

Pubblicato il 13/12/2017

N. 05893/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 03829/2017 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 3829 del 2017, proposto da:

Meca S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via dei Mille n. 16;

*contro*

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza, Bruno Ricci, Gabriele Romano, della Avvocatura municipale, domiciliata in Napoli, p.zza Municipio, Palazzo San Giacomo;

*nei confronti di*

Societa' Sirio S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Lentini, Ciro Sito, con domicilio eletto presso lo studio Orazio Abbamonte in Napoli, viale Gramsci 16;

*per l'annullamento*

- a) del verbale di gara del 1 agosto 2017 nella parte in cui il Comune di Napoli, nell'ambito della gara per il servizio di refezione scolastica per l'anno 2017-2018, ha ammesso la Società Sirio s.r.l. al prosieguo della procedura di gara per il lotto n.7;
- b) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e della società Sirio srl;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia della UE;

Visto l'art. 3 della legge n. 204/1958;

Viste le "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22.11.2017 il Pres. Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

1.1 La società MECA espone di avere partecipato alla gara, indetta dal Comune di Napoli, per la refezione scolastica dell'anno 2017/2018, destinata a favore degli alunni delle scuole dell'infanzia comunali nonché dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado statali, suddivisa in tanti lotti quante sono le Municipalità, e pertanto in numero di 10.

All'esito dell'apertura della documentazione amministrativa, limitatamente al lotto n.7, il Comune di Napoli si è determinato nel senso di ammettere la soc. Sirio s.r.l. al prosieguo della gara.

La società Sirio s.r.l., già aggiudicataria del medesimo servizio per il precedente anno scolastico per i lotti nn.4 e 8, era stata destinataria di un provvedimento di risoluzione contrattuale in quanto, nel corso dell'espletamento dell'appalto, nel mese di maggio 2017, erano rimasti intossicati bambini e personale a causa della

presenza di colibatteri all'interno dei cibi somministrati nella mensa scolastica. L'intossicazione era stata constatata attraverso il ricorso a cure mediche di numerosi alunni delle scuole dell'infanzia e primarie , nonché di personale scolastico ; e le analisi effettuate dalla ARPAC –agenzia regionale- competente su campioni di cibo conservato dalla direzione scolastica avevano confermato la presenza di colibatteri in particolare nell'alimento “brasato di manzo”.

A tale episodio era seguita la sospensione del servizio, l'affidamento dello stesso alla odierna ricorrente ,seconda graduata nella precedente gara, la risoluzione del contratto alla Sirio s.r.l., l'incameramento della cauzione.

La Sirio , nel partecipare alla odierna gara , per il medesimo servizio, ha fornito la seguente dichiarazione: : «Con determina n.2 del 29/6/2017 il Comune di Napoli Ottava Municipalità ha pronunciato la risoluzione del contratto 86100 del 9/5/2017 per un caso di tossinfezione alimentare.

La risoluzione in questione è stata contestata in sede giudiziaria davanti al Tribunale di Napoli Sezione Specializzata per le imprese con atto di citazione notificato in data 27/7/2017 all'Ente, con riserva di indicazione del numero di r.g. del procedimento giudiziario appena sarà disponibile».

Per l'effetto, la stazione appaltante , con verbale n. 2 del 1.8.2017, la ha ammessa in gara senza alcuna valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento; avverso la ammissione alla gara insorge la società MECA srl, , ai sensi della normativa nazionale che impone la immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni ai sensi degli artt. 120 co 2 bis e 6 bis cpa.

1.2- La società MECA srl lamenta con un unico, articolato motivo, censure di :

Violazione di legge – Violazione della lex specialis di gara – Violazione della par condicio dei concorrenti – Violazione dell'art.80 comma 5 lett. c) D.Lgs. 50/2016 –Violazione della L.241/1990

La normativa di settore, segnatamente l'art.80 D.Lgs. 50/2016, al comma 5 lettera c) prevede che la Stazione appaltante può 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».

Di conseguenza la Sirio non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara con carattere di automatismo per effetto della mera impugnativa in un giudizio civile della risoluzione del contratto precedente, dovendo la amministrazione procedere ad una valutazione della sua affidabilità, alla luce dell'episodio verificatosi; sicché l'amministrazione appaltante avrebbe male applicato la richiamata normativa nazionale, limitandosi a prendere atto della avvenuta impugnativa in sede civile dell'atto di risoluzione del contratto pregresso.

Il Comune di Napoli e la società Sirio srl si sono difesi nel merito, sostenendo che la contestazione in giudizio della risoluzione, attivata mediante la proposizione di apposita contestazione dalla Sirio srl, preclude ogni valutazione al riguardo della Stazione appaltante.

Tale tesi, in base agli argomenti di seguito illustrati, non è destituita di fondamento, dal momento che la causa di esclusione facoltativa che viene in rilievo è quella di cui all'art. 80 co 5 lettera c) la quale, nella sua integralità, prevede tra i gravi illeciti professionali, 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.

Pertanto l'applicazione del diritto nazionale, stante l'avvenuta impugnativa dinanzi al giudice civile della risoluzione contrattuale, comporterebbe il rigetto del ricorso, dovendosi procedere ad ammissione in gara della società Sirio srl, pur in presenza di una pregressa violazione contrattuale ancora sub iudice, restando preclusa alla Stazione appaltante ogni valutazione autonoma sull'affidabilità del concorrente.

1.3 In ordine a tale censura, il Collegio ha ritenuto di sospendere il giudizio, al fine di sollevare, con separata ordinanza, questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, volta ad accertare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che escludono ogni possibilità di valutazione da parte della stazione appaltante circa l'affidabilità di un concorrente, destinatario di precedente atto di risoluzione contrattuale a fronte di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, relative ad elementi significativi, qualora lo

stesso abbia spiegato impugnativa giurisdizionale della risoluzione, così determinando l'ammissione con carattere di automatismo alla procedura. Nel caso di specie risulta pendente innanzi alla Sez. Specializzata Imprese del Tribunale Civile di Napoli il ricorso R.G. 22528/17, - come documentato agli atti di giudizio-proposto dalla Sirio srl avverso la risoluzione anticipata del precedente contratto, nel quale la Sirio deduce di avere contestato i presupposti per far luogo alla risoluzione contrattuale .

1.4 In via preliminare sulla procedibilità del presente ricorso.

Non è contestato in giudizio che il Comune di Napoli – VII Municipalità, con determina n. 7 del 7.11.2017, ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di Sirio s.r.l..

Di qui l'eccezione di inammissibilità del presente gravame, formulata dalla società Sirio srl sulla base della considerazione che tale determina non risulta impugnata, elidendo, allo stato, l'interesse di parte ricorrente alla decisione del presente giudizio. Ritiene in contrario il Collegio che- in disparte la circostanza che il termine per detta impugnativa non è al momento della presente decisione decorso- nell'ambito del rito superspeciale disegnato dal legislatore all'art. 120 comma 2 bis e 6 bis del cpa, l'impugnativa dell'ammissione di un concorrente si presenta idonea a produrre , ove accolta, effetti di invalidità caducante della successiva aggiudicazione eventualmente disposta in favore di quel concorrente, dovendo a tanto condurre la ratio della norma volta alla concentrazione dei giudizi in un'ottica acceleratoria e di economia processuale, sì da refluire sul successivo atto finale di aggiudicazione, viziandolo in radice. In tal senso permane l'interesse alla decisione del presente ricorso, in quanto la società ME.CA. srl risulta seconda graduata e dalla esclusione della Sirio srl conseguirebbe l'aggiudicazione, sotto condizione della verifica del possesso dei requisiti di legge.

2. Il contenuto delle disposizioni nazionali che trovano applicazione nel caso di specie

2.1 La questione interpretativa che si solleva dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea ha per oggetto la normativa nazionale per effetto della quale un concorrente, ancorché destinatario di risoluzione anticipata contrattuale per

gravi carenze nell'esecuzione di un precedente appalto con la stessa ( o con altra stazione appaltante), può sterilizzare gli effetti di tale violazione, attraverso la mera proposizione della impugnativa della risoluzione dinanzi al giudice ordinario , precludendo alla amministrazione ogni giudizio sull'affidabilità del concorrente e privando di effettività la relativa disposizione sull'esclusione facoltativa dalle gare.

