

# I gravi illeciti professionali alla luce delle linee guida ANAC N. 6 del 2016.

di Jacopo Nardelli

Data di pubblicazione: 25-9-2017

Sommario: 1. Introduzione. Il quadro normativo. 2. Le fattispecie di grave illecito professionale. Le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto. 3. Le altre ipotesi previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 e quelle introdotte dalle Linee Guida; 4. Gli obblighi dichiarativi che gravano sugli operatori economici e il meccanismo del c.d. self-cleaning; 5. La rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali. 6. Note conclusive.

## **1. Introduzione. Il quadro normativo.**

L'art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 individua i motivi di esclusione dalla partecipazione a una gara d'appalto e, al quinto comma, stabilisce che *"le stazioni appaltanti escludono (...) un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, qualora: (...) c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali"* che possano far sorgere dubbi circa *"la sua integrità o affidabilità"*. Dopo aver enunciato la regola in termini generali, la stessa disposizione indica, poi, tre categorie<sup>[1]</sup> di *"gravi illeciti professionali"* che possono assumere rilevanza ai fini dell'ammissione di un concorrente:

- *"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, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni"*;
- *"il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio"*;
- *"il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*.

Tali esempi, peraltro, sono la semplice trasposizione delle ipotesi previste dalle lettere g), h) e i)<sup>[2]</sup> dell'art. 57 della dir. n. 2014/24/UE, che il Governo, nell'esercitare la delega conferita con legge 28 gennaio 2016, n. 11, ha deciso di riunire sotto una sola previsione normativa<sup>[3]</sup>.

La disciplina dettata dall'art. 80 in materia di gravi illeciti professionali è completata, infine, dai commi:

- settimo, che permette all'operatore economico o al subappaltatore – che si trovi in una delle situazioni di cui al quinto comma – di *"provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti"*;
- ottavo, che consente alla stazione appaltante di non procedere all'esclusione, ove ritenga sufficienti le misure adottate in base al comma precedente;
- decimo, che – di regola – limita la rilevanza temporale della causa di esclusione a tre anni, decorrenti dall'accertamento definitivo dell'illecito professionale;
- e tredicesimo, che abilita<sup>[4]</sup> l'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, "ANAC" o "Autorità") ad emanare delle linee guida che vadano a precisare *"quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c)"* e *"quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)"*.

Tali linee guida – che l'ANAC ha adottato con delibera 16 novembre 2016, n. 1293 (di seguito, "Linee Guida") – hanno l'esplicita funzione di *"garantire omogeneità di prassi tra le stazioni appaltanti"* e, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, non hanno carattere vincolante.

## **2. Le fattispecie di grave illecito professionale. Le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto.**

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 ha – in tutta evidenza – una portata molto più ampia<sup>[5]</sup> rispetto al previgente art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che menzionava solo la *"grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara"* ed il *"grave errore nell'esercizio"* dell'attività professionale: infatti, a differenza di quella anteriore, la nuova disciplina non fa riferimento solo a condotte che intervengono nella fase di esecuzione di un negozio già concluso, ma considera anche fatti che si collocano a monte dell'aggiudicazione del contratto e, cioè, nella fase di gara, quali sono appunto sia il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate, sia la comunicazione di informazioni false o fuorvianti o l'omissione di informazioni dovute.

Sempre in un'ottica di confronto con la previsione anteriore, occorre poi ricordare che tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza formatesi nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 hanno sempre evidenziato – nei propri commenti e nelle proprie decisioni – come la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) non rappresentasse una sanzione per la commissione di un illecito, ma avesse carattere puramente preventivo, mirando a garantire, sin dall'inizio del rapporto contrattuale, l'esistenza di un rapporto di fiducia tra la stazione appaltante e la sua controparte<sup>[6]</sup>. Tale finalità appare chiara anche nel nuovo quadro normativo: quest'ultimo, peraltro, sembra attribuire rilievo non solo all'affidabilità

professionale in senso stretto, intesa quale capacità dell'impresa di svolgere a regola d'arte gli incarichi assegnati, ma anche più in generale alla sua moralità professionale, che deve esprimersi attraverso un comportamento ispirato a canoni di trasparenza e correttezza già nella sequenza procedimentale preordinata alla formazione del vincolo negoziale.

