

Illeciti nei contratti pubblici: mutano i confini sulla partecipazione alle gare

Di **Alberto Salmaso** - 10 maggio 2018



Nell'ambito della disciplina delle **gare pubbliche**, per principio generale, un soggetto che si sia reso responsabile di gravi inadempimenti nell'esecuzione di un contratto con la P.A. non può partecipare alle gare indette da quella o da altre amministrazioni, e se comunque partecipa, presentando un'offerta, va escluso dalla procedura.

La regola mira a **tutelare l'interesse pubblico** a consentire la partecipazione alle gare, e successivamente a scegliere, quale esecutore dell'appalto o del servizio, un **soggetto che sia idoneo** rispetto alla commessa affidata e che non abbia manifestato, nella sua precedente esperienza imprenditoriale, negligenze tali da farlo considerare inaffidabile.

La norma sugli illeciti professionali

L'art. 80, comma 5 lett. c) del **d.lgs. 50/2016**, norma applicabile alle gare indette a partire dal 19 aprile 2016, sul punto, prevede: "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora: (...) 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".

In quest'ottica l'operatore economico nella domanda di partecipazione alla gara è tenuto a **dichiarare ogni circostanza relativa all'esecuzione di contratti pubblici** che potrebbe rilevare ai fini della sussistenza dell'illecito professionale, come causa di esclusione.

Le **Linee guida di attuazione n. 6 dell'Anac**, aggiornate nell'ottobre 2017, hanno chiarito che la sussistenza di circostanze inquadabili come illeciti professionali deve essere autocertificata dagli operatori economici nella domanda di partecipazione alla gara, con "dichiarazione recante tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico".

<h3>La posizione iniziale della giurisprudenza</h3>

Chiamata ad applicare la norma, la giurisprudenza amministrativa aveva in un primo momento considerato quale **causa di esclusione** solo il caso in cui la risoluzione di un precedente contratto fosse divenuta definitiva, o perché non contestata dal soggetto esecutore, o perché accertata come legittima all'esito di un giudizio.

Ciò implicava due importanti conseguenze:

- 1. In tutti i casi in cui la risoluzione del contratto pubblico veniva contestata in giudizio dall'interessato, finché la causa, anche infondata, rimaneva pendente, tale operatore era legittimamente ammesso alle successive procedure e poteva concorrere, al pari degli altri operatori "incensurati", all'aggiudicazione dell'appalto o del servizio.
Nella prassi, al massimo, le stazioni appaltanti più attente ammettevano l'operatore economico alla procedura con riserva, rinviando all'esito del giudizio la conferma dell'ammissione o l'eventuale esclusione.
- 2. Pertanto, con la semplice contestazione in giudizio della risoluzione del contratto, e a prescindere dalla fondatezza delle proprie ragioni, all'operatore economico era assicurata la partecipazione alle gare: "resistere" in giudizio era un'opzione comunque conveniente nel rapporto costi - benefici, perché consentiva di partecipare alle gare, e mantenere le chances di aggiudicazione, quantomeno fino alla fine del giudizio.

I dubbi di compatibilità con la normativa Ue

I giudici hanno cominciato a ritenere tale sistema **troppo permissivo** e di favore rispetto alla posizione dell'operatore economico ritenuto inadempiente, non in linea con l'interesse pubblico.

La questione è stata sottoposta all'attenzione della **Corte di Giustizia**, in quanto si è ritenuto che precludere all'amministrazione ogni autonoma valutazione sull'affidabilità dell'impresa in presenza di "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto" contestate in un giudizio ancora pendente, si risolve nel privare di effettività la causa di esclusione prevista dal legislatore.

La Direttiva comunitaria in materia di appalti, infatti, in realtà, **consente l'esclusione dell'operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale** "anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori".

Pertanto la norma italiana è stata ritenuta dai giudici italiani, che hanno rimesso la questione all'attenzione della Corte di Giustizia, non in linea con la disciplina comunitaria. La questione non è stata però ancora affrontata dalla Corte.