2.2 In proposito, la normativa nazionale è oggi dettata dal nuovo Codice degli appalti pubblici (D.Lg.vo n. 50/2016) e precisamente dall'art. 80 comma 5 lettera c) .

Ai sensi di tale norma , che disciplina i casi di esclusione facoltativa dalla gara, la stazione appaltante esclude da una procedura un operatore economico quando tra l'altro,:

“c) 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 ..”.

2.3 La giurisprudenza nazionale (v. T.A.R. Puglia, sez. I, sent. 1480 del 30.12.2016, TAR Bari n.828/2017, TAR Catanzaro n. 2522/2016, TAR Lecce n. 1935/2016 e CdS n. 1955/2017, nonché da ultimo TAR Palermo n. 2511 del 17.11.2017 ) ritiene che laddove la gara - come, appunto, nella fattispecie in esame - rientri nel campo di applicazione del D.Lg.vo n. 50/2016, venga a configurarsi un ineludibile obbligo legale di ammissione della concorrente , qualora la anticipata risoluzione del contratto sia stata contestata in giudizio. La nuova norma ( a differenza della previgente simile disciplina dettata dall'art. 38 primo comma lett. f) del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n. 163 e ss.mm.,) rende irrilevante – ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara indette dalla P.A. – la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora “sub iudice” ( e finanche in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito Tribunale Civile).

La disposizione , pur nell'apprezzabile fine di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla partecipazione degli operatori economici che hanno evidenziato significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, idonei a determinare un deficit di fiducia della amministrazione, realizza una tipizzazione della particolare fattispecie dell'inadempimento contrattuale, per la quale è richiesta la risoluzione con un accertamento incontestato tra le parti (v. T.a.r. Campania – Napoli, sez. V, 12/10/2017, n. 4781), ovvero una condanna al pagamento del risarcimento del danno o altre sanzioni . In tal modo tuttavia si priva di effettività la causa di esclusione facoltativa , in quanto il meccanismo disegnato preclude ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente, rimettendola all'esito del giudizio civile sulla risoluzione, che nella maggior parte dei casi interverrà- per la necessaria durata di quella lite - in un momento in cui si sono prodotti effetti irreversibili, qualora la gara sia stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che il giudice civile accerti doveva essere escluso ( come peraltro avvenuto nel caso in esame).

L'attuale disposizione ( a differenza del pregresso art. 38 lettera f) citato, che costituiva la trasposizione con il metodo copy-out dell'art. 45 comma 2 lettera d) della direttiva 2004/18/UE) è prodotto del metodo di trasposizione ordinaria, con una tecnica di ritaglio ; in tal modo essa ha realizzato una commistione tra le ipotesi indicate dalla direttiva- art. 57 comma 4 lettere c) e g), unificandole impropriamente, per quanto si chiarirà di seguito , ed intervenendo sul regime probatorio con un deficit di effettività della norma sostanziale..

### 3. Il diritto dell'Unione Europea

3.1 In materia il diritto dell'Unione detta i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE.

3.2 In particolare la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, recepita con il nuovo codice dei contratti pubblici, all'articolo 57 comma 4, nel prevedere le cause di esclusione facoltative di un concorrente, dispone:

“4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, di escludere dalla partecipazione alla procedura di 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 considerando 101 della direttiva evidenzia la linea guida cui sono improntate le cause di esclusione, che si concretizza nel principio di affidabilità, da ritenere uno degli obiettivi della Direttiva stessa.

“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche 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, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni.

Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione.”

L'articolo in esame della direttiva ( 57 co 4) delinea due ipotesi distinte, con due differenti regimi probatori; alla lettera c) il grave illecito professionale, disponendo che la stazione appaltante possa “dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”; ed alla lettera g) la situazione dell'operatore economico che ha “... evidenziato ( nel testo inglese has shown) 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;”

Sono quindi, quelle di cui alla lettera g), interpretate alla luce del considerando 101 della direttiva, ipotesi diverse dal grave illecito professionale: questo viene identificato con violazioni di obblighi ambientali o sociali, delle norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale, che mettono in discussione l'integrità dell'operatore economico e possono essere dimostrati dall'amministrazione aggiudicatrice con mezzi adeguati. Le prime invece sono notevoli inadempimenti contrattuali, sempre refluenti sulla affidabilità dell'operatore economico e si richiede che siano “evidenziate”.

