

Dalle gravi infrazioni ai gravi illeciti professionali: profili di incompatibilità della normativa nazionale con la normativa europea. Commento a margine della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 19 giugno 2019, n. 41/18.

di Pasquale LA SELVA*

1. La metamorfosi del grave illecito professionale tra vecchia e nuova disciplina. **2.** La vertenza all'origine dell'ordinanza n. 5893/2017 del TAR Campania di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. **3.** La disomogeneità tra normativa interna e normativa europea: il paradosso generato dagli effetti dell'impugnazione. **4.** La Stazione appaltante come organo inquirente. **5.** I gravi illeciti professionali come momento di manifestazione della discrezionalità amministrativa: l'evoluzione giurisprudenziale prima della pronuncia della CGUE. **6.** La sentenza della Corte di Giustizia UE n. 41/18. **7.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The paper offers a comment about the judgment 19 June 2019, n. 41/18 of the Court of Justice of the European Union which is, to date, still a landing point for the domestic jurisprudence, despite the continuous regulatory stratification regarding public contracts.*

After a brief reflection, in hermeneutical key, on the connection between the principle of legality and administrative discretion, the work, in its first part, analyzes the previous Italian jurisprudential guidelines on the subject of "grave professional misconduct" and then proceed to investigate, in the second part, on the impact of the Court's judgment with reference to the activities of the contracting authorities.

The conclusions are dedicated to the possibility to accord greater importance to self-cleaning measures.

1. La metamorfosi del grave illecito professionale tra vecchia e nuova disciplina.

* *Dottore in Giurisprudenza.*

Il rapporto tra principio di legalità e discrezionalità, per gli studiosi del diritto amministrativo, rappresenta un terreno di prova tanto enigmatico quanto affascinante, all'interno del quale emergono sovente problemi ermeneutici.

Da un lato infatti si rinviene il principio di legalità, quale carattere essenziale dello Stato di diritto¹, in base al quale ogni attività dei pubblici poteri debba trovare fondamento in una legge, diretta espressione del principio costituzionale di sovranità popolare; dall'altro, si rinviene invece la discrezionalità amministrativa, quale azione indirizzata nel fine e non nei mezzi entro limiti che, seppur fissati dalla legge, spesso si trovano ad essere silenziosamente travalicati².

È emersa, conseguentemente, la necessità di distinguere la discrezionalità dall'interpretazione³, in quanto, non di rado, accade che nell'attività di normazione o recepimento del legislatore nazionale restino alcune zone d'ombra, sulle quali fanno luce le pubbliche amministrazioni, servendosi di un

¹ L'espressione "Stato di diritto" viene di solito utilizzata attribuendogli due significati diversi. In senso lato, o debole o formale, che designa qualunque ordinamento nel quale i pubblici poteri sono conferiti dalla legge ed esercitati nelle forme e con le procedure da questa stabilite. In un secondo senso, forte o sostanziale, lo Stato di diritto designa invece quei soli ordinamenti nei quali i pubblici poteri sono altresì *soggetti* alla legge, non solo quanto alle forme ma anche quanto ai contenuti del loro esercizio. Per un approfondimento sul punto si veda L. FERRAJOLI, *Iura paria: i fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015. Sulle forme di Stato e le forme di Governo si veda anche M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma, 2008.

² Si è detto infatti che l'attività di perseguimento del pubblico interesse che pone in essere la p.a. incontra talune limitazioni di ordine negativo e di ordine positivo. I limiti negativi sono quelli volti a conservare l'attività nei limiti della liceità. I limiti in positivo, invece, sono i limiti all'*agere* amministrativo, che rispondono all'esigenza di mantenere l'attività stessa nell'ambito dei fini pubblici che l'amministrazione deve perseguire. A seconda che esistano termini più o meno rigidi nella predeterminazione dell'attività amministrativa, quest'ultima sarà qualificabile come vincolata o discrezionale. Nello specifico, l'attività amministrativa è vincolata ove la scelta legislativa risulti essersi orientata nella direzione di una riserva del primo tipo, ovvero nel senso di tracciare in modo puntuale il *modus agendi* dei pubblici poteri, con la conseguente privazione della p.a. di qualsivoglia autodeterminazione nella individuazione della scelta più opportuna; si è in presenza di attività discrezionale, invece, nel caso di riserva di legge relativa, ove è l'amministrazione stessa chiamata a specificare e puntualizzare la portata delle norme attributive dei poteri conferite *ex lege*, con un margine di apprezzamento, a seconda dei casi concreti, più o meno ampio – in ordine a tempi e modi di perseguimento degli obiettivi prefissati in sede politica – che consente di definirne l'attività come discrezionale. In tal senso F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

³ Circa l'interpretazione, l'art. 12 delle Preleggi prevede infatti che "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

potere quasi provvedimentale che veicola attraverso la discrezionalità, capace di allargare le maglie dell'azione amministrativa, al fine di colmare eventuali lacune della disciplina generale ed astratta.

Sulla distinzione tra discrezionalità e interpretazione, in dottrina si è detto che queste non coincidono poiché la discrezionalità non consiste nel mero completamento di una norma imprecisa⁴, tuttavia, l'elemento in grado di accomunare l'attività discrezionale a quella interpretativa è stato poi ravvisato nel loro comune carattere creativo.

Si è così affermato che *"la stessa figura della discrezionalità finisce per divenire un modo di essere non separabile sostanzialmente dalle rimanenti operazioni interpretative, ma solo differenziabile da esse per la diversa misura in cui si verificherebbe la concretizzazione del dettato normativo"*. In tal modo, discrezionalità ed interpretazione tendono al *"chiarimento dei meccanismi intrinseci al procedimento della comprensione"*⁵.

Bisogna tuttavia precisare che se da un lato è sicuramente vero che ogni attività amministrativa comporti sempre un'attività di interpretazione della norma giuridica, dall'altro non è reciprocamente vero che ogni attività di interpretazione comporti sempre un'attività discrezionale⁶.

La discrezionalità, dunque, si risolve in un apprezzamento di interessi, che, in quanto tale, è ammesso solo sulla base di una specifica attribuzione di potere⁷,

⁴ La statuizione è di R.VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, il quale, invero, ricorda altresì che, in passato, la distinzione tra discrezionalità e interpretazione era tutt'altro che pacifica. Infatti, la dottrina tedesca del XIX secolo, e nello specifico la c.d. scuola di Vienna, aveva qualificato l'attività discrezionale come attività intellettuale di attuazione della legge.

⁵ Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

⁶ In questi termini E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, il quale tenta di tracciare una prima linea di distinzione tra discrezionalità e interpretazione ritenendo che *"ove emerga che l'ordinamento, pur attribuendo un potere, non stabilisce con norme generali e astratte in modo esaustivo come esso debba essere esercitato, residua discrezionalità: l'amministrazione dovrà dunque agire scegliendo – secondo una varietà di possibilità che dipende dal contesto normativo – le modalità concrete di tale esercizio"*.

⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939. Sulla nozione di discrezionalità di Giannini, riferita solo all'interesse pubblico, la quale superò la tesi che rapportavano la discrezionalità all'integrazione o all'interpretazione della norma da applicare, come se fosse mera interpretazione, si veda F.G. SCOCA, *"La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2000. Per altri, la discrezionalità amministrativa verifica in concreto la compatibilità dell'interesse pubblico con l'intenzione del privato, di cui se ne presuppone la pericolosità sociale. Sul punto si veda F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità: tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017 e G. ZANOBINI, *"Corso di diritto amministrativo"*, VIII, Milano,

mentre l'interpretazione è una operazione logica passibile di disciplina giuridica⁸.

Invero, tutto quanto appena detto non sempre vale nella materia della contrattualistica pubblica.

In tal caso, la discrezionalità delle stazioni appaltanti, infatti, non assolve specificamente la funzione di apprezzamento tra più interessi, ma, invero, persegue il singolo fine pubblico specificamente individuato dalla commessa.

A tal proposito, una delle tante disposizioni del Codice dei contratti pubblici che – in fase di applicazione – ancora si pone al limite tra interpretazione e discrezionalità è proprio la norma relativa ai motivi di esclusione dalle gare.

L'art. 80 del nuovo Codice⁹ dei contratti pubblici – nato sulle ceneri del precedente art. 38¹⁰ del D. Lgs. n. 163/2006 – disciplina i motivi di esclusione dalle gare, delineando dei requisiti¹¹ soggettivi di onorabilità che i concorrenti devono possedere al fine di garantire che la pubblica amministrazione non

1958. Per E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, la discrezionalità amministrativa è lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione, mentre per A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, la discrezionalità consiste in una possibilità di scelta per l'amministrazione, in quanto l'ordinamento non determina delle regole, ma è la stessa amministrazione che si pone la regola per il caso singolo.

⁸ Sempre M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.

⁹ Per una disamina completa di tutti i commi della norma, accompagnati dalle previsioni delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC si veda S. VINTI, *I "garbugli" della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in *giustamm.it*, n. 2/2017, mentre più in generale, per i contributi in materia di esclusione dalle gare pubbliche ai sensi dell'art. 80 del "nuovo" Codice dei contratti pubblici si rimanda a: C. MARCONE, *Commento all'art. 80*, in C. CONTESSA, D. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni – Commentato articolo per articolo*, 2017; G. MARGIOTTA, P.R. PORTALURI, *Commento all'articolo 80*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici annotato*, Molfetta, 2017; O. MARONGIU, *Selezione delle offerte*, in GAROFOLI-FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, 2016; D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, in CARINGELLA-MANTINI-GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, 2016; I. FILIPPETTI, *Come cambia la "moralità professionale" nel nuovo Codice degli appalti e delle concessioni*, in *mediappalti.it*.

¹⁰ La dottrina sulla norma è ampia. *Ex multis*: R. PROIETTI, *Commento all'art. 38*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; M. DE PAOLIS, *Le controversie sui contratti pubblici*, Padova, 2010, pp. 90 a 97, mentre per la disciplina previgente cfr. R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, Padova, 2000.

¹¹ Sull'evoluzione normativa dei requisiti di ordine generale si veda A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018.

contratti con persone fisiche o persone giuridiche sprovviste dei necessari requisiti di affidabilità morale e professionale¹².

¹² Seguendo l'ordine dei commi dell'attuale norma, la disposizione in esame presenta elementi di continuità con la previgente disciplina di cui al D. Lgs. n. 163/2006, infatti, nel nuovo quadro normativo, trovano conferma le seguenti cause di esclusione:

- j)* condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *c*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- ii)* cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del D. Lgs. n. 159/2011 o la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *b*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- iii)* violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui gli operatori economici sono stabiliti (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *g*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- iv)* presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *e*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- v)* stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o la pendenza di un procedimento per la dichiarazione di una di tali statuizioni (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *a*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- vi)* essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità dell'operatore economico o la sua affidabilità; alcune di tali fattispecie sono: l'aver tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o l'aver commesso significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *f*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- vii)* essere stato soggetto ad una sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. *c*) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *m*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- viii)* iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'A.N.AC. per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *m-bis*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- ix)* violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *d*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- x)* mancata presentazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 in materia di diritto al lavoro dei disabili ovvero mancata autocertificazione della sussistenza del medesimo requisito (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *l*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- xi)* mancata denuncia all'autorità giudiziaria per essere stato vittima dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4, comma 1, della L. n. 689/1981 (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *m-ter*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- xii)* trovarsi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *h*) del D. Lgs. n. 163/2006);
- xiii)* iscrizione nel casellario informatico per la presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti in subappalto (*cf.* art. 38, comma 1, lett. *h*) del D. Lgs. n. 163/2006).

Il recepimento dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE ha comportato rilevanti novità in punto di gravi illeciti professionali¹³.

In primo luogo, il legislatore italiano ha recepito nei commi 1 e 4 i motivi di esclusione qualificati come obbligatori dal legislatore europeo ossia la presenza di condanne definitive per determinati reati e la violazione degli obblighi contributivi e fiscali. Il comma 2 ha previsto quale causa di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o da una informazione antimafia a carico del concorrente, con un rinvio integrale alle disposizioni contenute nel Codice antimafia. Al comma 5 si rinvencono ulteriori motivi di esclusione dalle gare ritenuti dal legislatore europeo come facoltativi¹⁴, ma percepiti come inderogabili da quello italiano, con l'intento, forse mosso dall'esperienza degli anni '90, di irrigidire la portata generale della norma¹⁵.

Invero, dopo l'intervento di ricezione della disciplina europea sono sopraggiunte rilevanti modifiche soprattutto in tema di subappalto.

Il già richiamato art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, prescriveva il possesso dei requisiti di ordine generale in capo al subappaltatore solo in relazione alla possibilità di affidamento del subappalto, laddove il concorrente avesse voluto indicare nella domanda di partecipazione la quota di appalto che intendeva subappaltare.

Con la nuova disciplina – da ultimo sospesa sino al 31 dicembre 2020 ad opera del D.L. "Sblocca Cantieri"¹⁶ – oltre all'obbligo per l'operatore economico che intende partecipare ad una procedura di gara di indicare nella domanda i nominativi di tre subappaltatori qualora l'appalto sia sopra soglia, una delle più

¹³ Per una disamina completa della novella introdotta dalla legislazione europea ed una comparazione della disciplina interna tra il precedente Codice degli appalti e l'attuale Codice dei contratti, si veda S. CACACE, "La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione", in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Sulle cause facoltative di esclusione previste dall'art. 57 della Direttiva Europea si veda L. TORCHIA, "La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinar", in *Diritto Amministrativo*, secondo la quale l'applicazione di queste cause di esclusione richiede da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice una valutazione sulla sussistenza e sulla rilevanza della causa ai fini dell'esclusione.

