

L'esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali: tra il valore tassativo ed esemplificativo dell'art. 80 comma V lett. c)

di Giulio Profeta

Data di pubblicazione: 17-4-2018

Il T.A.R. Campania-sezione distaccata di Salerno ritiene che l'art. 80 comma V lett. c) del D. Lgs. 50/2016 rivesta, contrariamente a quanto previsto dal precedente Codice degli Appalti, valenza tassativa.

Pertanto, rilevano quali *"gravi carenze nell'esecuzione del contratto"* solo inadempimenti qualificati, consistenti nella mancata contestazione in giudizio della risoluzione anticipata o nella conferma della stessa all'esito di un giudizio, ovvero idonei a determinare una condanna al risarcimento danni o ad altre sanzioni.

(Conforme: T.A.R. Campania- Salerno, sez. I, 2/1/2017, sent. n. 10 - Diforme: Consiglio di Stato, sez. V, 2/3/2018, sent. n. 1299)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1562 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Lucana Servizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Spiezia in Salerno, corso Vittorio Emanuele 170 A;

contro

Comune di Sant'Arsenio, in persona del Sindaco p. t., rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Senatore, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, corso V. Emanuele 74;

Centrale Unica di Committenza Comunità Montana Vallo di Diano, Comunità Montana Vallo di Diano, Autorità Nazionale Anticorruzione non costituiti in giudizio;

nei confronti

Sagitta 97 Società Cooperativa Sociale non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a - della comunicazione a mezzo pec del 3.10.2017 con cui è stata trasmessa la determinazione n. 68 del 2.10.2017 di esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento di forniture e servizi di refezione scolastica Mensa comunale 2017-2020 - Comune di Sant'Arsenio;

b - della determinazione n. 68 del 2.10.2017 di esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento di forniture e servizi di refezione scolastica Mensa comunale 2017-2020- Comune di Sant'Arsenio ed affidamento del servizio Cooperativa Sagitta 97;

c – della nota rup del 26.09.2017 acclarata al protocollo della CUC n. 4456 del 26.09.2017 di trasmissione del verbale di verifica del 25.9.2017 con il quale sarebbe stata rilevata la presenza, in capo alla ricorrente, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 co. V lett. c) del DLgs 50/2016;

d - del verbale di verifica del 25.9.2017 con il quale sarebbe stata rilevata la presenza, in capo alla ricorrente, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 co. V lett. c) del DLgs 50/2016;

e – di tutti i verbali di gara nn. 1, 2, 3e 4 con particolare riferimento a quest'ultimo nella parte in cui si è deciso di disporre l'esclusione della ricorrente;

f - ove occorra, dell'Avviso pubblico di riconvocazione della Commissione da parte del Responsabile della C.U.C. del 28.9.2017 per gli adempimenti connessi e consequenziali a quanto sarebbe emerso del verbale di verifica del 25.9.2017;

g – della segnalazione del 24.10.2017effettuata all'Anac dalla C.U.C.;

h – della comunicazione di aggiudica definitiva in favore di Sagitta 97 società Cooperativa Sociale del 12.10.2017 prot. del Comune di Sant'Arsenio 0006277/2017;

i – dell'aggiudica definitiva in favore di Sagitta 97 Società Cooperativa Sociale, di estremi sconosciuti;

l - ove e per quanto occorra del bando, del disciplinare e dei moduli predisposti per la partecipazione nella parte in cui avessero voluto intendere l'onere dichiarativo non solo di risoluzione contrattuali ma anche di mera revoca di aggiudica provvisoria del servizio;

m – ove e per quanto occorra, della Determina del Comune di Sant'Arsenio n. 243 del 14.9.2015 di revoca dell'affidamento a Lucana Servizi del servizio di refezione scolastica triennio 2013 – 2016;

n – di ogni atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale

con atto contenente motivi aggiunti,

a - della comunicazione a mezzo pec del 3.10.2017 con cui è stata trasmessa la determinazione n. 68 del 2.10.2017 di esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento di forniture e servizi di refezione scolastica Mensa comunale 2017-2020 - Comune di Sant'Arsenio;

