

Illeciti professionali ed esclusione dalla gara

Autore: Biamonte Alessandro

In: Giurisprudenza commentata

L'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che **le amministrazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici «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».**

La previsione va letta in combinato disposto con il Considerando 101 della Direttiva: “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 erranea, 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.”.

Ne discende che le **previsioni eurounitarie** ritengono di consentire 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».

Per converso, il **legislatore nazionale** ha stabilito che l'errore professionale, passibile di risoluzione anticipata (per definizione “grave” ex art. 1455 Cod. civ. nonché ex art. 108, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) non comporta l'esclusione dell'operatore in caso di contestazione in giudizio.

Tra la norma interna e la norma euro - unitaria **non vi è omogeneità.**

La conseguenza è la necessaria subordinazione dell'azione amministrativa agli esiti del giudizio. Ciò è astrattamente possibile, essendo comprensibile che la scelta dell'amministrazione sia vincolata agli esiti di un giudizio, ma appare non compatibile con i tempi effettivi dell'azione amministrativa in relazione alle finalità di interesse generale del settore, vale a dire l'utile realizzazione delle opere o acquisizione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. La ragione appare chiara: risolto il contratto per grave inadempimento dell'operatore economico, l'amministrazione dovrà indire una nuova procedura di gara per

addivenire ad un nuovo contratto; ma all'operatore economico inadempiente basterà contestare in giudizio la risoluzione per ottenere comunque ingresso nella nuova procedura, dovendo nelle more l'amministrazione attendere l'esito del giudizio per poter legittimamente procedere alla sua esclusione.

Pertanto, l'amministrazione appaltante non può, in questo modo, assumere una propria responsabilità nella decisione di escludere l'operatore e deve attendere, comunque, l'esito del giudizio: che viene a prevalere sulle esigenze amministrative di ordine generale sopra rammentate.

Se obiettivo del legislatore nazionale è di alleggerire l'onere probatorio a carico dell'amministrazione per rendere più efficiente l'azione amministrativa attraverso l'elencazione di casi in cui è possibile escludere l'operatore economico (come in Cons. Stato, 2 marzo 2018 n. 1299), lo strumento non appare adeguato: l'azione amministrativa è, nei sensi detti, di fatto arrestata dall'instaurazione di altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale. Se obiettivo è garantire che l'operatore economico sia definitivamente escluso dalla procedura di gara solo quando il grave illecito professionale sia confermato all'esito di un giudizio, apparirebbe sufficiente imporre all'amministrazione di fornire adeguata motivazione dell'esclusione, lasciando al giudice amministrativo di sindacare la ragionevolezza.

Viene formulata alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: "Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio"

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/illeciti-professionali-ed-esclusione-dalla-gara/>