¹⁵ Per un maggiore approfondimento sulle differenze e novità nella nuova disciplina dei motivi di esclusione si rinvia a M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017.

¹⁶ Ci si riferisce al D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55, pubblicato in GU 17/06/2019, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", che ha disposto talune deroghe all'istituto del subappalto all'art. 1, comma 18.

rilevanti novità riguarda infatti il riferimento espresso dei motivi di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori. Pertanto, laddove il motivo di esclusione riguardi la figura del subappaltatore, il concorrente principale sarà colpito dal provvedimento di esclusione dalla gara¹⁷.

Di recente, la disposizione in punto di gravi illeciti professionali è stata modificata dall'art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135¹⁸.

La modifica ha riorganizzato la struttura della precedente lett. c) (comprendente le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della s.a., ed il fornire informazioni false o ometterle), scindendo tutte le fattispecie già rientranti nella definizione di "gravi illeciti professionali", e ricollocandole nelle nuove lett. c), c-bis) e c-ter).

Apparentemente, la modifica sembrerebbe riordinare e separare in diversi commi le singole fattispecie sintomatiche di un grave illecito, ma sostanzialmente tale modifica sembrerebbe potenzialmente idonea a creare ulteriori complicazioni interpretative, anche in controtendenza rispetto alla recente interpretazione giurisprudenziale.

Nell'art. 80, infatti, prima dell'elencazione dei gravi illeciti professionali è stata rimossa la locuzione "*tra questi rientrand*". Stando all'interpretazione letterale della norma, si passa dunque da una formulazione che ammetterebbe l'interpretazione di una elencazione meramente esemplificativa, ad una formulazione tendente alla tipizzazione dei gravi illeciti professionali.

Di non poco conto è, altresì, la rimozione della statuizione "*non contestata in giudizio*"¹⁹ in riferimento alla risoluzione di un precedente contratto che abbia

¹⁷ Al comma 14 dell'art. 80 infatti, il legislatore interno, in accoglimento di un rilievo espresso dal Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema di decreto, ribadisce ulteriormente che i requisiti di carattere generale richiesti dall'art. 80 sono necessari anche ai fini dell'affidamento degli eventuali subappalti. Sul punto, in giurisprudenza si veda Cons. Stato, Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, in dottrina invece C. GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016, pp. 495 e ss. in cui l'autore evidenzia come la legge delega n. 11/2016 avesse previsto solamente l'obbligo di sostituire il subappaltatore e che, tuttavia, sul punto non sono possibili fraintendimenti perché la norma è stata modificata in seguito ai dubbi segnalati dal Consiglio di Stato nel parere n. 855.

¹⁸ C.d. D.L. "semplificazioni", convertito in legge 11 febbraio 2019, n. 12, pubblicato in G.U. 12/12/2019, recante "*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*".

¹⁹ In dottrina, si è sostenuto che la rimozione della statuizione "*non contestata in giudizio*" abbia attribuito all'amministrazione la titolarità di un potere più ampio di valutazione del comportamento tenuto dall'operatore. In tal senso si veda F. MANGANARO, M. GERMANÒ,

ingenerato una risoluzione anticipata. Tale scelta del legislatore è stata evidentemente condizionata dalle ordinanze di rimessione del TAR Campania²⁰ e del Consiglio di Stato²¹ alla CGUE – che sono state, di fatto, rese sterili del proprio contenuto giuridico – e nel tentativo di allineare la norma alla disciplina europea, stante anche la lettera di costituzione in mora²² del 24 gennaio 2019 della Commissione europea inviata al Governo italiano²³.

Da ultimo, il “Decreto Sblocca Cantieri”²⁴, oltre ad introdurre ulteriori specificazioni, rilevando che il concordato con continuità aziendale di cui alla Legge fallimentare non costituisce causa di esclusione dalla gara, ha introdotto al comma 5 una nuova ed ulteriore lettera *c-quater*), in virtù della quale gli operatori economici vengono esclusi dalla partecipazione alle gare qualora venga accertato o riconosciuto con sentenza passata in giudicato che abbiano commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori.

2. La vertenza all’origine dell’ordinanza n. 5893/2017 del TAR Campania di rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

La vicenda prende le mosse da una gara, indetta dal Comune di Napoli, per l’aggiudicazione del servizio di refezione scolastica dell’anno 2017/2018.

“Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico”, in Urbanistica e appalti, n. 3/2019.

²⁰ TAR Campania – Napoli, Sez. IV, ord. 13 dicembre 2017, n. 5893.

²¹ Cons. Stato, Sez. V, ord. 3 maggio 2018, n. 2639.

²² Per un commento in dottrina si veda G.VELTRI, *“Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore”*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019.

²³ Nella quale si individuano diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici non conformi alla disciplina europea, tra le quali, appunto, l’art. 80, comma 5, lett. c), giacché, *“nel caso di offerenti che abbiano contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o concessione, preclude alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa l’affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata”*.

²⁴ Per una disamina di ampio respiro circa tutte le novità del “Decreto Sblocca Cantieri” si rimanda a R. DE NICTOLIS, *“Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*”, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019. Circa gli interventi del legislatore sull’art. 80 in risposta alla procedura di infrazione, l’autrice si duole sostanzialmente della rimozione – in sede di conversione in legge del decreto – della causa di esclusione facoltativa e non obbligatoria afferente le violazioni fiscali e previdenziali che non fossero definitivamente accertate. L’autrice è dell’avviso che tale disposizione fosse conforme al diritto europeo, viepiù introdotta proprio in risposta ai rilievi formulati dalla Commissione europea, secondo cui l’art. 80, comma 4, del Codice non era conforme alle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE in quanto non consentiva di escludere un operatore economico che aveva violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria – potesse essere comunque adeguatamente dimostrata dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore.

La gara era suddivisa in dieci lotti, corrispondenti alle dieci Municipalità della città.

Per un lotto in particolare, il Comune di Napoli ammetteva alla prosecuzione della gara un operatore economico, già aggiudicatario del medesimo servizio per il precedente anno scolastico e successivamente destinatario di un provvedimento di risoluzione contrattuale in quanto, nel corso dell'espletamento dell'appalto, il personale ed i bambini erano rimasti intossicati a causa della presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati nella mensa scolastica.

Nella precedente gara, infatti, a seguito di analisi su campioni di cibo conservati dalla direzione scolastica infatti, l'ARPAC (Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale in Campania) confermava la presenza di colibatteri, specie in un determinato alimento ed in ragione di ciò la Stazione appaltante sospendeva il servizio, affidava lo stesso alla seconda in graduatoria, e conseguentemente risolveva il contratto con la prima.

