

## Esclusione dalla gara per grave illecito professionale

Data di pubblicazione: 6 Maggio 2019

sentenza 6 maggio 2019\* (sulla efficacia triennale per la esclusione dalla gara per grave illecito professionale e sulla data da cui comincia a decorrere il triennio).

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 6 maggio 2019 n. 2895** – Pres. Saltelli, Est. Quadri - Teknoservice S.r.l. (Avv. Orofino) c. Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni Montedoro (n.c.), Comune di Grottaglie (Avv. Misserini) ed Ambiente 2.0 Consorzio Stabile S.c.a r.l (n.c.) – (riforma T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, n. 1664/2018, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2018/108631>).

**1. Contratti della P.A. – Gara – Esclusione per grave illecito professionale – Ex art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 – Ha durata triennale.**

**2. Contratti della P.A. – Gara – Esclusione per grave illecito professionale – Ex art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 – Durata triennale – Decorrenza da quando è stato adottato l'atto definitivo, cioè di conclusione del procedimento di risoluzione.**

1. Nella vigenza dell'art. 80, comma 10, del [d.lgs. n. 50 del 2016](#), prima dell'entrata in vigore della modifica apportata dal [d.lgs. n. 56 del 2017](#), il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, aveva durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale (1). A maggior ragione, ove sia applicabile l'art. 80, comma 10, del [d.lgs. n. 50 del 2016](#), nella versione risultante all'esito delle modifiche apportate con il [d.lgs. n. 56 del 2017](#), il triennio di rilevanza dell'illecito professionale decorre dalla «data del suo accertamento definitivo [...] nei casi in cui non sia intervenuta sentenza di condanna» (2).

2. Il riferimento alla definitività dell'accertamento (peraltro inesistente nel disposto dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE) va inteso nel senso che il termine decorre da quando è stato adottato l'atto definitivo, cioè di conclusione del procedimento di risoluzione (3).

-----  
(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2018/108987>

(2) È stato ricordato che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto contrastante con il principio di proporzionalità una esclusione che trovi fondamento in una risoluzione in danno dell'impresa adottata più di tre anni prima della pubblicazione del bando di gara, ed ha individuato nel lasso temporale triennale un limite coerente con l'applicazione di tale principio di derivazione eurounitaria (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, 23 marzo 2017, n. 705).

(3) Ha aggiunto la sentenza in rassegna che del tutto illogico risulterebbe, invero, prevedere un limite temporale di durata della causa di esclusione nel caso in cui la stessa sia stata oggetto di impugnazione (decorrente dalla sentenza definitiva) e invece non prevederlo nel caso di mancata impugnazione, lasciando dunque che la causa possa operare a tempo indeterminato. Nel secondo caso bisognerebbe, semmai, riservare un trattamento migliore a chi non si è opposto alla risoluzione con l'impugnazione, come ad esempio nell'ipotesi disciplinata dall'art. 16 della legge n. 689 del 1981, che permette il pagamento di una sanzione in misura ridotta (la cosiddetta "oblazione") a chi non impugna l'accertamento dell'infrazione di una violazione di una norma in materia di fattispecie depenalizzate.

Alla stregua del principio è stata annullata la sentenza di primo grado secondo la quale la risoluzione in danno disposta dal Comune sarebbe divenuta definitiva solo dopo il decorso del termine prescrizione decennale di contestazione della stessa, così che essa conserverà valenza potenzialmente ostativa per un tempo di dieci anni (necessari perché il diritto di procedere alla contestazione della disposizione si prescriva), ai quali vanno aggiunti ulteriori tre anni, cioè quelli per i quali, ai sensi dell'art. 80, comma 10, del Codice l'inadempimento può essere contestato all'operatore economico.

---

Pubblicato il 06/05/2019

N. 02895/2019REG.PROV.COLL.

N. 10587/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 10587 del 2018, proposto da

Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni Montedoro, non costituita in giudizio;

Comune di Grottaglie, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC Registri Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

nei confronti

Ambiente 2.0 Consorzio Stabile S.c.a r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sezione seconda, n. 01664/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Grottaglie;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, commi 2 bis e 6 bis, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Giuseppe Misserini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Teknoservice S.r.l. partecipava alla gara indetta per l'affidamento del servizio di gestione rifiuti solidi urbani e indifferenziati nel Comune di Grottaglie, dalla quale veniva esclusa con provvedimento del Rup della Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni di Montedoro prot. n. 18838 del 23 luglio 2018, poiché destinataria, il 12 giugno 2013, di una risoluzione in danno disposta dal Comune di San Giorgio Jonico.

Con la sentenza indicata in epigrafe, emessa ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., il Tar Puglia respingeva il ricorso dalla stessa proposto avverso il provvedimento di esclusione, in ragione della spiccata discrezionalità della valutazione compiuta dall'amministrazione, ritenuta non illogica, né irragionevole.

