

I “garbugli” della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti *

Stefano Vinti

Sommario: **1.** Introduzione - profili generali. - **2.** Il motivo di esclusione di cui al comma 1 - Le condanne. - **3.** La causa di esclusione di cui al comma 2 - antimafia. - **4.** I motivi di esclusione di cui al comma 4 - violazioni gravi rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o al pagamento di contributi previdenziali e assistenziali. - **5.** La causa di esclusione di cui al comma 5, lett. b) - ammissione a procedure concorsuali. - **6.** Il motivo di esclusione di cui al comma 5, lett. c) - gli illeciti professionali. - **7.** Le altre cause di esclusione introdotte con il nuovo codice - comma 5, lett. d) ed e). - **8.** Le altre cause di esclusione riprese dall’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. - comma 5, lett. a), f) e g) - comma 12. - **9.** Le cause di esclusione riprese dal vecchio art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. ed introdotte solo a seguito del parere del Consiglio di Stato sul testo di legge - comma 5, lett. h), i), l) e m). - **10.** Il c.d. *self-cleaning* - comma 7.

1. Introduzione - profili generali

L’art. 80 recante “Motivi di esclusione” recepisce l’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE e ripropone numerose delle cause di esclusione contemplate dall’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.

Rispetto a tale ultima disposizione, tuttavia, vengono notevolmente ampliate le ipotesi di esclusione nonché i soggetti presi in considerazione dalla norma con riferimento a cause di esclusione già esistenti. Le nuove ipotesi escludenti, peraltro, sembrano caratterizzate da un’elevata discrezionalità in capo alle Stazioni appaltanti e, proprio per tale ragione, comporteranno, almeno in una prima fase, il rischio di un aumento notevole del contenzioso.

Sotto altro profilo, invece, la norma sembra consentire un minor rigore di fronte a meri errori formali, o di lieve entità, anche attraverso l’introduzione di un meccanismo volto a consentire all’operatore economico di dimostrare la propria affidabilità nonostante in capo ad esso siano riscontrabili cause di esclusione.

La disposizione in esame si applica ai settori ordinari e, per effetto del richiamo all’art. 80 contenuto nel primo comma dell’art. 133, anche ai settori speciali. In quest’ultimo caso, tuttavia, l’art. 136, comma 1, ha precisato che se l’ente aggiudicatore è un’amministrazione aggiudicatrice sarà tenuta all’applicazione dell’art. 80, mentre laddove non lo sia sarà sua facoltà includere tali motivi tra le cause di esclusione.

Il ricorrere delle cause di esclusione ivi contemplate in capo agli operatori

economici, in conformità con quanto già disposto nella previgente normativa, oltre a precludere la partecipazione alle gare, non consente nemmeno che tali soggetti siano affidatari di subappalti e stipulino i relativi contratti.

Inoltre, si è espressamente disposto che l'insorgere di una delle cause di esclusione nel corso della procedura di gara o la sopravvenuta conoscenza in capo alla Stazione appaltante di taluna delle cause di esclusione contemplate dall'art. 80 comporta in ogni caso l'esclusione dell'operatore economico, quale che sia la fase della procedura.

In conformità con quanto disposto al previgente art. 38, comma 1 *bis*, del D.Lgs. n. 163/2006, infine alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o degli artt. 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, non si applicano le cause di esclusione di cui all'articolo in rassegna, riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

2. Il motivo di esclusione di cui al comma 1 - Le condanne

In parziale analogia con quanto disposto nel previgente art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, costituisce causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione la condanna, con sentenza definitiva, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per determinati reati analiticamente richiamati.

Tali reati erano individuati, già nella precedente Direttiva 2004/18/CE, nella partecipazione ad un'organizzazione criminale, nella corruzione, nella frode e nel riciclaggio dei proventi di attività illecite, ma anche in generale in ogni reato che incidesse sulla moralità professionale dell'operatore economico.

Nell'attività di recepimento a livello nazionale delle disposizioni comunitarie testè richiamate, il legislatore nazionale aveva, quindi, previsto quale causa di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica la condanna *«per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale»* ed aveva altresì disposto che costituisse comunque causa di esclusione la condanna per i reati espressamente contemplati dall'art. 45 della Direttiva 2004/18 e sopra richiamati.

Nel previgente sistema dunque non era riportata una precisa elencazione di reati, ma al contrario era inserita una previsione molto ampia che lasciava alla discrezionalità della Stazione appaltante il compito di valutare di volta in volta l'incidenza delle singole condanne rispetto all'appalto da affidare. A questa previsione generale era poi aggiunta l'indicazione circa la certa rilevanza, ai fini della moralità professionale del concorrente, di condanne per alcuni reati espressamente contemplati dal legislatore comunitario.

Nell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, invece, non vi è più un generico richiamo alle condanne per reati che incidano sulla moralità professionale, ma esclusivamente un elenco di reati individuati dallo stesso legislatore comunitario come particolarmente indicativi di una condotta deplorabile per l'operatore economico che aspiri a vedersi affidato un appalto o una concessione pubblica.

L'elenco di tali reati è sostanzialmente coincidente con quello già presente nella previgente Direttiva, cui sono stati aggiunti i reati terroristici o connessi ad attività terroristiche nonché lo sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani.

Ebbene, nel recepire la Direttiva 2014/24, il legislatore nazionale ha ribadito l'impostazione comunitaria, individuando analiticamente tutte le disposizioni interne che disciplinano i reati considerati a livello comunitario, con la conseguenza che, ai sensi del comma 1, dell'art. 80, costituiscono cause di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica esclusivamente le condanne per i reati ivi elencati, senza alcuna possibilità per la Stazione appaltante di ampliarne la portata.

In proposito, va sottolineato che il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione»¹ aveva sostenuto l'opportunità di integrare l'elencazione con una clausola di chiusura che sancisse comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente. Tale suggerimento non è stato tuttavia recepito in sede di stesura finale della norma.

Probabilmente ciò è avvenuto anche perché in effetti, nella nuova disposizione normativa, la Stazione appaltante sembra godere tuttora di un'ampia discrezionalità nel valutare la portata di eventuali condanne per reati diversi da quelli contemplati al comma 1 della disposizione in rassegna, come avremo modo di vedere più avanti.

Considerato, poi, che, come visto, secondo l'art. 80, comma 1, rilevano le condanne definitive esclusivamente per i reati ivi espressamente indicati e non anche per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale del concorrente, nella norma in rassegna non è più inserita una previsione simile a quella contenuta nel secondo comma del previgente art. 38, secondo cui il concorrente doveva indicare in apposita dichiarazione tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali avesse beneficiato della non menzione. Non dovendo, infatti, la Stazione appaltante più valutare l'eventuale incidenza dei precedenti penali sulla moralità professionale dell'operatore, ma rilevando esclusivamente le condanne per i reati elencati al primo comma della norma in commento, è stata ritenuta sufficiente la dichiarazione richiesta con il DGUE (Documento di gara unico europeo) circa

¹ Cfr. Parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, parere n. 855 del 1/04/2016.

l'assenza di condanne definitive per uno dei reati contemplati dal legislatore².

Ciò premesso, nel recepire la Direttiva comunitaria il legislatore nazionale ha elencato analiticamente tutte le ipotesi di reato che per la legislazione interna possono rientrare nell'ampia definizione prevista dal legislatore comunitario.

Di conseguenza, i reati di "partecipazione a un'organizzazione criminale" (art. 57, comma 1, lett. a) della Direttiva 2014/24) si sono tradotti in: associazione a delinquere (art. 416 c.p.); associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.); altri delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva; delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso; associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del DPR 309/1990); associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 *quater* del DPR n. 43/1973) ed attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 del D.Lgs. n. 152/2006) in quanto riconducibili alla partecipazione ad un'organizzazione criminale (lett. a) del primo comma dell'art. 80).

I reati di "corruzione" (lett. b, comma 1, art. 57) si sono tradotti in: concussione (art. 317 c.p.), corruzione collegata al compimento di atti dell'ufficio non contrari a legge (art. 318 c.p.); corruzione collegata al compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio o all'omissione dei doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.); induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.); corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.); pene per il corruttore (art. 321 c.p.); istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.); peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 *bis* c.p.); traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.); turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.); turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.); astensione dagli incanti (art. 354 c.p.); inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 355 c.p.); frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.) e corruzione tra privati (art. 2635 c.c.).

I reati di "riciclaggio" (art. 57, comma 1, lett. e) si sono tradotti in: riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.); impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.); autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p.) e riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo.

Restano sostanzialmente invariate, invece, le fattispecie contemplate alla lett. c) (frode), alla lett. d) (reati terroristici) nonché alla lett. f) (sfruttamento del lavoro minorile) del comma 1 dell'art. 57 della Direttiva 2014/24, riprodotti nelle corrispondenti lett. c), d) ed f) del comma 1 dell'art. 80 del

² Cfr. Parte III, lett. A, del modello di DGUE pubblicato sulla G.U.R.I. serie generale n. 174 del 27.07.2016.

D.Lgs. n. 50/2016.

Infine, a tale elencazione è stata aggiunta la previsione dell'esclusione in ipotesi di condanna definitiva per ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrarre con la Pubblica amministrazione. Come segnalato dal Consiglio di Stato nel citato parere 855/2016, infatti, l'elenco dei reati contenuto nel comma 1 non era esaustivo di tutti i reati dai quali, secondo il vigente ordinamento penale, consegue l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

Con riferimento alle fattispecie analiticamente individuate dal legislatore, va altresì segnalato che per le ipotesi di reato descritte alla lett. a) (partecipazione ad organizzazione criminale), alla lett. b) (corruzione) ed alla lett. d) (terrorismo) è attribuita rilevanza anche alle condanne per delitto tentato e non solo consumato.

Altra importante novità introdotta con riferimento alla causa di esclusione in esame è relativa ai soggetti nei cui confronti deve essere stata emessa la sentenza o il decreto penale affinché rilevi la causa di esclusione. La rilevante novità riguarda solo le società di capitali, atteso che per le società di persone l'elencazione non è stata modificata.

Infatti, mentre il previgente art. 38 disponeva che l'esclusione opera se la sentenza è stata emessa nei confronti degli amministratori muniti di potere di rappresentanza, dei direttori tecnici nonché del socio unico persona fisica o del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, il nuovo comma 3 dell'art. 80 amplia la platea dei soggetti rilevanti ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, o cui siano stati conferiti poteri di direzione o di vigilanza nonché a tutti i soggetti che non costituiscano il consiglio di amministrazione ma che, a vario titolo, siano muniti di poteri di rappresentanza o di direzione o di controllo.

Tale estensione trae origine dall'art. 57 della Direttiva comunitaria e creerà non poche difficoltà alle Stazioni appaltanti che dovranno verificare che anche per i sindaci o i membri del Collegio sindacale, i revisori contabili, i membri dell'Organo di Vigilanza *ex lege* 231/2001, laddove esistente, o ancora per i c.d. membri indipendenti del Consiglio d'amministrazione (laddove esistenti, in quanto dotati di poteri di vigilanza) non sussista la causa di esclusione di cui al comma 1 dell'art. 80 in commento³.

In proposito, l'ANAC ha fornito alcune indicazioni sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80, comma 1, in rassegna con il comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016⁴.

³ Stando tuttavia al tenore della disposizione contenuta all'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, sembra doversi concludere nel senso della rilevanza, ai fini dichiarati, di tutti i membri del consiglio di amministrazione.

⁴ Recante "Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE", depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 novembre 2016.

In quella sede ha chiarito cosa debba intendersi per “consiglio di direzione” e “consiglio di vigilanza” alla luce della riforma al codice civile introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003 ed ha pertanto concluso che la sussistenza del requisito di cui all’art. 80, comma 1, del Codice deve essere verificata in capo:

1. ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e monistico (Presidente del Consiglio di Amministrazione, Amministratore Unico, amministratori delegati anche se titolari di una delega limitata a determinate attività ma che per tali attività conferisca poteri di rappresentanza);

2. ai membri del collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e ai membri del comitato per il controllo sulla gestione nelle società con sistema di amministrazione monistico;

3. ai membri del consiglio di gestione e ai membri del consiglio di sorveglianza, nelle società con sistema di amministrazione dualistico.

Inoltre, il Presidente Cantone ha chiarito che per «*soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*», devono intendersi quei soggetti che, benché non siano membri degli organi sociali di amministrazione e controllo, risultino muniti di poteri di rappresentanza (come gli institori e i procuratori *ad negotia*), di direzione (come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell’impresa) o di controllo (come il revisore contabile e l’Organismo di Vigilanza di cui all’art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001 cui sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati).

Infine, ha chiarito che, in caso di affidamento del controllo contabile ad una società di revisione, la verifica del possesso del requisito di cui al comma 1 dell’art. 80 non deve essere condotta anche sui membri degli organi sociali della società di revisione, in quanto soggetto giuridico distinto dall’operatore economico concorrente, cui devono essere riferite le cause di esclusione.

Nello stesso documento il Presidente dell’ANAC ha altresì disposto che il possesso del requisito di cui al comma 1, dell’art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell’impresa concorrente mediante utilizzo del modello di DGUE e che la dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell’art. 80 in esame, **senza prevedere l’indicazione del nominativo dei singoli soggetti.**

Infatti, secondo il Presidente dell’ANAC, nell’ottica di perseguire la semplificazione delle procedure di gara e la riduzione degli oneri amministrativi connessi allo svolgimento delle stesse, le stazioni appaltanti dovranno richiedere l’indicazione del nominativo dei soggetti di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 80 in rassegna solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese.

Il Presidente dell’ANAC ha altresì previsto, sempre nell’ottica di perseguire la semplificazione delle procedure di gara, che le Stazioni

appaltanti verifichino i requisiti generali e speciali dei concorrenti, nelle fasi della procedura che precedono l'aggiudicazione, esclusivamente sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando.

Il controllo a campione resta dunque una facoltà della Stazione appaltante, che potrà procedere in tal senso in tutti i casi in cui si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l'ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni rese.

La dichiarazione sull'assenza delle cause di esclusione di cui al comma 1 dell'art. 80 dovrà essere, poi, resa in sede di gara anche dai subappaltatori indicati dal concorrente qualora ricorra l'ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del nuovo codice. Ed invero, per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, stabilite dall'art. 35, laddove non sia necessaria una particolare specializzazione, il concorrente sarà chiamato ad indicare già in sede di gara una terna di subappaltatori di cui si potrà avvalere in fase esecutiva e tali subappaltatori dovranno rendere la dichiarazione circa l'assenza di condanne per i reati contemplati al comma 1 dell'art. 80, con riferimento a tutti i soggetti indicati al successivo comma 3.

Ci si chiede, tuttavia, quale debba essere la sorte del concorrente laddove sia riscontrata in capo al subappaltatore la causa di esclusione in esame o altra contemplata nella norma in rassegna.

L'art. 80, comma 1, prevede infatti che *«costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto .. la condanna anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati ..»*.

Disposizione di analogo tenore è contenuta al successivo comma 5 secondo cui *«le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione .. un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita ad un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6»*.

Il tenore letterale delle norme depone nel senso che l'eventuale presenza di una causa di esclusione in capo al subappaltatore indicato in gara comporti l'esclusione anche del concorrente principale.

Tale interpretazione, tuttavia, appare eccessivamente penalizzante e sproporzionata per il concorrente, oltre a risultare in contrasto con il disposto di cui alla lettera rrr), art. 1, della legge delega n. 11/2016, che prevede, esclusivamente, la sostituzione del subappaltatore, laddove sussista un motivo di esclusione a suo carico.

A ciò si aggiunga che spesso il concorrente non è in grado di verificare la presenza di cause di esclusione, soprattutto di quelle contemplate al comma 5, in capo al subappaltatore da indicare e pertanto non può rispondere per esso.

Infine, interpretare l'art. 80 nel senso che la sussistenza di un motivo di esclusione in capo ad uno dei subappaltatori indicati in gara possa comportare l'esclusione del concorrente che lo ha indicato appare del tutto illogico se si considera che, invece, in caso di avvalimento, l'impresa ausiliaria può essere

sostituita laddove colpita da un motivo di esclusione, ai sensi dell'art. 89, comma 3.

Non appare in alcun modo condivisibile infatti che, nel corso di una gara di rilevanza comunitaria, le vicende soggettive del subappaltatore possano determinare l'esclusione del concorrente, mentre le vicende soggettive dell'ausiliario - soggetto senza il quale l'operatore economico non avrebbe potuto partecipare alla gara - possano determinare esclusivamente l'obbligo per il concorrente di sostituire l'ausiliario stesso con altro imprenditore.

Per tutte le richiamate ragioni, si ritiene quindi che, laddove sia riscontrata in capo ad uno dei subappaltatori indicati *ex art.* 105, comma 6, una causa di esclusione contemplata dall'art. 80, ciò non possa comunque determinare l'esclusione del concorrente dalla gara.

Si auspica, pertanto, un intervento chiarificatore sul punto, che tuttavia non è ancora giunto.

Continuano, poi, ad essere considerati rilevanti i precedenti penali, con le caratteristiche di definitività previste al comma 1 della norma in commento, che abbiano interessato i soggetti contemplati dal comma 3 seppur cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, sempreché l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Resta altresì fermo che l'esclusione non va disposta quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna o in caso di revoca della condanna stessa.

Infine, va evidenziato che l'art. 86, comma 2, del nuovo codice ha disposto che «le stazioni appaltanti accettano ... come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione» di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 80 «il certificato del casellario giudiziario», senza chiarire nulla rispetto alla tipologia di certificato, contrariamente a quanto disposto dal terzo comma del previgente art. 38, che specificava quali certificati e quali visure dovesse acquisire la Stazione appaltante.

3. La causa di esclusione di cui al comma 2 - antimafia

Altra causa di esclusione è contemplata al comma 2 dell'articolo in commento e riproduce con alcune novità il motivo di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i..

Secondo tale disposizione costituisce *«motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del D.Lgs. n. 159/2011 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto»*.

Ebbene, l'art. 67 richiamato dalla norma detta gli effetti delle misure di prevenzione e dispone appunto quali siano le sospensioni, le decadenze ed i divieti conseguenti all'adozione in via definitiva di una misura di prevenzione.

Lo stesso art. 67 dispone, altresì, che le sospensioni, decadenze e divieti sopra menzionati possono essere adottati dal Giudice anche in pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Sembra, pertanto, di doversi concludere che, diversamente da quanto disposto nel previgente art. 38, comma 1, lett. b), non comporterà l'esclusione la mera pendenza di un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione, ma esclusivamente la sussistenza di provvedimenti di decadenza, divieto o sospensione, in qualsiasi momento della procedura vengano adottati dal Giudice.

D'altronde, la nuova previsione in commento appare più coerente con il dettato normativo del Codice antimafia.

Come già sottolineato dall'ANAC, «*mentre ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, costituisce causa ostativa alla stipula del contratto d'appalto la mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, l'art. 67 del Codice antimafia prevede invece, ai commi 3 e 6, che sia il giudice a poter disporre in via provvisoria l'operatività dei divieti di stipula dei contratti e di rilascio dell'attestazione SOA durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione. Tale ultima disposizione non attribuisce, dunque, come invece l'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti, effetto interdittivo automatico alla mera pendenza dei procedimenti in questione*».⁵

In considerazione di ciò, dunque, l'ANAC era giunta ad affermare già sotto la vigenza del vecchio codice, seppur esclusivamente con riferimento al rilascio dell'attestato di qualificazione, che il divieto contemplato nell'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti operasse - non più sulla base della mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione - ma sulla base di un provvedimento espresso del giudice con il quale venisse disposta in via provvisoria l'operatività del divieto di contrarre con la p.a. durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

La nuova disposizione, dunque, che lega la causa di esclusione alla presenza di un provvedimento giudiziale di decadenza, sospensione o divieto, appare più coerente con l'impostazione del Codice antimafia.

Altra causa di esclusione introdotta con il nuovo codice dei contratti pubblici è la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84, comma 4, del Codice antimafia.

Tale norma indica attraverso quali atti o quali situazioni si possa affermare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società e che diano luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

Ne consegue che, ai sensi del comma 2 dell'art. 80 in rassegna, costituiscono cause di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica, da un

⁵ ANAC, determinazione n. 2 del 2 settembre 2014.

lato, l'adozione di atti giudiziari, e dall'altro, l'adozione di atti amministrativi, quale l'informazione antimafia interdittiva rilasciata dall'Autorità Prefettizia, a seguito della valutazione compiuta con riferimento ai tentativi di infiltrazione mafiosa.

L'art. 86 del Codice dei contratti, al comma 2, però, dispone che costituisce prova sufficiente dell'inesistenza del motivo di esclusione di cui al comma 2 dell'art. 80 il solo certificato del casellario giudiziario. Ebbene, in tale documento vengono riportati i provvedimenti giudiziari definitivi, ma non certo le valutazioni compiute dal Prefetto alla luce degli elementi che dovrebbero evidenziare "tentativi di infiltrazione mafiosa", ai sensi dell'art. 84, comma 4, del Codice antimafia.

Ci si chiede, dunque, quale sia la portata di tale disposizione, atteso che, da un lato, come visto, il Presidente dell'ANAC⁶ ha espressamente affermato che nel corso della gara la Stazione appaltante è tenuta esclusivamente a verificare la completezza e conformità delle dichiarazioni rese a quanto prescritto dal bando – limitando fortemente le ipotesi di verifica a campione -, e dall'altro, che non v'è dubbio che il controllo sul primo e sul secondo classificato debba tener conto non solo di quanto emerge dal certificato del casellario giudiziario, ma anche delle valutazioni compiute dalla Prefettura sulla sussistenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa".

Tale ultimo aspetto è infatti confermato anche dal comma 2 dell'art. 80 secondo cui restano ferme le disposizioni di cui agli artt. 88, comma 4 bis, e 92, commi 2 e 3, del codice antimafia, che consentono alle Stazioni appaltanti di stipulare i contratti anche in assenza della comunicazione o dell'informazione antimafia rilasciata dalla Prefettura, una volta che siano decorsi 30 giorni dalla relativa richiesta.

Altra problematica legata alla causa di esclusione di cui al comma 2 dell'art. 80 in commento è data dal fatto che, diversamente da quanto disposto dalla lett. b) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., nella nuova norma non si dice quali siano i soggetti per i quali risulti rilevante la sussistenza della richiamata causa di esclusione.

Ed invero, il comma 3 dell'art. 80, come già esposto, prevede esclusivamente che la causa di esclusione di cui al comma 1 (e non anche quella di cui al comma 2) vada disposta se riguarda uno dei soggetti ivi analiticamente indicati.

Ci si chiede, dunque, se sia stata una mera svista del legislatore, dovuta alla necessità di redigere in breve tempo il testo del decreto in esame, e si debba quindi ritenere che la causa di esclusione di cui al comma 2 rilevi qualora sussista in capo ad uno dei soggetti contemplati dal successivo comma 3, fatta ovviamente eccezione per i soggetti cessati dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando, in analogia con quanto disposto dall'art. 38, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.

⁶ Con il Comunicato del 26 ottobre 2016 citato

Il mancato richiamo della causa di esclusione di cui al comma 2 nel successivo comma 3 della norma in commento potrebbe tuttavia essere stato voluto dal Legislatore.

Ed invero, considerato che l'art. 85 del D.Lgs. n. 159/2011 individua i "soggetti sottoposti alla verifica antimafia", potrebbe concludersi che, ai fini della causa di esclusione di cui al comma 2 della norma in rassegna, debbano considerarsi rilevanti tutti i soggetti ivi contemplati.

Tale soluzione è quella contemplata dall'ANAC nel Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016 citato.

In proposito, si segnala, tuttavia, che, se nella sostanza l'elencazione di cui al comma 3 della norma in commento è di fatto quasi coincidente con quella di cui alla normativa antimafia, tale ultima disposizione contempla, tra i soggetti per i quali è richiesta l'informazione antimafia, anche i familiari conviventi di maggiore età dei soggetti rilevanti ai sensi del comma 2 dell'art. 85.

Ci si chiede, dunque, se in fase di gara il concorrente debba rendere nel DGUE la dichiarazione circa l'assenza della causa di esclusione di cui al comma 2 dell'art. 80 anche con riferimento a tali soggetti.

Sul punto, il comunicato più volte richiamato non ha fornito chiarimenti.

Infine, si segnala che, mentre le cause di esclusione di cui al primo comma dell'art. 80 in rassegna sono espressamente estese ai subappaltatori, laddove indicati in sede di gara ai sensi dell'art. 105, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016, non esiste analoga previsione con riferimento alla causa di esclusione in esame. In proposito, tuttavia, considerato che l'ultimo comma dell'art. 80 dispone che non possono essere affidatari di subappalti i soggetti per i quali ricorrono i motivi di esclusione previsti dal presente articolo, sembra doversi propendere per la tesi secondo cui i subappaltatori indicati in gara ai sensi dell'art. 106, comma 5, debbano rendere una dichiarazione (attraverso la compilazione di apposito DGUE, parte III) circa l'assenza di tutte le cause di esclusione contemplate dall'art. 80.

4. I motivi di esclusione di cui al comma 4 - violazioni gravi rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o al pagamento di contributi previdenziali ed assistenziali.

Il comma 4 dell'art. 80 ripropone le cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lett. g) ed i), del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i..

Costituisce, infatti, causa di esclusione dalla partecipazione ad una procedura d'appalto - ma anche, nel silenzio della norma, da una procedura per l'affidamento della concessione, trattandosi di fattispecie contemplata anche dall'art. 38 della Direttiva 2014/23/UE - l'aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o al pagamento di contributi previdenziali ed assistenziali.

Quanto al mancato pagamento di imposte e tasse, in analogia con quanto disposto nel previgente art. 38, sono considerate violazioni gravi quelle che

comportano un omesso pagamento superiore all'importo di cui all'art. 48 bis, commi 1 e 2 bis, del D.P.R. n. 602/1973, pari ad Euro 10.000,00.

Quanto al mancato pagamento dei contributi assistenziali e previdenziali, invece, sono considerate violazioni gravi quelle ostative al rilascio del DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva) anche qui in analogia con quanto disposto nel previgente art. 38.

Nel definire, invece, quando una violazione debba considerarsi "definitivamente accertata", il legislatore ha chiarito che la violazione deve risultare da una sentenza o un atto amministrativo non più soggetti ad impugnazione, mentre nel previgente art. 38 la definizione lasciava spazio a dubbi interpretativi, essendo considerata violazione definitiva quella relativa ad obblighi di pagamento di debiti "*certi, scaduti ed esigibili*".

Elemento di novità contenuto nella Direttiva comunitaria 2014/24, con riferimento alle cause di esclusione in esame, è però che queste ultime non rilevano qualora l'operatore economico abbia ottemperato ai propri obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi dovuti, compresi eventuali interessi o multe.

Tale disposizione è stata recepita nel nuovo codice degli appalti, ma con la precisazione voluta dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo (n. 855/2016 cit.), secondo cui la mancata esclusione del concorrente può operare solo se la regolarizzazione o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta⁷.

Tale previsione, alla stessa stregua del meccanismo di *self cleaning* di cui si parlerà più avanti, appare volta a superare gli eccessivi formalismi della norma, dando invece particolare rilevanza all'impegno ed alla volontà manifestata dal concorrente al fine di superare i motivi di esclusione sullo stesso incumbenti.

Infine, va evidenziato che anche le cause di esclusione in esame non sono espressamente estese ai subappaltatori, laddove indicati in sede di gara ai sensi dell'art. 105, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016.

Per le ragioni già espresse in precedenza, tuttavia, si ritiene che anche i subappaltatori indicati in gara debbano dichiarare l'assenza dei motivi di esclusione qui analizzati.

Anche in questo caso come in quelli di cui ai paragrafi precedenti, tuttavia, si ritiene che l'eventuale causa di esclusione che colpisca il subappaltatore non debba comportare l'esclusione del concorrente dalla gara, ma semmai la sostituzione del subappaltatore stesso.

5. La causa di esclusione di cui al comma 5, lett. b) - ammissione a procedure concorsuali

⁷ Cfr. Parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, parere n. 855 del 1/04/2016.

Il comma 5, lett. b), ripropone, con alcune modifiche, la previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del vecchio codice, secondo cui erano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti e concessioni i soggetti che si trovavano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi fosse in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.

Nella nuova previsione, invece, è escluso dalla partecipazione alla procedura d'appalto *«l'operatore economico che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110»*.

La nuova disciplina, quindi, non richiama più l'art. 186-bis della Legge fallimentare e fa salva la diversa disciplina dell'art.110.

Ebbene, senza entrare troppo nel dettaglio di quanto disposto da tale ultima norma, va comunque evidenziato che, ai sensi del comma 3 dell'art. 110, possono partecipare alle gare (e quindi non ne possono essere escluse per tale ragione) sia le imprese fallite, qualora il curatore del fallimento sia stato autorizzato all'esercizio provvisorio, sia le imprese ammesse al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC.

Inoltre, nei casi espressamente contemplati dalle lett. a) e b) del comma 5 dell'art. 110⁸, l'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione alla gara di tali imprese (fallite o ammesse al concordato con continuità aziendale) alla necessità che il curatore del fallimento o l'impresa in concordato si avvalgano di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale e speciale richiesti, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione ed a subentrare nell'appalto in caso di necessità.

Tale disciplina, a ben vedere, contrasta con le disposizioni contenute nella legge fallimentare in materia di concordato con continuità aziendale.

Infatti, secondo il nuovo codice dei contratti può partecipare ad una procedura di evidenza pubblica esclusivamente un'impresa ammessa al concordato con continuità e non anche un'impresa che abbia formulato la relativa domanda di ammissione (se autorizzata dal Tribunale), contrariamente a quanto disposto dall'art. 186 bis, comma 4, della legge fallimentare.

Ancora, dalla disciplina contenuta nel nuovo codice dei contratti sembra desumersi che le imprese ammesse al concordato in continuità possano partecipare senza ricorrere all'avvalimento - tranne i particolari casi contemplati dal comma 5 dell'art. 110 - e senza la necessità di depositare la relazione di un professionista che attesti la ragionevole capacità di

⁸ la lett. b) tuttavia rinvia ad apposite Linee Guida che non sono state ancora adottate.

adempimento del contratto dell'impresa in concordato, come invece richiesto dall'art. 186 bis sopra richiamato.

Ebbene, in attesa di interventi chiarificatori, si ritiene che la disciplina contenuta nell'art. 110 del D.Lgs. n. 50/2016, come richiamata dall'art. 80, costituendo normativa speciale (con riferimento alla partecipazione delle imprese alle gare pubbliche) ed essendo comunque normativa sopravvenuta, debba prevalere rispetto alla disciplina di cui all'art. 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Si ritiene dunque di poter concludere che - secondo la lett. b), comma 5, dell'art. 80 in combinato disposto con la disciplina dell'art. 110 - possono partecipare alle gare le imprese ammesse al concordato in continuità aziendale, senza le cautele di cui all'art. 186 bis, comma 5, della legge fallimentare, ma sempre che siano state autorizzate dal giudice delegato, sentita l'ANAC, nonché le imprese fallite ammesse all'esercizio provvisorio.

Saranno, invece, escluse dalla gara le imprese che abbiano formulato domanda di concordato in continuità nonché quelle che abbiano formulato domanda di concordato in bianco, le imprese per cui sia pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento o di liquidazione coatta ed infine le imprese fallite non ammesse all'esercizio provvisorio, le imprese in liquidazione coatta nonché quelle ammesse al concordato preventivo liquidatorio.

6. Il motivo di esclusione di cui al comma 5, lett. c) - gli illeciti professionali

Il comma 5, lett. c), dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 (di seguito «Codice») introduce una nuova causa di esclusione, ripresa dalla lett. c), paragrafo 4 dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE.

Per effetto di tale disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici potranno escludere i concorrenti (ed i subappaltatori nel caso di cui all'art. 105, comma 6) qualora possano dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

La disposizione rievoca quanto disposto dall'art. 38, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. secondo cui sono esclusi i soggetti che, *«secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante»*.

La causa di esclusione introdotta con la lett. c) dell'art. 80, però, ricomprende anche ipotesi non contemplate dalla richiamata lett. f) dell'art. 38.

Ed infatti rientrano tra i gravi illeciti professionali anche alcune fattispecie esemplificative, indicate dal legislatore perché si ritiene possano incidere sul

rapporto fiduciario con la stazione appaltante, che in realtà traggono origine da altre cause di esclusione previste nella Direttiva 2014/24.

Si tratta, in primo luogo, dell'ipotesi in cui significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione abbiano causato la risoluzione anticipata (non contestata in giudizio o confermata all'esito di un giudizio) ovvero abbiano dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni. Tale causa di esclusione è contemplata alla lett. g), paragrafo 4, dell'art. 57 della Direttiva 2014/24 e ripropone sostanzialmente la prima parte della lett. f) dell'art. 38, dando tuttavia rilevanza non solo alle risoluzioni per inadempimento intervenute con la stessa Stazione appaltante, ma a tutte le risoluzioni anticipate che non siano state contestate.

In secondo luogo, costituisce grave illecito professionale *«il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio»*, causa di esclusione contemplata al paragrafo 4, lett. i, dell'art. 57 citato.

Infine, sempre a titolo esemplificativo, costituisce grave illecito professionale *«il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»*, ipotesi anche questa prevista al paragrafo 4, lett. i nonché lett. h) dell'art. 57 citato.

Ebbene, considerata la novità introdotta con la previsione in commento, al comma 13 dell'art. 80 il legislatore ha previsto che l'ANAC, con proprie linee guida da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione sopra menzionate ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini della disposizione in rassegna.

L'ANAC, dopo aver adottato una bozza di Linee Guida, sotto forma di documento di consultazione, su cui sono pervenute osservazioni⁹, ha poi adottato le Linee Guida n. 6 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50¹⁰, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e non ancora pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale alla data redazione del presente contributo e pertanto non ancora entrate in vigore.

Considerata la complessità e novità del motivo di esclusione in esame, si darà quindi atto degli approdi cui è giunta l'Autorità Anticorruzione in merito.

⁹ ANAC, Documento di consultazione recante *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c. del Codice»*.

¹⁰ Recanti *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»*.

In tale documento, l'ANAC ha, in primo luogo, precisato che “il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida 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, secondo le indicazioni fornite nel presente documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi.”

Come chiarito anche dal parere del Consiglio di Stato¹¹ reso sulle Linee Guida in esame, la casistica individuata dall'ANAC deve ritenersi esemplificativa e non tassativa.

Ciò premesso, nel definire l'ambito oggettivo, l'Autorità ha innanzitutto precisato che “rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.”

In linea generale, va poi osservato che, mentre nel documento di consultazione l'ANAC aveva affermato che rilevano quali illeciti professionali sia quelli di natura civile ed amministrativa, sia quelli di natura penale, ricomprendendo le condanne con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena per reati commessi nell'esercizio della professione che siano idonei ad incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico, nelle Linee Guida in commento non vi è più alcun richiamo a tali fattispecie.

Ad avviso dell'Autorità, dunque, al momento, le condanne per reati quali “l'abusivo esercizio di una professione” - o per “delitti contro la fede pubblica” (es. falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico); o “contro l'industria e il commercio” o ancora per “reati fallimentari” (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito) o per “reati tributari” ex d.lgs. 74/2000 o infine per “reati societari” o “ambientali” - non costituiscono né autonome cause di esclusione, non essendo stata riprodotta nel comma 1 la previsione generale di cui alla lett. c) dell'art. 38, secondo cui rilevava la condanna per qualsiasi reato in danno dello Stato o della Comunità che incida sulla moralità professionale; né sembrano rilevare quali cause di esclusione ai sensi del comma 5, lett. c), dell'art. 80 in esame.

Come si vedrà meglio più avanti, infatti, le uniche ipotesi di reato prese in

¹¹ Cons. di Stato, Commissione Speciale, del 3 novembre 2016, n. 2286

considerazione dall'ANAC ai fini della configurabilità dell'illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) sono quelle di cui agli artt. 355 e 356 c.p. (rispettivamente "inadempimento di contratti di pubbliche forniture" e "frode nelle pubbliche forniture"), solo per l'ipotesi in cui i provvedimenti di condanna contengano una condanna al risarcimento del danno o altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c), nonché le fattispecie di cui agli artt. 353, 353 bis e 354 c.p. (ossia rispettivamente "turbata libertà degli incanti", "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" ed "astensione dagli incanti").

Secondo l'ANAC, infatti, possono costituire indice di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p. e possono costituire indice di gravi illeciti professionali posti in essere nel corso della procedura di gara le condanne non definitive per i reati di cui agli artt. 353, 353 bis e 354 c.p..

Le condanne definitive per i suddetti reati costituiscono, invece, causa autonoma di esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 80 in rassegna.

Altre ipotesi di reato non sono prese in considerazione dalle Linee Guida esaminate.

Si ritiene, tuttavia, che, come precisato dal Consiglio di Stato¹², poiché l'elencazione fornita dall'Autorità deve considerarsi meramente esemplificativa, ma non tassativa né esaustiva di tutte le ipotesi di illecito professionale contemplate dalla norma, possano essere valutate dalla Stazione appaltante anche le condanne - definitive e non - per reati che incidano sulla moralità professionale, quali i reati societari o ambientali, i reati fallimentari ...

D'altronde, se, come vedremo tra breve, possono costituire causa di esclusione ai sensi della norma in commento anche illeciti civili o amministrativi, non appare ragionevole escludere la rilevanza degli illeciti penali di cui si tratta - indubbiamente più gravi e per i quali quindi è più forte un'esigenza di tutela della p.a. - anche laddove non sia intervenuto il passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Quanto proposto, peraltro, appare coerente con i più recenti arresti giurisprudenziali secondo cui *«la legge non esclude che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini della sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006» ... «prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato, come è invece previsto dalla precedente lett. c)»*¹³.

Analogamente, mentre nel documento di consultazione l'Autorità aveva affermato che possono rilevare ai fini della valutazione dell'integrità morale del concorrente anche le misure straordinarie adottate dal Presidente

¹² Parere n. 2286/2016 cit.

¹³Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299; Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2015, n. 4502.

dell'ANAC ai sensi dell'art. 32 del D.L. n. 90/2014, convertito in L. n. 114/2014, ossia le misure di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, nelle Linee Guida in esame non vi è più alcun richiamo a tale fattispecie.

Sul punto si condivide la scelta finale assunta dall'ANAC.

In proposito basti, infatti, pensare che le misure in parola possono essere adottate anche in presenza di situazioni meramente “sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali”. Può trattarsi, quindi, anche di fatti non riconducibili a reati accertati, ma derivanti da eventi ancora da accertare. Il presupposto di tali misure infatti è la semplice esistenza di un procedimento penale per reati contro la pubblica amministrazione e proprio per tali ragioni le suddette misure non hanno il carattere della definitività e non possono rilevare ai fini della valutazione dell'integrità ed affidabilità del concorrente.

6.a Passando, ora, alle fattispecie esemplificativamente indicate dal legislatore a dimostrazione del grave illecito professionale, come anticipato, la prima consiste in *«significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni.»*.

Sul punto l'Autorità ha chiarito che la stazione appaltante deve valutare i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio;

b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Detti comportamenti rilevano o perché singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali.

Ebbene, analizzando partitamente le suddette fattispecie, va in primo luogo evidenziato che, diversamente da quanto fatto con il Documento di consultazione, l'ANAC, nelle Linee Guida definitive, non ha preso posizione sulla necessità che la pronuncia che dichiara la legittimità della risoluzione sia passata in giudicato. Resta, quindi, alla discrezionalità della Stazione appaltante valutare la rilevanza o meno della pronuncia ancorché non passata in giudicato.

Quanto, invece, alla fattispecie sub b), ad una prima lettura, l'Autorità sembra aver affermato che sia il risarcimento del danno sia l'applicazione di penali o l'escussione di garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice debbano essere state oggetto di condanna, all'esito di un giudizio.

Si parla, infatti, di “comportamenti gravi e significativi .. che abbiano comportato .. la condanna .. ad altre sanzioni, quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ..”

Tuttavia, nella parte relativa ai mezzi di prova, la stessa Autorità afferma che le Stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario, "i provvedimenti di applicazione delle penali e di escussione delle garanzie", riferendosi chiaramente ai provvedimenti adottati dalle Stazioni appaltanti, indipendentemente da un'eventuale contestazione in giudizio degli stessi.

Sembrerebbe, dunque, che, ad avviso dell'ANAC, i provvedimenti di applicazione delle penali o di escussione delle garanzie nell'esecuzione di precedenti contratti possano giustificare un provvedimento di esclusione ai sensi della disposizione in commento, indipendentemente dalla contestazione o meno degli stessi in giudizio e dall'esito dello stesso.

La posizione che sembra aver assunto l'Autorità non appare tuttavia coerente con il dettato normativo, che espressamente richiede che la legittimità della risoluzione anticipata del contratto per inadempimento dell'appaltatore debba essere confermata in giudizio o non contestata. Non si vede, dunque, perché la legittimità dell'applicazione delle penali (che peraltro solo se raggiungono la soglia del 10% possono giustificare la risoluzione anticipata del contratto, che costituisce causa di esclusione, solo se non contestata o confermata in giudizio) o dell'escussione delle garanzie non debba essere confermata in giudizio o non contestata perché rilevi quale causa di esclusione.

Peraltro, anche il tenore letterale del testo normativo induce a ritenere che il risarcimento del danno o le altre sanzioni debbano essere applicate all'esito di un giudizio, atteso che la norma parla di carenze che hanno dato luogo ad una «*condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni*».

L'Autorità ha poi fornito un'elencazione esemplificativa delle circostanze che possono avere rilevanza come significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto.

Tale elencazione appare, tuttavia, eccessivamente vaga e non circostanziata, in alcuni casi, mentre in altri appare così precisa da escludere immotivatamente alcune ipotesi astrattamente ipotizzabili.

In particolare, secondo l'ANAC, può assumere rilevanza qualsiasi inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; l'adozione di comportamenti scorretti¹⁴ (fattispecie espressamente contemplata dalla Direttiva Comunitaria, ma di difficile applicazione considerata la sua estrema genericità); o ancora un qualsiasi ritardo nell'adempimento, indipendentemente dall'applicazione di penali.

Tutte le richiamate ipotesi appaiono eccessivamente generiche lasciando amplissima discrezionalità alle stazioni appaltanti con conseguente grave rischio che quest'ultima possa facilmente "abusare" del potere attribuitole, senza che ai concorrenti siano forniti adeguati strumenti di tutela, considerato che le valutazioni discrezionali della p.a. sono censurabili avanti al Giudice Amministrativo esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità e

¹⁴ Considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE.

irragionevolezza.

Al contrario, come anticipato, altre fattispecie considerate dall'Autorità appaiono eccessivamente specifiche e circostanziate, con l'effetto di escludere irragionevolmente alcune ipotesi che potrebbero viceversa essere sintomatiche di significative carenze nell'esecuzione.

Ci si riferisce alle ipotesi in cui, nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore abbia determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06); o all'ipotesi in cui negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, abbia determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 102, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06).

Non si comprende, infatti, perché l'Autorità abbia limitato le ipotesi di omissione od errore della progettazione, ai casi che abbiano comportato la necessità di una variante, con la conseguenza di escludere irragionevolmente le ipotesi di gravissimo errore progettuale che rendano l'opera irrealizzabile e come tale non soggetta nemmeno a modifiche contrattuali.

A ciò si aggiunga che una delle ipotesi testè richiamate è persino vietata dal nuovo codice degli appalti. Ai sensi dell'art. 59, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, infatti, “è vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori, ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità.”

Deve, dunque, concludersi che, al di là dei casi suddetti, l'ipotesi contemplata dall'ANAC potrà ricorrere esclusivamente con riferimento ad appalti aggiudicati sotto il vigore del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i..

Infine, ad avviso dell'ANAC, come anticipato, rileveranno quali “significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto” le condanne non definitive esclusivamente per i reati di “inadempimento di contratti di pubbliche forniture” e “frode nelle pubbliche forniture” e semprechè tali pronunce contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c).

6.b La seconda ipotesi esemplificativa del grave illecito professionale, individuata dal legislatore, consiste nel “tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante” o “di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio”, mentre la terza ipotesi contemplata dal legislatore, consiste nel “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”.

Ebbene, le richiamate fattispecie sono analizzate dall'Autorità congiuntamente, consistendo tutte in “Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara”.

Si tratta di comportamenti idonei ad alterare illecitamente la *par condicio* tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente nei confronti della Stazione appaltante che bandisce la gara.

6.b.1 Quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», ad avviso dell'ANAC, l'amministrazione dovrà valutare qualsiasi «atto idoneo diretto in modo non equivoco ad influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'adozione di provvedimenti di esclusione o all'attribuzione dei punteggi».

Sul punto si nutrono alcune perplessità in considerazione dell'eccessiva ampiezza della fattispecie considerata. Spesso, infatti, nelle procedure di gara i concorrenti esclusi tentano di influenzare le decisioni della Stazione appaltante al fine di ottenere la loro riammissione in gara, magari rappresentando in maniera in parte artificiosa la propria posizione od omettendo alcuni aspetti della vicenda che ha condotto all'esclusione, senza che tuttavia tali circostanze debbano essere correttamente valutate quali illeciti posti in essere nel corso della gara.

D'altronde lo stesso legislatore ha parlato di tentativo di influenzare «indebitamente» la Stazione appaltante e non invece di qualsiasi atto idoneo ad influenzare le decisioni dell'amministrazione.

6.b.2 Quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio», ad avviso dell'ANAC, la Stazione appaltante dovrà valutare i comportamenti volti ad ottenere informazioni in ordine al nominativo degli altri concorrenti o al contenuto delle offerte presentate.

Anche in questo caso, la previsione appare eccessivamente generica e volta a ricomprendere ipotesi che possono apparire anche fisiologiche all'interno di una procedura di evidenza pubblica e che in ogni caso, astrattamente considerate, non sembrano costituire sintomo di un illecito professionale che comporti l'esclusione.

A tali fattispecie, poi, l'Autorità ha ritenuto di aggiungere quale sintomo di grave illecito posto in essere nel corso della gara, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

6.b.3 Quanto, invece, alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano a titolo esemplificativo:

1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;
3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati

dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

L'elencazione sopra riportata desta non poche perplessità perché non prevede la più banale ed evocata tra le cause di esclusione, ossia le false informazioni sul possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione.

Né può affermarsi, come ha fatto l'ANAC nel Documento di consultazione (e forse ha sottinteso nel documento in rassegna), che, onde evitare una sovrapposizione con la causa di esclusione prevista dal comma 12, le informazioni false ricomprese nella fattispecie in esame non devono riguardare requisiti generali o speciali di partecipazione.

Il comma 12, infatti, non disciplina l'esclusione in conseguenza di una falsa dichiarazione, ma il procedimento che deve essere avviato avanti all'Autorità, a causa di una falsa dichiarazione riscontrata in gara, e che può portare all'iscrizione nel casellario informatico e determinare l'esclusione dell'operatore economico dalle successive gare per tutta la durata dell'iscrizione medesima.

Si ritiene, dunque, che la disposizione in esame e quella contenuta nel comma 12 debbano essere lette in combinato disposto, nel senso che, laddove la Stazione appaltante riscontri in gara la presenza di false o fuorvianti informazioni, dovrà escludere il concorrente dalla gara per effetto della disposizione di cui al comma 5, lett. c), e segnalare il fatto all'Autorità affinché proceda ai sensi del comma 12 sopra richiamato.

D'altronde, se la causa di esclusione in esame non fosse fatta rientrare in tale previsione normativa, vi sarebbe anche qualche dubbio sulla legittimità dell'esclusione del concorrente in caso di falsa dichiarazione resa in gara.

Il previgente art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., infatti, disponeva espressamente che in caso di mancata prova o conferma di quanto dichiarato nel corso della procedura di gara - che doveva dunque essere considerato falso - la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il concorrente dalla gara, escutere la cauzione e segnalare il fatto all'Autorità. Analoga previsione, invece, non è più contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016, con la conseguenza che tale ipotesi di esclusione deve essere ricompresa nell'ipotesi contemplata dal comma 5, lett. c), dell'art. 80 in commento.

Sotto altro profilo, invece, correttamente l'ANAC ha riconosciuto che le false dichiarazioni di cui alla disposizione in commento non riguardano esclusivamente le condizioni di partecipazione alla gara e quindi i requisiti, come in passato, ma anche le condizioni di offerta.

Si dice, infatti, che "rilevano i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio."

La norma, in effetti, parla di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare anche «*la selezione e l'aggiudicazione*» e cioè le fasi successive

all'ammissione del concorrente e volte ad individuare il miglior offerente.

A conferma di quanto esposto, va poi evidenziato che nel nuovo articolo 50 non è riprodotta la causa di esclusione di cui alla lett. h) dell'art. 38, che precisava che costituisce causa di esclusione l'iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità per aver presentato falsa dichiarazione .. «*in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione*».

Non essendo stata, dunque, riprodotta la previsione secondo cui il procedimento oggi disciplinato dal comma 12 (ed in precedenza dal comma 1 ter, art. 38, del D.Lgs. n. 163/2006) riguarda esclusivamente le false dichiarazioni sulle condizioni di partecipazione, appare ragionevole ritenere che nelle false o fuorvianti dichiarazioni debbano rientrare anche quelle relative al contenuto dell'offerta.

Assumono rilevanza, altresì, secondo l'Autorità, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice.

Infine, come già anticipato, nei casi più gravi, la stazione appaltante può essere chiamata a valutare i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di “turbata libertà degli incanti”, “turbata libertà del procedimento di scelta del contraente” ed “astensione dagli incanti”.

6.c Secondo le Linee Guida in esame, infine, rileverà quale grave illecito professionale anche l'adozione nei confronti dell'operatore economico di 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 illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

Non rientreranno, invece, tra le fattispecie rilevanti, i provvedimenti dell'A.G.C.M. relativi agli impegni assunti dagli operatori economici nell'ambito di procedimenti antitrust.

Infine, secondo l'ANAC, assumeranno rilevanza anche i provvedimenti sanzionatori dalla stessa comminati ai sensi dell'art. 213, comma 13, del D.Lgs. n. 50/2016, ed iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti di:

- operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti all'ANAC;
- operatori economici che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento;
- operatori economici che abbiano fornito all'Autorità dati o documenti non veritieri.

Né l'art. 213 richiamato né le Linee Guida in commento chiariscono i presupposti per l'adozione di tali provvedimenti. Sarà dunque necessario che l'Autorità chiarisca quali dei richiamati provvedimenti potranno avere rilevanza ai fini della causa di esclusione in esame, tenendo conto della gravità

della condotta e dell'elemento psicologico sotteso.

* * *

Le fattispecie contemplate dalla lett. c), comma 5, dell'art. 80, ad avviso dell'ANAC, assumeranno rilevanza ai fini della configurazione del motivo di esclusione se poste in essere dall'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali siano riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica, ovvero se poste in essere dai soggetti contemplati al comma 3 dell'art. 80 del Codice, quando i comportamenti ostativi siano riferibili esclusivamente a persone fisiche.

Nel documento di consultazione l'ANAC aveva previsto che potessero avere rilevanza, ai sensi della disposizione in esame, anche le fattispecie poste in essere dai soggetti contemplati all'art. 5 del d.lgs. 231/2001.

Tale previsione fortunatamente non è stata riprodotta nelle Linee Guida definitive che pertanto non estendono il motivo di esclusione in esame a comportamenti posti in essere da tali soggetti.

Sul punto si nutrivano, infatti, notevoli dubbi.

Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 231/2001, sono individuati come rilevanti anche i membri del Consiglio di Amministrazione di una società seppur privi di legale rappresentanza ed i dipendenti dell'operatore economico.

Ebbene, appare evidente quale potesse essere l'aggravio procedimentale richiesto agli operatori economici, ma anche alle Stazioni appaltanti, se tutti i soggetti contemplati nella richiamata norma avessero dovuto rendere in gara la dichiarazione circa l'assenza di illeciti professionali, dichiarazione che le Stazioni appaltanti sarebbero state chiamate ovviamente a valutare.

Tale previsione, inoltre, non sarebbe stata coerente con il dettato normativo che riferisce la causa di esclusione in esame all'"operatore economico", mentre solo con riferimento alla causa di cui al comma 1 individua i soggetti rilevanti all'interno della compagine societaria.

Quanto, invece, ai mezzi di prova adeguati a dimostrare la sussistenza della causa ostativa, l'ANAC ha chiarito che fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice:

a. la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice;

b. la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. è effettuata mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza. Affinchè possano rilevare i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p., peraltro, la Stazione appaltante dovrà verificare che le sentenze contengano la condanna al risarcimento dei danni o altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c) del codice.

Al fine di rendere conoscibili a tutte le amministrazioni le cause di esclusione suddette, l'Autorità ha previsto che le stazioni appaltanti debbano comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di

cui all'art. 213, comma 10, del codice:

a. i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice;

b. i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto, di applicazione delle penali e di escussione delle garanzie;

c. i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale e i provvedimenti penali di condanna non definitivi, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati.

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del codice.

L'Autorità ha infine chiarito le modalità per acquisire le suddette informazioni anche con riferimento agli operatori economici appartenenti o meno ad uno Stato membro.

La previsione dell'ANAC sui mezzi di prova va salutata con favore, essendo idonea a chiarire le modalità ed i mezzi per acquisire i dati necessari a valutare l'incidenza dei fatti analizzati dalla stessa Autorità sull'affidabilità dell'operatore economico.

In proposito, tuttavia, va segnalato, innanzitutto, che l'Autorità non ha fornito chiarimenti in ordine alla modalità di acquisizione di alcuni dei provvedimenti menzionati nelle Linee Guida come rilevanti, quali ad esempio i provvedimenti dell'AGCM o gli stessi provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 213, comma 13, del codice, che la norma non chiarisce se saranno inseriti nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice.

Inoltre, l'Autorità non ha tenuto conto del fatto che i comportamenti analizzati con le Linee Guida non costituiscono un'elencazione tassativa, con la conseguenza che le Stazioni appaltanti potranno valutare anche ulteriori fatti non contemplati nel documento in commento, per i quali dunque resteranno dubbi in ordine alle modalità di acquisizione dei relativi mezzi di prova.

Altra questione rilevante trattata nelle Linee Guida in esame riguarda il tempo durante il quale possa conservare rilevanza l'illecito accertato in capo al concorrente.

Il legislatore nazionale non ha stabilito nulla al riguardo, ma, come correttamente affermato dall'ANAC nel Documento di consultazione, è necessario, al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, stabilire una durata massima di rilevanza sia per i reati che per gli altri illeciti professionali.

D'altronde l'art. 57, comma 7, della Direttiva 2014/24 ha stabilito che gli Stati membri debbano determinare il periodo massimo di esclusione per le ipotesi contemplate al paragrafo 4 e quindi anche per l'ipotesi in rassegna ed ha comunque fornito delle indicazioni generali.

La soluzione proposta dall'ANAC è che il periodo di esclusione dalle gare non possa superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti

penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento.

Tale previsione, tuttavia, per gli illeciti che non costituiscono reato, appare maggiormente penalizzante rispetto a quanto disposto dall'art. 57, par. 7, della Direttiva 2014/24, in quanto secondo quest'ultima la circostanza escludente può rilevare esclusivamente per tre anni dalla commissione del fatto e non invece dall'annotazione dello stesso, che interverrà indubbiamente in un momento successivo.

Infine, ha precisato l'ANAC che il periodo rilevante deve essere conteggiato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione dell'avviso o del bando di gara, fermo restando che acquistano rilevanza anche i fatti commessi tra la pubblicazione e l'aggiudicazione.

Questione invece di cui non si è occupata l'ANAC e su cui sarebbe assolutamente necessario un chiarimento è se le cause di esclusione contemplate dalla norma in commento possano rilevare solo con riferimento a fatti intervenuti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 oppure no.

In proposito, tenendo conto che l'art. 11 delle c.d. preleggi e l'art. 25, comma 2 della Carta costituzionale escludono che una norma giuridica possa applicarsi ad atti, fatti, eventi o situazioni verificatisi prima della sua entrata in vigore, onde evitare l'insorgere di contenziosi, si ritiene che, ai fini della norma in commento, rilevino esclusivamente fatti verificatisi successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice.

D'altronde non appare corretto attribuire oggi rilevanza a circostanze che in passato non sono state mai considerate dal legislatore e sulle quali pertanto gli operatori economici non hanno ritenuto di adoperarsi, ad esempio, sollevando a suo tempo contestazioni.

Sul punto, l'ANAC si è limitata ad affermare che potrebbero essere rilevanti le varianti disposte ai sensi dell'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. a causa di errore progettuale, sostanzialmente ammettendo che gli illeciti professionali rilevanti possano essere perpetrati nell'esecuzione di contratti sottoscritti prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti.

Le Linee Guida in commento, tuttavia, non chiariscono se tali illeciti possano rilevare solo qualora posti in essere a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 o se rilevino invece anche quelli perpetrati in epoca precedente.

Sul punto, per le ragioni già esposte, si ritiene sia preferibile la prima soluzione prospettata, che, si auspica, venga accolta al più presto anche dall'Autorità Anticorruzione.

Altra questione non trattata dall'ANAC, ma su cui sarà necessario un approfondimento, riguarda gli effetti di una non completa indicazione da parte del concorrente (o del subappaltatore indicato) nel DGUE di tutte le circostanze che possano rilevare ai sensi della disposizione in commento.

Come visto finora, infatti, nella nozione di illecito professionale potranno

rientrare numerosissime ipotesi.

Ebbene, secondo l'ANAC, la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto "tutte le notizie **astrattamente idonee** a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente", essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione.

Tuttavia, considerato che allo stato non risultano tassativamente indicate tutte le fattispecie riconducibili negli illeciti professionali, ci si chiede quali siano le sorti del concorrente che non abbia indicato inconsapevolmente tutti i casi che possano rilevare secondo la discrezionale valutazione della Stazione appaltante.

Sul punto sarà dunque necessario un chiarimento da parte dell'Autorità che, si auspica, sia nel senso che un'involontaria omissione di fatti ritenuti non particolarmente significativi ai sensi della disposizione in esame non possa configurare una falsa dichiarazione e costituire quindi autonoma causa di esclusione dalla gara.

In conclusione, come visto sin d'ora, la causa di esclusione esaminata è caratterizzata da un'elevatissima discrezionalità della Stazione appaltante e potrebbe ricomprendere una casistica molto ampia di comportamenti sanzionabili in capo all'operatore economico.

Si auspica pertanto che le Stazioni appaltanti non avviino una sorta di caccia all'errore onde individuare pretestuose cause di esclusione del concorrente che, come noto, potranno essere annullate dal Giudice solo se manifestamente illogiche ed irrazionali.

Per tale ragione, in linea con quanto espresso dall'Autorità di Vigilanza, si ritiene fondamentale che le Stazioni appaltanti garantiscano un reale contraddittorio con l'operatore economico ed in ogni caso redigano ampia ed esaustiva motivazione in ordine alla causa di esclusione riscontrata, al tempo trascorso ed alle eventuali recidive, assicurando che le determinazioni adottate perseguano l'obiettivo di affidare l'appalto a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e comportino l'esclusione soltanto, all'esito di un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata, quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico, senza gravare in maniera eccessiva sull'interessato.

7. Le altre cause di esclusione introdotte con il nuovo codice - comma 5, lett. d) ed e)

Tra le nuove cause di esclusione introdotte con la Direttiva 2014/24 ed il D.Lgs. n. 50/2016 devono inoltre annoverarsi quelle di cui alle lett. d) ed e), comma 5, dell'art. 80.

7.a La disposizione di cui alla lett. d), che trae origine dalla lett. e), comma 4, dell'art. 57 della Direttiva, stabilisce che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico, qualora la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse, ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile.

Ebbene, secondo l'art. 42 richiamato, *«si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62»*.

Per effetto della disposizione richiamata sussiste dunque conflitto di interessi ogni qualvolta lo stesso personale della Stazione appaltante o un consulente della stessa abbiano un interesse tale da minacciarne l'imparzialità nella conduzione della gara, potendo influenzarne il risultato, agevolando un operatore economico rispetto agli altri concorrenti.

Sussiste, inoltre, conflitto di interesse laddove il dipendente della Stazione appaltante, all'interno della procedura di gara, persegua un interesse proprio ovvero di suoi parenti e affini entro il secondo grado o ancora un interesse del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale. Sussiste, ancora, conflitto di interesse laddove il dipendente della Stazione appaltante sia chiamato a valutare soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi.

Infine, sussiste conflitto d'interesse laddove il dipendente della Stazione appaltante sia tutore, curatore, procuratore, agente, amministratore, gerente o dirigente di un operatore economico partecipante alla gara.

Ogni qualvolta, dunque, il personale coinvolto nella gestione o predisposizione della procedura di gara, ivi compresi espressamente i consulenti della Stazione appaltante, possa, anche solo in astratto, tutelare in maniera particolare l'interesse di uno dei concorrenti a danno di altri, tale concorrente dovrà essere escluso dalla gara stessa, determinandosi una situazione di conflitto di interessi.

7.b In parte simile alla precedente causa di esclusione, in quanto volta comunque a tutelare la possibile alterazione della concorrenza, si manifesta l'ipotesi contemplata alla lett. e), comma 5, dell'art. 80, che ripropone pedissequamente il motivo previsto al comma 4, lett. f), dell'art. 57 della Direttiva.

In tal caso, infatti, la Stazione appaltante esclude l'operatore economico

qualora «una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive».

L'art. 67 del nuovo codice disciplina l'ipotesi in cui un concorrente o un operatore ad esso collegato abbia fornito alla Stazione appaltante consulenze o documenti tecnici necessari alla pianificazione e allo svolgimento di una procedura di gara o abbia comunque partecipato alla preparazione della procedura stessa, prima che venga bandita. In tal caso la norma dispone che l'amministrazione debba adottare tutte le misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata per effetto della partecipazione di tale operatore economico e stabilisce che, a tal fine, costituiscono misure minime adeguate la comunicazione a tutti i concorrenti delle informazioni acquisite nel corso della preparazione alla procedura di gara e la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte.

Tuttavia, qualora, nonostante gli accorgimenti della Stazione appaltante, non sia possibile garantire la parità di trattamento, il concorrente che abbia partecipato alla preparazione della procedura dovrà essere escluso, ma solo dopo che gli sia stato consentito di provare che la sua partecipazione alla gara non costituisce causa di alterazione della concorrenza.

Come visto, dunque, entrambe le cause di esclusione in esame tendono a tutelare la parità di trattamento tra i concorrenti e l'imparzialità nella valutazione, ogni qualvolta si possano verificare eventi che possano invece falsare la concorrenza. Tali cause possono consistere, da un lato, nella compiacenza di alcuni dipendenti della Stazione appaltante che possa portare ad una falsata valutazione delle offerte, e, dall'altro, nella conoscenza in capo ad uno solo dei concorrenti di informazioni che possano alterare il confronto concorrenziale.

8. Le altre cause di esclusione riprese dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. - comma 5, lett. a), f) e g) - comma 12

A completare il quadro delle cause di esclusione contemplate dall'art. 80, intervengono poi alcuni motivi già previsti nel vecchio Codice dei Contratti.

In particolare, ai sensi del comma 5, le Stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle procedure d'appalto o concessione gli operatori economici (o i subappaltatori indicati nell'ipotesi di cui all'art. 105, comma 6) qualora:

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'art. 30, comma 3 del presente codice;

f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica

amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.

8.a L'ipotesi di cui alla lett. a) ripropone con alcuni ampliamenti l'ipotesi contemplata dalla lett. e) dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e recepisce l'art. 57, comma 4, lett. a), della Direttiva.

Essa riguarda qualsiasi infrazione grave alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e pertanto ricomprende anche l'ipotesi di condanna, ad esempio, per il reato di lesioni personali provocate in conseguenza della violazione o mancata applicazione delle disposizioni in materia di sicurezza.

Anche in questo caso, in assenza di chiarimenti, ci si chiede se il precedente penale debba risultare da sentenza passata in giudicato o possa invece rilevare anche una pronuncia non ancora definitiva.

Altrettanto rilevanti, ai fini della causa di esclusione, sono altresì le infrazioni debitamente accertate agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X al D.Lgs. n. 50/2016.

Tale disposizione nasce anche con l'obiettivo di salvaguardare sostanzialmente la parità di trattamento tra gli operatori economici comunitari e gli operatori appartenenti ad altri Paesi. Affinché, infatti, possa dirsi che sussiste parità di trattamento, gli operatori economici devono essere chiamati a rispettare regole omogenee, applicando una normativa sulle condizioni di lavoro e sulla sicurezza sul lavoro, conformi al diritto comunitario.

8.b L'ipotesi contemplata alla lett. f) ripropone la disposizione di cui alla lett. m) dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006.

Essa riguarda la sanzione del divieto di contrarre con la P.A. prevista dall'art. 9, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità delle persone giuridiche per illeciti amministrativi commessi da soggetti che abbiano agito per esse.

A tale fattispecie è affiancata, con previsione generale e aperta, qualsiasi altra sanzione che comporti il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

Fra queste sono espressamente richiamate le misure interdittive temporanee adottate dal Ministero delle Infrastrutture e trasporti ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008. Si tratta di provvedimenti interdittivi alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche e possono essere adottati dal M.I.T. quando il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali abbia adottato provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale per aver riscontrato l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20

per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

8.c Infine, l'ipotesi contemplata alla lett. g) ripropone la disposizione di cui alla lett. m bis) dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006.

Essa prevede quale causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica l'avvenuta iscrizione dell'impresa nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver reso false dichiarazioni o falsa documentazione per ottenere il rilascio dell'attestazione di qualificazione.

Tale causa di esclusione, richiamando il meccanismo delle attestazioni di qualificazione, può essere applicata esclusivamente in caso di gare per l'affidamento di lavori, per le quali appunto è richiesto l'attestato SOA.

8.d Nel previgente art. 38 era, altresì, inserita un'ulteriore causa di esclusione, prevista alla lett. h), legata all'iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico tenuto presso l'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti.

Tale causa di esclusione non è stata espressamente riportata nell'elencazione di cui all'art. 80, ma deve ritenersi in ogni caso applicabile alla luce di quanto disposto al già richiamato comma 12 dell'articolo in commento.

Tale ultimo comma riproduce, infatti, la previsione contenuta nel comma 1 ter dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 e disciplina il procedimento che deve essere avviato nel caso in cui la Stazione appaltante riscontri, nel corso della gara o negli affidamenti in subappalto, la presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione.

Essa deve infatti darne segnalazione all'Autorità, che, all'esito di un procedimento in contraddittorio, potrà disporre l'iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico, qualora ritenga che le falsità riscontrate siano state rese con dolo o colpa grave, tenendo conto anche della rilevanza e della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione.

Come già in precedenza evidenziato, tuttavia, nella previsione in esame, non è stata riprodotta anche la lett. h), primo comma, dell'art. 38 che delimitava l'ipotesi di false dichiarazioni o falsa documentazione ai soli requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alla procedura.

Nel silenzio della norma, dunque, potrebbe ritenersi che qualsiasi falsità riscontrata nel corso della gara - ivi compresa, ad esempio, una falsa dichiarazione in ordine alle caratteristiche del prodotto fornito o in ordine alle modalità di espletamento di un servizio o di un lavoro, ossia false dichiarazioni o falsa documentazione rilevanti ai fini non della partecipazione bensì del contenuto dell'offerta da valutare - comporti la segnalazione

all'ANAC e l'avvio del procedimento disciplinato al comma 12 dell'articolo in rassegna.

Ulteriore novità rispetto al passato di tale ultima previsione sta poi nel fatto che, mentre, secondo il vecchio Codice dei contratti pubblici, l'iscrizione nel casellario informatico dell'Autorità poteva essere disposta fino ad un massimo di un anno dall'accertamento, nel comma 12 in esame si è stabilito che l'iscrizione ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto può essere disposta fino a due anni dall'accertamento. Aumenta dunque notevolmente la sanzione per falsa dichiarazione resa in gara, sempreché ovviamente l'ANAC abbia verificato la sussistenza anche dell'elemento soggettivo richiesto dal legislatore.

Decorso il termine indicato nell'iscrizione, quest'ultima viene cancellata, ma solo su istanza di parte, e perde in ogni caso la sua efficacia.

9. Le cause di esclusione riprese dal vecchio art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. ed introdotte solo a seguito del parere del Consiglio di Stato sul testo di legge - comma 5, lett. h), i), l) e m)

Nel rendere il parere sullo schema del decreto legislativo in esame,¹⁵ il Consiglio di Stato aveva suggerito di valutare la possibilità di riconfermare alcune cause di esclusione già contemplate dall'art. 38 del previgente codice che non risultavano riprese dall'articolato sottoposto all'attenzione del massimo consesso e che invece costituivano ipotesi particolarmente significative ai fini della prevenzione della commissione di illeciti e di tutela della legalità.

A seguito di tale intervento sono state dunque reintrodotte le cause di esclusione contemplate dalle lett. d), l), m ter) ed m quater) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.

Di conseguenza, il comma 5 dell'art. 80 è stato ampliato con l'introduzione delle ipotesi disciplinate alle lett. h), i), l) ed m), che corrispondono rispettivamente all'ipotesi in cui:

h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55;

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito;

l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689;

¹⁵ Cfr. Parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, n. 855 del 1/04/2016.

m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

Con riferimento all'ipotesi di cui alla lett. h), conformemente alla precedente disciplina, è stato previsto che l'esclusione abbia durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e vada comunque disposta se la violazione non sia stata rimossa.

Quanto all'ipotesi di cui alla lett. l), è stato ribadito che la circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

Nel reintrodurre tale motivo di esclusione, tuttavia, il legislatore ha dimenticato di indicare quali siano i soggetti che, trovandosi nella condizione di cui alla richiamata lett. l), comportino l'esclusione dell'operatore economico. Pertanto, considerato che nel previgente art. 38 i soggetti rilevanti ai fini del ricorrere della causa di esclusione in esame erano tutti quelli contemplati dalla lett. b) dello stesso articolo (ossia il titolare o il direttore tecnico, in caso di impresa individuale; un socio o il direttore tecnico, in caso di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico, in caso di società in accomandita semplice; gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società), si ritiene che nella fattispecie si debbano, analogicamente, considerare rilevanti tutti i soggetti contemplati al comma 3 dell'art. 80 in rassegna, fatta eccezione per i cessati dalla carica¹⁶.

10. Il c.d. *self-cleaning* - comma 7

La direttiva 2014/24 ha infine introdotto il meccanismo del c.d. *self-cleaning*, che consente all'operatore economico di dimostrare la propria affidabilità e conseguentemente di partecipare alla gara anche laddove ricorrano in capo ad esso alcune delle cause di esclusione contemplate dall'art. 80 in commento.

¹⁶ La disposizione è figlia dell'ormai invalso uso di trasferire ad altri compiti che lo Stato deve costituzionalmente assolvere. Già l'appesantimento dei controlli affidati alle Stazioni appaltanti, a tutto campo, aggrava notevolmente i compiti di questa e gli oneri dei partecipanti; aggravamento questo che culmina nella ricerca di una dichiarazione dalle caratteristiche del tutto peculiari, dovendosi dichiarare di non aver omesso un'attività (la denuncia) che l'ordinamento non considera obbligatoria e rispetto alla quale si assumono rischi per l'incolumità propria e dei propri familiari, che frequentemente lo stesso ordinamento non è in grado di evitare.

Tale nuova disciplina è contenuta nei commi 7 e ss. della norma in rassegna.

Il meccanismo del c.d. “*self cleaning*” si applica alle cause di esclusione contemplate esclusivamente al comma 1 e al comma 5 dell’art. 80 e, per le condanne previste al comma 1, è consentito unicamente nelle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l’attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato.

Con riferimento a tale ultimo aspetto appare opportuno evidenziare che, mentre nella Direttiva comunitaria la collaborazione con le autorità investigative e giudiziarie costituisce uno degli elementi che la stazione appaltante deve valutare al fine di verificare che le misure adottate dall’imprenditore siano sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante la causa di esclusione, nella normativa nazionale la collaborazione con le autorità di polizia costituisce uno dei presupposti per l’applicazione del meccanismo del *self-cleaning*, con riferimento alle situazioni rilevanti di cui al comma 1 della norma in rassegna.

Ai sensi del comma 9, inoltre, laddove sussistano le condizioni di cui al comma 7 (ossia condanna a pena detentiva non superiore a 18 mesi o riconoscimento dell’attenuante della collaborazione), ma l’operatore economico sia stato condannato definitivamente anche alla pena accessoria che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, l’imprenditore non potrà avvalersi della possibilità di dimostrare la propria affidabilità con altri mezzi fintanto che gli effetti della sentenza penale, relativamente alla pena accessoria, siano destinati a prodursi. In proposito, inoltre, al comma 10, il legislatore ha stabilito che se la sentenza di condanna definitiva non ha fissato la durata della pena accessoria - o non sia intervenuta la riabilitazione, che consente di ottenere l’estinzione della pena accessoria e di ogni altro effetto penale della condanna - tale durata sarà pari a cinque anni. Laddove, tuttavia, la pena principale dovesse essere inferiore a 5 anni, la pena accessoria sarà della stessa durata della pena principale.

Ciò premesso, laddove l’operatore economico concorrente - o il subappaltatore nell’ipotesi di cui all’art. 105, comma 6 - si trovi in una delle situazioni contemplate al comma 7 e sopra riportate, sarà ammesso a provare la propria affidabilità dimostrando, secondo le Linee Guida n. 6 adottate dall’ANAC e più volte citate, di aver risarcito o di essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dal reato o dall’illecito e dimostrando:

1. di aver adottato provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
2. di aver adottato misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;

3. di aver rinnovato gli organi societari;

4. di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e di aver affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento;

5. 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 è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

La Stazione appaltante sarà dunque chiamata a valutare discrezionalmente l'attività riparatoria posta in essere dal concorrente dopo la commissione del reato o dell'illecito nonché l'attività compiuta al fine di prevenire la commissione di ulteriori illeciti penali, civili o amministrativi, attraverso l'adozione di modelli organizzativi e di gestione, così come contemplati dalla legge n. 231/2001.

Le linee guida sul punto, infatti, debbono essere interpretate – nonostante la poco chiara formulazione – in linea con quanto voluto dal legislatore e quindi nel senso che, laddove ricorra una causa di esclusione ai sensi del comma 1 o del comma 5 della norma in commento, il concorrente potrà evitare il provvedimento sanzionatorio dimostrando di aver riparato gli effetti pregiudizievoli della propria condotta e contestualmente di aver adottato uno dei provvedimenti elencati dall'ANAC al fine di prevenire ulteriori reati o illeciti.

Se si analizza attentamente quanto disposto dall'Autorità, poi, sembrerebbe che i modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati debbano essere stati adottati dalla società già prima della commissione del reato considerato dalla norma e che, in realtà, il reato sia stato commesso, nonostante l'efficacia di tali meccanismi, perché chi lo ha commesso ha agito nel suo esclusivo interesse.

Premesso che la prova suddetta appare diabolica, essendo quanto mai complicato provare che un sistema organizzativo e di gestione adottato dal concorrente sia comunque idoneo a prevenire reati, nonostante la sua adozione non abbia impedito il verificarsi di altri reati, non si concorda con quanto affermato dall'Autorità.

Ad avviso di chi scrive, infatti, l'adozione di provvedimenti tecnici, organizzativi e di personale richiamati dalla norma può anche essere successiva alla commissione del fatto che costituisce reato o illecito ai sensi dell'art. 80 e volta ad evitare che si verifichino nuovamente altri reati od illeciti.

La norma infatti parla di «*provvedimenti idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*».

Sul punto si auspica, quindi, un ripensamento delle posizioni assunte dall'ANAC con le Linee Guida in esame.

Quanto, invece, all'ipotesi del risarcimento, va osservato che né la norma,

né l'ANAC forniscono elementi volti a comprendere quali debbano essere i destinatari del risarcimento previsto.

In ogni caso, ogni qualvolta il concorrente si trovi in una delle condizioni contemplate dal comma 7 della norma in commento, quest'ultimo dovrà informarne, mediante la compilazione del DGUE, la Stazione appaltante.

Tali misure, infatti, devono essere intervenute entro il termine fissato per la presentazione delle offerte. In tal caso, la Stazione appaltante dovrà avviare un'istruttoria in contraddittorio con l'operatore economico, e, all'esito della stessa, laddove ritenga che le misure adottate dal concorrente siano sufficienti a garantire l'affidabilità dell'operatore stesso, nonostante la sussistenza della causa di esclusione, dovrà ammetterlo alle successive fasi della gara. In caso contrario, invece, la Stazione appaltante, motivando adeguatamente in ordine all'insufficienza delle misure poste in essere dal concorrente, potrà escluderlo dalla procedura competitiva.

* Contributo destinato al “Commentario al nuovo codice degli appalti e delle concessioni” - CEDAM.