b - della determinazione n. 68 del 2.10.2017 di esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento di forniture e servizi di refezione scolastica Mensa comunale 2017-2020- Comune di Sant'Arsenio ed affidamento del servizio Cooperativa Sagitta 97;

c – della nota rup del 26.09.2017 acclarata al protocollo della CUC n. 4456 del 26.09.2017 di trasmissione del verbale di verifica del 25.9.2017 con il quale sarebbe stata rilevata la presenza, in capo alla ricorrente, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 co. V lett. c) del DLgs 50/2016;

d - del verbale di verifica del 25.9.2017 con il quale sarebbe stata rilevata la presenza, in capo alla ricorrente, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 co. V lett. c) del DLgs 50/2016;

e – di tutti i verbali di gara nn. 1, 2, 3e 4 con particolare riferimento a quest'ultimo nella parte in cui si è deciso di disporre l'esclusione della ricorrente;

f - ove occorra, dell'Avviso pubblico di riconvocazione della Commissione da parte del Responsabile della C.U.C. del 28.9.2017 per gli adempimenti connessi e consequenziali a quanto sarebbe emerso del verbale di verifica del 25.9.2017;

g – della segnalazione del 24.10.2017effettuata all'Anac dalla C.U.C.;

h – della comunicazione di aggiudica definitiva in favore di Sagitta 97 società Cooperativa Sociale del 12.10.2017 prot. del Comune di Sant'Arsenio 0006277/2017;

i – dell'aggiudica definitiva in favore di Sagitta 97 Società Cooperativa Sociale, di estremi sconosciuti;

l - ove e per quanto occorra del bando, del disciplinare e dei moduli predisposti per la partecipazione nella parte in cui avessero voluto intendere l'onere dichiarativo non solo di risoluzione contrattuali ma anche di mera revoca di aggiudica provvisoria del servizio;

m – ove e per quanto occorra, della Determina del Comune di Sant'Arsenio n. 243 del 14.9.2015 di revoca dell'affidamento a Lucana Servizi del servizio di refezione scolastica triennio 2013 – 2016;

n – di ogni atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale

o – del verbale di gara n. 5 del 14.11.2017 che ha disposto l'esclusione della Sagitta 97 e dichiarato deserta la gara;

p – della determinazione n. 79 del 14.11.2017 della Comunità Montana Vallo di Diano – Servizio di Centrale Unica di Committenza che ha disposto l'esclusione dalla gara della concorrente Sagitta 97 e ha dichiarato deserta la gara;

q – della comunicazione, a mezzo pec, dei provvedimenti sub lettera o) e p);

r – ove e per quanto occorra della nota della RI.Ca del 30.10.2017 a firma del l'Avv. Antonio Donnarumma;

s – ove e per quanto occorra, della nota Rup prot. 6905 del 10.11.2017 di riconvocazione della Commissione di Gara in seduta pubblica;

t – dell'avviso pubblico del 10.11.2017 prot 5268/2017 di riconvocazione della Commissione di Gara, con nota del Responsabile della C.U.C. di pari data;

u – di ogni atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Arsenio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2018 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara pubblica per l'affidamento del servizio di forniture e servizi di refezione della mensa comunale indetta dalla Centrale Unica di Committenza della Comunità Montana Vallo di Diano e ha impugnato il provvedimento con cui è stata esclusa dalla citata gara (determinazione n. 68 del 2.10.2017), emesso dalla stazione appaltante, per i seguenti motivi:

1) violazione di legge art. 80 comma v lett c) del codice appalti – linee guida n. 6 anac –

eccesso di

potere – difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto;

2) violazione di legge artt. 80 comma v lett c) - 83 del codice appalti – linee guida n. 6 anac – art. 18 l. n. 241/90 ss.mm.ii. - eccesso di potere – difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto;

3) violazione di legge art. 83, comma IX, del codice appalti – linee guida n. 6 anac – eccesso di potere – difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto.