### 3.3 La giurisprudenza della Corte UE sull'art. 45 co 2 direttiva 2004/18/UE

Le pronunce della Corte di Giustizia UE hanno sinora riguardato la compatibilità delle normative nazionali con la precedente Direttiva ( art. 45 co 2 direttiva 2004/18/UE) dell'Unione, non risultando ancora formata una giurisprudenza relativa alla nuova direttiva in parte qua.

Giova inoltre riportare la precedente direttiva 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, che all' articolo 45, intitolato: «Situazione personale del candidato o dell'offerente» comprende al. paragrafo 2 le cause di esclusione facoltative da un appalto ed ha il seguente tenore:

«Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: (...)  
d) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice;  
(...) Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. X), con decisione n. 470 del 18 dicembre 2014 ha ribadito che la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attiene a “...qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore”. Al riguardo nel testo della direttiva non vi erano limiti ai mezzi di prova dell'errore

professionale grave. Le pronunce della Corte UE hanno riguardato il profilo della adeguatezza dell'esclusione, sub specie della ragionevolezza e proporzionalità con l'errore commesso.

La Corte di Giustizia dell'Unione (IV Sezione) nella sentenza 14 dicembre 2016 causa C-171/15, promossa da Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi) , nel valutare i criteri applicabili dagli Stati membri nell'inserimento delle cause di esclusione cd. facoltative nella normativa nazionale, indica come imprescindibile il principio di proporzionalità:

“..... il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, non osta a che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara d'appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale.

Ed ancora, la Corte di Giustizia, Sez. III, sentenza 13 dicembre 2012, Causa C-465/11 afferma fortemente il principio di rifiuto di ogni automatismo:

“L'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, il quale conduce all'esclusione automatica dell'operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l'amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l'avvio della procedura in corso ed il valore dell'appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale.

E quanto alla legittimità di disposizioni nazionali attuative (e con riferimento al punto 1.a) dell'art. 24, paragrafo 1, della legge polacca sugli appalti pubblici del 29 gennaio 2004) il Giudice dell'Unione ha chiarito come esse siano compatibili con la disciplina comunitaria in quanto si limitino a "...tracciare il contesto generale di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18", lasciando quindi all'amministrazione un margine di valutazione discrezionale in ordine alla consistenza delle condotte poste a fondamento dell'esclusione, e non anche quando (come era nel caso della disposizione normativa polacca) esse impongano "...alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze (Corte giustizia dell'Unione Europea, (Sez. III) 13 dicembre 2012, n. 465.

Per l'effetto è stato ritenuto incompatibile con la direttiva 2004/18/CE il diritto polacco che stabilisce ex ante cosa si intende per errore grave prescindendo da ogni indagine sull'elemento soggettivo e che impone alle stazioni appaltanti una esclusione automatica quando ricorrono i presupposti legali

Dall'insieme di tali decisioni emerge il rifiuto del diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte UE, di ogni automatismo dal punto di vista della determinazione di esclusione facoltativa nel caso di grave errore professionale, che deve essere ispirata a criteri di proporzionalità; e tanto- a giudizio di questo TAR- deve essere simmetricamente affermato anche per ogni automatismo in ipotesi di meccanismi che abbiano il contrario effetto, di precludere l'esclusione con comparabile grave deficit di proporzionalità ed efficacia della misura.

#### 4. Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale

4.1 L'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, vigente prima della disciplina di cui all'art. 80 co 5 D. Lgs 50/2016, rimettendo appunto alla "motivata valutazione della stazione appaltante" l'accertamento del rilievo e della gravità di condotte denotanti grave negligenza o addirittura malafede nello svolgimento di altre prestazioni affidate dalla stessa amministrazione, o di errore grave nello svolgimento dell'attività professionale d'impresa, era pienamente consonante con la normativa comunitaria. Ai fini dell'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettera

f), non occorre un definitivo accertamento della responsabilità contrattuale, essendo sufficiente “...la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali” (cfr. Cons. di Stato Sez. V – sentenza 11 dicembre 2017 n. 5818 Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 e 21 gennaio 2011 n. 409).

