

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO

4 / 2022

OTTOBRE - DICEMBRE

Esclusione da gara per grave illecito professionale: il Tar Sardegna fissa i paletti alla discrezionalità della stazione appaltante

Pietro Losciale

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-4-23

L'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice degli Appalti prevede l'esclusione dell'operatore economico da una procedura di gara laddove la stazione appaltante dimostri, «con mezzi adeguati», che lo stesso si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. La ratio della norma – oggetto di recente modifica da parte del legislatore – è l'«esigenza», da parte della pubblica amministrazione, «di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente» (vedi Consiglio Stato, sezione V, sentenza 11 aprile 2016, n. 1412), sicché poter valutare l'integrità dell'operatore economico attraverso un adeguato processo valutativo. La discrezionalità di tale disposizione – nel punto in cui prevede l'esclusione dell'operatore economico per gravi illeciti professionali sulla base di un qualsiasi mezzo ritenuto dalla stazione appaltante adeguato – è stata oggetto di recente trattazione da parte del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, che, con sentenza del 3 ottobre 2022 n. 646, ha chiarito come tale valutazione presupponga un iter logico basato su due livelli, uno oggettivo e uno relativo, che tenga conto tanto dell'oggettiva gravità dell'illecito professionale posto in essere dall'operatore, quanto dell'effettivo pregiudizio che lo stesso possa apportare allo specifico contratto oggetto di affidamento.

Exclusion from public tender procedures for serious professional misconduct: the Regional Administrative Court for Sardinia limits the discretion of the Contracting Authority

Article 80, paragraph 5, letter c) of the Code of Public Contracts provides for exclusion from participation of economic operators who have been convicted of serious professional misconduct affecting their integrity or reliability. The rationale for this provision is «the need», of the public administration, «to ensure the reliability of

those who propose themselves as contractors» (Council of State, decision no.1412, of April 11, 2016) through an evaluation process to determine their integrity. This provision has been the subject of a recent decision by the Regional Administrative Court for Sardinia: no. 646 of October 3, 2022. That decision focused on the discretion left by this provision – at the point where it provides for the exclusion of the economic operator for serious professional misconduct on the basis of any means considered by the Contracting Authority as adequate. The decision has clarified how this evaluation presupposes a specific reasoning based on two levels: one objective and one relative, which considers both the gravity of the professional misconduct committed by the economic operator, and the prejudice that it may cause to the specific contract in question.

1. Il caso

In data 2 novembre 2021 il Comune di Oristano ha indetto una procedura aperta, da svolgersi sulla Piattaforma telematica SardegnaCat, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "Servizio di trasporto scolastico scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di 1° grado", con euro 7.182.000,00 a base d'asta.

Disposta la graduatoria finale, la stazione appaltante ha ricevuto notizia di un ricorso amministrativo con cui la seconda classificata chiedeva l'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria, segnalando che quest'ultima aveva ommesso di indicare nel DGUE la propria esclusione da una precedente procedura negoziata indetta dall'Unione dei Comuni della Bassa Valle del Tirso e del Grighine, la quale, con determinazione 11 settembre 2019, n. 47, aveva considerato "gravi illeciti professionali" delle condotte tenute negli anni 2018 e 2019 dall'operatore economico nell'esecuzione di un precedente servizio di trasporto scolastico pubblico che le era stato affidato dal Comune di Villanova Truschedu. Si trattava, in particolare, del fatto che l'interessata si era avvalsa di un autista (sostituto del titolare) privo del titolo abilitativo richiesto (Carta di circolazione del conducente per trasporto persone) e di un accompagnatore non in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali.

Alla successiva richiesta di chiarimenti da parte del Comune di Oristano l'aggiudicatario vi ha dato riscontro con nota del 21 marzo 2022, evidenziando, in

sintesi, di non avere segnalato nel DGUE le circostanze sopra descritte solo perché il Comune di Villanova Truschedu non aveva, poi, sanzionato le condotte segnalate e perché, dopo essere stata esclusa dalla successiva gara da parte dell'Unione dei Comuni della Bassa Valle del Tirso e del Grighine, era stata, invece, costantemente ammessa alle gare successive, compresa una indetta dalla stessa Unione.

Con successivo provvedimento del RUP in data 13 aprile 2022 la stazione appaltante, in accoglimento della richiesta formulata dalla seconda classificata, ha disposto l'esclusione dalla gara del primo in classificato, prendendo atto, *sic et simpliciter*, dei gravi illeciti professionali imputatigli, da parte del Comune di Villanova Truschedu, nella precedente commessa^[1], «*incidenti sui requisiti imprescindibili di integrità ed affidabilità, data la gravità degli stessi*»^[2].

Avverso il provvedimento di esclusione l'aggiudicataria ha proposto ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, evidenziando «*l'oggettiva ed evidente "marginalità" delle violazioni rilevate nel caso specifico, tanto più se si considera che una di queste risale a più di tre anni orsono e che l'altra neppure era stata oggetto di contestazione da parte della precedente stazione appaltante, che aveva, poi, rilasciato il certificato di regolare esecuzione della prestazione*»^[3].

2. La decisione

Il Collegio ha ritenuto il ricorso fondato, sul presupposto secondo cui le ragioni sottese al provvedimento di esclusione da parte della stazione appaltante appaiono «*carenti sotto il profilo logico e motivazionale*»^[4].

