

## La sentenza della Corte di Giustizia UE 19 giugno 2019

La Corte di Giustizia UE ha deciso sul rinvio pregiudiziale disposto dal TAR Campania-Napoli sull'interpretazione delle norme della Direttiva 2014/24/UE in materia di esclusione dalle gare d'appalto per gravi illeciti professionali in rapporto alla norma nazionale di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice dei Contratti pubblici.

L'originaria formulazione del motivo di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, così disponeva:

*“c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;”.*

La norma costituisce applicazione delle lettere c) e g) del paragrafo 4 dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che si riportano per comodità:

*“4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:*

*c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità;*

*g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili”.*

Il paragrafo 7 della Direttiva prevede che, *“In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo.”*

A ben vedere, tuttavia, l'art. 80 comma 5 lettera c) non ha, come reso evidente dalla sua formulazione molto generica, specificato le condizioni di applicazione della norma comunitaria e nemmeno hanno contribuito a fare chiarezza in materia le Linee Guida n. 6/2016 che l'Anac ha adottato ai sensi dell'art. 80 comma 13 del Codice (*“Con linee guida da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, l'ANAC, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali*

*carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).”).*

Questa incertezza interpretativa si è riverberata, come noto, anche a livello giurisprudenziale.

Non ha contribuito a fare chiarezza nemmeno la riformulazione della previsione in esame ad opera del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 convertito in legge L. 11 febbraio 2019, n. 12.

L'attuale formulazione è la seguente:

*“c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;*

*c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;*

*c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”.*

Le modifiche sono così riassumibili: quelle che in precedenza erano situazioni di esclusione indicate in via esemplificativa, ora sono state indicate autonomamente alle lettere c-bis e c-ter ed è stato espunto l'inciso per il quale la risoluzione anticipata di un precedente contratto per significative carenze nell'esecuzione dà luogo ad esclusione se la risoluzione anticipata non è contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio.

La norma, nella prima versione risalente all'entrata in vigore del Nuovo Codice, è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE da parte del Tar Campania – Napoli, che ha posto la seguente questione (cfr. ord., 13 dicembre 2017, n. 5893).

*“Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al [Trattato FUE], ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva [2014/24], nonché la disposizione di cui all'art. 57 comma 4 lettere c) e g) di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80 comma 5 lettera 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 di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione”.*

Nel caso *sub iudice*, il Comune di Napoli aveva indetto una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi avente ad oggetto la refezione scolastica per l'anno scolastico 2017/2018.

L'aggiudicataria di questo appalto, nell'anno scolastico precedente aveva concluso con il Comune di Napoli un contratto per la fornitura del servizio di refezione scolastica, il quale era stato risolto per casi di intossicazione alimentare dovuti alla presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati in una mensa scolastica.

Quest'ultima circostanza era stata espressamente dichiarata dalla medesima ditta in sede di partecipazione alla nuova gara, precisando di avere contestato tale risoluzione contrattuale in sede giudiziaria dinanzi al Tribunale di Napoli.

Secondo la ricorrente, la contestazione da parte dell'aggiudicataria, dinanzi a un giudice civile, della risoluzione del precedente contratto per la fornitura di servizi non poteva privare l'amministrazione aggiudicatrice della prerogativa riconosciuta dall'art. 80 comma 5 lett. c) di effettuare una valutazione sulla gravità dell'inadempimento nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto pubblico di refezione scolastica, per l'anno scolastico precedente (2016/2017). Pertanto, in considerazione del verificarsi di un'intossicazione alimentare nel maggio 2017, il Comune di Napoli non avrebbe dovuto ammettere automaticamente la partecipazione alla gara d'appalto di cui al procedimento principale.

Al riguardo il TAR Campania ha evidenziato nel rinvio che, secondo la giurisprudenza dei giudici italiani, dall'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici si desume che l'offerente che ha mostrato carenze nell'esecuzione di un precedente appalto pubblico deve essere ammesso a partecipare a una gara d'appalto successiva se ha proposto un ricorso, ancora pendente, contro la risoluzione contrattuale avvenuta a seguito delle medesime carenze.

Osserva al riguardo la Corte (si estrapolano i passaggi ritenuti più rilevanti):

(28) che, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, *“il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale”*;

(29) *“la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, come dimostrano l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), nonché il considerando 101 della direttiva 2014/24”*;

(31) *“ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico «in qualunque momento della procedura» e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza, il che costituisce un indizio ulteriore della volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omissso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto, in uno dei casi previsti all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva in questione.”*;

(32) *“infine, se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione. Orbene, secondo il considerando 101 della direttiva 2014/24, tale principio implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile*

*amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità”;*

(37) *“È evidente che una disposizione nazionale quale l’articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non è idonea a preservare l’effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto dall’articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva 2014/24.”;*

(38) *“Il potere discrezionale che l’articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all’amministrazione aggiudicatrice è infatti paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand’anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione.”;*

(39) *“Inoltre, una norma come quella prevista all’articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici non incoraggia manifestamente un aggiudicatario nei cui confronti è stata emanata una decisione di risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico ad adottare misure riparatorie. Sotto tale profilo, una regola di questo tipo può essere in contrasto con le prescrizioni di cui all’articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24.”;*

(40) *“Invero, la succitata direttiva ha carattere innovativo, in particolare nella misura in cui istituisce, all’articolo 57, paragrafo 6, il meccanismo delle misure riparatorie (self-cleaning). Tale meccanismo, che si applica agli operatori economici non esclusi da una sentenza definitiva, tende a incoraggiare un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all’articolo 57, paragrafo 4, della medesima direttiva a fornire prove del fatto che le misure da esso adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza di un pertinente motivo facoltativo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non deve essere escluso dalla procedura d’appalto. A tal fine, l’operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.”.*

La conclusione a cui perviene la Corte è la seguente:

***“L’articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che 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 riferisce.”***

Si osserva che la decisione della Corte, per un verso ha affermato un principio che, nelle more, è stato oramai recepito dal legislatore nazionale con l’espunzione, dal testo originario dell’art. 80 comma 5 lettera c), dell’inciso *“risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio”*, dall’altro ha ribadito che la valutazione sulla sussistenza di

gravi illeciti professionali spetta alla stazione appaltante, quindi costituisce una scelta ampiamente discrezionale.

Questa conclusione ovviamente lascia quindi aperti i dubbi sull'applicazione in concreto della norma e non contribuisce a risolvere l'incertezza a cui vanno incontro operatori economici e amministrazioni.

Avvocato Marta Bassanese

Vicenza, 22 giugno 2019

Per [www.italiaius.it](http://www.italiaius.it)