La giurisprudenza più recente

Parallelamente, in giurisprudenza si è progressivamente affermato un **diverso orientamento in sede di applicazione** della norma sugli illeciti professionali, secondo il quale, anche in pendenza di giudizio sulla risoluzione del precedente contratto, la stazione appaltante può valutare discrezionalmente di escludere il concorrente, previa dimostrazione della sua inaffidabilità in relazione alle circostanze nel caso concreto.

Ciò in quanto le stazioni appaltanti, a prescindere dalla sorte giudiziale della risoluzione del contratto, rimane sempre titolare, in generale, del potere di 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".

Il riferimento contenuto nella norma alla "risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio" viene quindi ora inteso non come un **presupposto necessario per escludere l'operatore economico da una gara**, ma come un mero esempio, un riferimento non tassativo.

Quindi, nel caso di **pendenza di un giudizio** sulla risoluzione di un precedente contratto pubblico, la P.A. potrà escludere il concorrente, ma per farlo dovrà **valutare autonomamente le circostanze che hanno portato alla risoluzione del contratto o all'applicazione di una sanzione o di una penale**, e motivare dettagliatamente sul perché viene ritenuta integrata una causa di inaffidabilità dell'operatore economico.

Conclusioni e indicazioni operative

Possono essere fornite utili indicazioni all'operatore cui la P.A. contesti una non corretta esecuzione di un contratto pubblico, con risoluzione dello stesso ovvero con applicazione di penali o sanzioni.

- 1. Contestare in giudizio le valutazioni negative della P.A. sull'esecuzione del contratto rimane sempre e comunque un'opzione da seguire: per tale via si potrà dimostrare l'erroneità delle decisioni dell'ente, l'insussistenza dei presupposti, la non gravità dell'inadempimento o il suo carattere scusabile.
- 2. La contestazione giudiziale della risoluzione, della sanzione o della penale disposta dall'ente pubblico non mette più direttamente "al sicuro" rispetto alla possibile esclusione da altre gare successive cui l'operatore intendesse partecipare: l'ente che bandisce la gara potrà infatti legittimamente comunque procedere all'esclusione.
- 3. La strada giudiziale conviene tuttavia in ogni caso, non perché "salva" dall'esclusione, ma perché costringe la P.A. a valutare autonomamente e a motivare dettagliatamente le ragioni dell'esclusione; per converso, se la risoluzione non viene contestata e diviene definitiva, l'esclusione può ben essere automatica, senza particolari oneri di motivazione in capo alla P.A.
- 4. Rimane di importanza centrale, in ogni caso, che l'operatore dichiari completamente, in maniera trasparente e chiara, all'atto della partecipazione ad una gara pubblica, l'esistenza di precedenti negativi nell'esecuzione di contratti pubblici, siano essi contestati in giudizio o meno.

In tal modo la P.A. è messa in condizione di **valutare pienamente l'affidabilità del concorrente**. Se l'operatore invece non dichiara **compiutamente tutti tali precedenti, si espone al rischio** (anzi, alla probabilità) di **essere escluso** automaticamente, per il solo fatto di essere stato reticente, e senza che rilevi, in concreto, la gravità o meno della propria condotta in sede di precedente esecuzione del contratto.

In altri termini, un inadempimento trascurabile nell'esecuzione di un precedente contratto, ove non dichiarato dall'offerente ma comunque "scoperto" dall'Amministrazione, porterà con ogni probabilità all'esclusione dalla gara.

- 5. **In conclusione**, poiché in sede di verifica dell'affidabilità del concorrente permangono forti incertezze applicative, per l'operatore sarà sempre preferibile, nel dubbio, dichiarare tutti i precedenti potenzialmente rilevanti: in tal modo sarà la stazione appaltante ad avere l'onere di valutare la gravità dei fatti e stabilire l'eventuale esclusione, motivando adeguatamente il provvedimento ed indicando dettagliatamente i dati di fatto sui quali basare la decisione.

Potrà sembrare strano, ma **in questo caso a ben vedere la trasparenza non danneggia l'operatore, ma gioca a suo favore**, in quanto è l'opzione che tutela maggiormente il suo interesse a continuare a concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici.

di **Alberto Salmaso**, [studio Militerni & Associati](#) – vai al profilo [linkedin](#) dello studio

Alberto Salmaso