Teknoservice S.r.l. propone appello contro la sentenza succitata, deducendo, con un unico e articolato motivo di gravame, la violazione dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 57 della direttiva 2014/24UE, nonché l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

L'appellante chiede, altresì, per l'ipotesi in cui si ritenga di accedere all'interpretazione fatta propria dal Tar, disporsi rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, al fine di accertare se sia compatibile con l'art. 57 della direttiva 2014/24/Ue e con il principio di proporzionalità l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, ove inteso nel senso di consentire: a) che un'amministrazione giudicatrice possa trarre indicazioni in merito al rilievo ostativo di un errore professionale da un episodio occorso circa cinque anni prima dell'indizione della gara nel quale tale episodio viene contestato all'azienda, evidenziando che la normativa comunitaria indica in tre anni il periodo massimo di valenza di siffatto errore, e che la giurisprudenza nazionale ha ritenuto come tale limite temporale sia espressione del principio di proporzionalità; b) che un'amministrazione possa disporre l'esclusione di un operatore economico valorizzando solo il valore ostativo collegato ad un singolo episodio di errore professionale contestato, senza dare adeguato rilievo a tutto il vissuto professionale dell'imprenditore ed alle giustificazioni che egli possa adoperare per chiarire la propria condotta.

Si è costituito per resistere all'appello il Comune di Grottaglie.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla camera di consiglio del 18 aprile 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

Nella sentenza impugnata il Tar ha rigettato il ricorso sul presupposto che la valutazione compiuta dall'amministrazione sia caratterizzata da forte discrezionalità e possa essere sindacata solo nelle ipotesi di manifesta irragionevolezza o determinante errore fattuale, che nel caso di specie non sussisterebbero, visto che gli inadempimenti contestati dal Comune di San Giorgio Jonico sarebbero connotati da una peculiare gravità e, dunque, legittimerebbero il giudizio di inaffidabilità formulato dall'amministrazione, giacché anche un solo illecito particolarmente grave potrebbe essere sufficiente a compromettere l'instaurazione del rapporto fiduciario.

Per l'appellante tale argomentazione non espliciterebbe l'effettuazione di una valutazione complessiva del profilo del candidato, ma trarrebbe un giudizio di inaffidabilità da un unico episodio, peraltro molto risalente nel tempo (la risoluzione in danno adottata dal Comune di San Giorgio Jonico risale, invero, a quasi cinque anni prima dell'indizione della procedura concorsuale di specie).

Lo stesso Comune che ha adottato il provvedimento di risoluzione sarebbe, peraltro, risultato gravemente colpevole per morosità verso la società odierna appellante e la circostanza che il Tribunale di Bari, con sentenza del 17 dicembre 2018, all'esito di un giudizio di merito (con prova piena e non sommaria) abbia ritenuto che le

contestazioni rivolte alla Teknoservice non siano state provate dal Comune di San Giorgio Jonico, assumerebbe un preciso rilievo, giacché dimostrerebbe la poca plausibilità degli addebiti rivolti dall'Ente.

L'esclusione della Teknoservice sarebbe, inoltre, illegittima, in quanto non terrebbe conto del limite triennale decorrente dalla data del fatto causativo dell'esclusione sancito dall'art. 80, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, oltre che dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE.

La risoluzione in danno è stata, invero, disposta dal Comune di San Giorgio Jonico con determina del 12 giugno 2013, adottata quasi cinque anni prima dell'indizione della procedura concorsuale, bandita il 2 marzo 2018.

In proposito, il giudice di primo grado ha affermato che: "l'accertamento si considera definitivo ove derivante da atto inoppugnabile o da sentenza passata in giudicato (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2018 n. 3876). Nella fattispecie di causa, l'accertamento posto in essere dal Comune di San Giorgio Jonico non è definitivo nei termini sopra indicati, in quanto non inoppugnabile, né definito con giudicato.

Viene infatti in rilievo, nel caso della Teknoservice, un inadempimento contrattuale, in virtù del quale il Comune di San Giorgio si avvaleva di clausola risolutiva espressa. Ogni azione di contestazione deve pertanto ritenersi assoggettata al termine di prescrizione ordinario decennale. Detto termine non è ancora decorso e il provvedimento di risoluzione non può dunque considerarsi inoppugnabile.

Nel contempo, la vicenda non è stata definita con provvedimento passato in giudicato. Le azioni intraprese dalla Teknoservice nei confronti del Comune di San Giorgio Jonico avevano infatti natura cautelare (ricorso ex art. 700 c.p.c. e successivo reclamo) e, conseguentemente, i provvedimenti giurisdizionali che ne decidevano l'esito non erano idonei a passare in giudicato, rimanendo infatti esperibile l'azione ordinaria di cognizione (si veda: Cassazione Civile, Sez. III, 20 aprile 2018 n. 9830).

Non sussiste pertanto, ad oggi, l'accertamento definitivo idoneo a costituire il dies a quo del termine triennale individuato dall'art. 80 comma 10 cit. per i casi privi di rilevanza penale. Detto termine, conseguentemente, non risulta scaduto e il limite temporale invocato dalla parte ricorrente non può attualmente impedire la considerazione dell'inadempimento contestato alla Teknoservice nel 2013".

