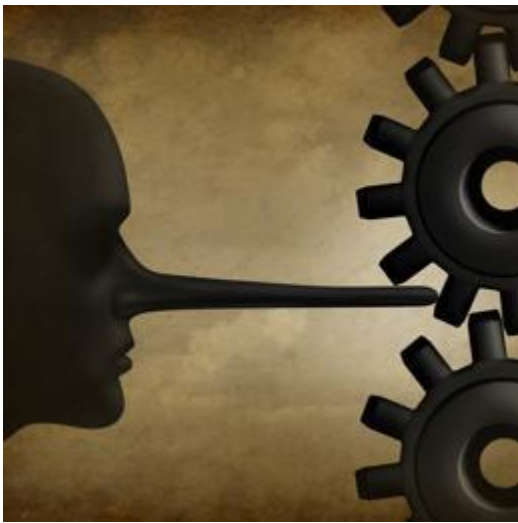


Edilizia e Territorio

Grave illecito professionale, esclusione legittima se c'è il rinvio a giudizio dell'amministratore

Roberto Mangani – 16 luglio 2018

Il Tar Campania ha recentemente dato una interpretazione estensiva all'applicazione del comma 5 lettera c) dell'articolo 80' del Codice



Anche il semplice provvedimento di rinvio a giudizio intervenuto nell'ambito di un procedimento penale a carico degli amministratori di un'impresa per un reato che incida gravemente sulla integrità e affidabilità della stessa costituisce grave illecito professionale, come tale idoneo a provocare l'esclusione dalla gara.

Si esprime in questo senso una recente sentenza del [Tar Campania, n. 4271 del 26 giugno 2018](#) che, nel collocarsi nell'ambito di quell'indirizzo giurisprudenziale tendente ad ampliare l'ambito di applicazione della norma sul grave illecito professionale di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del D.lgs. 50, affronta il tema da un angolo visuale diverso da quello proprio delle più recenti pronunce.

Il fatto

Un Comune aveva avviato una gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico. Alla gara aveva partecipato un solo concorrente, che era il medesimo che aveva già svolto lo stesso servizio in base a un affidamento immediatamente precedente quello in oggetto.

Tuttavia il concorrente in questione veniva escluso, in applicazione della norma sul grave illecito professionale sopra ricordata. Nello specifico, l'esclusione veniva disposta in ragione dell'esistenza di un decreto di rinvio a giudizio emanato nei confronti dell'amministratore dell'impresa, ritenendosi tale provvedimento sufficiente a minare quei requisiti di integrità e affidabilità la cui mancanza costituisce causa di esclusione dalle gare. Contro tale provvedimento di esclusione l'impresa presentava ricorso davanti al giudice amministrativo. Tale ricorso era basato sulla ritenuta non idoneità del semplice decreto di rinvio a giudizio a determinare l'effetto escludente, non avendo tale decreto quel carattere di esecutività che legittima l'ente appaltante ad emanare il provvedimento di esclusione. A questa censura il ricorrente ne aggiungeva una seconda. Veniva infatti ritenuto contraddittorio il comportamento dell'ente appaltante che non aveva mai mosso alcuna contestazione nell'ambito del precedente rapporto contrattuale – avente il medesimo oggetto di quello della gara – e nonostante ciò aveva poi proceduto all'esclusione del concorrente. Cosicché solo in sede di gara veniva riscontrato il venir meno dei requisiti di integrità e affidabilità dell'impresa, cui si accompagna il grave illecito professionale, la cui mancanza non era invece stata rilevata in costanza del precedente rapporto contrattuale.

Il carattere esemplificativo degli illeciti professionali indicati dalla norma

Le censure mosse dal ricorrente sono state respinte dal giudice amministrativo.

In via preliminare la pronuncia ribadisce l'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui l'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 ha carattere meramente esemplificativo e non tassativo. La norma in questione indica infatti tra gli illeciti professionali le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che hanno causato la risoluzione anticipata dello stesso non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio o che hanno dato luogo a una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; o ancora il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o il fornire informazioni false o fuorvianti in sede di gara. Questa elencazione, come si ricava anche dall'espressione utilizzata dal legislatore – dopo aver definito gli illeciti professionali viene specificato che “tra questi rientrano” – non esaurisce tutte le ipotesi di grave illecito professionale sulla base delle quali la stazione appaltante può legittimamente procedere all'esclusione del concorrente.