Il Comune di Sant'Arsenio si è costituito regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ricorso per motivi aggiunti, depositato il 4 febbraio 2017, la società ricorrente ha, altresì, impugnato la determinazione n. 79 del 14.11.2017 della Comunità Montana Vallo di Diano – Servizio di Centrale Unica di Committenza che ha disposto l'esclusione dalla gara dell'unica concorrente rimasta, Sagitta 97 cooperativa sociale, e ha dichiarato deserta la gara, contestandone la legittimità in via derivata e chiedendone l'annullamento.

Il Comune di Sant'Arsenio si è costituito regolarmente in giudizio, anche in relazione al ricorso per motivi aggiunti, e ne ha eccepito l'inammissibilità; di conseguenza, ha eccepito l'improcedibilità del ricorso principale.

Alla pubblica udienza del 7 febbraio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

Ciò premesso, rileva il Collegio che il presente giudizio verte intorno alla legittimità dell'esclusione della ricorrente che non avrebbe dichiarato un pregresso inadempimento cui sarebbe incorsa in una precedente gara indetta dal Comune di Sant'Arsenio. Quest'ultimo, con determina 80/245 del 12.08.2014, ha dapprima affidato il servizio di refezione scolastica per il periodo 2013-2016 alla ditta CEA sas di Acanfora Antonio e poi, in seguito al fallimento di quest'ultima, con determina n. 136 del 30.12.2014, ha aggiudicato in via provvisoria ed urgenza il servizio alla Lucana Servizi s.r.l.. Il servizio è stato svolto per un periodo di cinque mesi senza la stipula del contratto, fino a quando il Comune ha revocato la gara.

Secondo la Centrale Unica di Committenza della Comunità Montana Vallo di Diano l'operatore economico avrebbe dovuto dichiarare tale vicenda nella domanda di partecipazione, in quanto spetterebbe alla stazione appaltante la valutazione dei gravi illeciti professionali commessi dagli operatori economici ai fini della loro eventuale esclusione dalla gara.

La società ricorrente, di contro, evidenzia che la revoca di una gara non rientra, già in astratto, nei gravi illeciti professionali e, quindi, nessun onere di comunicazione e di denuncia poteva essere richiesto in capo alla stessa.

Ciò premesso, ritiene il Collegio che, al fine di scrutinare la fondatezza dei ricorsi, è necessario

comprendere l'intimo significato della disciplina dettata in tema di gravi illeciti professionali e, di conseguenza, capire la latitudine degli oneri informativi che spettano all'operatore economico.

Il codice dei contratti pubblici dispone, all'art. 80, comma 5, lett. c), che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Contrariamente a quanto era previsto dal codice degli appalti pubblici (art. 38, comma 1, lett. e), d.lgs. 163/2006), il nuovo corpo normativo, nel chiaro tentativo di limitare la discrezionalità della p.a. nella valutazione della gravità dell'illecito professionale, ha indicato espressamente le fattispecie che possono integrare i gravi illeciti professionali: in particolare, per quel che interessa il presente giudizio, ciò accade in presenza di significative carenze nell'esecuzione di un contratto di appalto o di concessione che hanno causato la risoluzione anticipata, non contesta 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 legislatore, quindi, cercando di tipizzare i gravi illeciti professionali, anche per esigenze di certezza che favoriscono lo spedito svolgimento delle gare pubbliche, ha espressamente richiesto un inadempimento qualificato, consistente nella mancata contestazione in giudizio della risoluzione anticipata o nella conferma della stessa all'esito di un giudizio. Al fine della legittima adozione del provvedimento di esclusione occorre, dunque, che la rottura del rapporto di fiducia con l'amministrazione integri una delle ipotesi richiamate espressamente, e dunque tipicamente, dal codice. Nella stessa ottica si collocano la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.

