Breve commento a Tar Campania, Napoli, sez. I, sentenza dell'11 aprile 2018, n. 2390 che interviene nuovamente sulla portata applicativa dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016

Un nuovo intervento del giudice amministrativo sulle gravi violazioni nell'esecuzione di precedenti rapporti contrattuali: il Tar Campania, Napoli, sez. I con sentenza dell'11.04.2018, n. 2390 si occupa dell'esclusione dalle gare pubbliche di operatori economici contro cui altro committente ha decretato la risoluzione del contratto in fase di esecuzione, successivamente contestata in giudizio da parte dello stesso soggetto privato.

Nel caso esaminato, il Tar ha confermato la decisione della stazione appaltante (regione Campania) che, a seguito di specifica attività istruttoria, aveva ravvisato nel merito l'opportunità di non procedere all'aggiudicazione alla prima classificata, avendo ritenuto gravi le precedenti inadempienze contrattuali, nonostante fosse ancora pendente il giudizio di contestazione mosso dall'impresa contro la decisione unilaterale di risoluzione patita in seno a diverso appalto.

La disposizione normativa su cui ruota la vicenda giudiziale è quella dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016 nella parte in cui escluderebbe la discrezionalità della stazione appaltante quando sottoponga a scrutinio l'affidabilità degli operatori economici nel caso in cui altro committente abbia comminato una risoluzione contrattuale per gravi inadempimenti e questa decisione sia stata contestata in giudizio; in questo caso, non sarebbe consentita l'esclusione dell'operatore privato.

Lo stesso Tar Campania, con ordinanza n. 5893 del 13 dicembre 2017, aveva già esaminato una vicenda analoga rimettendo alla Corte di giustizia europea la questione prima tratteggiata, evidenziando come un'interpretazione restrittiva della predetta disposizione normativa possa precludere ogni autonoma valutazione sull'affidabilità dell'impresa in presenza di "*significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto*" contestate in un giudizio ancora pendente, finendo per privare di effettività la causa di esclusione in evidenza.

In attesa di chiarimenti da parte della Corte di Giustizia, il Tar campano ha ribadito la propria posizione valorizzando la formulazione letterale dell'art. 80, comma 5, lett. c) e la *ratio* ad esso sottesa; il Tar muove dalla premessa che l'indicazione delle ipotesi di grave illecito professionale contemplate nel secondo periodo della citata disposizione abbia portata meramente esemplificativa, con conseguente autonomia della fattispecie generale prevista nella prima parte della norma.

Il legame esistente tra l'ipotesi generale e le fattispecie tipizzate è rintracciabile nella "*dimostrazione con mezzi adeguati*" che la norma pone a carico della stazione appaltante: tale onere non risente di alcuna particolare conformazione nell'ipotesi generale; invece, nel secondo caso - per effetto della naturale differenziazione propria della tecnica redazionale di esemplificazione - l'esistenza di presunzioni sulla gravità dell'illecito professionale restringe l'ambito di valutazione della stazione appaltante, ad esempio nel caso in cui l'impresa si sia opposta in sede giudiziale alle violazioni contrattuali ad essa contestate.

Pertanto, il committente può qualificare la condotta come grave illecito professionale, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, a patto che ne dimostri l'incidenza in punto di inaffidabilità, prescindendo dalla pendenza di un giudizio che viene a collocarsi all'esterno della fattispecie normativa utilizzata.

La diversa tesi sostenuta dal ricorrente implicherebbe invece che, rispetto a fatti ugualmente costituenti grave illecito professionale, per taluni di essi sarebbe possibile neutralizzare gli effetti ostativi alla partecipazione alla gara mediante la semplice proposizione di una domanda giudiziale.

Si veda anche in senso conforme la recente sentenza del Consiglio di Stato, V° Sez. 2/3/2018 n. 1299.