lessicale indicativa di un qualsivoglia comportamento contrario ad una regola giuridica, ciò darebbe spazio ad una gamma tale di situazioni di difficilissima determinabilità, a fronte delle quali l'onere dichiarativo non può che restarne temperato, al punto da rendere operativo il soccorso istruttorio e comunque il passaggio all'accertamento dell'incidenza del fatto autonomamente acquisito dalla Stazione appaltante sull'integrità ed affidabilità del concorrente.

2. - Per resistere al ricorso e sostenere la legittimità della disposta esclusione si sono costituiti l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, la Cooperativa Sociale e di Lavoro Operatori Sanitari Associati e la Medicasa Italia S.p.A. chiedendo che il ricorso sia rigettato.

3. - Alla pubblica udienza del 5 ottobre 2018, il ricorso è stato discusso e, quindi, trattenuto in decisione.

4. - Ciò premesso in punto di fatto, il Collegio ritiene di affrontare congiuntamente le censure (contenute nel secondo e nel terzo motivo di ricorso) relative alla portata applicativa della disposizione contenuta nell'art. dell'art. 80 co. 5 lett c) del D.lgs. n. 50/2016 che, com'è noto, consente alla stazione appaltante di valutare il comportamento tenuto dall'operatore nelle sue precedenti esperienze professionali e di escluderlo qualora dimostri, con mezzi adeguati, che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o professionalità.

Ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett c) del D.lgs. n. 50/2016 *"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: ... 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"*.

La giurisprudenza amministrativa ha variamente interpretato la sopra citata disposizione in relazione alla quale si discute se l'elencazione dei motivi di esclusione per gravi illeciti professionali sia da considerarsi tassativa o, al contrario, suscettibile di interpretazione estensiva.

Diversi dubbi inoltre sono stati sollevati sulla natura delle Linee Guida ANAC n. 6 – approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, e aggiornate, a seguito dell'approvazione del D.lgs. n. 56/2017 (c.d. "correttivo") con la determinazione n. 1008/2017 – che valgono comunque quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione del citato articolo, con le quali l'ANAC ha fornito in via

esemplificativa un'elencazione di ipotesi idonee a concretare il "grave illecito professionale", ma ha, altresì, ampliato l'elenco e la casistica degli illeciti professionali, individuando ulteriori ipotesi rispetto a quelle fissate dal Legislatore. Di recente sull'argomento, con particolare riferimento all'ipotesi della risoluzione anticipata, non contestata in giudizio si è pronunciato il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza del 30 aprile 2018, n. 252. Con tale decisione, è stata accolta la tesi in ragione della quale sarebbe possibile considerare legittima l'esclusione per gravi illeciti professionali a prescindere dalla circostanza che la risoluzione contrattuale sia *sub iudice*, ritenendo meramente esemplificativa l'elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), e valorizzando la motivazione della stazione appaltante sull'effettività, sulla gravità e sull'inescusabilità dell'inadempimento in questione, ed ha quindi affermato la possibilità della Stazione Appaltante di procedere all'esclusione dell'impresa per gravi illeciti professionali – consistenti nella risoluzione in danno di un precedente contratto – anche qualora la medesima risoluzione sia stata contestata dall'impresa ed il giudizio si trovi *sub iudice*.

Inoltre è stato specificato che ciò risulta possibile laddove la Stazione appaltante riesca a dimostrare con mezzi idonei, e con motivazione adeguata la effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa, e perciò, la mera pretestuosità delle obiezioni da questa mosse in giudizio avverso la misura risolutoria, oltre che, naturalmente, la dubbia "integrità o affidabilità" dell'operatore stesso.

Tale pronuncia ha quindi condiviso la tesi "estensiva", che consente di ampliare il catalogo di cui alla citata lett. c) e di ritenere l'inadempimento rilevante quale grave illecito professionale a prescindere dalla risoluzione.

Con tale decisione, che conclude quindi per la non tassatività dell'elencazione, il C.G.A. ha confermato un'interpretazione della norma già fornita dal Consiglio di Stato con sentenza del 2 marzo 2018, n. 1299.

Con detta sentenza, in relazione alla fattispecie delle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, il Consiglio di Stato ha sostenuto che qualsiasi significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto, se tale da mettere in dubbio l'affidabilità o l'integrità di un operatore economico, può essere considerata grave illecito professionale e comportare, di conseguenza, l'esclusione ex art. 80 comma 5, lett. c).

Anche in questo precedente, pertanto, il Supremo Consesso ha così chiarito che l'art. 80 comma 5, lett. c, ha carattere meramente esemplificativo nella parte in cui fa rientrare tra i "gravi illeciti professionali" anche "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, significative carenze che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, o hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni".

Secondo il Consiglio di Stato, nello specifico, *"l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione <<con mezzi adeguati>>, sia dall'incipit del secondo inciso (<<Tra questi (id est, gravi illeciti professionali) rientrano: [...]>>) che precede l'elencazione;– quest'ultima, oltre ad individuare, a titolo esemplificativo, gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con <<mezzi adeguati>>;– <<le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione>> rilevano <<[...] se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali>>, come specificato al punto 2.2.1.2 e delle linee guida ANAC n. 6 del 2016/2017 (di cui appresso); il successivo punto 2.2.1.3 delle stesse linee guida comprende nell'elencazione delle significative carenze rilevanti, tra le altre, il singolo inadempimento di una obbligazione contrattuale o l'adozione di comportamenti scorretti o il ritardo nell'adempimento;– la sussistenza e la gravità dell'inadempimento o del ritardo ovvero del comportamento scorretto ai fini dell'esclusione dalla gara sono dimostrate, per tabulas, ed obbligano all'esclusione, ogniqualvolta essi abbiano prodotto gli effetti tipizzati dalla norma; con la precisazione –contenuta al punto 2.2.1.1 delle dette linee guida- che costituisce mezzo adeguato di dimostrazione (da valutarsi a cura della stazione appaltante, ma non automaticamente escludente) anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento, prima che esso sia passato in giudicato".*