Avverso l'ammissione alla nuova gara del suddetto operatore economico proponeva ricorso dinanzi al TAR Campania – Napoli una società partecipante alla gara, adducendo la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), il quale disponeva che la Stazione appaltante poteva dimostrare *"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 Stazione appaltante infatti, aveva ammesso in gara l'operatore senza alcuna valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento di cui al precedente appalto, e ciò per l'effetto di una contestazione in giudizio della risoluzione dinanzi al Tribunale di Napoli Sezione Specializzata per le imprese.

Ciò che rileva è, dunque, l'ammissione con carattere di automatismo alla procedura di un operatore economico che abbia spiegato impugnativa giurisdizionale della risoluzione di un precedente contratto.

3. La disomogeneità tra normativa interna e normativa europea: il paradosso generato dagli effetti dell'impugnazione.

La questione interpretativa che il TAR Campania sollevava dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva per oggetto la normativa nazionale per effetto della quale un concorrente, ancorché destinatario di una risoluzione anticipata contrattuale per gravi carenze nell'esecuzione di un precedente appalto con una stazione appaltante, poteva sterilizzare gli effetti di tale violazione attraverso una mera proposizione di impugnativa della risoluzione

dinanzi al giudice ordinario, precludendo all'amministrazione ogni giudizio sull'affidabilità del concorrente e privando di effettività la relativa disposizione sull'esclusione facoltativa dalle gare²⁵.

Il Collegio partenopeo rilevava infatti che tale disposizione, pur nell'apprezzabile fine di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla partecipazione degli operatori economici che avevano evidenziato significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti d'appalto, realizzava una tipizzazione della fattispecie di inadempimento per la quale era richiesta la risoluzione con un accertamento incontestato tra le parti²⁶, ovvero una condanna al pagamento del risarcimento del danno o altre sanzioni²⁷.

La norma come allora formulata produceva l'effetto di privare di effettività la causa di esclusione facoltativa, in quanto il meccanismo designato precludeva ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente, rimettendola all'esito del giudizio civile sulla risoluzione che nella maggior parte dei casi interveniva – ad avviso del giudice rimettente – in un momento in cui si erano prodotti effetti irreversibili, qualora la gara fosse stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che sarebbe dovuto essere stato escluso sulla base dell'accertamento del giudice civile²⁸.

²⁵ La causa di esclusione per "gravi illeciti professionali", andando a scontrarsi con l'esigenza per la P.A. di negoziare con contraenti seri ed affidabili, aveva sostanzialmente sospeso il principio di certezza del diritto. Ed invero, in dottrina si è detto che la valutazione ascendeva all'esercizio del potere discrezionale della P.A. appaltante e andava effettuata con riferimento alle circostanze fattuali, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, in relazione, infine, all'oggetto e alle caratteristiche nel complesso dell'appalto da affidarsi. In questi termini si veda M. DI DONNA, "Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie "definitive"", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2018.

²⁶ Si veda anche TAR Campania – Napoli, Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 4781.

²⁷ Ed infatti Il Collegio rilevava che la giurisprudenza nazionale formatasi in quel tempo riteneva che laddove la gara fosse rientrata nel campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici e qualora la risoluzione anticipata del contratto fosse stata contestata in giudizio, si sarebbe configurato un ineludibile obbligo legale di ammissione della concorrente. In tal senso TAR Catanzaro, Sez. I, 19 dicembre 2016, n. 2522; TAR Puglia, Sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955; TAR Bari, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 828, nonché da ultimo TAR Palermo, Sez. X, 17 novembre 2017, n. 2511.

²⁸ L'effetto che si andava dunque ad ingenerare era una sorta di obbligo legale di ammissione alla gara, quando la precedente esclusione dell'operatore economico fosse ancora *sub iudice*. In giurisprudenza, su tale automatismo di ammissione alla gara si veda TAR Lazio – Latina, Sez. I, 16 marzo 2018, n. 122; Id., 25 gennaio 2018, n. 24; TAR Emilia Romagna – Parma, Sez. I, 15 gennaio 2018, n. 18; TAR Campania – Napoli, Sez. IV, 5 gennaio 2018, n. 99; Id., Sez. V, 11 maggio 2017, n. 2552; TAR Puglia – Lecce, Sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1035.

Non di minor rilevanza è, poi, la considerazione che l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe potuta essere responsabile²⁹ per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, pertanto il TAR Campania auspicava un mantenimento delle facoltà in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di ritenere che vi fosse stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che fosse stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, si sarebbe potuto dimostrare (e di conseguenza, escludere) con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico aveva violato i propri obblighi professionali.

In ragione di tali considerazioni, il collegio partenopeo suggeriva per il futuro l'applicazione di un principio di proporzionalità ai motivi di esclusione facoltativi, in virtù del quale le "lievi irregolarità" avrebbero dovuto comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali, di converso, casi ripetuti di lievi irregolarità avrebbero potuto far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico tali da giustificare l'esclusione.

Dunque, il TAR Campania si interroga sulla conformità della disciplina relativa ai motivi di esclusione rispetto ai principi euro-unitari, ed in più pone in luce il paradosso della ipotetica circostanza in cui il giudizio civile si concluda negativamente per l'operatore economico, ma la gara si sia svolta in senso a lui favorevole, determinando una lesione del principio comunitario di affidabilità del concorrente (oltre che dei principi di proporzionalità, effettività, certezza del diritto e legittimo affidamento), in quanto l'appalto sarebbe eseguito da un operatore economico indiscutibilmente non affidabile.

Ed infatti, ad avviso del giudice rimettente, il fatto che si facesse dipendere la gravità dell'inadempimento non da una circostanza oggettiva, ma da una scelta soggettiva dell'operatore economico destinatario di una risoluzione anticipata impugnata dinanzi al giudice ordinario (che tra l'altro è un diverso giudice del rapporto contrattuale), appariva contrastante anche con la facoltà riservata alle stazioni appaltanti di individuare il "punto di rottura dell'affidamento" nei confronti del contraente che determinasse il "deficit di fiducia" fondante l'esclusione³⁰.

²⁹ Per un'ampia disamina relativa la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento per equivalente e la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nelle gare d'appalto, si veda F. CARINGELLA, M. PROTTO, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* Bologna, 2009.

³⁰ In tal senso *cf.* Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313. Il "punto di rottura" è stato poi ripreso anche da Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279 che in tema di gravi illeciti professionali aveva affermato che a venire in rilievo non fosse un inadempimento non

Infine, il Collegio riteneva che la disciplina nazionale confliggesse con il Considerando 102 della Direttiva, che ha introdotto il meccanismo del c.d. *self cleaning*, non consentendo alle imprese partecipanti di adottare misure *ex ante* (ad esempio, modelli organizzativi), o di adottare comportamenti idonei a rimediare, *ex post*, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l'esclusione dalle gare.

