

Edilizia e Territorio

Esclusione per illecito professionale, non contano le «penali» applicate in un precedente appalto

10 maggio 2019 - Roberto Mangani

Per il Consiglio di Stato non costituisce sintomo di errore grave o di grave negligenza

La mera irrogazione di penali relative a un precedente rapporto contrattuale non costituisce di per sé causa di esclusione dalla gara. Conseguentemente non sussiste alcun obbligo a carico del concorrente di dichiarare di essere incorso nelle penali, non prefigurandosi la fattispecie del grave illecito professionale. Si è espresso in questo senso il [Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2019, n. 2794](#) che, sotto questo specifico profilo, ha operato un'interpretazione restrittiva della nozione di grave illecito professionale.

Il fatto

Un ente appaltante aveva bandito una gara per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana e raccolta differenziata dei rifiuti. Nell'ambito della procedura di gara un concorrente veniva escluso a causa dell'omessa dichiarazione in merito all'applicazione di penali nei suoi confronti relative a un precedente rapporto contrattuale avente ad oggetto un analogo servizio svolto a favore di altro ente committente.

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato dal concorrente davanti al giudice amministrativo, sulla base dell'assunto che non sussisterebbe alcun obbligo dichiarativo relativo all'avvenuta irrogazione di penali.

La posizione del Tar

Il giudice amministrativo di primo grado ha respinto il ricorso del concorrente. Alla base della decisione è stato posto il principio secondo cui grava sui concorrenti un generale dovere di dichiarazione di tutti i fatti risolutivi, errori o altre negligenze incorsi in precedenti rapporti contrattuali.

discrezionalità dell'ente appaltante. In sostanza, secondo questa ricostruzione, vi è una netta suddivisione di ruoli tra concorrente e ente appaltante: il primo è tenuto a dichiarare tutti i fatti potenzialmente in grado di incidere sulla sua moralità e affidabilità, senza poter compiere alcuna attività di selezione degli stessi. La stazione appaltante, a sua volta, ha la più ampia discrezionalità in sede di valutazione, ma proprio per poterla esercitare correttamente ha necessità di disporre di una dichiarazione veritiera e completa di tutti i fatti potenzialmente rilevanti ai fini della moralità e affidabilità del concorrente.

In questa logica, nel caso di specie la dichiarazione resa dal concorrente avrebbe dovuto ricomprendere anche le penali applicate nell'ambito del precedente rapporto contrattuale con altro committente, che peraltro non risultavano contestate in giudizio.

La decisione del giudice amministrativo di primo grado è stata impugnata davanti al Consiglio di Stato dal concorrente, che ha peraltro evidenziato l'irrisorietà delle penali applicate, con conseguente violazione dell'articolo 80 del Dlgs 50/2016 nonché dell'articolo 97 della Costituzione con particolare riferimento al principio di proporzionalità.

La posizione del Consiglio di Stato

Il giudice di appello ha riformato la sentenza di primo grado, accogliendo le censure mosse dal ricorrente. Il Consiglio di Stato ricorda in primo luogo come la materia trova oggi regolamentazione nell'articolo 80, comma 5, lettera c), che da un lato prevede che costituisca causa di esclusione dalla gara l'aver commesso gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità e affidabilità del concorrente; dall'altro stabilisce che sono considerati tali 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 o confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.

Anche se la norma non è perfettamente coincidente con la disciplina previgente, contenuta all'articolo 38, comma 1, lettera f) del D.lgs. 163/2006 - che faceva riferimento alla grave negligenza o malafede nell'esecuzione di un precedente contratto con il medesimo ente appaltante che bandiva la gara e all'errore grave commesso nell'esercizio della propria attività professionale - alcuni principi dettati con riferimento a quest'ultima appaiono estensibili per analogia alla nuova disciplina.