Secondo la quinta sezione del Consiglio di Stato, quindi, essendo l'elencazione contenuta nella norma meramente esemplificativa, in capo alla stazione appaltante rimarrebbe la facoltà di valutare discrezionalmente la gravità di quelle inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, siano tuttavia qualificabili come "gravi illeciti professionali" e, per questo, impediscano la partecipazione alla gara perché tali da inficiare l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

Ad ogni modo, in caso di esclusione dalla gara, la stazione appaltante dovrà motivare in maniera adeguata in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità, *"e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con <<mezzi adeguati>>"*.

Ora, non sfugge al Collegio che vi è anche una giurisprudenza a sostegno della tassatività delle gravi carenze nell'esecuzione del contratto. Ad esempio il TAR Lazio, Sez. III-quater, con la sentenza del 2 maggio 2018, n. 4793, ha interpretato in maniera più restrittiva la disposizione in argomento, ritenendo che l'elencazione dei motivi di esclusione per gravi illeciti professionali (tra cui non figura l'ipotesi di risoluzione in danno

di un precedente contratto impugnata e con giudizio pendente) sia tassativa e che le cause di esclusione di cui

all'art. 80, comma 5, lett. c), cit., non siano integrabili oltre le fattispecie in essa elencate, come sviluppate dalle Linee guida dell'ANAC n. 6, con la conseguenza che qualora non ricorra alcuno dei casi previsti dalla norma non è dato invocare alcuna facoltà della P.A. di dimostrare *aliunde* l'inaffidabilità dell'impresa (cfr., nello stesso senso, T.A.R. Campania - Salerno del 28 marzo 2018, n. 466).

Tuttavia il Collegio, nel contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, intende dare continuità al primo che, come detto, consente di ampliare il catalogo di cui alla citata lett. c) all'art. 80, comma 5 del codice appalti.

Ed invero la nuova disciplina contenuta nel citato art. 80 co. 5 lett c) del D.lgs. n. 50/2016:

- ha una portata molto più ampia rispetto a quella previgente contenuta nell'art. 38, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. (che escludeva dalla gara i soggetti che, *"secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*);

- non fa più riferimento soltanto alla negligenza o errore professionale ma, più in generale, all'illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza ed include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale ma anche in fase di gara (cfr. il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, 3 novembre 2016 n. 2286; nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704).

Ne consegue che la revoca dell'aggiudicazione da parte della A.S.P. di Enna collegata ad inadempimenti del Consorzio relativi alla fase di anticipata esecuzione, in via d'urgenza, del contratto configura un illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016 che avrebbe dovuto essere dichiarato dal predetto Consorzio.

Né può operare in siffatta ipotesi l'istituto del soccorso istruttorio atteso che *"la falsa dichiarazione resa su un dato sconosciuto alla P.A. impedisce il cd. soccorso istruttorio, anche nella versione introdotta dal d.l. n. 90 del 2014, posto che simile dichiarazione non può ritenersi incompleta, ma contrastante con un dato reale"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016 n. 3375; cfr. nello stesso senso TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 27 settembre 2017 n. 4532, secondo cui *"...non può operare il soccorso istruttorio dal momento che non è contestata la mancanza o l'incompletezza della dichiarazione, bensì l'aver reso dichiarazione "non veritiera" (...) e non è neppure necessario che le pregresse infrazioni siano state oggetto di accertamento giurisdizionale definitivo, per essere richiesta una simile condizione dall'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 limitatamente ad altre cause di esclusione, non con riferimento a quella dell'errore professionale (v., tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2017 n. 2321). La vigente disciplina, però, amplia – seppur in via esemplificativa – le fattispecie che assumono a tali fini rilievo (...); in particolare, facendo proprio il disposto dell'art. 57, comma 4, lett. i), della direttiva U.E. n. 24 del 26 febbraio 2014 (...), il legislatore ha esteso alle condotte anteriori all'esecuzione del rapporto contrattuale – si tratti della stessa o di altre gare – le ipotesi rivelatrici della scarsa affidabilità professionale dell'impresa, ed ha conseguentemente accresciuto le informazioni che il concorrente deve fornire in sede di partecipazione alla selezione..."*).

Riguardo infine alla censura con cui si deduce la violazione dell'art. 7 della L. 241/90 (primo motivo), se ne rileva l'infondatezza in quanto, nessun eventuale apporto collaborativo del Consorzio ricorrente, avrebbe potuto mutare l'esito del procedimento ben suffragato dall'acclarato illecito professionale. Ed ancora più a monte, peraltro, deve escludersi la stessa sussistenza dell'obbligo comunicativo di cui la parte ricorrente lamenta la violazione, essendo la (iniziale) ammissione del concorrente atto endoprocedimentale, interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo ad attribuire in modo stabile il bene della vita

ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale.

5. - In definitiva, per le considerazioni che precedono, il ricorso va rigettato in quanto destituito di giuridico fondamento.

6. - Le spese del giudizio, in ragione del non univoco orientamento giurisprudenziale sulle questioni trattate, possono compensarsi tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo di Paola, Presidente
Anna Pignataro, Consigliere
Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola



DE IUSTITIA
RIVISTA GIURIDICA