Ordunque, il Tar Campania, sulla scorta delle considerazioni svolte, con ordinanza n. 5893/2017 ha formulato la questione pregiudiziale in virtù della quale i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività di cui alla Direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57 par. 4, lett. c) e g) di detta direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata del contratto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'inaffidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato l'adozione delle misure di *self cleaning* volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione.

Questo stesso quesito è stato successivamente formulato in maniera simile dal Consiglio di Stato e posto diverse volte all'attenzione della Corte di Giustizia³¹.

definitivamente accertato, non contestato in giudizio ovvero confermato all'esito di un giudizio, ma piuttosto, veniva in rilievo la valutazione della gravità dell'evento verificatosi o della negligenza ed errore professionale dell'operatore economico, che spettava all'Amministrazione alla quale il legislatore riservava l'individuazione, avente carattere discrezionale, del punto di rottura dell'affidabilità della controparte contrattuale, tale da precludere la stipulazione di futuri rapporti negoziali, desumibile anche da vicende pregresse.

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639 e Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2018, n. 5033. Il Consiglio di Stato dell'ordinanza n. 2639/2018 richiamava anche la sentenza relativa alla causa C-171/15, *Connexition taxi service* in cui la normativa europea rilevante era l'art. 45, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004. In quell'occasione la Corte di Giustizia dell'Unione Europea aveva 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 di appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale". L'art. 45, par. 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

4. La Stazione appaltante come organo inquirente.

Alla luce di quanto detto, non può non evidenziarsi il conflitto che persisteva tra il principio di certezza della pena – di natura squisitamente penalistica – e la valutazione di pubblico interesse effettuata dall'amministrazione.

È naturale chiedersi se la Stazione appaltante, trovandosi a valutare una fattispecie riconducibile ad una di quelle rientranti sotto la definizione di "gravi illeciti professionali", fosse da reputarsi mero soggetto valutatore ovvero organo inquirente. Altrettanto naturale è chiedersi se alla stessa Stazione appaltante, ove mai si fosse imbattuta in fattispecie penalmente rilevanti, potesse essere imposto un obbligo (o meno) di denuncia alle autorità competenti.

La sensazione è che l'esercizio del potere discrezionale, nel senso di valutare se qualsiasi fattispecie fosse riconducibile o meno all'elencazione fornita dalla norma, aveva reso la Stazione appaltante un vero e proprio organo inquirente che, oltre a dover possedere conoscenze del settore nel quale operava, doveva conoscere e padroneggiare sempre di più i principi di diritto penale sostanziale. Questa necessità si avvertiva sempre di più per due ordini di motivi.

In primo luogo perché non sembrava chiaro quale sarebbe stata la sorte del provvedimento di esclusione dalla gara se *medio tempore* fosse intervenuta una sentenza penale di condanna.

In secondo luogo, ancora più dubbia sembrava essere la sorte del provvedimento di esclusione della Stazione appaltante se la sentenza di primo grado fosse stata impugnata in appello. In questa seconda fattispecie, per assurdo, la Stazione appaltante non sarebbe stata nemmeno più organo inquirente, ma sarebbe potuta essere, in alternativa, o un "giudice penale *ad interim*" – in quanto avrebbe dovuto cercare di "anticipare" il provvedimento definitivo ed esecutivo – o addirittura parte civile nel processo penale, per

professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice". In dottrina, per la prima ordinanza di rimessione si veda C. LAMBERTI, "Gli illeciti professionali approdano alla Corte di giustizia", in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2018 e C. CONTESSA, "Esclusione dalla gara di appalto per "gravi illeciti professionali" e diritto UE", in *Giurisprudenza Italiana*, n. 6/2018, mentre per la seconda si veda CONTESSA C., "Alla Corte di giustizia la nuova normativa codicistica sui "gravi illeciti professionali"", in *Giurisprudenza Italiana*, n. 10/2018. Infine, per una comparazione delle principali pronunce giurisprudenziali sul tema, si veda C. CONTESSA, "Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"", in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2018.

essere stata lesa dalla lungaggine processuale penale, che non avrebbe permesso neppure l'esclusione dalla gara dell'operatore economico.

Sul punto il Consiglio di Stato³², nel tentativo di indirizzare la Stazione appaltante nella valutazione di fatti oggetto di verifica in sede penale (ed anche oggetto di una pronuncia di condanna), aveva ritenuto sufficiente che l'Amministrazione avesse dato adeguato conto di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova³³, e di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente³⁴.

Il potere inquisitorio³⁵ della Stazione appaltante sembrava desumibile anche dal parere dell'Adunanza della Commissione speciale³⁶ sullo schema di Linee guida A.N.AC. n. 6³⁷, nel quale il Consiglio di Stato aveva rilevato che sarebbe

³² Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424, nella quale si rammentava anche che *"ai fini dell'esclusione di un concorrente, è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla "grave negligenza o malafede" del concorrente, che abbia fatto ragionevolmente venir meno la fiducia nell'impresa"*.

³³ In punto di autonomia di valutazione delle stazioni appaltanti ai fini dell'esclusione di operatori economici dalle procedure di gara, la giurisprudenza ha rilevato che anche una fattispecie di responsabilità precontrattuale possa erre ricondotta nel novero dei "gravi illeciti professionali". Tuttavia, la giurisprudenza più attenta ha ritenuto non sufficiente a legittimare un'esclusione il mero fatto del verificarsi di un precedente inadempimento contrattuale, richiedendo invece che l'Amministrazione compia una propria valutazione autonoma sulla rilevanza e sulla gravità dell'inadempimento, soggetta al solo controllo estrinseco del Giudice Amministrativo. In questi termini si veda il commento di F. BEVILACQUA, *"Nessuna esclusione dalla gara per "grave illecito professionale" se il precedente inadempimento è incolpevole"*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019, relativo ad una pronuncia del TAR Campania – Salerno, Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 243, secondo il quale l'escussione della garanzia provvisoria non è da sola sufficiente ad integrare un grave illecito professionale, risultando necessario un approfondimento istruttorio sulla gravità dell'inadempimento. Dello stesso segno, in giurisprudenza si veda TAR Lazio – Roma, Sez. II, 25 marzo 2019, n. 3910; TAR Lombardia – Brescia, Sez. I, 5 ottobre 2018, n. 955.

³⁴ Si veda C. CONTESSA, *Grave negligenza o malafede in materia di appalti e valutazioni della P.A.*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11/2018.

³⁵ Si badi, inteso come capacità della Stazione appaltante di escludere un operatore anche in assenza di una sentenza penale passata in giudicato.

³⁶ Cons. Stato, Comm. spec., 14 settembre 2017, n. 2042.

³⁷ Linee guida 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"*, che l'ANAC aveva provveduto ad aggiornare in riferimento all'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto. Sul punto, per un approfondimento si veda L. MAZZEO, L. DE PAULI, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2018, mentre per un commento sull'art. 80 prima del Decreto Semplificazioni si veda FERRARI G., *"Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del Codice. Le Linee Guida Anac sui gravi illeciti professionali"*, in www.giustizia-amministrativa.it.

stato opportuno specificare che la condanna non definitiva fosse in grado di acquisire rilevanza quale "illecito professionale grave", e quindi non sarebbe stato idoneo ad essere qualificato quale motivo di esclusione. La Stazione appaltante dunque, in assenza dell'automatismo esistente ove la condanna fosse stata definitiva, avrebbe dovuto valutare se il fatto fosse stato tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico, motivando adeguatamente l'eventuale esclusione dalla gara³⁸.

5. I gravi illeciti professionali come momento di manifestazione della discrezionalità amministrativa: l'evoluzione giurisprudenziale prima della pronuncia della CGUE.

Nel tentativo di fare luce sul tema – senza nessuna pretesta di esaustività – è opportuno effettuare una analisi della recente evoluzione giurisprudenziale sul tema³⁹.

L'ambiguità della disposizione contenuta al comma 5, lett. c) dell'art. 80 era stata posta per la prima volta all'attenzione dei giudici di Palazzo Spada nel 2017, un anno dopo l'entrata in vigore del "nuovo" Codice ed ancor prima della modifica intervenuta con i D.L. "Semplificazioni" e "Sblocca Cantieri".

In quella circostanza, il Consiglio di Stato⁴⁰ aveva affermato che l'art. 80 del Codice consentiva alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti da una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di "*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", precisando che in tali ipotesi rientravano, tra l'altro, le significative carenze nell'esecuzione

³⁸ Il giudice amministrativo, nel parere pocanzi citato, concludeva suggerendo di aggiungere nelle Linee guida n. 6 un capoverso ulteriore al par. 2.2 con il seguente tenore: "*Rileva altresì quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b), del codice*".

³⁹ Sul dibattito giurisprudenziale si veda, in dottrina, F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017: p. 321; R. PROIETTI, "*art. 38*", in S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; p. 509; G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI M., V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014: p. 330; A.G. PIETROSANTI, *Grave negligenza ed errore grave*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014: p. 551; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*", in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008: p. 1279.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955.

di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata.

Perché avvenisse l'esclusione, la norma imponeva che tali carenze non fossero state contestate in giudizio o fossero state confermate all'esito di un giudizio⁴¹. Secondo il ragionamento dei giudici, si riteneva illegittimo un provvedimento di esclusione in quanto, nonostante fosse intervenuta una pronuncia cautelare da parte del giudice civile, non era stata ancora adottata alcuna pronuncia relativa al merito del giudizio⁴².

Tale decisione interveniva poiché, sulla base dell'interpretazione letterale della norma, si richiedeva che al provvedimento di risoluzione fosse stata prestata acquiescenza ovvero che lo stesso fosse stato confermato in sede giurisdizionale.

Ciò non poteva che essere confermato da una pronuncia di rigetto nel merito dell'impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evinceva dalla locuzione (ancorché definita atecnica dal Collegio) "all'esito di un giudizio". A questo medesimo riguardo era 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.

Il giudice aveva dunque risolto la questione interpretativa affidandosi alla certezza delle situazioni giuridiche – che si manifestava attraverso la mancata contestazione del fatto, oppure in alternativa dall'intervento di un provvedimento giurisdizionale – escludendo così le fattispecie riguardanti controversie definite solo in fase cautelare o ancora *sub iudice*⁴³.

⁴¹ L'interpretazione fornita da Cons. Stato, n. 1955/2017 era consolidata anche nella giurisprudenza di primo grado. Sul punto si veda TAR Sicilia, 10 novembre 2017, n. 2548; TAR Sicilia, 3 novembre 2017, n. 2511; TAR Puglia, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 828; TAR Puglia – Lecce, Sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935; TAR Calabria, Sez. I, 19 dicembre 2016, n. 1935.

⁴² Nella sentenza era stato altresì evidenziato che la causa di esclusione su cui si controverteva nel giudizio aveva carattere facoltativo, e ciò in ragione del fatto che l'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE – nella parte in cui prevede che le amministrazioni aggiudicatrici "*possono escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto*" gli operatori – facoltizza gli Stati membri a prevedere ulteriori cause di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici, senza porre a carico degli stessi alcun vincolo. Inoltre, ciò non confliggeva con il canone di buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione, in quanto emergevano profili di manifesta infondatezza anche dai rilievi formulati dal Consiglio di Stato, nel primo parere del 26 ottobre 2016, n. 2286, relativo alle Linee guida ANAC sui motivi di esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. c)*.

⁴³ Era stato successivamente precisato da Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500, che l'operatore economico era comunque tenuto a dichiarare "*le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata, rientrando nell'ambito di un obbligo dichiarativo di cui si discute tutti gli eventi che,*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁴, utilizzando un approccio diverso rispetto a quello del Consiglio di Stato, aveva fornito delle precisazioni sul contenuto delle dichiarazioni che gli operatori economici dovevano fornire alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione ai requisiti di moralità professionale. Tali precisazioni erano basate sull'interpretazione delle regole della Dir. 2004/18/CE e la normativa italiana di recepimento alla luce del "grave illecito professionale" di cui all'art. 80, comma 5, lett c) del Codice dei contratti pubblici.

I giudici della Corte stabilivano che una decisione giurisdizionale, pur non definitiva, doveva essere comunicata alla stazione appaltante sia perché rilevante ai fini della dimostrazione della completa ed esaustiva dissociazione, sia perché costituiva mezzo di prova idoneo per l'eventuale dimostrazione di un grave errore professionale⁴⁵.

La Corte stessa, peraltro, aveva già avuto occasione di precisare che le cause di esclusione previste dal diritto europeo non imponevano che nei confronti dell'operatore economico fosse stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato⁴⁶.

Tornando alla giurisprudenza nazionale, in un secondo caso – differente rispetto al caso principale oggetto d'esame in quanto mancava un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto di appalto intercorso

benché oggetto di contestazione ed ancora sub iudice, avessero dato corso ad azioni di risoluzione contrattuale ovvero ad azioni risarcitorie ad iniziativa del committente pubblico, in ragione della (valutata) commissione di gravi errori nell'esecuzione dell'attività professionale". In dottrina si è precisato che i concorrenti sono tenuti a dichiarare qualsiasi circostanza che possa ragionevolmente influenzare il processo valutativo dell'amministrazione, risultando inapplicabili gli istituti – di derivazione penalistica – del falso innocuo e del falso inutile, atteso che in tale contesto la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire poiché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione. In termini è G.C. FIGUERA, "Dichiarazione e rilevanza temporale degli illeciti professionali", in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2019, con commento a margine di TAR Lazio – Roma, Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 1695.

⁴⁴ Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 20 dicembre 2017, causa C-178/16 – Pres. T. von Danwitz – Rel. E. Juhász.

⁴⁵ La circostanza che questa disposizione non fosse stata menzionata dal giudice del rinvio non ne impediva la valutazione: alla Corte, infatti, spettava fornire "tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni". Per una disamina esaustiva della sentenza della CGUE si veda COZZIO M., "La condanna non definitiva quale causa di esclusione dalle gare", in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2018.

⁴⁶ Corte di Giustizia UE, Sez. V, 11 dicembre 2014, C-440/13.

con l'operatore economico – il giudice amministrativo aveva affrontato nuovamente la questione.

Il Consiglio di Stato⁴⁷, con l'intenzione di chiarire il quadro giuridico sotteso all'istituto, aveva fornito delle ulteriori precisazioni utili al fine di interpretare correttamente la locuzione "gravi illeciti professionali".

In prima battuta disponeva che l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nella lettera c) dell'art. 80 fosse meramente esemplificativa⁴⁸.

In seconda battuta statuiva che l'elencazione aveva lo scopo di "*alleggerire l'onere della stazione appaltante di fornire la dimostrazione «con mezzi adeguati»*".

Ancora, vi era obbligo di esclusione dalla gara ogni qualvolta la sussistenza e la gravità dell'inadempimento o del ritardo ovvero del comportamento scorretto avessero prodotto gli effetti tipizzati dalla norma⁴⁹.

Costituiva infatti "*mezzo adeguato*" di dimostrazione anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento non ancora passato in giudicato.

Infine, il Collegio aveva disposto che la Stazione appaltante poteva⁵⁰ escludere un operatore economico anche per gravi inadempienze non riconducibili a

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299. Per un commento si veda A. ANGELETTI, M. PROTTO, "*I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco esemplificativo*", in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2018.

⁴⁸ Si rammenta che già *ab origine*, nel parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 21 marzo 2016, n. 855, il Consiglio di Stato aveva previsto la esemplificatività dell'elencazione dei gravi illeciti professionali, suggerendo la sostituzione della locuzione "*tra questi rientrano*" con la locuzione "*tra questi, a titolo esemplificativo, rientrano*". Ciò al fine di armonizzare tale causa di esclusione con quella contemplata dalla Direttiva 2014/24/UE all'art. 57, par. 4, lett. g). Si noti come, ad oggi, l'attività del giudice amministrativo sia quella di "indirizzare" la norma secondo un orientamento già proposto in passato.

⁴⁹ A tal proposito, anche nelle "*Linee guida n. 6, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*" dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, aggiornate all'11 aprile 2017, al punto 2.2.1.1. si leggeva che costituiva 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 fosse passato in giudicato. In dottrina si veda R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le Linee Guida anac sui gravi illeciti professionali*, in *GiustAmm.it*, n. 2/2017.

⁵⁰ Il riconoscimento della possibilità in capo alla Stazione appaltante di godere di ampia discrezionalità – che incontra un limite solamente in una adeguata motivazione – nell'escludere un operatore economico del quale si ritiene dubbia l'integrità ai fini partecipativi alla gara, si ravvisava anche nel parere dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 25 settembre 2017 n. 2042, nel quale si leggeva che "*l'ipotesi di esclusione per «grave illecito professionale», di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza del presupposto in presenza del quale deve essere disposta l'esclusione debba essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità*".

quelle tipizzate⁵¹, ossia anche se non aveva prodotto effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati, che, però fossero qualificabili come "gravi illeciti professionali" e per questo fossero ostative alla partecipazione alla gara perché rendevano dubbie l'integrità e l'affidabilità⁵² del concorrente.

La stazione appaltante – quando escludeva dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale non compreso nell'elenco dell'art. 80 – doveva però adeguatamente motivare l'esercizio di tale discrezionalità che, è bene ribadirlo, concerneva la gravità dell'illecito e non la conseguenza dell'esclusione, che interviene se l'illecito è considerato grave⁵³.

La motivazione del provvedimento espulsivo assumeva dunque una rilevanza dirimente al cui interno la configurazione delle fattispecie di illeciti professionali e dei loro effetti tipizzati dal legislatore potevano fornire un ausilio probatorio per la dimostrazione della gravità e della relativa portata escludente dell'illecito⁵⁴.

6. La sentenza della Corte di Giustizia UE n. 41/18.

La Corte di Giustizia, pronunciandosi sull'annosa questione dopo oltre un anno dalla rimessione del TAR Campania, ha statuito che "*l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che*

⁵¹ Anche le Linee guida n. 6, al punto 2.2.1.2, ammettevano che le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto "*rilevano anche se singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali*".

⁵² Sullo scopo della norma di assicurare operatori economici integri e affidabili *cf.* TAR Sicilia – Palermo, Sez. III, 11 aprile 2018, n. 873; Id., Catania, Sez. I, 6 aprile 2018, n. 712; TAR Abruzzo – L'Aquila, Sez. I, 13 aprile 2018, n. 134; TAR Puglia – Bari, Sez. I, 13 aprile 2018, n. 562; TAR Lazio – Roma, Sez. I, 26 marzo 2018, n. 122; Id. Napoli, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 703 richiamata da TAR Campania – Napoli, Sez. VIII, 21 febbraio 2018, n. 1146; Id Salerno, Sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10.

⁵³ Dello stesso avviso non è il TAR Lazio – Roma, Sez. III-*quater*, 2 maggio 2018, n. 4793, il quale riteneva che l'elencazione dei motivi di esclusione per gravi illeciti professionali non fosse integrabile oltre quanto previsto dalla norma. Infatti, il Collegio riteneva che qualora non fosse ricorso alcuno dei casi previsti dalla norma non era dato invocare alcuna facoltà della P.A. di dimostrare *aliunde* l'inaffidabilità dell'impresa (con questa interpretazione tassativa dell'elencazione conviene anche TAR Campania – Salerno, Sez. I, 28 marzo 2018, n. 466). Il giudice capitolino compiva un'inversione di marcia ambigua in quanto la Sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119, non contemplava un numero chiuso di illeciti professionali, ma disegnava una fattispecie aperta contenente una elencazione avente chiara natura esemplificativa. Sul punto si veda anche A. NICODEMO, "*Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*", in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2019.

⁵⁴ In questi termini, A.G. PIETROSANTI, "*Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50,2016*", in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 4/2018.

osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce⁵⁵.