Per l'appellante la soluzione proposta dal Tar salentino sarebbe inappagante, perché oblitera del tutto il dato comunitario che, come detto, fissa in tre anni dalla data del fatto la rilevanza dell'illecito.

Il ricorso è da accogliere, in ragione della fondatezza di tale ultima censura dedotta.

Invero, ritiene il Collegio che, come risulta dall'orientamento espresso dalla costante giurisprudenza amministrativa, l'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE è norma munita di efficacia diretta e verticale nell'ordinamento interno, che non risultava, peraltro, ancora attuata dall'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 nella versione vigente prima delle modifiche apportate con il decreto correttivo n. 56 del 2017. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover applicare la disposizione dell'Ue per un'ipotesi di gara bandita prima delle modifiche: «In conclusione, va affermato che nella vigenza dell'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell'entrata in vigore della modifica apportata dal d.lgs. n. 56 del 2017, il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, ha durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale. 3.7. Poiché il triennio va computato a ritroso, dalla data del bando alla data del fatto, nel caso di specie, alla data del bando 23 dicembre 2016 era decorso più di un triennio dalla data della risoluzione unilaterale – 12 giugno 2013. La causa di esclusione conseguente non aveva più la rilevanza attribuita dall'art. 80, co. 5, lett. c)» (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576).

Il precedente giurisprudenziale richiamato ha ad oggetto una gara svoltasi prima dell'adozione del correttivo, laddove alla procedura attuale va certamente applicato l'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione risultante all'esito delle modifiche apportate con il d.lgs. n. 56 del 2017.

Quest'ultimo ancora la decorrenza del triennio di rilevanza dell'illecito professionale «alla data del suo accertamento definitivo [...] nei casi in cui non sia intervenuta sentenza di condanna».

A parere di questo giudice bisogna, dunque, fornire adeguata esegesi alla disposizione normativa, essendo necessario comprendere quando l'atto di risoluzione in danno dell'impresa possa dirsi definitivo, ove tale atto non sia stato contestato giudizialmente.

La sentenza appellata, nel rispondere alla questione succitata, ha affermato che la risoluzione in danno disposta dal Comune di San Giorgio Jonico diventerà definitiva solo dopo il decorso del termine prescrizione decennale di contestazione della stessa, così che essa conserverà valenza potenzialmente ostativa per un tempo di dieci anni (necessari perché il diritto di procedere alla contestazione della disposizione si prescriva), ai quali vanno aggiunti ulteriori tre anni, cioè quelli per i quali, ai sensi dell'art. 80, comma 10, del Codice l'inadempimento può essere contestato all'operatore economico.

Per il Tar Lazio, invece: "l'art. 80, comma 5, non contiene alcuna espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, ciò che è coerente con il potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante", in quanto "una limitazione triennale è invero richiamata dal Pagina 10 di 13 successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto". Nella sostanza, "le previsioni di durata massima del periodo di interdizione dalle gare si riferisce alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente e in presenza delle quali la stazione appaltante è priva di poteri di valutazione" (T.A.R. Lazio, sez. I, 8 febbraio 2019, n. 1695).

Tali interpretazioni non si ricavano in alcun modo dalla lettera della norma ed entrambe le soluzioni non risultano condivisibili.

La giurisprudenza amministrativa ha, invero, ritenuto contrastante con il principio di proporzionalità una esclusione che trovi fondamento in una risoluzione in danno dell'impresa adottata più di tre anni prima della pubblicazione del bando di gara, ed ha individuato nel lasso temporale triennale un limite coerente con l'applicazione di tale principio di derivazione eurounitaria (Tar Lombardia, sez. IV, 23 marzo 2017, n. 705).

Il riferimento alla definitività dell'accertamento (peraltro inesistente nel disposto dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE) va, dunque, inteso nel senso che il termine decorre da quando è stato adottato l'atto definitivo, cioè di conclusione del procedimento di risoluzione.

Del tutto illogico risulterebbe, invero, prevedere un limite temporale di durata della causa di esclusione nel caso in cui la stessa sia stata oggetto di impugnazione (decorrente dalla sentenza definitiva) e invece non prevederlo nel caso di mancata impugnazione, lasciando dunque che la causa possa operare a tempo indeterminato. Nel secondo caso bisognerebbe, semmai, riservare un trattamento migliore a chi non si è opposto alla risoluzione con l'impugnazione, come ad esempio nell'ipotesi disciplinata dall'art. 16 della legge n. 689 del 1981, che permette il pagamento di una sanzione in misura ridotta (la cosiddetta "oblazione") a chi non impugna l'accertamento dell'infrazione di una violazione di una norma in materia di fattispecie depenalizzate.

La censura è, dunque, fondata.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente vertenza, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in

epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Elena Quadri Carlo Saltelli