L'ipotesi più comune, anche sul piano statistico, di grave illecito professionale rimane in ogni caso quella che attiene alla (cattiva) esecuzione del contratto. Per descriverla il d.lgs. n. 50/2016 non ricorre più ai termini di "errore", "negligenza" o "malafede", ma utilizza il concetto – unitario e privo di richiami all'elemento soggettivo – di "*significantive carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione*". Queste ultime – in base alle indicazioni fornite dal considerando n. 101 della dir. n. 2014/24/UE e arricchite poi dalle Linee Guida – possono consistere:

- nell'inadempimento di (una o più) obbligazioni contrattualmente assunte;
- in difetti del prodotto o del servizio fornito che lo rendano inutilizzabile per lo scopo previsto;
- nell'adozione di comportamenti scorretti;
- in un ritardo nell'adempimento;
- in un errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
- nell'aver indotto in errore il contraente pubblico circa il carattere fortuito dell'evento che rende necessario il ripristino – interamente a sue spese – dell'opera danneggiata;
- con riferimento ai contratti misti di progettazione ed esecuzione, in qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che determini una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 o dell'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006;
- con riferimento agli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che nel successivo appalto di lavori abbia dato luogo all'esigenza di una modifica o di una variante ai sensi dell'art. 102, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 o dell'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006.

Oltre ad indicare tali esempi<sup>[7]</sup>, l'ANAC si è peraltro premurata di precisare<sup>[8]</sup> che possa costituire "*grave illecito professionale*" tanto un singolo episodio di particolare rilievo, quanto una serie di inadempimenti reiterati: la carenza, quindi, può essere significativa anche nel caso in cui abbia rappresentato una macchia isolata nel *curriculum* dell'operatore economico, il quale per il resto potrebbe anche aver sempre eseguito in maniera corretta tutti gli altri incarichi affidatigli<sup>[9]</sup>. Le stesse Linee Guida confermano, poi, una regola che era pacifica già nella vigenza dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ma su cui l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 è rimasto silente: i pregressi inadempimenti possono assumere rilievo ai fini dell'esclusione dell'impresa sia nel caso in cui siano stati commessi nei confronti della stessa stazione appaltante che ha bandito la gara, sia nel caso in cui siano stati compiuti in danno di soggetti

diversi[10].

Da solo però, il riscontro di "*significantive carenze nell'esecuzione di un precedente contratto*" non basta più – come accadeva prima – a giustificare la decisione della stazione appaltante di allontanare dalla gara l'impresa che vi sia incorsa: al contrario, occorre che il mancato o inesatto adempimento abbia determinato effetti ulteriori, che sono stati tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016. Ne discende che, mentre in precedenza il contraente pubblico godeva di ampi margini di apprezzamento nel valutare se fosse stato superato o meno il "*punto di rottura*"[11] dell'affidamento nella sua (aspirante) controparte, potendo porre a fondamento del provvedimento espulsivo anche fatti che non avevano formato oggetto di giurisdizionale o sui quali, addirittura, ancora pendeva una lite, ora non è più così. Le stazioni appaltanti, infatti, hanno visto ridursi[12] sensibilmente i propri margini di apprezzamento e – attualmente – possono escludere un concorrente solo nel caso in cui le "*significantive carenze*" abbiano dato luogo, anche alternativamente:

- alla risoluzione anticipata del contratto, purché quest'ultima non sia stata contestata giudizialmente o, se impugnata, sia stata confermata all'esito della controversia;
- ovvero alla condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.

Per quanto riguarda la risoluzione contrattuale, occorre, dunque, che l'atto con cui essa è stata disposta abbia assunto il carattere della definitività o perché la controparte privata vi ha prestato acquiescenza – in ipotesi, anche attraverso la sottoscrizione di una transazione – o perché il giudice civile[13] ne abbia appurato la fondatezza: peraltro, tale accertamento – come stabilito di recente dal Consiglio di Stato – "*non può che essere dat[o] da una pronuncia di rigetto nel merito delle relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) 'all'esito di un giudizio'*"[14]. Viceversa, il concorrente non può essere escluso non solo nel caso in cui la risoluzione sia stata impugnata ed il procedimento di primo grado non si sia ancora concluso, ma pure nel caso in cui la stessa sia stata confermata dal Tribunale o dalla Corte d'Appello e pendano però i giudizi di appello o di legittimità oppure i termini per avviarli.

Per quanto riguarda, invece, la seconda categoria di conseguenze delle "*significantive carenze*", bisogna evidenziare come il concorrente vada certamente escluso dalla gara qualora, in ragione del comportamento inadempiente tenuto nell'esecuzione di un precedente contratto, sia stato condannato al risarcimento del danno patito dalla controparte pubblica: anche qui, l'utilizzo del termine "*condanna*" chiarisce la necessità di una previa pronuncia giurisdizionale, che – non si scorgono ragioni per ritenere il contrario – deve essere passata in giudicato, come quella relativa alla risoluzione contestata in giudizio.

Maggiori difficoltà suscita, viceversa, la seconda ipotesi, soprattutto perché la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore fa sorgere il problema di capire in cosa consistano le "*altre sanzioni*" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016: dal canto suo, l'ANAC ha offerto il proprio contributo alla ricerca indicando – a titolo di esempi – "*l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina*"[15]. In aggiunta, dalla formulazione della disposizione non è agevole

comprendere se il sostantivo "condanna" si riferisca – oltre che al risarcimento del danno – pure alle "altre sanzioni" e, in definitiva, se quest'ultime, ove impugnate, debbano essere prima confermate in giudizio. Le Linee Guida sembrano suggerire una risposta affermativa a tale interrogativo ed anche i primi commentatori riconoscono che "*benché la norma non vi faccia espresso riferimento, si deve ritenere – per logica – che anche in questo caso la contestazione in giudizio delle eventuali 'sanzioni' comminate dalla stazione appaltante (...) inibisca a quella (o ad altre) amministrazioni aggiudicatrici l'imputazione di un pregresso illecito professionale e l'adozione di un conseguente provvedimento di esclusione*"[\[16\]](#).

Occorre, infine, ricordare che, a fronte di determinati presupposti, le "significative carenze" possano assumere persino rilevanza penale e, in particolare, integrare i delitti di cui artt. 355 ("*Inadempimento di contratti di pubbliche forniture*") e 356 ("*Frode nelle pubbliche forniture*") c.p.: con riferimento a tale eventualità, l'ANAC impone alle stazioni appaltanti di "valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, [anche] i provvedimenti di condanna non definitivi" per tali reati, ma solo a condizione che "contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c)"[\[17\]](#). Condanne irrevocabili, al contrario, rileverebbero come fattispecie espulsive ex art. 80, comma 5, lett. a).

### **3. Le altre ipotesi previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 e quelle introdotte dalle Linee Guida.**

Accanto a quelli che attengono al momento esecutivo dell'accordo, l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 menziona – come anticipato – altre due categorie di gravi illeciti professionali, che riguardano invece la fase anteriore all'aggiudicazione del contratto e sono reputati indicativi, più che altro, della moralità professionale dell'operatore economico. Tali sono appunto:

- il tentativo di influenzare in maniera indebita il processo decisionale della stazione appaltante o di procurarsi informazioni riservate a proprio vantaggio;
- e il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti che possano influenzare le decisioni relative all'esclusione dei concorrenti, la selezione delle offerte o l'aggiudicazione, nonché – all'opposto – l'omettere informazioni necessarie al corretto svolgimento della gara.

Carattere distintivo di entrambe le tipologie di condotte è il fatto di essere idonee ad alterare la *par condicio* tra le imprese partecipanti o di essere comunque finalizzate a soddisfare illecitamente interessi personali di uno dei concorrenti a danno della stazione appaltante o degli altri *competitor*.

Per quanto riguarda la prima, l'ANAC – utilizzando, tra l'altro, la stessa espressione impiegata dall'art. 55 c.p. per descrivere il delitto tentato[\[18\]](#) – ha precisato come possa portare all'espulsione dalla procedura il compimento di "atti idonei diretti in modo non equivoco" a:

- influenzare indebitamente le decisioni della stazione appaltante in ordine alla valutazione

dei requisiti di partecipazione, all'adozione dei provvedimenti di esclusione ed all'attribuzione dei punteggi;

- ottenere a proprio vantaggio informazioni riservate circa il nominativo degli altri concorrenti ed il contenuto delle loro offerte[19].

Per quanto concerne, invece, l'altro ordine di casi, le Linee Guida cercano di assolvere il compito – non certo agevole – di definire con maggior dettaglio l'ambito di applicazione di tale causa di esclusione. Quest'ultima, invero, presenta margini di sovrapposibilità con altre ipotesi affini (previste sia dallo stesso dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, sia da altri testi normativi[20]), che sono divenuti ancora più evidenti a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56: il decreto c.d. correttivo, infatti, ha introdotto al quinto comma una nuova lettera f-bis), che, disponendo l'allontanamento dell'impresa che *“presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*, sanziona comportamenti che in astratto potrebbero essere ricondotti anche al *“fornire (...) informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione”*. Sotto un diverso profilo, l'ANAC ha inoltre provato a prevenire possibili eccessi di zelo nell'applicazione di questa fattispecie da parte delle stazioni appaltanti e, a tal fine, ha specificato che debbano essere presi in considerazione solo i comportamenti contraddistinti da dolo o colpa grave: questa puntualizzazione servirà soprattutto ad evitare che *“dichiarazioni di gara (o anche d'offerta) non sufficientemente chiare o precise (o più semplicemente incomplete)”*[21] – frutto di una mera negligenza del concorrente – siano qualificate come *“fuorvianti”* ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c.) del d.lgs. n. 50 del 2016 in ragione della loro oggettiva idoneità a generare nel destinatario un convincimento erroneo, e conducano, di conseguenza, all'estromissione dalla procedura.

Oltre a soffermarsi sull'elemento soggettivo, l'Autorità ha naturalmente tentato di riempire di contenuti le formule – inevitabilmente generali – usate dal legislatore e ha indicato alcuni esempi del secondo genere di illeciti che possono intervenire a monte dell'aggiudicazione:

- la comunicazione di dati fuorvianti circa il possesso dei requisiti di partecipazione o altre circostanze importanti ai fini della gara, tra cui l'attribuzione del punteggio;
- la presentazione di informazioni false in merito a circostanze diverse dal possesso dei requisiti (generali o speciali) di partecipazione;
- il mancato aggiornamento circa in venir meno – nel corso della procedura – di requisiti o elementi che, benché non specificamente richiesti dal bando ai fini dell'ammissione, siano comunque stati indicati dall'offerente allo scopo di conseguire un punteggio più elevato o per dare le spiegazioni domandate dalla stazione appaltante in sede di verifica sulle offerte anormalmente basse.

Tutte le condotte sin qui esaminate – come evidenziato dal Consiglio di Stato – appartengono *“al genus turbativa di gara”*[22] e possono astrattamente integrare, al ricorrere di tutti i presupposti previsti dalle singole norme incriminatrici, i delitti puniti dagli artt. 353 (*“Turbata libertà degli incanti”*), 353-bis (*“Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente”*) e

354 ("*Astensione dagli incanti*") c.p.: come già fatto in relazione alle "*significantive carenze*", anche qui l'ANAC sottolinea come le stazioni appaltanti possano decidere – in base ad una valutazione discrezionale – di respingere un concorrente che abbia precedentemente riportato provvedimenti di condanna per uno di tali reati, benché non definitivi[23].

Occorre notare, infine, come le Linee Guida non si siano limitate solo a chiarire il significato delle espressioni utilizzate dalla legge, ma abbiano compiuto alcuni passi in più, individuando altre quattro ipotesi di grave illecito professionale, in aggiunta a quelle elencate nell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016:

- la conclusione di accordi tra le imprese, volti a falsare la concorrenza nell'ambito della gara (c.d. *bid rigging*);
- la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'aggiudicatario, con conseguente escussione della garanzia ex art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016;
- i provvedimenti sanzionatori – divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato – comminati dall'ANAC ex art. 213, comma 13, del d.lgs. n. 50 del 2016 e iscritti nel casellario tenuto dalla stessa nei confronti degli operatori economici per aver (i) rifiutato od ommesso di fornire, senza giustificato motivo, informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o (ii) disatteso la richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o (iii) aver fornito informazioni o documenti non veritieri a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'ANAC;
- i provvedimenti di condanna – divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato – dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per gravi illeciti *antitrust*, che abbiano effetti sulla contrattualistica pubblica e siano stati posti in essere nel medesimo mercato cui inerisce il contratto da affidare.

Con riferimento a quest'ultimo caso si deve, tuttavia, ricordare – per dovere di completezza – quanto affermato in una sentenza pubblicata all'inizio dell'anno dal Tar Campania, che, nell'annullare l'esclusione da una gara di un operatore colpito da sanzione *antitrust* ancora *sub iudice*, ha manifestato forti riserve rispetto all'idea di annoverare tra i gravi illeciti professionali "*anche i comportamenti anti-concorrenziali, in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore, in attuazione (...) di una precisa scelta*": tale opzione – ad avviso del giudice amministrativo di primo grado – sarebbe desumibile, in particolare, dalla mancata riproduzione, "*nell'ambito del vigente ordinamento nazionale, [del]le ipotesi di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24*"[24], relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza"[25].

#### **4. Gli obblighi dichiarativi che gravano sugli operatori economici e il meccanismo del c.d. *self-cleaning*.**

L'ampiezza e la varietà dei fatti suscettibili di essere considerati come gravi illeciti professionali ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 si traducono in un onere dichiarativo piuttosto gravoso per i concorrenti, che sono tenuti "*raccontar le cose chiare*"[\[26\]](#) alla controparte che intende affidare loro il contratto: le imprese, nello specifico, non hanno la facoltà di scegliere autonomamente quali notizie comunicare e quali mantenere riservate, ma, attraverso la compilazione del documento di gara unico europeo (di seguito "DGUE"), devono rappresentare alla stazione appaltante – senza eccezioni – tutte le circostanze "*astrattamente idonee a porre in dubbio*"[\[27\]](#) la loro integrità od affidabilità. E tali sono:

- sia quelle che vedono coinvolto direttamente l'operatore economico in quanto persona giuridica;
- sia quelle che riguardano i vari soggetti menzionati dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove si tratti di comportamenti riferibili unicamente ad una persona fisica.

La necessità di rispettare questo dovere di *disclosure* è stato ribadito a più riprese dalle sentenze amministrative pubblicate nel primo semestre del 2017: tra le altre, spicca certamente – per la nettezza delle sue affermazioni – una pronuncia del Tar Veneto, che mette in risalto l'obbligo per l'offerente di "*dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alla procedure concorsuali*" e, per il resto, di "*rimettersi alla valutazione della stazione, non essendo configurabile in capo all'impresa partecipante ad una gara alcun filtro valutativo (...) e sussistendo, al contrario, l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione*"[\[28\]](#).

Sempre nel DGUE dovranno essere illustrate – ove adottate – le c.d. misure di *self-cleaning*, cioè quelle azioni con cui il privato, prima di presentare una nuova offerta[\[29\]](#), può provare di aver cancellato le macchie che compromettono il suo *curriculum* e dimostrare, così, di meritare la fiducia della controparte, "*nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione*".

Anche in questo frangente, le Linee Guida rappresentano uno strumento molto efficace dato che mettono a disposizione dei soggetti che, a vario titolo, prendono parte alle gare un catalogo delle iniziative che possono essere assunte a tal fine e che, in linea con le indicazioni ex art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, comprendono:

- il risarcimento del danno causato dall'illecito o l'impegno a provvedervi;
- interventi volti a garantire un'adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso l'organizzazione di specifiche attività normative, e a migliorare la qualità delle prestazioni;
- la rinnovazione degli organi societari;
- la previsione e l'attuazione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati analoghi a quelli eventualmente già verificatisi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza di tali modelli, nonché di curarne l'aggiornamento;



- la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

Logicamente, affinché l'adozione di tali contromisure possa rivestire una qualche utilità, è indispensabile che il concorrente indichi puntualmente nel DGUE sia l'illecito da redimere, sia i rimedi approntati: qualora, invece, il primo sia stato taciuto, non sarà poi consentito far valere gli altri (benché effettivamente predisposti) in un secondo momento, allo scopo di evitare l'esclusione[30].

## **5. La rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali.**

La riabilitazione dell'impresa che sia incappata in un grave illecito professionale non passa obbligatoriamente per interventi di *self-cleaning*: nell'attuale quadro normativo, un effetto analogo può discendere, invero, anche dal semplice decorso del tempo. È questa una differenza di non poco momento rispetto alla disciplina dettata dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella vigenza del quale tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza maggioritaria negavano che la sola circostanza che l'inadempimento risalisse a molti anni prima potesse "sanare automaticamente la lesione dell'elemento fiduciario"[31]: le stazioni appaltanti, dunque, potevano continuare a fondare l'esclusione di un concorrente anche su precedenti piuttosto remoti, a condizione che la loro perdurante importanza fosse adeguatamente motivata.

Ora non è più così. L'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 – come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017 – limita, infatti, a tre anni la rilevanza degli eventi descritti dal comma 5, contemplando però un'eccezione: l'ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna, alla quale bisognerà, quindi, fare riferimento per determinare il periodo di allontanamento dalle gare. Spirati tali termini, il singolo illecito non dovrà più essere necessariamente menzionato nel DGUE e, allo stesso modo, non potrà essere più essere preso in considerazione dalla stazione appaltante per decretare l'espulsione dell'impresa dalla gara.

Quanto alla decorrenza del triennio, il *dies a quo* coincide con l'accertamento definitivo del fatto: sulla base dei suggerimenti offerti dal Consiglio di Stato[32], il decreto c.d. correttivo ha, quindi, ritenuto di prevedere una soluzione più rigorosa rispetto a quella accolta dall'art. 57, par. 7, della dir. n. 2014/24/UE, che fa invece riferimento al momento della commissione dell'illecito. La ragione della scelta appare chiara: l'opzione accolta dal legislatore europeo, infatti, avrebbe sostanzialmente vanificato la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, dato che – visti i tempi della giustizia civile italiana – l'operatore economico avrebbe potuto evitare ogni problema con l'impugnazione della risoluzione disposta nei suoi confronti e l'avvio di un giudizio destinato a concludersi in ben più di tre anni.

Resta, infine, da comprendere cosa debba intendersi per "accertamento definitivo": a tale riguardo, non si scorgono motivi per escludere che, oltre a quello contenuto in una sentenza passata in giudicato (di rigetto dell'impugnativa proposta avverso la risoluzione o di condanna al risarcimento del danno), possa essere considerato tale anche quello che derivi da un'acquiescenza del privato rispetto alle contestazioni della controparte pubblica o risulti dal consolidamento di un provvedimento amministrativo, che – disponendo, ad esempio, l'esclusione del concorrente che abbia cercato di influenzare indebitamente le decisioni della stazione appaltante in sede di gara – appuri la commissione di un grave illecito professionale.

## **6. Note conclusive.**

Dalle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, emerge chiaramente come l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 abbia introdotto profonde innovazioni rispetto alla disciplina dettata dall'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006: a conti fatti e pur con i dovuti distinguo, è lecito affermare come tali novità si muovano nella direzione di tutelare maggiormente gli operatori economici nel rapporto con la propria controparte pubblica. Se, infatti, è indiscutibile l'ampliamento del novero degli illeciti idonei a determinare l'allontanamento dei concorrenti, è altrettanto vero che la riforma ha cercato di circoscrivere la discrezionalità della stazione appaltante, ancorandola a presupposti oggettivi, e di mettere a disposizione delle imprese gli strumenti per rimediare agli errori passati.

---

[1] Nel senso della natura puramente esemplificativa dell'elenco di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 v. D. Villa, *La selezione degli offerenti*, in F. Caringella – P. Mantini – M. Giustiniani (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2016, p. 281, nonché Cons. St., par. 3 novembre 2016, n. 2286.

[2] L'art. 57 della dir. n. 2014/24/UE stabilisce, infatti, che: "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili; h) se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari di cui all'articolo 59; o i) se l'operatore economico ha tentato di influenzare*

*indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione".*

[3] Lo evidenzia anche A. Mauro, *Selezione delle offerte*, in M. Corradino – S. Sticchi Damiani, *I Nuovi appalti pubblici – Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, 2017, p. 319.

[4] Anche alla luce del tenore testuale della disposizione, che utilizza il verbo “*potere*”, Cons. St., par. n. 2286/2016 qualifica espressamente tali linee guida come “*facoltative*”, considerandole “*strumento non necessario per l'operatività della norma primaria*”.

[5] Cfr. *ibidem*, nonché Tar Campania, Salerno, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10.

[6] Sul punto v. *amplius* D. Villa, *La selezione degli offerenti*, op. cit., p.552 e la giurisprudenza lì richiamata.

[7] Sono le stesse Linee Guida – al punto 2.1.1.3 – a riconoscere che si tratti di un elenco fatto a titolo esemplificativo, senza pretese di esaustività.

[8] Tale precisazione è stata sollecitata dal Consiglio di Stato nel par. n. 2286/2016, dopo che

l'ANAC – nella bozza di Linee Guida messa in consultazione – aveva scritto che "*i comportamenti gravi e significativi*" potessero portare all'esclusione del concorrente solo "*se (...) sintomatici di persistenti carenze professionali nell'esecuzione di prestazioni contrattuali*". Il Consiglio di Stato ha evidenziato la necessità di tale modifica, quanto (i) l'art. 57 della dir. n. 2014/24/UE prevede che, per essere rilevanti, le carenze debbano essere "*significative o persistenti*", chiarendo con l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "o" l'alternatività dei due requisiti, e (ii) che "*anche il codice laddove fa riferimento solo alla "significativa carenza" include implicitamente anche l'ipotesi di inadempimento persistente, ossia reiterato, che è solo tuttavia, solo uno dei casi di inadempimento significativo*".

[9] V. sul punto Cons. St., sez. V, sent. 20 febbraio 2017, n. 742, che afferma: "*La motivazione richiesta dalla norma in esame ha ad oggetto in assoluto la gravità dell'errore o degli errori riscontrati, sicché anche una singola fattispecie o singole fattispecie di inadempimento possono giustificare il provvedimento di esclusione, ove si riscontri in concreto la sussistenza di un errore grave, senza che le conseguenze della commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale nell'ambito di determinati rapporti possano essere evitate dalla prova della condotta adempiente tenuta dal concorrente in altri rapporti con la stessa o con altre amministrazioni o che la stazione appaltante abbia l'onere di motivare rispetto alla rilevanza di tali condotte adempienti*". *Mutatis mutandis*, tale principio – affermato con riferimento al quadro normativo anteriore – ben può valere anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

[10] Al punto 2.1.1.1 delle Linee Guida si legge che "*la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni*".

[11] Espressione utilizzata da Cass. Sez. un., sent. 17 febbraio 2012, che evidenziava come il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione del provvedimento di esclusione dovesse mantenersi rigorosamente sul piano della "*non pretestuosità*" della decisione adottata dalla stazione appaltante e potesse spingersi, invece, fino alla "*condivisibilità*" della stessa. Sul punto v. *amplius* L. De Pauli, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e malafede e giurisdizione del g.a.*, in *Urb. e Appalti*, n. 7/2012, pp. 753 e ss.

[12] Tali margini di apprezzamento sono stati solo ridotti rispetto al passato, ma non sono stati affatto cancellati: già nella premessa, le Linee Guida affermano, infatti, che *"il verificarsi delle fattispecie esemplificate (...) non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto"* e nel contraddittorio con l'operatore economico interessato (cfr. punto 6.1).

[13] Oppure un collegio arbitrale.

[14] Così Cons. St., sez. V, sent. 27 aprile 2017, n. 1955, che dapprima precisa che *"è invece da ritenersi insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito"* e, poi, ribadisce il concetto sottolineando la necessità di una *"decisione giurisdizionale definitiva"*.

[15] Questo prevedono testualmente le Linee Guida al punto 2.1.1.1.

[16] La citazione è tratta da M. Napoli, *I motivi di esclusione dalle pubbliche gare*, in M. Corradino – D. Galli – D. Gentile – M. C. Lenoci – C. Malinconico (a cura di), *I contratti pubblici*, 2017, p. 516.

[17] Non si può fare a meno di notare come l'esigenza che ricorra, comunque, almeno uno degli effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c) renda sostanzialmente superflua la precisazione fatta dall'ANAC circa la possibile rilevanza delle sentenze di condanna non

definitive per i delitti di cui agli artt. 355 e 356 c.p.

[18] Scelta opinabile visto che la locuzione usata dall'art. 55 c.p. solleva discussioni ed incertezze interpretative da oltre ottant'anni con riferimento alle quali v., ad esempio, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, 1994, pp. 441 e ss.

[19] Sul punto, M. Napoli, *I motivi di esclusione dalle pubbliche gare*, op. cit., p. 518, afferma che *"ciò che peraltro dovrà necessariamente caratterizzare la condotta del concorrente meritevole di esclusione è il fatto che l'influenza esercitata sul processo decisionale della stazione appaltante fosse 'indebita' o che le informazioni acquisite (o che si è tentato di acquisire) fossero 'riservate'. Non si avrà – ad esempio – un'influenza indebita nell'ipotesi in cui un concorrente in seduta pubblica faccia presente al seggio di gara che uno o più degli altri partecipanti alla selezione meritano di esser estromessi dalla selezione. Né ovviamente si potrà ipotizzare l'ipotesi di esclusione in esame allorché un concorrente diffidi un'amministrazione a ritirare o a modificare un bando di gara che egli ritiene (a torto o a ragione) illegittimo"*.

[20] *Ibidem* si evidenzia la possibile sovrapposizione con l'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 e con gli artt. 75 e 76 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

[21] Così ivi, p. 519.

[22] Cfr. Cons. St., par. n. 2286/2016.

[23] Al punto 2.1.2.5, le Linee Guida specificano, invece, che "*i provvedimenti di condanna definitivi per detti reati configurano (...) la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 1, lett. a)*".

[24] Il riferimento è all'art. 57, par. 4, lett. d), della dir. n. 2014/24/UE, in forza del quale "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) d) se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza*".

[25] Tar Campania, Salerno, sez. I, n. 10/2017.

[26] Per dirla come l'Azzecagarbugli in A. Manzoni, *I promessi sposi (Edizione integrale a cura di F. Ulivi)*, 2007, p. 72.

[27] Così le Linee Guida al punto 2.1.2.5. ma v. nel medesimo senso sia Tar Friuli Venezia Giulia, Udine, sez. I, 15 marzo 2017, n. 96, sia Tar Campania, Napoli, sez. VII, 14 febbraio 2017, n. 902, ove si legge che "*l'operatore economico è tenuto a dichiarare tutte le circostanze e informazioni suscettibili di incidere sulla gara*".

[28] Tar Veneto, Venezia, sez. III, 16 febbraio 2017, n. 171.

[29] Al punto 7.2, le Linee Guida precisano che *"l'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte"*.

[30] Cfr. sul punto Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 8 maggio 2017, ove si legge: *"L'adozione della misura di self-cleaning (...) deve essere indicata dall'operatore economico già nel DGUE (documento di gara unico europeo), come chiarito dall'ANAC (v. punto 7.2 Linee guida approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016), ad ulteriore conferma della necessità che tale delicato passaggio, ove avvenuto, deve essere reso noto immediatamente alla P.A. procedente"*.

[31] Così D. Villa, *La selezione degli offerenti*, op. cit., p.555, nonché Giu. Bergonzini, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici*, in R. Villata - M. Bertolissi - V. Domenichelli - G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, 2014, p. 333 che, con riferimento all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, fa notare che *"a differenza di altre cause di esclusione, la presente opera apparentemente senza alcun limite temporale"*.

[32] Cfr. Cons. St., par. n. 2286/2016 e par. 30 marzo 2017, n. 782.