Sotto il profilo logico, il giudice ha fatto proprio l'orientamento del Consiglio di Stato^[5], che, nell'argomentare il processo valutativo della stazione appaltante circa i gravi illeciti professionali quali causa di esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. c)* Cod. App., ha individuato un percorso logico «*su due livelli, dalla cui integrazione discende la complessiva verifica del grave illecito professionale a effetto escludente: da un lato occorre che il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, il fatto così qualificato va messo in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da*

poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata»^[6].

In altre parole, in sede di valutazione di una fattispecie quale grave illecito professionale, la stazione appaltante non deve limitarsi a verificare, discrezionalmente, «con mezzi idonei», la gravità dell'infrazione commessa, secondo un criterio di natura oggettiva, ma deve individuare quel potenziale pregiudizio che la stessa possa arrecare nei confronti della specifica procedura di gara interessata, secondo un criterio di natura relativa.

Invero, disposta l'esclusione in caso di grave illecito professionale, grava sulla pubblica amministrazione un onere motivazionale in ordine ai motivi che hanno condotto a ritenere la fattispecie incriminata come tale: «Laddove, poi, come nel caso in esame, la violazione contestata riguardi condotte tenute nell'esecuzione di un precedente contratto, la stazione appaltante dovrà ulteriormente approfondire la questione, anche a livello motivazionale, valutando e illustrando l'effettiva "gravità" dell'illecito (qualificazione dello stesso che, come noto, è espressamente richiesta dalla disciplina vigente ai fini dell'esclusione) alla luce, tra l'altro, della sanzione applicata e del tempo trascorso dalla violazione, come espressamente richiede l'art. 80, comma 5, lett. c-ter, ultima parte, del Codice»^[7]. Circostanza non verificatasi nel caso di specie, essendosi la stazione appaltante sostanzialmente limitata a "ricostruire" i fatti, senza preoccuparsi di valutarne la concreta incidenza sull'affidabilità del concorrente.

Infine – specifica la pronuncia – «le condotte pregresse rispetto alla gara in svolgimento possono assumere rilievo escludente quali "gravi illeciti professionali" solo se obiettivamente in grado di determinare "la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti" (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, Sezione V, 4 febbraio 2019, n. 827), aspetto, questo, che non emerge ictu oculi dai fatti in discussione e che la stazione appaltante non si è preoccupata di valutare, e tanto meno motivare, adeguatamente»^[8].

3. Conclusioni

La sentenza in commento si pone in controtendenza rispetto a quel filone giurisprudenziale che ha inteso riconoscere un non indifferente potere

discrezionale in capo alla pubblica amministrazione nell'individuazione di quei gravi illeciti professionali – e, conseguentemente, dei «*mezzi idonei*» alla loro configurazione – quali causa di esclusione da una procedura di gara *ex art. 80, comma 5, lett. c) Cod. App.*

Nella corretta valutazione di un grave illecito professionale, il Collegio ha tracciato due differenti binari su cui operare: uno logico, attraverso una “procedimentalizzazione” dell'iter valutativo della stazione appaltante, che, oltre a ricostruire la gravità dell'infrazione compiuta, permetta di classificare l'illecito commesso come presupposto tale da determinare «*la rottura del rapporto*»^[9] con la stessa pubblica amministrazione, secondo un criterio, come già chiarito, di natura relativa; uno motivazionale, prevedendo, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di illustrare l'iter logico seguito, in un'ottica che valorizzi le motivazioni che hanno portato a ritenere un grave illecito professionale come tale.

In conclusione, il giudice ha inteso fissare dei paletti alla discrezionalità amministrativa esercitata dalla stazione appaltante, così che, nell'esercizio della stessa, la pubblica amministrazione sia veicolata all'applicazione di un procedimento logico motivazionale che appuri la gravità di un illecito professionale quale causa di esclusione da una procedura di gara non solo sulla base dell'effettivo fatto verificatosi, quanto anche rispetto ad elementi inscindibilmente legati allo stesso quali, come chiarito dal giudice, l'eventuale sanzione applicata e il tempo trascorso dalla stessa violazione.

1. Si noti che il provvedimento di esclusione del RUP tiene conto non già della precedente esclusione disposta da parte dell'Unione dei Comuni della Bassa Valle del Tirso e del Grighine quanto delle sole criticità segnalate dal Comune di Villanova Truschedu in altra commessa. In tal senso, il provvedimento cita Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2020, n. 7730, secondo cui la valutazione della stazione appaltante «*può basarsi sulla documentata presenza di pregresse omissioni, mancanze o scorrettezze nell'adempimento dei doveri nascenti dagli impegni professionali assunti, le quali possono portare a qualificare l'operatore economico come non affidabile per onorare ulteriori contratti pubblici*».
2. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, n. 646.
3. *Ibidem.*
4. *Ibidem.*
5. Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307.
6. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, cit.
7. Sul punto si veda anche Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299: «*Piuttosto, in tale*

CERIDAP

eventualità -vale a dire quando esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale [...] - la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con "mezzi adeguati"».

8. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, cit.
9. Così T.A.R. per la Sardegna, sentenza del 3 ottobre 2022, cit.