Ne consegue che residua in capo all'ente appaltante un significativo margine di discrezionalità nel valutare se taluni comportamenti o circostanze, pur non integrando le fattispecie indicate dalla norma, siano tali da configurare comunque un grave illecito professionale, fornendo naturalmente adeguata motivazione sull'incidenza di tale comportamento o circostanza sull'affidabilità o integrità del concorrente. In questa prospettiva il giudice amministrativo ha ritenuto che il provvedimento di rinvio a giudizio, pur non avendo alcun carattere di definitività in merito al procedimento penale in corso, sia di per sé sufficiente ad integrare un'ipotesi di grave illecito professionale. In sostanza, non è necessario che il procedimento penale sia sfociato in una sentenza di condanna – al limite anche

non definitiva – poiché l'esclusione per gravi illeciti professionali si può basare anche su elementi che, anche se in via ancora presuntiva, configurano un comportamento che non è ritenuto compatibile con la partecipazione alla gara. E la valutazione di tale elementi è lasciata alla discrezionalità dell'ente appaltante, che ha il solo onere di fornire adeguata e congrua motivazione delle scelte effettuate. Nel caso di specie queste considerazioni assumono un rilievo ancora più pregnante in considerazione del fatto che il procedimento penale in corso e il relativo decreto di rinvio a giudizio si riferiscono all'affidamento del medesimo servizio oggetto della gara in corso e che l'ente appaltante è lo stesso.

La conclusione è che nel caso di specie l'apprezzamento discrezionale dell'ente appaltante si è correttamente riferito a circostanze che, ancorché non cristallizzate in alcun provvedimento definitivo, assumono rilievo ai fini della configurazione del grave illecito professionale. Il provvedimento di rinvio a giudizio riguarda infatti comportamenti posti in essere da soggetti collocati in posizione apicale e che peraltro configurano il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante che la stessa norma individua come una delle figure sintomatiche del grave illecito professionale.

Sotto quest'ultimo profilo il giudice amministrativo evidenzia che il comportamento oggetto di censura non deve necessariamente riguardare la gara in corso, ben potendo essere stato posto in essere – come nel caso di specie – nell'ambito di una precedente gara, tanto più se relativa al medesimo servizio. Infine, nessun rilievo può assumere la circostanza che nei confronti dei soggetti rispetto ai quali è stato emanato il decreto di rinvio a giudizio sia stata decisa la revoca della misura cautelare in un primo tempo disposta. Infatti, le vicende del procedimento penale e di quello amministrativo si pongono su due piani diversi specie con riferimento alla relativa tempistica. Così, i tempi del procedimento penale sono spesso incompatibili con le esigenze proprie del procedimento amministrativo come nel caso di specie in cui la volontà di escludere un soggetto ritenuto non affidabile non può dipendere da condizioni che intervengono nell'ambito del procedimento penale.

Il grave illecito professionale in sede di gara

Lo specifico interesse della pronuncia in esame deriva dal fatto che si occupa dell'illecito professionale con riferimento a fatti che ineriscono allo svolgimento della gara. Come ricordato più sopra, il grave illecito professionale nella configurazione accolta dall'articolo 80, comma 5, lettera c) tocca due diversi ambiti: quello più tradizionale legato a precedenti rapporti contrattuali e quello più innovativo collegato a comportamenti tenuti in sede di gara, idonei a turbare il regolare svolgimento della stessa. Fino ad oggi la giurisprudenza si è per lo più occupata del primo profilo, delineando alcuni principi volti a definire la configurazione del grave illecito professionale in relazione a gravi carenze riscontrate nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto. In questo ambito i giudici hanno accolto un'interpretazione estensiva della fattispecie, ribadendo in primo luogo il carattere esemplificativo delle ipotesi indicate dalla norma. Il medesimo approccio estensivo è adottato dalla pronuncia in commento, pur riguardando il diverso profilo dell'illecito connesso alla fase di partecipazione alla gara. Il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante viene infatti configurato – come sopra illustrato – anche in presenza di un semplice provvedimento di rinvio a giudizio, cioè con riferimento a una fase iniziale del procedimento penale.

Appare evidente che l'orientamento generale della giurisprudenza è quello di dare alla norma sull'illecito professionale un'applicazione volta a tutelare soprattutto l'esigenza dell'ente committente di non negoziare con soggetti la cui affidabilità e integrità è messa in dubbio da comportamenti pregressi. E ciò anche se tali comportamenti non hanno ancora trovato una consacrazione in provvedimenti definitivi di natura giudiziaria. Detto altrimenti non è necessario che le inadempienze del precedente rapporto contrattuale o il comportamento anomalo in sede di gara siano state accertati con una sentenza di condanna, poiché l'ente appaltante può operare le sue scelte discrezionali – e quindi procedere all'esclusione del concorrente - anche a prescindere da tali accertamenti. Si tratta di un approccio che, nel privilegiare le esigenze degli enti appaltanti, tende a sacrificare maggiormente l'interesse degli operatori economici a partecipare alle gare. Tuttavia va rilevato che tale approccio appare per alcuni versi maggiormente in linea con le previsioni contenute nella normativa comunitaria. Quest'ultima infatti si limita a prevedere da un lato che costituisce causa di esclusione dalla gara l'aver posto in essere gravi illeciti professionali che rendono dubbia l'integrità del concorrente o essere incorso in gravi carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto; dall'altro che può essere escluso il concorrente che abbia cercato di influenzare indebitamente il processo decisionale dell'ente appaltante. In entrambi i casi è riconosciuto all'ente appaltante un ampio margine di discrezionalità nel dimostrare che il concorrente è incorso nei suddetti comportamenti, senza che la norma ponga particolari vincoli o condizioni alle modalità di tale accertamento.