La norma citata, peraltro, annovera altre ipotesi che si ricollegano all'aver fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, a cui equipara l'aver omesso informazioni dovute al fine del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Ritiene il collegio che, anche per colorare di contenuti queste ultime cause di esclusione dalla gara collegate all'aver fornito false o fuorvianti informazione, oppure aver omesso informazioni rilevanti, sia fondamentale chiarire il significato della stessa causa di esclusione collegata ai gravi illeciti professionali commessi nell'esecuzione del contratto.

Secondo il Collegio, infatti, l'operatore economico non è tenuto a fornire qualunque tipo di informazione relativa a gare di appalto che non si sono concluse in maniera fisiologica, perché il codice valorizza esclusivamente i gravi illeciti professionali coincidenti con le gravi carenze nell'esecuzione del contratto (di appalto o di concessione) che hanno causato la risoluzione anticipata non contesta in giudizio o confermata all'esito del giudizio.

Ne deriva, quindi, che l'onere dichiarativo posto in capo all'operatore economico attiene esclusivamente a carenze verificatesi nella fase di esecuzione del contratto, non anche nella fase precedente alla stipula del contratto. Qualora le carenze (anche solo ipotetiche) si siano verificate nella fase di esecuzione di un contratto di appalto o di concessione è richiesto all'operatore economico, sulla base dei principi di correttezza e buona fede, che ormai informano pienamente il rapporto p.a. – privato già nella fase dell'evidenza pubblica, di fornire

tutte le informazioni rilevanti con la maggiore ampiezza e chiarezza possibile. Non può, invece, l'operatore economico arbitrariamente scegliere quali fatti dichiarare, perché il giudizio sulla gravità o meno degli stessi spetta, comunque, alla stazione appaltante; tale onere dichiarativo, però, non può che attenersi a vicende verificatesi nella fase di esecuzione dell'appalto o della concessione.

Non è, invece, tenuto l'operatore economico a denunciare, ad esempio, intervenute revoche di precedenti gare che, come tali, possono ammettersi solo fino alla stipula del contratto. Tali ipotesi non sarebbero mai idonee a integrare la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) e, quindi, non sorgono, di conseguenza, neanche quegli oneri informativi richiamati nell'ultima parte della norma. Se, infatti, l'eventuale revoca di una gara non può essere valorizzata dalla stazione appaltante ai fini dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico è inutile palesarla alla stazione appaltante che, comunque, non potrebbe per tale omissione escludere l'impresa. Tanto emerge dal correlato principio di tipicità della cause di esclusione, previsto dall'art. 83, comma 8 (che riprende, sia pur non in maniera identica, l'abrogato art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006). Né l'omissione di una pregressa revoca della gara può rientrare, più in generale, nelle informazioni che andavano fornite "ai fini del corretto svolgimento della gara". Tra queste rientrano quelle che sono utili per consentire che la gara segua il suo naturale corso nel rispetto dei principi di concorrenza, parità delle armi e favor participationis. In quest'ottica non rilevano le informazioni di cui si discute.

Ne deriva, dunque, che, da un lato, la società ricorrente non era tenuta a dichiarare che una precedente gara indetta dal Comune di Sant'Arsenio era stata revocata né la stazione appaltante avrebbe potuto escluderla per tale omissione.

Né rileva che, come sostiene il Comune, la revoca dell'aggiudica sia stata determinata dalla mancata integrazione documentale da parte della ricorrente, in quanto, come esposto sopra, anche in questo caso, peraltro contestato dalla ricorrente, non si ricade nelle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che richiede necessariamente la stipula del contratto e, quindi, l'esecuzione del relativo rapporto.

Ne consegue che il ricorso principale è fondato e per l'effetto il provvedimento di esclusione impugnato va annullato.

Parimenti risulta fondato per invalidità derivata il provvedimento con cui il Comune ha dichiarato deserta la gara, impugnato con il ricorso per motivi aggiunti, in quanto l'annullamento del provvedimento con cui è stata esclusa la società ricorrente comporta che quest'ultima debba essere ammessa alla gara che, quindi, in ogni caso non può dirsi deserta.

E', invece, fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, sollevata dal Comune, nella parte in cui è stato impugnato il provvedimento di esclusione della Sagitta 97, non emergendo in capo alla società ricorrente alcun interesse che giustifichi la contestazione dell'esclusione della società controinteressata.

Ne deriva, pertanto, che i ricorsi sono fondati e vanno accolti con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Il ricorso per motivi aggiunti è, invece, in parte inammissibile nella parte in cui è stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara della Sagitta 97.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;

Dichiara in parte inammissibile il ricorso per motivi aggiunti;

Condanna il Comune di Sant'Arsenio al pagamento delle spese processuali che liquida in complessivi € 2.000,00, oltre accessori come per legge e oltre alla refusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Maurizio Santise, Primo Referendario, Estensore

Valeria Ianniello, Referendario

L'ESTENSORE
Maurizio Santise

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

Guida alla lettura

Sommario 1. Premessa; 2. La disciplina normativa tra il D. Lgs. 163/2006 e il D. Lgs. 50/2016; 3. Conclusioni

1. Premessa

Nel caso oggetto della pronuncia, la Centrale Unica di Committenza della Comunità Montana Vallo Diano aveva disposto l'esclusione della ricorrente Lucana Servizi S.r.l. da una gara pubblica per l'affidamento del servizio di forniture e dei servizi di refezione della mensa

comunale di Sant'Arsenio; secondo la stazione appaltante, la Lucana Servizi S.r.l. avrebbe omesso di segnalare, all'interno della propria domanda di partecipazione, di aver svolto in passato il servizio di refezione per la durata di cinque mesi in via di urgenza, a seguito di fallimento del precedente soggetto affidatario, proprio per il Comune di Sant'Arsenio fino a revoca della gara.

La sentenza, pertanto, deve essere analizzata sulla base di una disamina dei relativi riferimenti normativi, in particolare con riguardo all'art. 80 comma V lett. c) e comma XIII del D. Lgs. 50/2016.

2. La disciplina normativa tra il D. Lgs. 163/2006 e il D. Lgs. 50/2016

Sotto la vigenza del precedente Codice dei Contratti Pubblici (il D. Lgs. n. 163/2006), l'art. 38 dettava la disciplina inerente ai requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, operando una distinzione tra requisiti di ordine morale o soggettivo, posti a presidio dell'affidabilità dell'operatore economico e, in definitiva, della stessa stazione appaltante, e quelli a carattere oggettivo, relativi alla competenza tecnico-professionale o alla capacità economico-finanziaria dei partecipanti.

La disposizione si doveva leggere in combinato disposto con l'art. 46 del medesimo Codice, il quale, così come novellato dal D. L. 70/2011, introduceva, in attuazione del principio del *favor participationis*, la **tassatività delle cause di esclusione**.

La tassatività delle cause di esclusione si risolveva in una delimitazione degli spazi discrezionali posti in capo alle stazioni appaltanti, nel tentativo da un lato di rendere le procedure ad evidenza pubblica meno formaliste, dall'altro di semplificare gli adempimenti burocratici richiesti agli stessi operatori economici.

Il pregresso art. 38 comma I lett. f) contemplava un'ipotesi di esclusione nei casi di *"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"*, ma la costante giurisprudenza amministrativa era incline a interpretare la disposizione, non a caso in coerenza proprio con il principio di tassatività, solo con riguardo a circostanze sorte **durante** la fase di esecuzione del relativo rapporto contrattuale, escludendo quelle verificatesi in un momento prodromico all'affidamento ^[1].

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ripropone la medesima fattispecie espulsiva, specificando, tuttavia, all'art. 80 comma V lett. c) che i *"gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"* debbano essere dimostrati dalla stazione appaltante, illustrando una serie di casi come *"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"*.

L'art. 80 comma V lett. c) sembrerebbe, perciò, ad un tempo recuperare la necessaria affidabilità richiesta all'operatore economico per esigenze fiduciarie, in linea con il precedente art. 38 comma I lett. f) del D. Lgs. 163/06, ma, ad altro, introdurre nella causa di esclusione una clausola tendenzialmente indeterminata, la quale necessita, ai fini della sua integrazione, di un rinvio a canoni extra-giuridici o a giudizi di ordine morale.