In particolare la giurisprudenza che si è formata sotto la previgente disciplina ha sottolineato in primo luogo che i concorrenti sono tenuti a rendere una dichiarazione veritiera e completa, condizione necessaria per permettere alla stazione appaltante di esprimere il suo giudizio sull'affidabilità del concorrente, giudizio caratterizzato da un'ampia discrezionalità e quindi sindacabile dal giudice amministrativo sotto il limitato profilo di evidente illogicità o irrazionalità o palese travisamento dei fatti.

Alla luce di questo principio è stato precisato che una dichiarazione che sia carente di qualche dato rilevante non può considerarsi semplicemente incompleta, bensì non veritiera, con la conseguenza che la relativa mancanza non può essere sanata attraverso il ricorso al soccorso istruttorio.

Sempre la giurisprudenza ha ritenuto che in taluni casi i gravi errori professionali possono sussistere anche in assenza di un accertamento giurisdizionale degli stessi, purché vi sia una dichiarazione dell'ente appaltante di risoluzione per inadempimento e le violazioni commesse siano gravi e ripetute.

In base a questi principi la posizione che emerge è che la dichiarazione dei concorrenti deve avere un contenuto il più ampio possibile, senza alcuna possibilità di selezionare i fatti rilevanti. Fin qui, l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato sembra andare nel senso di un'interpretazione estensiva dell'obbligo dichiarativo e di un conseguente ampliamento della causa di esclusione legata alla commissione di un grave illecito professionale.

Ma questo orientamento trova una limitazione con riferimento alla questione di quando un fatto può considerarsi rilevante ai fini della configurazione di un grave illecito professionale. Ed è proprio su questa questione che il Consiglio di Stato ha formulato le sue valutazioni in relazione al caso di specie.

In particolare, per il giudice amministrativo, l'irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé il grave illecito professionale in quanto non costituisce sintomo di errore grave o di grave negligenza. Non si è quindi in presenza di una causa di esclusione, tanto più se il relativo provvedimento non specifica l'ammontare delle penali né offre alcuna puntuale motivazione in merito alla gravità dei fatti che hanno determinato l'irrogazione delle stesse. Nel caso di specie l'ammontare delle penali era di misura minimale - circa l'1% del valore del contratto - di modo che la loro irrogazione, in mancanza di altri elementi significativi, non poteva costituire sintomo di grave illecito professionale, come tale idoneo a giustificare l'esclusione dalla gara.

In ragione di queste motivazioni non può considerarsi sussistente in capo al concorrente alcun obbligo dichiarativo relativo all'avvenuta irrogazione di penali in un precedente rapporto contrattuale.

La posizione di cautela del Consiglio di Stato nel delineare gli effetti collegati all'irrogazione di penali non costituisce una novità nel panorama giurisprudenziale. Già in passato il giudice amministrativo ha affermato che ai fini della configurabilità del grave illecito professionale non è sufficiente la mera irrogazione di penali relative ad un precedente contratto di appalto se le stesse non sono state oggetto di conferma in sede giurisdizionale (Consiglio di Giust. Amm. Regione Sicilia, n. 575 del 28 dicembre 2017). Di conseguenza in questo caso non è configurabile una dichiarazione reticente in merito alla sussistenza del grave illecito professionale.

L'orientamento giurisprudenziale che emerge in relazione alla irrogazione delle penali in un precedente rapporto contrattuale come causa di esclusione dalla gara è dunque ispirato a un significativo grado di cautela.

Ciò appare avere una sua logica anche considerando che l'applicazione di penali, almeno entro certi limiti, si può presentare come un aspetto fisiologico nel rapporto tra committente e appaltatore, come tale non idoneo a configurare il grave illecito professionale.

Va peraltro considerato che l'articolo 80, comma 5, lettera c) del D.lgs. 50, come sopra ricordato, indica come fatti sintomatici del grave illecito professionale le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio ovvero una condanna al risarcimento del danno. Il legislatore, in via generale, ha quindi espresso l'esigenza che i comportamenti delle imprese siano stati oggetto di valutazione da parte del giudice che, come soggetto terzo, abbia in qualche modo consacrato il grave illecito professionale. Ed è quindi ragionevole che questa esigenza sia avvertita anche rispetto alle irrogazione delle penali.