4.2 La sopravvenuta normativa nazionale, vincolando la Stazione appaltante, con preclusione di ogni valutazione sull'affidabilità del concorrente, per effetto della mera contestazione in un giudizio civile della risoluzione contrattuale, non si presenta consonante con i principi dell'Unione. Essa lega inscindibilmente il giudizio interno e quello esterno, impedendo alla stazione appaltante ogni motivata valutazione sulla gravità dell'errore professionale che ha dato luogo alla pregressa risoluzione contrattuale, in violazione del principio di proporzionalità ed effettività, e realizza una non corretta trasposizione della direttiva 2014/24/UE in parte qua. In particolare, utilizzando nella trasposizione della direttiva la tecnica del ritaglio, ha costruito la significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto come ipotesi esemplificativa del grave illecito professionale (per il quale la direttiva peraltro prevede la possibilità di accertamento “con mezzi adeguati”), ma ne ha sterilizzato la portata applicativa, dal momento che disinnescava l'idoneità della stessa a fondare motivo di esclusione, con una sostanziale disapplicazione in parte qua delle previsioni della direttiva. Né vale obiettare che si tratta di ipotesi di esclusione facoltativa dalla gara, dal momento che ciò può rilevare solo nel momento in cui il legislatore nazionale decide se prevedere o meno una determinata causa di esclusione facoltativa; laddove invece, come nel caso in esame, la ipotesi sia stata prevista, il legislatore nazionale rimane vincolato al raggiungimento degli obiettivi indicati dalla direttiva, dovendo dotare l'ipotesi stessa della effettività di applicazione. Pertanto la stessa, una volta recepita, deve poter operare effettivamente.

4.3 Il Collegio ritiene pertanto dubbia la conformità al diritto dell'Unione di siffatta disciplina, sotto vari profili.

Le 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 la diversa ipotesi così descritta: «...se l'operatore economico ha evidenziato 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».

4.4 Si pone, in definitiva, la questione se, nella materia degli appalti pubblici, sia conforme ai richiamati principi euro-unitari la preclusione imperativa di ogni possibilità di valutazione autonoma e proporzionale della Stazione appaltante circa l'esclusione da una gara di un concorrente che sterilizzi le significative carenze evidenziate nell'esecuzione di precedenti contratti attraverso la mera proposizione di impugnativa della risoluzione contrattuale, e sino alla definizione di quel giudizio, con l'effetto di determinare, nell'ipotesi in cui il giudizio civile si concluda negativamente per l'operatore economico, ma la gara si sia svolta in senso a lui favorevole, la lesione del principio comunitario di affidabilità del concorrente, in quanto l'appalto sarebbe eseguito da un operatore economico indiscutibilmente non affidabile.

4.5 In tali circostanze, il meccanismo previsto dalla normativa nazionale appare difficilmente compatibile con la proporzionalità, la . effettività, la certezza del diritto, il legittimo affidamento, principi generali del diritto dell'Unione europea di applicazione trasversale (giurisprudenza pacifica; tra le molte, decisione sul legittimo affidamento, CGUE n. 201 del 10 settembre 2009; n. 383 del 13 marzo 2008; n. 217 del 4 ottobre 2007; sulla certezza del diritto, CGUE n. 576 dell'11 luglio 2013; n. 72 del 16 febbraio 2012; n. 158 del 18 novembre 2008; sulla proporzionalità, CGUE n. 234 del 18 luglio 2013; n. 427 del 28 febbraio 2013),

4.6 Viene anzitutto in rilievo il principio di proporzionalità che non va inteso solo nel senso negativo di ostare ad ipotesi di esclusione sproporzionate, in quanto imposte in modo imperativo ed automatico, ma anche in senso positivo, quale

contrarietà a “ conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze”( cfr Corte UE sez. III, 13.12. 2012 n. 465), in contrasto quindi con il principio cardine dell'affidabilità del concorrente espresso a chiare lettere in tutta la nervatura della nuova direttiva. Il recepimento della direttiva non è avvenuto nel senso , compatibile con la normativa comunitaria, di tracciare il contesto generale di applicazione dell'articolo 57 par.4 lettera g), della direttiva , lasciando all'amministrazione un margine di valutazione discrezionale in ordine alla consistenza delle condotte poste a fondamento dell'esclusione. La preclusione di ogni valutazione all'amministrazione comporta una grave violazione del principio di proporzionalità nella parte in cui impone alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze.

4.7 Del resto, nella vicenda in esame assumono rilievo anche i principi comunitari della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, posto che , come rilevato dalla Corte UE in fattispecie simile ( sentenza IV sezione 14.12.2016 causa C 171/15) alcuni degli operatori economici interessati, pur conoscendo la causa di esclusione e pur essendo consapevoli di aver evidenziato significative carenze professionali, che hanno dato luogo a risoluzione anticipata di un pregresso contratto di appalto, potrebbero essere tentati di depositare un'offerta nella speranza di essere esonerati dall'esclusione sulla base di una strumentale impugnativa della risoluzione, mentre altri, trovandosi in una situazione comparabile, si asterebbero dal depositare una siffatta offerta, affidandosi ai termini di detta clausola di esclusione . Quest'ultimo caso può, in particolare, riguardare gli operatori economici di altri Stati membri, che avrebbero meno esperienza con i termini e le modalità di applicazione della normativa nazionale pertinente. E ciò può mettere gli operatori economici interessati in una situazione di incertezza e violare il principio della parità di trattamento ed il rispetto dell'obbligo di trasparenza. In tal senso anche Corte di Giustizia UE sez. VI , 10.11.2016 causa 140/16, dovendo il principio di parità garantire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dell' offerta.

Se sono da evitare scelte di inasprimento dei vincoli sovranazionali, un opposto irrigidimento sino ad una sostanziale vanificazione dei vincoli stessi appare parimenti frutto di bad practice, atteso che il diritto dell'Unione attraverso i richiamati principi eurounitari, nonché le disposizioni della direttiva in parte qua, tutelano il diritto pubblico della concorrenza e non solo gli interessi di un operatore economico nella concorrenza.

4.8 L'applicazione rigorosa della legge italiana, quale interpretata dalle richiamate pronunce nazionali (v. sopra sub 2.3), non ammette la possibilità di valutazione della Stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sterilizzando gli effetti di negligenza, malafede ed errore grave, cause di esclusione pertinenti all'elemento fiduciario; in cui la relativa valutazione della stazione appaltante dovrebbe prescindere dall'accertamento giurisdizionale e comporsi attraverso un'ispezione nei rapporti contrattuali precedenti.

Secondo quanto statuito con riferimento alla precedente normativa nazionale (art. 38 d. lgs 163/2006) dalle sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312), la decisione di esclusione per "deficit di fiducia", è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso e/o futuro contraente. Tale ratio è identica per le ipotesi disciplinate dalla attuale normativa, in cui elemento centrale è l'affidabilità del concorrente, predicata sotto vari profili.

4.9 - 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", non appare in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, secondo cui l'illecito professionale è causa di esclusione quando abbia connotati di oggettiva gravità (C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012 C-465/11).

La opportunità di oggettivizzare tali requisiti non è stata colta dal legislatore nazionale, il quale ha agito nel solco di una sospensione della valutazione amministrativa, rimessa per intero ad un sindacato giurisdizionale, peraltro incentrato su aspetti non perfettamente coincidenti, ovvero sulla correttezza della azione risolutoria e non sulla affidabilità dell'operatore economico. Non sono stati

oggettivizzati gli elementi di valutazione ( ad es. con riferimento ad indici quali la gravità dell'inadempimento, i danni arrecati alla PA o a terzi) , ma si è reso ancor meno prevedibile l'esito della partecipazione alla gara, rimettendolo ad un evento di natura potestativa- la decisione di impugnare la risoluzione in sede giurisdizionale- e peraltro di esclusivo dominio dell'operatore economico della cui affidabilità si tratta.

In sostanza si fa dipendere la gravità dell'inadempimento non da una circostanza oggettiva, ma da una soggettiva scelta dell'operatore economico destinatario di una risoluzione anticipata , di impugnare la stessa dinanzi al giudice civile, che è giudice del diverso rapporto contrattuale,

Il carattere di oggettiva gravità non discende dalla contestazione o mancata contestazione in giudizio, essendo una qualità intrinseca del fatto, che la stazione appaltante deve poter continuare a valutare sotto il profilo del deficit di fiducia, in maniera proporzionata ma discrezionale ed autonoma avendo riguardo alla individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso e/o futuro contraente. Peraltro, la esclusione in tali ipotesi non è sanzione per la commissione di un illecito, ma ha carattere puramente preventivo, mirando a garantire l'esistenza di un rapporto di fiducia tra la SA e la sua controparte, per cui non dovrebbe essere legata ad un controllo giurisdizionale interno dei suoi presupposti, ma ad un controllo esterno, quale quello del giudice amministrativo, il cui sindacato è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo.

In ogni caso, la normativa nazionale contrasta sotto tale aspetto con il principio di effettività, ove si consideri che la risoluzione per grave inadempimento contrattuale, nei pubblici appalti, è disposta con atto unilaterale della pubblica amministrazione, e che tale atto unilaterale è impugnabile davanti al giudice ordinario entro il termine di prescrizione del diritto, sì che è ben possibile che l'appaltatore impugni la risoluzione a distanza di un certo lasso temporale e che alla data dell'aggiudicazione, e dell'espletamento del servizio ( di durata annuale come quello in esame) sia ancora pendente in primo grado , in base ai dati statistici sulla durata media dei giudizi civili. Vi è così il rischio che un appaltatore responsabile di

gravi inadempimenti si avvantaggi della circostanza che il suo inadempimento non viene accertato in tempo utile, ai fini della esclusione dalle gare.

Secondo i richiamati principi eurounitari deve pertanto restare riservata alla stazione appaltante la individuazione del “punto di rottura dell’affidamento” nel pregresso e/o futuro contraente che determini il “deficit di fiducia” fondante l’esclusione (Cass., sez. un., 17 febbraio 2012 nn. 2312 e 2313). L’elemento, che caratterizza tale causa ostativa è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell’inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre ex ante nell’impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include, di conseguenza, presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull’immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante.

4.9 Ritiene infine il Collegio che la normativa nazionale contrasti anche con ulteriori obiettivi della Direttiva unionale, con riferimento a quanto emerge dal Considerando 102 –della stessa, che ha introdotto il meccanismo del cd. Self cleaning

E’ ivi indicato agli Stati membri come “opportuno” di consentire alle imprese partecipanti di adottare misure non solo fissate ex ante (es. modelli organizzativi) e capaci di esimere eventuali responsabilità, ma di adottare comportamenti capaci di rimediare, ex post, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l’esclusione dalle gare. Per contro l’automatismo ammissivo derivante dalla proposizione di impugnativa giurisdizionale in sede civile dell’atto di risoluzione anticipata del rapporto costituisce un incentivo al disconoscimento degli errori professionali e quindi all’opposto disincentiva la adozione di misure di self cleaning da parte delle imprese, opportune invece per evitare il ripetersi delle violazioni da cui è scaturita la pregressa risoluzione contrattuale..

Tanto a maggior ragione in ipotesi come quelle in esame, in cui la carenza nell’esecuzione del contratto non ha determinato pregiudizi solo di carattere patrimoniale, ma ben più gravi conseguenze sulla salute di fasce sensibili della popolazione.

5. Formulazione del quesito

In relazione a tutto quanto sopra esposto, il Collegio formula il seguente quesito interpretativo:

“Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, 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 D. Lg.vo n. 50/2016, 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. “

6. Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria

6.1 Ai sensi delle “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell’Unione europea, si dispone che la Segreteria di questo Tribunale trasmetta alla Cancelleria della Corte di giustizia, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo Rue du Fort Niedergrunewald, L-2925 Lussemburgo, copia integrale del fascicolo di causa.

6.2 In applicazione dell’art. 79 cod. proc. amm. e del punto 23 delle Raccomandazioni, il presente giudizio rimane sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, provvede come segue:

- rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea;
- dispone che, non appena pubblicata la motivazione alla base del presente dispositivo, la presente ordinanza, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;
- dispone la sospensione del presente giudizio;
- riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Anna Pappalardo**

**IL SEGRETARIO**