Questa tecnica legislativa non è totalmente estranea alla materia ^[2].

Come messo in luce in dottrina ^[3], il precedente Codice dei Contratti Pubblici ammetteva, infatti, già un contemperamento del principio di tassatività all'interno di un'altra ipotesi,

rappresentata dell'art. 38, comma I, lett. c), secondo cui erano *“Esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti (...) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale;(...)”*.

La sussistenza, pertanto, di una clausola indeterminata all'interno dell'art. 80 comma V lett. c) del D. Lgs. 50/2016, la quale comporta, da un punto di vista pratico, la valenza **esemplificativa** delle condotte citate, sarebbe suffragata dall'analisi di un'ulteriore disposizione normativa contenuta nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Il Legislatore, con l'art. 80 comma XIII, ha attribuito all'Autorità Nazionale Anticorruzione il potere di adottare delle linee-guida con le quali identificare sia quali mezzi di prova siano considerati *“adeguati”* per dimostrare le cause di esclusione previste dal comma V lettera c), sia quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto siano significative ai fini del medesimo comma^[4].

Le linee-guida sono state, poi, concretamente adottate con delibera n. 1293/2016 dall'Autorità il 16 novembre 2016, delineando, a **titolo esemplificativo**, una serie di condotte potenzialmente idonee a concretizzare l'art. 80 comma V lett. c) del D. Lgs. 50/2016.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 2286/2016, ha confermato che le linee-guida A.N.A.C., anche in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto alla base del nostro ordinamento, rivestono **valenza esemplificativa**, senza la formazione di un *“catalogo chiuso”* di cause di esclusione.

3. Conclusioni

Resta, quindi, da capire se la massima enucleata dal T.A.R. Campania, sezione distaccata di Salerno, si ponga realmente in contrasto con l'orientamento maggioritario giurisprudenziale, se esistente, o, in realtà, sia pienamente conforme a quanto appena esposto in termini di carattere meramente esemplificativo dell'art. 80, comma V lett. c) del D. Lgs. 50/2016.

La pronuncia si pone in perfetta coerenza logica con altra precedentemente resa.

La sentenza n. 10 del 2/1/2017, sempre della I sezione del T.A.R. di Salerno, già statuiva come la stazione appaltante fosse titolare di un potere discrezionale con riguardo *“non alla individuazione delle fattispecie espulsive - che senz'altro compete al legislatore, in materia di requisiti generali, secondo una elencazione da considerare tassativa - bensì alla riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta, siccome descritta genericamente mediante l'uso di concetti giuridici indeterminati (peculiarità compendiata nel suddetto sintagma, di conio dottrinale, della discrezionalità monobasica)”*.

Da questa prospettiva, la massima sviluppata dalla sentenza n. 466/2018 si pone come corollario e proiezione di questa interpretazione delle cause di esclusione, sostenendo come *“Contrariamente a quanto era previsto dal codice degli appalti pubblici (art. 38, comma I, lett. e) del D. Lgs. 163/2006, il nuovo corpo normativo, nel chiaro tentativo di limitare la discrezionalità della P.A. nella valutazione della gravità dell'illecito professionale, ha indicato espressamente le fattispecie che possono integrare i gravi illeciti professionali”*.

L'antinomia tra le due pronunce e quanto detto a proposito della valenza esclusivamente esemplificativa dell'art. 80, comma V lett. c) potrebbe essere meramente apparente.