Convenendo con le osservazioni espletate dal giudice rimettente, la Corte di Giustizia UE ha in primo luogo ricordato che la Direttiva 2014/24 restringe inevitabilmente il potere discrezionale degli Stati membri che non è assoluto, per cui dopo che questi avevano deciso di recepire uno dei motivi facoltativi di esclusione previsti dalla norma, avrebbero dovuto rispettarne gli elementi essenziali, essendo concessa tutt'al più una specificazione delle condizioni di applicazione della norma nazionale recepita nel rispetto del diritto dell'Unione.

Del resto, l'art. 57, paragrafo 4, della Direttiva 2014/24 stabilisce che il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di gara spetta alle amministrazioni aggiudicatrici (e non al giudice nazionale) le quali dovrebbero avere la facoltà di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti in qualsiasi momento della procedura, e non solo dopo che un organo giurisdizionale si sia pronunciato con una sentenza⁵⁶.

Tutto ciò, ad avviso della CGUE, costituisce un ulteriore indizio della volontà del legislatore dell'Unione di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le dovute valutazioni sugli atti compiuti e sui comportamenti tenuti da un operatore economico prima o durante la procedura di aggiudicazione di una gara d'appalto.

Di talché, verrebbe in rilievo anche un violazione del principio di proporzionalità, qualora le amministrazioni aggiudicatrici dovessero essere automaticamente vincolate da valutazioni effettuate da terzi.

In secondo luogo, il giudice europeo si concentra sulle misure di *self cleaning*, sottolineando che la norma nazionale (come allora prevista) non incoraggiava un aggiudicatario nei cui confronti era stata emanata una decisione di

⁵⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 19 giugno 2019, n. 41/18.

⁵⁶ F. BEVILACQUA, "Nessuna esclusione dalla gara per "grave illecito professionale" se il precedente inadempimento è incolpevole", cit., afferma infatti che la stazione appaltante deve restare legittimata a disporre l'esclusione dopo una autonoma valutazione e laddove ritenga la circostanza sintomatica dell'inaffidabilità dell'operatore economico.

risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie.

L'art. 57, paragrafo 6 prevede infatti il meccanismo delle misure riparatorie, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, ai quali è concesso fornire prove al fine di dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione.

7. Conclusioni.

In conclusione, sembra emergere come per un verso il legislatore – anche attraverso il D.L. "Semplificazioni" prima, ed il D.L. "Sblocca Cantieri" poi – abbia tentato di tipizzare le condotte riferite ai gravi illeciti professionali, mentre per altro verso la giurisprudenza abbia tentato un approccio volto a salvaguardare taluni margini di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. Nemmeno l'intervento delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC aveva apportato un cambiamento significativo in ragione della loro natura non vincolante⁵⁷.

Ancora teso sembra essere il rapporto dicotomico tra il principio del *favor participationis*, nell'ottica di una presunta fiducia nei confronti dell'operato delle amministrazioni e degli operatori economici, ed il carattere inquisitorio delle stazioni appaltanti, tale da costituire una presunzione di colpevolezza in danno degli operatori economici.

Proprio per tali ragioni, lo spunto relativo al *self cleaning* offerto dalla Corte di Giustizia, si presterebbe ad essere la miglior soluzione, garantendo un equo

⁵⁷ Secondo A. AMORE, "Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità", in *Urbanistica e appalti*, 2017, le linee guida avrebbero carattere cogente in quanto il disposto di cui all'art. 80 del Codice dei contratti non sarebbe esaustivo. Secondo altra parte della dottrina, l'ANAC con le proprie linee guida n. 6 avrebbe esteso l'ambito applicativo del "grave illecito professionale" ai soggetti di cui all'art. 80, comma 3 del Codice dei contratti pubblici. Ciò comporterebbe da un lato un contrasto con il divieto di "gold plating", in quanto aggrava gli oneri dichiarativi dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, e dall'altro vi sarebbe un contrasto con i principi di parità di trattamento e trasparenza di matrice europea, in quanto si tratterebbe di una disposizione non prevista dal legislatore, ma rimessa alle mutevoli determinazioni del *soft law*. Per tale ricostruzione si veda S. CALDARELLI, "L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"", in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2019. In merito a tale ricostruzione, tuttavia si ritiene che non sia contemplabile una fattispecie di violazione di *gold plating* ad opera di un atto "regolatorio" privo di valenza vincolante. La stessa Autorità in un documento di consultazione inviato al Consiglio di Stato in sede di aggiornamento delle linee guida al correttivo del 2017, aveva ricordato che "l'Autorità intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici".

bilanciamento tra l'interesse degli operatori economici a concorrere nelle procedure ad evidenza pubblica e l'interesse delle pubbliche amministrazioni a non contrattare con operatori privi dei requisiti generali di moralità.

Pertanto, sarebbe auspicabile introdurre e tipizzare una breve parentesi incidentale nel corso della procedura di gara, nella quale un operatore economico che si trovi in una delle cause di esclusione facoltativa possa avere la facoltà di dimostrare adeguatamente di aver adottato ogni misura volta a garantirne l'affidabilità. Solo ove la stazione appaltante ritenga che le prove siano sufficienti, l'operatore economico sarà ammesso alle successive fasi della gara⁵⁸.

Una soluzione di questo segno è stata introdotta dalla recente giurisprudenza, la quale ha individuato il termine di presentazione delle offerte quale termine per adottare e rendere note alla stazione appaltante le misure di *self cleaning*, e ciò al fine di non ledere il principio di *par condicio* degli altri concorrenti. La giurisprudenza precisa, invero, che l'operatore possa adottare, prima della presentazione dell'offerta, solo le misure organizzative lievi, mentre per quelle più virtuose l'operatività inciderà *pro futuro*⁵⁹.

Nella formulazione originaria della norma infatti, si assisteva alla paradossale soccombenza dell'interesse pubblico dinanzi alla certezza della circostanza penale, per cui l'operato delle stazioni appaltanti sarebbe dovuto essere necessariamente subordinato alla pronuncia del giudice penale per evitare di incorrere in responsabilità precontrattuale.

La soluzione sopra descritta consentirebbe agli operatori economici di esercitare il *self cleaning* e, alle stazioni appaltanti, di decidere discrezionalmente circa la partecipazione e prosecuzione di taluni operatori alla

⁵⁸ L'art. 57, paragrafo 6, della Direttiva 2014/24/UE recita: "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto".

⁵⁹ Un consolidato orientamento giurisprudenziale statuisce che "il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self-cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alternativa della *par condicio* dei concorrenti", non assumendo perciò alcun rilievo gli stati soggettivi di buona o malafede, di conoscenza o ignoranza della causa di esclusione da parte dell'operatore economico (al quale resta imputabile, quanto meno, la violazione di un obbligo di diligenza): deve perciò ribadirsi l'operatività solo *pro futuro* delle misure organizzative virtuose, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione". Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6016; Id., 17 settembre 2018, n. 5424.

gara, annullando la paradossale soccombenza dell'interesse pubblico rispetto alla certezza della pena.