

Consiglio di Stato su “illecito professionale” e “chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante”

8 Febbraio 2018

Deve essere data una lettura garantista alla causa di esclusione dell'illecito professionale, che può operare solo a fronte di un precedente che abbia assunto carattere di definitività.

I chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante su una procedura di gara devono ritenersi ammessi nei limiti in cui non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della stessa.

Sono questi i principi affermati dal Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza del 17 gennaio 2018, n. 279.

1. L'illecito professionale

Il Collegio approfondisce anche la causa di esclusione dell'illecito professionale, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50 del 2016, Codice dei contratti pubblici, confermando l'orientamento più “garantista” già espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sez. giurisdizionale, con la sentenza 28 dicembre 2017, n. 575.

Secondo l'orientamento espresso, l'eventuale inadempimento contrattuale del concorrente (penali, risarcimento, incameramento della garanzia) non rappresenta una “*significativa carenza*” e, quindi, non può comportare l'esclusione dalla procedura di gara, nel caso in cui non si siano ancora prodotti effetti giuridici “definitivi”, perché non contestati ovvero confermati in giudizio.

A tale proposito, il giudice amministrativo ha altresì chiarito, in una diversa occasione, che non dovrebbe sussistere l'illecito professionale laddove le parti si siano accordate e l'inadempimento sia stato sanato col pagamento di una penale, proprio perché questa è frutto di un accordo con il committente, non di un risarcimento stabilito dal giudice al termine di un contenzioso (Tar Campania, sez. IV, sentenza n. 99/2018).

Pertanto, se nel primo caso l'impresa può essere esclusa per illecito professionale, nel secondo non sussistono tali presupposti.

Tornando al caso in esame, il Consiglio di Stato ha escluso che la morosità nel pagamento di canoni concessori possa rappresentare una condotta che integra un grave illecito professionale, laddove non si tratti di un inadempimento definitivamente accertato, ossia non contestato in giudizio ovvero confermato all'esito di un giudizio.

Rispetto al predetto orientamento, il Collegio evidenzia altresì che, nell'illecito professionale, il riscontro della gravità dell'evento verificatosi o della negligenza ed dell'errore professionale dell'operatore economico può spettare esclusivamente all'Amministrazione, non ad un terzo ricorrente.

Infatti, l'impresa ricorrente non può sostituirsi all'Amministrazione nell'"individuazione, avente carattere discrezionale, del punto di rottura dell'affidabilità della controparte contrattuale, tale da precludere la stipulazione di futuri rapporti negoziali, desumibile anche da vicende pregresse".

La posizione più garantista espressa dalla suddetta giurisprudenza è ampiamente condivisa dall'ANCE, che in più occasioni ha ravvisato l'esigenza di consentire l'operatività di un quadro regolatorio efficace, senza privare gli operatori del settore delle necessarie garanzie in termini di certezza del diritto.

Sotto questo profilo, sarebbe opportuno pervenire ad una modifica della norma vigente, che riconduca chiaramente le fattispecie rilevanti quale illecito professionale a fatti accertati definitivamente, riferibili solo all'impresa e riscontrabili attraverso i dati inseriti nel Casellario dell'ANAC.

2. I chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante

Il Consiglio di Stato conferma l'orientamento secondo cui i chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante *"sono ammissibili purché non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella lex specialis, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara"* (cfr., ex multis, C.d.S. nn. 978/2017, 735/2017 e 74/2016).

L'ammissibilità dei chiarimenti va invece esclusa allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo.

Infatti, se nelle gare d'appalto le uniche fonti ad assumere carattere vincolante per la Commissione giudicatrice sono bando di gara, capitolato e disciplinare (unitamente agli eventuali allegati), i successivi chiarimenti (auto-interpretativi) della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle (C.d.S. n. 4441/2015).

In altri termini, i chiarimenti della Stazione appaltante possono costituire interpretazione autentica soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (C.d.S. n. 1889/2015). E se del caso, laddove vi sia contrasto, deve darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono.

[31436-CGA_28_dicembre_2017_n_575.pdf](#)[Apri](#)

[31436-TAR Napoli 99 5 gennaio 2018.pdf](#)[Apri](#)

[31436-Sentenza Cds.pdf](#)[Apri](#)