In primo luogo, il T.A.R. Campania richiama un *“inadempimento qualificato”* ai fini

dell'integrazione della fattispecie espulsiva; questo sarebbe configurabile in una *“mancata contestazione in giudizio della risoluzione anticipata o nella conferma della stessa all'esito di un giudizio. (...) Nella stessa ottica si collocano la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.”*

La considerazione non è dissimile a quanto affermato dal Consiglio di Stato nel già citato parere n. 2286/2016, secondo cui *“La scelta del legislatore italiano, di tipizzare gli effetti giuridici al fine di stabilire quando un inadempimento contrattuale assurge al rango di <<grave illecito professionale>> è in linea con la giurisprudenza della C. giust. UE secondo cui l'illecito professionale è causa di esclusione solo quando abbia connotati di oggettiva gravità. Il compito delle linee guida è pertanto solo quello di individuare le <<significative carenze>>, non anche quello di individuare ulteriori <<effetti giuridici>> di esse, rispetto a quelli tipizzati dalla legge.”*

Secondo questa ricostruzione ermeneutica, la stazione appaltante potrebbe identificare alcune condotte come integranti il *“grave illecito professionale”* in presenza, tuttavia, unicamente degli effetti giuridici prescritti dal Codice dei Contratti Pubblici, insuscettibili di essere rivisitati dalla pubblica amministrazione.

La soluzione, per quanto abbia il merito di portare a sintesi due visioni apparentemente opposte, presta il fianco ad una critica: se è possibile attribuire valenza meramente esemplificativa ai comportamenti previsti dall'art. 80, comma V lett. c), nulla vieta che tutte le condotte citate siano, per l'appunto, ipotesi, suscettibile di essere ampliate dalla stazione appaltante.

In altri termini, le stazioni appaltanti potrebbero legittimamente qualificare come cause di esclusione non solo quei comportamenti verificatisi durante l'esecuzione del contratto 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”*, ma anche tutte quelle condotte, dimostrate con *“mezzi adeguati”* all'esito di un relativo accertamento, giudicate idonee a integrare *“gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*.

Non è un caso che si registri una recente sentenza della V sezione del Consiglio di Stato che adotta un'interpretazione simile dell'art. 80 comma V lett. c) del D. Lgs. 50/2016, ritenendo come le stazioni appaltanti possano attribuire rilievo non solo a quelle condotte prescritte dalla norma, ma anche ad inadempienze considerate, nell'esercizio di un potere discrezionale, *“ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente”*^[5].

Tra l'altro, la pronuncia innova il patrimonio giurisprudenziale anche da altro versante, specificando che comportamenti rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 80 comma V lett. c) determinino una esclusione obbligatoria dimostrata *“per tabulas”*, mentre quelli ritenuti rilevanti dalle stazioni appaltanti al di fuori della previsione normativa debbano essere adeguatamente provati e motivati, essendo sottoposti a oneri di prova e motivazionali più rigorosi^[6].

La norma, pertanto, introdurrebbe una distinzione non sul piano sostanziale tra condotte idonee e non idonee a integrare la fattispecie, quanto e piuttosto su quello procedimentale di accertamento dell'inadempimento.

La questione sarà, verosimilmente, chiarita in modo univoco soltanto a seguito della formazione di un orientamento consolidato sul tema presso il Consiglio di Stato.

^[1] Cfr. Cons. di Stato, V sez., sent. n. 722/2018 o Cons. di Stato, V Sez., sent. n. 4973/2017

[2] D'altronde lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 855/2016 al nuovo Codice dei Contratti Pubblici, segnalava a p. 103 l'esigenza di introdurre clausole generali di esclusione.

[3] Paolo Patrito, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, Responsabilità civile e previdenza, fascicolo 1, 2017, pp. 335 e sgg.

[4] La scelta, orientata nelle sue finalità ad assicurare *"l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici"*, è stata criticata in dottrina per aver demandando ad un'Autorità indipendente, slegata da un circuito rappresentativo, un potere *latu sensu* normativo. Cfr. Francesco Marone, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascicolo 3, pp. 743 e sgg.

[5] Sent. n. 1299/18, V Sez., Cons. di Stato

[6] Cfr. sent. n. 1299/18, p. 6.3 *"Pertanto, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione della portata di pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto questi effetti specifici; in tale eventualità, però, i correlati oneri di prova e di motivazione sono ben più rigorosi ed impegnativi rispetto alle ipotesi esemplificate nel testo di legge e nelle linee guida"*

