

## **E' onere della stazione appaltante dimostrare la gravità dell'illecito professionale posto a base di un provvedimento di esclusione**

*di Arturo Levato*

*Data di pubblicazione: 21-12-2016*

1) L'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016, prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che 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.

2) La modificazione nel testo normativo rispetto alla precedente formulazione, art. 38, lett. f), D. Lgs. n. 163/2006, implica che l'accertamento in ordine alla esistenza della violazione debba essere effettuato sulla base delle indicazioni contenute nella medesima disposizione ovvero, anche, secondo altre e differenti modalità analiticamente descritte da parte della stazione appaltante.

### **Guida alla lettura**

Una società cooperativa -operante nel settore del servizio di prima accoglienza di immigrati- si duole innanzi al Tar calabrese dell'illegittima esclusione, disposta dalla Prefettura-Utg di Catanzaro in una procedura negoziata in via d'urgenza.

Nello specifico, la determinazione avversata, emanata ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016, è giustificata da rilievi che avevano comportato la risoluzione di un precedente ed analogo rapporto contrattuale.

L'adito g.a., con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a., ritiene fondata la domanda di annullamento.

Sostiene, in particolare, l'organo decidente che **il nuovo regime giuridico contenuto nel D. Lgs. n. 50/2016 impone alla stazione appaltante di dimostrare che la gravità dell'illecito professionale, da cui scaturisce la statuizione espulsiva, sia tale da porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'impresa concorrente**, in aderenza al contenuto precettivo del menzionato art. 80.

All'uopo **il Tar rileva che tale dimostrazione debba avvenire con mezzi adeguati** e "... 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".*

Proprio la mancata prova da parte della Prefettura che i dedotti e pregressi inadempimenti della ricorrente fossero connotati da gravità idonea a compromettere l'affidabilità della società cooperativa, costituisce omissione che inficia la legittimità del provvedimento di espulsione.

In ragione di quanto esposto, il Tar statuisce che **la modificazione del vigente testo normativo "rispetto alla precedente formulazione -art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163/2006- implica che l'accertamento in ordine alla esistenza della violazione debba essere effettuato sulla base delle indicazioni contenute nella medesima disposizione ovvero, anche, secondo altre e differenti modalità analiticamente descritte da parte della stazione appaltante".**

Nella fattispecie in esame, quindi, per un verso, la ricorrente ha effettuato un'analitica contestazione giudiziale dei vari inadempimenti allegati, privi, come tali, dei requisiti di gravità e definitività.

Di contro, e sotto altro profilo, la stazione appaltante non ha prospettato fatti estranei e differenti rispetto a quelli oggetto di contestazione giudiziale, derivando da ciò l'illegittimità e la conseguente caducazione del provvedimento di esclusione.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

Sentenza

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1267 del 2016, proposto da:

Cooperativa Malgrado Tutto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso

dall'avvocato Luisa Cimino C.F. CMNLSU78E53M208G, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

contro

U.T.G. - Prefettura di Catanzaro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

nei confronti di

R.G. Multiservice, Euroservice S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della procedura negoziata in via d'urgenza ex art. 63 d. lgs. vo 50/2016, per conclusione accordo quadro affidamento in convenzione servizio accoglienza nella provincia di catanzaro cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale per il periodo 1/8/2016-31/10/2016 (prot. agid 20160009120 del 25/10/2016)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di U.T.G. - Prefettura di Catanzaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso la Malgrado Tutto chiedeva di annullare i provvedimenti indicati in ricorso con i quali la stessa era stata esclusa dalla procedura in questione e di accertare il diritto della cooperativa stessa a partecipare alla procedura oggetto di gara.

La ricorrente è stata esclusa dalla gara avente ad oggetto procedura negoziata in via di urgenza per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento in convenzione del servizio di accoglienza nel territorio della provincia di Catanzaro in favore di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale. L'esclusione è motivata con riferimento alle contestazioni che hanno comportato la risoluzione di precedente analogo rapporto contrattuale ai sensi dell'art.

80, comma 5, let. c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il ricorso deve trovare accoglimento.

La citata disposizione prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che 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.

Nel caso di specie, anche in seguito alla richiesta istruttoria formulata in corso di causa e della produzione documentale da parte della resistente, emerge che non si riscontrino adeguati elementi per ritenere che l'amministrazione abbia dimostrato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Gli inadempimenti allegati e relativi a precedente rapporto contrattuale risultano, infatti, essere stati tutti contestati da parte ricorrente e ciò in modo espresso (nel senso della diretta impugnazione delle note adottate dalla Prefettura) o in forma non espressa (le contestazioni di cui alla nota n. 91546 del 5.2.2016 risultano essere oggetto del procedimento civile pendente, cfr. ricorso per riassunzione allegato da parte ricorrente alla memoria del 12.12.2015).

Ne discende che l'allegato inadempimento difetta della prova dei caratteri della definitività e della gravità dell'inadempimento. Parte resistente non ha, pertanto, provato con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali.

La modificazione nel testo normativo rispetto alla precedente formulazione (art. 38, lett. f., d.lgs. n. 163/06) implica che l'accertamento in ordine alla esistenza della violazione debba essere effettuato sulla base delle indicazioni contenute nella medesima disposizione ovvero, anche, secondo altre e differenti modalità analiticamente descritte da parte della stazione appaltante.

Nel caso di specie, posta la sussistenza di un'analitica contestazione giudiziale dei vari inadempimenti allegati e la mancanza di un'adeguata descrizione di fatti estranei e differenti rispetto a quelli oggetto di contestazione giudiziale, deve ritenersi non integrata l'ipotesi descritta nella fattispecie in esame con il conseguente accoglimento del ricorso.

Si precisa che, ugualmente, la citata disposizione fa riferimento e pertanto richiede la condanna al risarcimento del danno ovvero la condanna ad altre sanzioni che devono analiticamente essere motivate nell'ambito del procedimento applicativo della relativa

sanzione. Come precisato nel parere reso dalla commissione speciale del Consiglio di Stato (Linee guida ANAC “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”) “possono essere considerate come “altre sanzioni”, l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta”. Nel caso di specie, viste le contestazioni giudiziali e l'entità delle penali non contestate, non appaiono adeguatamente provati i presupposti applicativi della citata disposizione.

La domanda di caducazione dell'intera procedura non può invece trovare accoglimento in mancanza di adeguata e specifica descrizione dei motivi di caducazione dell'intera procedura.

Allo stesso modo, non può trovare accoglimento la domanda diretta ad accertare il diritto della cooperativa alla stipulazione della convenzione, rientrando nei poteri istruttori e discrezionali della pubblica amministrazione, né la rimozione di altre penalità riguardanti atti o fatti estranei all'odierno giudizio.

In considerazione della parziale soccombenza reciproca nonché della novità della questione di lite, vertendo sull'interpretazione di una disposizione entrata in vigore di recente, devono ritenersi sussistenti eccezionali motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore