

Pubblicato il 27/04/2017

N. 01955/2017REG.PROV.COLL.

N. 00326/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 326 del 2017, proposto da:

A.S.V. – Azienda Servizi Vari s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio eletto ex art. 25, comma 1-ter, cod. proc. amm. presso l'indirizzo p.e.c. agorofino@legalmail.it;

contro

Tra.De.Co. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Ombrone 12/b;

nei confronti di

Stazione unica appaltante presso la Provincia di Brindisi, in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Marino Guadalupi, con domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro 13; Comune di Mesagne, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE III, n.1935/2016, resa tra le parti, concernente un provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana, raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili, e del servizio di spazzamento nel territorio del Comune di Mesagne;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, cod. proc. amm.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Tra.De.Co. s.r.l. della Stazione unica appaltante presso la Provincia di Brindisi;

Vista l'ordinanza istruttoria della Sezione n. 948 del 6 marzo 2017;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Isabella Loiodice, su delega di Aldo Loiodice, Luigi Quinto, su delega di Guadalupi, e Alberto Maria Durante, su delega di Orofino;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ex art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, cod. proc. amm. al Tribunale amministrativo regionale della Puglia – sezione staccata di Lecce la Tra.De.Co. s.r.l. impugnava il provvedimento con la quale era stata esclusa dalla Stazione unica appaltante presso la Provincia di Brindisi dalla procedura negoziata d'urgenza senza bando ex art. 63, comma 2, lett. c), del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana, raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili, e del servizio di spazzamento nel territorio del Comune di Mesagne (provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione unica appaltante resistente il 24 agosto 2016).

Il provvedimento era stato adottato sul presupposto di «*gravi illeciti professionali*» ex art. 80, comma 5, lett. c), del nuovo codice dei contratti pubblici, commessi dalla Tra.De.Co. in un precedente contratto con altra pubblica amministrazione (Comune di Montesilvano).

2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso.

Il giudice di primo grado statuiva che la citata disposizione del codice dei contratti pubblici richiede che l'illecito professionale risulti, tra l'altro, confermato «*all'esito di un giudizio*», mentre nel caso di specie la Tra.De.Co. «*ha giurisdizionalmente contestato dinanzi al Tribunale Civile - Sezione Imprese di L'Aquila la risoluzione contrattuale*» pronunciata nel precedente contratto e «*tale giudizio civile è tutt'ora pendente (essendo solo stata rigettata l'istanza cautelare incidentalmente avanzata dalla Società attrice)*». Con la stessa pronuncia il giudice di primo grado ha consequenzialmente annullato l'aggiudicazione provvisoria adottata in data 15 settembre 2016 (*recte*: proposta di aggiudicazione) disposta a favore della controinteressata A.s.v. Azienda Servizi Vari s.p.a., parimenti impugnata dalla Tra.De.Co.

3. La A.s.v., poi dichiarata aggiudicataria definitiva (con determinazione n. 920 del 15 dicembre 2016) ha quindi proposto appello, nel quale ha formulato istanza di sospensione della pronuncia di primo grado ai sensi dell'art. 98 del codice del processo amministrativo.

4. Si sono costituiti rispettivamente in resistenza ed adesione all'appello la Tra.De.Co. e la Stazione appaltante unica presso la Provincia di Brindisi.

5. Con ordinanza collegiale n. 948 del 6 marzo 2017, resa all'esito della camera di consiglio del 2 marzo 2017, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la Sezione ha disposto istruttoria e preavvisato le parti circa la possibilità di definire all'esito il giudizio ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo.

DIRITTO

1. Facendo seguito all'avviso contenuto nell'ordinanza istruttoria, questa Sezione reputa sussistenti le condizioni per definire l'appello mediante sentenza ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. sopra citato, in combinato con l'art. 38 del medesimo codice, con il rigetto dello stesso.

2. Dalla documentazione esibita in giudizio dalla Tra.De.Co. in ottemperanza all'ordine istruttorio risulta infatti che il presupposto previsto dal parimenti richiamato art. 80, comma 5, lett. c), del nuovo codice dei contratti pubblici ai fini dell'esclusione da procedure di affidamento per «*gravi illeciti professionali*» non è stato integrato nel caso di specie.

In particolare, come rilevato dal Tribunale amministrativo la risoluzione contrattuale pronunciata nei confronti dell'originaria ricorrente da parte del Comune di Montesilvano (determinazione n. 215 del 25 febbraio 2016), è stata impugnata sia in sede giurisdizionale ordinaria che amministrativa, rispettivamente al Tribunale delle imprese dell'Aquila (con richiesta di disapplicazione) e al Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo – sezione staccata di Pescara.

Come del pari comprovato dall'originaria ricorrente, entrambi i giudizi sono ancora pendenti, mentre è stato per contro definito davanti al primo giudice il ricorso ex artt. 669-*quater* e 700 cod. proc. civ. in corso di causa, con l'ordinanza pronunciata dal menzionato Tribunale delle imprese sul reclamo della Tra.De.Co. ex art. 669-*terdecies* del medesimo codice (ordinanza del 27 luglio 2016).

3. Ciò premesso in fatto, l'art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di «*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*», con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, «*significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata*», le quali siano alternativamente non siano contestate in giudizio dall'appaltatore privato o – per venire al caso che interessa nel presente giudizio – sia stata «*confermata all'esito di un giudizio*».

4. In questo caso difetta appunto quest'ultimo presupposto, perché come emerso dalla documentazione prodotta dalla Tra.De.Co. su ordine della Sezione è stato definito una fase incidentale, di natura cautelare, del giudizio civile contro l'atto di risoluzione adottato dalla stazione appaltante, mentre rimane tuttora impregiudicato il merito dello giudizio, così come il parallelo contenzioso amministrativo contro lo stesso atto.

5. Non è per contro fondata l'interpretazione contraria propugnata dall'appellante A.s.v., secondo cui la disposizione in esame del nuovo codice dei contratti pubblici sarebbe riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), del codice ora abrogato (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e dunque consentirebbe alle

stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.

Più precisamente, il ragionamento dell'aggiudicataria può essere condiviso nella parte in cui rileva che l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c), non è tassativa, ma esemplificativa, come si evince dalla formula di apertura del periodo («*Tra questi rientrano...*») recante l'elenco dei casi rientranti in questa nozione. Come puntualmente evidenzia la A.s.v., in tal senso si è del resto espresso questo Consiglio di Stato, nel parere del 3 novembre 2016, n. 2286, numero affare 1888 del 2016 (reso sulle linee guida dell'ANAC recenti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c), del codice; in particolare al par. 6) e questa Sezione reputa di aderire a questo convincimento.

6. Ma lo stesso ragionamento non può essere seguito nelle conseguenze finali che pretende di trarre, a fronte dell'ipotesi contemplata nell'elenco esemplificativo in questione, così espressa: «*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*». Sulla base dell'interpretazione letterale della norma (ex art. 12 delle preleggi) si richiede quindi che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale. E questa conferma non può che essere data da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) «*all'esito di un giudizio*». A questo medesimo riguardo è invece da ritenersi evidentemente insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito.

7. La A.s.v. pone allora una questione di compatibilità comunitaria dell'art. 80, comma 5, lett. c), sotto il profilo qui in contestazione.

L'appellante assume in particolare che la norma interna sarebbe in contrasto con l'art. 57, par. 4, lett. c) e g), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, recepita con il nuovo codice dei contratti pubblici, poiché tali disposizioni sovranazionali prevedono quale causa di esclusione da procedure di affidamento la commissione di «*gravi illeciti professionali*» che siano stati dimostrati «*con mezzi adeguati*» dall'amministrazione aggiudicatrice (lett. c), o «*significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto*» che hanno causato «*la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili*» (lett. g), senza mai richiedere «*alcun accertamento definitivo della responsabilità dell'appaltatore*» (così nell'appello).

Ad ulteriore sostegno dei propri assunti la A.s.v. richiama il considerando 101 della direttiva, a mente del quale le amministrazioni aggiudicatrici «*dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili*», ed in particolare dovrebbero «*mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi*».

8. La Sezione osserva innanzitutto che la A.s.v. non ha interesse a chiedere che la questione sia rimessa alla Corte di giustizia europea e dunque la questione medesima è irrilevante nella presente controversia.

Ciò per la decisiva considerazione che la Tra.De.Co. ha dichiarato (memoria depositata il 14 marzo 2017) – senza contestazione avversaria – di non avere impugnato l’aggiudicazione definitiva a favore dell’odierna appellante e che il proprio interesse alla conservazione della pronuncia favorevole di primo grado nel presente giudizio è limitato, innanzitutto, ad evitare che l’esclusione da questa gara possa essere considerato motivo di esclusione in procedure di affidamento successive; ed inoltre, in caso di apertura della busta contenente la propria offerta economica, alla luce della possibilità di collocarsi al secondo posto della graduatoria, in vista di una possibile esclusione dell’aggiudicataria.

Pertanto, atteso il consolidarsi dell’aggiudicazione a favore della A.s.v., l’eventuale conferma dell’esclusione della Tra.De.Co. all’esito della risoluzione della pregiudiziale comunitaria nel senso auspicato dalla prima in nulla gioverebbe alla stessa.

9. La questione di conformità del diritto nazionale a quello europeo prospettata dall’appellante non può peraltro essere apprezzata in senso favorevole alla A.s.v. nemmeno ai fini di una disapplicazione del primo.

Deve infatti evidenziarsi che la causa di esclusione su cui si controverte nel presente giudizio ha carattere facoltativo.

Ciò lo si evince dal citato art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE. Questa disposizione prevede infatti che le situazioni da esso elencate relative agli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici sono quelle in presenza delle quali le amministrazioni aggiudicatrici «*possono escludere*», oppure possono essere richieste da «*gli Stati membri*», in sede di recepimento della direttiva, «*di escludere dalla partecipazione alla procedura d’appalto*» tali operatori. Quindi, la norma europea facoltizza gli Stati membri a prevedere quale causa di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici, senza porre a carico degli stessi alcun vincolo. *A fortiori* deve ritenersi pertanto che non vi siano vincoli quanto alla definizione normativa della causa di esclusione in questione a livello nazionale.

10. Al medesimo riguardo, non giova alla A.s.v. richiamare il considerando 101, laddove si fa riferimento alla possibilità di escludere dalla gara l’operatore economico in caso di «*grave violazione dei doveri professionali*», dimostrata dall’amministrazione «*con qualsiasi mezzo idoneo*», «*prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori*». Quest’ultima previsione è infatti espressamente riferita ai motivi di esclusione «*obbligatori*», ovvero a quelli previsti dall’art. 57 della direttiva, ai paragrafi 1 e 2, mentre nel caso di specie si verte nelle ipotesi contemplate dal paragrafo 4 della medesima disposizione.

Per essa vale dunque il rinvio a «*qualsiasi mezzo idoneo*», che il legislatore nazionale nell’esercizio della sua discrezionalità rispetto ad un ambito del diritto dei contratti pubblici non vincolato a livello europeo può ritenere integrato solo in presenza di una decisione giurisdizionale definitiva, come avvenuto nel caso di specie con l’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016.

11. Da ultimo rimane da esaminare la questione di costituzionalità di tale disposizione di legge per contrasto con il canone del buon andamento sancito dall’art. 97 della Carta fondamentale.

La questione - che pure presenta aspetti di non manifesta infondatezza, alla luce dei rilievi formulati da questo Consiglio di Stato nel citato parere n. 2286 del 7 novembre 2016 (in particolare al par. 13.2, richiamato dall’appellante), che questa Sezione condivide – non è tuttavia rilevante. A questa conclusione si perviene sulla base delle stesse considerazioni svolte in relazione alla pregiudiziale

comunitaria e cioè per l'avvenuto consolidamento dell'aggiudicazione definitiva e per la conseguente impossibilità per la A.s.v. di risentire alcun pregiudizio dalla conferma dell'annullamento dell'esclusione della Tra.De.Co. pronunciata dal Tribunale amministrativo.

12. L'appello deve quindi essere respinto, ma l'indubbia novità della questione controversa, di prima applicazione della nuova fattispecie normativa del grave errore professionale, giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Troiano, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO