



## LINEE GUIDA N°6

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'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici».

Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016  
Aggiornate al decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021 convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108 con deliberazione del Consiglio n. ... del ...

## RELAZIONE AIR

## SOMMARIO

1.	Il quadro normativo di riferimento	3
2.	Gli obiettivi dell'intervento regolatorio	5
3.	Gli indicatori rilevanti per la verifica di impatto della regolazione (VIR).	6
4.	Le questioni affrontate	8
4.1	La rilevanza ostativa dei gravi illeciti professionali	8
4.2	Ambito soggettivo delle verifiche	9
4.3	Ambito oggettivo delle verifiche	11
4.4	Rilevanza temporale delle violazioni e dies a quo	14
4.5	Gli obblighi comunicativi a carico delle stazioni appaltanti	16
4.6	Gli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici	20
4.7	I mezzi di prova adeguati	22
4.8	I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali	23
4.9	Le misure di self-cleaning	23

## 1. Il quadro normativo di riferimento

L'articolo 80, comma 13, del decreto legislativo 18.4.2016 n. 50 prevede 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 di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera d)»*.

Detta disposizione non è stata innovata dalle modifiche normative recentemente intervenute, mentre le stesse hanno profondamente agito sul testo dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del codice. In particolare, l'articolo 5 del decreto legge n. 135/2018, convertito nella legge n. 12/2019, ha modificato la lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 come di seguito indicato: *«c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»*. Inoltre, ha introdotto due ulteriori previsioni:

*c-bis) «l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»;*

*c-ter) «l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa»*.

I due commi citati scorrono dall'ambito oggettivo dei gravi illeciti professionali alcune circostanze strettamente attinenti allo svolgimento dell'attività professionale dell'operatore economico che, di fatto, rappresentano proprio esemplificazioni tipiche del grave illecito commesso nell'esercizio dell'attività professionale.

Inoltre, l'articolo 1, comma 20, lettera a) della legge 55/2019 ha introdotto il comma c-quater) ovvero il caso dell'operatore economico *«che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato»*.

La norma su richiamata ha modificato anche il comma 10 dell'articolo 80, prevedendo che, per la parte riferita alle cause di esclusione di cui al comma 5, la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione, ovvero in caso di contestazione in giudizio, dalla data del passaggio in giudicato della sentenza. Ciò posto, la norma prevede, tuttavia, che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tener conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.

Come già evidenziato, la novella non ha toccato il comma 13 dell'articolo 80 che è rimasto immutato. Ciò nonostante, l'ambito di intervento demandato all'Autorità appare ridotto per effetto dello scorporo delle fattispecie esemplificative dal testo della lettera c). Pertanto, l'Autorità avrebbe facoltà, ai sensi del citato comma 13, di emanare linee guida per l'individuazione dei mezzi di prova adeguati a comprovare le sole fattispecie di cui al comma 5, lettere c) e c-ter).

Ad ogni modo, si evidenzia che l'ANAC è autorizzata in via generale ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici ad adottare atti di regolazione finalizzati a favorire la corretta applicazione della normativa vigente e l'adozione di buone pratiche. Di qui la legittimazione a fornire indicazioni anche al di là dell'ambito strettamente individuato dalla norma in esame.

Nel documento di consultazione sono quindi fornite indicazioni generali applicabili a tutte le fattispecie previste dalle lettere c), c-bis, c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici.

Inoltre, occorre considerare che l'articolo 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici prevede che *«L'Autorità gestisce il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. L'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84. L'Autorità assicura, altresì, il collegamento del casellario con la banca dati di cui all'articolo 81»*.

La recente giurisprudenza, con riferimento all'attività richiesta all'Autorità ai fini dell'inserimento delle annotazioni nel Casellario informatico, ha chiarito che l'iscrizione non deve essere preceduta dall'accertamento della concreta rilevanza del fatto (oggetto della notizia) ai fini della sussistenza della causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), ma piuttosto l'accertamento deve essere limitato alla verifica, da parte dell'ANAC, *«dell'utilità (concreta) della notizia in relazione alla sua possibile rilevanza nell'accertamento della causa di esclusione dell'inaffidabilità professionale dell'operatore economico. In definitiva, la norma dell'articolo 213, comma 10, citato, si riferisce all'utilità della notizia per la stazione appaltante, per le successive valutazioni che questa dovrà effettuare. L'utilità si risolve pertanto nella rilevanza a questi fini dell'annotazione»*. Diversamente, si attribuirebbe all'Autorità una funzione che le norme assegnano alle sole stazioni appaltanti. Inoltre, è stato precisato che l'articolo 213, comma 10, non è una norma di natura sanzionatoria e quindi, non è necessario accertare e motivare anche in ordine al titolo di imputabilità soggettiva (dolo o colpa) del fatto o in ordine alla responsabilità dell'impresa segnalata. Ciò posto e considerato, l'Autorità ritiene che la valutazione di utilità delle notizie ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico debba essere effettuata, in via generale, con riferimento alle varie tipologie di condotte ascrivibili alle fattispecie normative descritte dal codice dei contratti pubblici. A tal fine, nelle presenti Linee guida e nel Regolamento sulla tenuta del Casellario sono individuate le informazioni ritenute utili ai fini della valutazione dei gravi illeciti professionali. La predeterminazione, in atti a carattere generale,

delle informazioni che saranno oggetto di annotazione favorisce la certezza del diritto e la parità di trattamento degli operatori economici, attribuendo la medesima rilevanza alla stessa categoria di violazioni. L'indicazione contenuta in detti atti a carattere generale sarà quanto più completa ed esaustiva, ma non potrà mai essere tassativa in quanto la norma è formulata in modalità aperta, al fine di attribuire rilevanza a qualsiasi condotta verificabile nella realtà che possa incidere negativamente sulla moralità ed affidabilità del concorrente.

Il documento di consultazione sarà sottoposto a consultazione pubblica e ad analisi di impatto della regolazione in applicazione del *Regolamento del 13 giugno 2018 per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)*.

## 2. Gli obiettivi dell'intervento regolatorio

Le redigende linee guida saranno adottate in applicazione degli articoli 80, comma 13, e 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici con l'obiettivo di fornire indicazioni operative alle stazioni appaltanti volte ad agevolare l'accertamento in ordine alla sussistenza di violazioni dei doveri professionali e la verifica di incidenza delle stesse sull'integrità e affidabilità del concorrente rispetto allo specifico contratto da affidare. Le nuove Linee guida sostituiranno quelle adottate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016. L'individuazione dei mezzi di prova adeguati a comprovare la rilevanza della condotta illecita ha la finalità di favorire lo sviluppo di buone pratiche e di uniformare i comportamenti adottati dalle stazioni appaltanti. La previsione di specifici obblighi comunicativi a carico degli operatori economici e delle stazioni appaltanti è finalizzata a rendere effettivamente applicabili le previsioni normative, rendendo concretamente conoscibile alle amministrazioni aggiudicatrici la sussistenza di cause ostative a carico dei concorrenti.

Con il presente intervento, l'Autorità si prefigge anche la riduzione del contenzioso sulle esclusioni dalle gare per gravi illeciti professionali che è risultato molto elevato già a partire dalla prima applicazione immediatamente successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo 50/2016. Sia l'originario comma 5, lettera c) che la versione attuale della medesima disposizione sono costruite, infatti, come «*concetto giuridico indeterminato*», facendo ricorso alla particolare tecnica legislativa in cui, «*per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici*» (Consiglio di Stato Sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467). Inoltre, la valutazione della incidenza del fatto sulla affidabilità morale e tecnica del concorrente è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Tali circostanze comportano la necessità di interventi integrativi ed interpretativi della norma

da parte del soggetto chiamato ad applicarla, forieri di contestazioni giudiziarie ad opera degli operatori economici colpiti dai provvedimenti di esclusione. Il contenzioso è stato sottoposto anche alla Corte di Giustizia europea, chiamata ad esprimersi, in particolare, in merito alla definitività dell'accertamento e alla rilevanza degli illeciti antitrust quali gravi illeciti professionali. Proprio all'esito degli interventi della Corte di Giustizia sono intervenute le modifiche normative recentemente apportate dai decreti sblocca-cantieri e semplificazioni volte a garantire la necessaria conformità delle disposizioni nazionali all'ordinamento euro-unitario.

L'Autorità si prefigge, inoltre, la standardizzazione delle comunicazioni, rimesse alle stazioni appaltanti, ai fini dell'annotazione nel casellario informatico delle notizie relative ai gravi illeciti professionali. A tal fine, in allegato alle Linee guida è offerta un'indicazione esemplificativa delle fattispecie rilevanti che devono essere oggetto di comunicazione da parte delle stazioni appaltanti. Il contenuto di tale documento confluirà nei Modelli di comunicazione da utilizzare per la trasmissione delle informazioni utili all'Autorità attualmente in fase di aggiornamento. Rispetto al modulo già in uso per la comunicazione di tutte le notizie assoggettate ad annotazione in merito ai requisiti dell'articolo 80, del codice dei contratti pubblici, è prevista la comunicazione di informazioni aggiuntive, utili a fornire notizie quanto più complete possibile. In tal modo, le valutazioni rimesse alle amministrazioni con riferimento a gare successive potranno essere svolte in modo più agevole, evitando la necessità di supplementi istruttori.

### 3. I destinatari dell'atto

L'atto è destinato alle stazioni appaltanti che si trovino a verificare la sussistenza della causa ostativa prevista dall'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater), del codice dei contratti pubblici e agli operatori economici che si trovino a rendere le dichiarazioni sostitutive in merito al possesso del corrispondente requisito ai fini della partecipazione alle gare. Il documento si prefigge di agevolare tali attività, riducendo i casi di errore e favorendo la diffusione di best-practice.

### 4. Le annotazioni

Nell'anno 2021 le comunicazioni di esclusione dell'operatore economico per la sussistenza di un grave illecito professionale pervenute all'Autorità ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico ammontano a circa 300 che rappresenta il 33 per cento del totale delle comunicazioni.

Le fattispecie segnalate dalle stazioni appaltanti attengono alle seguenti casistiche:

- 1) risoluzioni contrattuali, spesso accompagnate da penali o altre sanzioni equiparabili, risultanti dal Casellario Informatico tenuto dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 10;
- 2) procedimenti penali pendenti ovvero provvedimenti di rinvio a giudizio, cautelari (sia personali che reali) e di condanna, anche non definitiva, per reati commessi nell'esercizio della professione quali, ad

esempio, i reati fallimentari, i reati tributari ex decreto legislativo 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio, i reati urbanistici, i reati di falso;

- 3) provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi;
- 4) presentazione di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero l'omissione di informazioni dovute (ad esempio, in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione) ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
- 5) mancata dichiarazione di carenza, anche sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi richiesti ai fini della partecipazione oppure indicati dall'offerente per conseguire un punteggio premiante;
- 6) provvedimenti sanzionatori comminati dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 13, del Codice e iscritti nel Casellario Informatico.

## 5. Gli indicatori rilevanti per la verifica di impatto della regolazione (VIR).

Per verificare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti con le linee guida, l'Autorità opererà come di seguito indicato.

Con riferimento all'obiettivo di deflazione del contenzioso, saranno analizzati i dati disponibili riferiti al contenzioso sui gravi illeciti professionali negli anni antecedenti l'entrata in vigore delle Linee guida per confrontarlo con il medesimo dato registrato negli anni successivi, al fine di verificare l'andamento dello stesso. Tale dato, qualora possibile, potrà essere rapportato al numero delle annotazioni inserite nel casellario informatico in conseguenza di esclusioni dalle gare per gravi illeciti professionali.

Per stimare il contenzioso registrato in materia di gravi illeciti professionali dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016 ad oggi, è stato utilizzato il motore di ricerca disponibile sul sito Giustizia amministrativa, selezionando i provvedimenti giudiziari (sentenze, ordinanze, etc.) che contengono nel testo la frase "gravi illeciti professionali". Dall'estrazione emergono i seguenti dati relativi al contenzioso, suddivisi per anno:

Anno	n. provvedimenti giudiziari
2017	93
2018	194
2019	255
2020	375
2021	329

I dati acquisiti potrebbero non essere attendibili/esaustivi, atteso che la ricerca è condizionata dalla terminologia utilizzata nel corpo del provvedimento, che potrebbe non essere univoca, quindi vanno considerati come meramente indicativi. Seppur con i limiti evidenziati, è possibile registrare un notevole incremento del contenzioso in materia. Si ritiene che tali dati possano essere utilizzati per monitorare l'evoluzione futura del fenomeno, anche se in termini meramente indicativi.

In relazione all'obiettivo di agevolare gli accertamenti e le valutazioni di competenza delle stazioni appaltanti, si potrà procedere mediante la somministrazione di uno specifico questionario ad un campione selezionato di RUP a fine di acquisire le relative impressioni in merito all'utilità in concreto delle indicazioni fornite.

Tali valutazioni saranno effettuate nell'ambito del procedimento di verifica di impatto della regolazione (VIR) decorsi tre anni dall'entrata in vigore delle Linee guida.

## 6. Le questioni affrontate

### 6.1 La rilevanza ostativa dei gravi illeciti professionali

La novella ha modificato la natura delle fattispecie originariamente ricomprese nella lettera c) e previste come esemplificazioni, qualificandole come ipotesi autonome. Conseguentemente, si pone il dubbio se le nuove fattispecie autonome rappresentino cause automatiche di esclusione oppure la loro operatività sia comunque condizionata ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine alla effettiva e concreta incidenza del fatto sull'integrità e affidabilità del concorrente. Sul punto, infatti, la norma dispone diversamente per le varie fattispecie.

Utili indicazioni sul punto possono essere tratte dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28/8/2020 n. 16, che ha ritenuto sussistente l'obbligo della stazione appaltante di svolgere le valutazioni di integrità e affidabilità del concorrente con riferimento a tutte le ipotesi riconducibili ai gravi illeciti professionali.

La decisione citata ha chiarito, altresì, che «*la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis]] dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lett. f-*



*bis) dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c) [ora c-bis]) della medesima disposizione».*

Infine, la pronuncia in esame ha evidenziato che con riferimento alla valutazione svolta dalla stazione appaltante sull'integrità e affidabilità del concorrente «operano i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione».

## 6.2 Ambito soggettivo delle verifiche

Il paragrafo 2 del documento di consultazione individua l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sui gravi illeciti professionali, specificando che gli stessi si applicano ai soggetti individuati dal comma 3 dell'articolo 80, del codice dei contratti pubblici. La previsione, già contenuta nella precedente versione delle Linee guida, aveva dato adito a numerose contestazioni, essendo da più parti interpretata come un'estensione delle cause tassative di esclusione. La questione è stata affrontata di recente dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507 con la quale i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito al riguardo che «Non v'è dubbio che una società possa essere esclusa da una procedura di gara ex articolo 80, comma 5, lett. c) decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente; ma questo non tanto in virtù del principio di immedesimazione organica – destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale come modalità di imputazione all'ente della volontà manifestata dalla persona fisica cui ne è affidata la rappresentanza – quanto, piuttosto, per altro principio già definito del "contagio" (proprio da Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866 ampiamente citata dall'appellante). Secondo siffatta impostazione se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni».

È confermato, quindi, che la finalità della normativa sui requisiti di idoneità morale è quella di «assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzi con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato

*possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie».*

Ne consegue che, se questa è la ragione del giudizio di inaffidabilità dell'ente, è del tutto irrilevante stabilire se la condotta sanzionata in sede penale sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale; accertata questa condizione, quale che fosse il beneficiario del reato, l'aver riportato una condanna penale è indice di carenza di integrità e di affidabilità morale che la stazione appaltante può apprezzare per decidere se tenere in gara l'operatore economico ovvero escluderlo (in tal senso Corte di Giustizia dell'Unione europea, 20 dicembre 2017 nella causa C-178/16 Impresa di costruzioni ing. E. Mantovani s.p.a., cfr. par. 34: *«il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa.»* nonché Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649).

Con riferimento all'individuazione dei ruoli societari per cui è possibile ipotizzare una capacità di contagio, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la risposta debba essere individuata nello stesso codice dei contratti pubblici che, all'articolo 80, comma 3, indicando le persone fisiche che se raggiunte da sentenza (o da un decreto) di condanna per uno dei reati di cui al comma 1 ovvero da una misura interdittiva di cui al comma 2 obbligano la stazione appaltante all'esclusione del concorrente, enuncia i ruoli di direzione e controllo nell'ambito delle varie tipologie societarie rilevanti per l'operatività delle due cause di esclusione. La logica sottesa alle disposizioni è infatti perfettamente simmetrica: sono le persone fisiche nei ruoli elencati dal legislatore, che, con la loro condotta, sono in grado di influenzare le decisioni della società ed è questa la ragione per la quale se condannati in sede penale (o se destinatari di una misura interdittiva) impongono all'amministrazione l'esclusione (automatica o per scelta discrezionale) della società dalla procedura di gara. (...)

In conclusione, il Consiglio di Stato ha ritenuto che le Linee guida dell'ANAC, paragrafo 3.1., stabilendo che *«I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'articolo 80, comma 3, del Codice»* non operano un'estensione soggettiva della causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici dall'operatore economico – persona giuridica alle persone fisiche componenti o titolari di organi sociali, ma specificano, in adesione alla logica fin qui esposta, che proprio per il loro ruolo di componenti o titolari di organi sociali le condotte illecite commesse dalle persone fisiche incidono sull'affidabilità dell'operatore economico concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507).

Si segnala, altresì, la recente sentenza n. 495 del 24.03.2021, con cui il T.A.R. Puglia, Sez. III, ha affermato il principio di diritto secondo il quale, ai fini degli obblighi dichiarativi del concorrente ad una gara pubblica in caso di grave illecito professionale, considerata la centralità dell'assemblea e delle sue decisioni rispetto

alle vicissitudini societarie, la titolarità della quota "sovrana" del capitale sociale risulta essere influente, specie nel caso in cui la quota di partecipazione sia di oltre 2/3 del capitale sociale. È facoltà della Stazione Appaltante pertanto desumere il compimento di gravi illeciti" da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico, anche in conseguenza degli illeciti del socio sovrano, di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa. Tale orientamento consente quindi di valutare la condotta del socio che possiede una quota rilevante del capitale sociale anche con riferimento alle società di capitali, travalicando le previsioni dell'articolo 80, comma 3, che prevede la verifica dei requisiti in capo al socio soltanto se questi rivesta la qualifica di socio accomandatario oppure di socio unico persona fisica, o di socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

## 6.3 Ambito oggettivo delle verifiche

### 6.3.1 Condotte penalmente rilevanti

La più recente evoluzione giurisprudenziale fa rientrare nel concetto di grave illecito professionale ex articolo 80 comma 5 lett. c) decreto legislativo 50/2016 «qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa, e che risulti in grado di mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Tra queste si inquadrano anche le condanne per reati che in sé non sono ostativi come sono, invece, quelli previsti dall'articolo 80, comma 1 decreto legislativo 50/2016, ma che possono assumere rilevanza ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lett. c)». (TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 17 giugno 2020 n. 349).

Tra l'altro, lo stesso TAR Sardegna ha posto l'accento anche sui reati estinti, precisando che «L'estinzione del reato (che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna) non si determina in modo automatico per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria, con la conseguenza che, fino a quando non interviene tale provvedimento giurisdizionale, non può legittimamente parlarsi di "reato estinto" ed il concorrente non è esonerato dalla dichiarazione dell'intervenuta condanna».

Nella prima versione delle Linee guida n. 6 era stata attribuita rilevanza ostativa ai provvedimenti penali adottati con sentenza di primo grado. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia ha imposto la revisione di tale impostazione, dovendo riconoscere la possibile rilevanza dei provvedimenti non definitivi ed essendo imposto espressamente alle stazioni appaltanti di tener conto delle condotte poste in essere

nel tempo occorrente per la loro definizione. Pertanto, deve concordarsi con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui anche il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale (Consiglio di Stato, sez. V, 01.03.2021 n. 1761; 11.8.2021, n. 5852; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, sent. n. 84 del 24 gennaio 2020).

### 6.3.2 La differenza tra articolo 80, comma 5, lettera c-bis e articolo 80, comma 5, lettera f-ter.

L'articolo 80, comma 5, lettera c-bis attiene alla presentazione di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero all'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

L'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) riguarda l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti.

La distinzione tra le due fattispecie non è agevole. Nelle Linee guida n. 6 era stato adottato un criterio distintivo basato sull'oggetto della falsa dichiarazione. In particolare, le false dichiarazioni di cui alla lettera f-ter) erano state identificate con quelle rese in occasione della presentazione della domanda di partecipazione con la compilazione del DGUE, mentre le false informazioni di cui all'attuale lettera c-bis) erano state identificate nel modo seguente:

- informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
- informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;
- 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.

Sul punto, la giurisprudenza non è stata univoca.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 5171/2019 del 22/07/2019, ha affermato che la violazione degli obblighi informativi si può atteggiare nelle due fattispecie tipiche:

- della omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara (lettera c-bis), laddove la condotta del dichiarante è specificata come omissione (logicamente

- comprendente anche la reticenza, cioè l'incompletezza), con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico;
- della falsità delle dichiarazioni, ovvero della presentazione, nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti, di documentazione o dichiarazioni non veritiere (lettera f-bis), laddove la condotta del dichiarante è specificata come falsità, cioè rappresentazione di una circostanza di fatto diversa dal vero, cui consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità del concorrente.

Lo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6490 del 27/9/2019, ha affermato che l'articolo 80, comma 5, lettera c) si riferisce alle informazioni false o fuorvianti ovvero all'omissione di informazioni dovute nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso, mentre la causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) si riferisce alla presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare ed esplica effetto ostativo con riferimento a gare successive soltanto se risultante dal casellario informatico, fintanto che perduri tale iscrizione.

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 28/8/2020, n.16, chiarendo definitivamente la distinzione tra le due fattispecie nel senso che segue.

La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. In conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo. Alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

La lettera f-bis) dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione.

Sulla base di tali chiarimenti, l'Autorità ha provveduto a modificare le indicazioni fornite nel documento originario al fine di tener conto dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria.

### 6.3.3 La nuova fattispecie dell'inadempimento nei confronti dei subappaltatori

L'articolo 80, comma 5, lettera c-quater) del codice dei contratti pubblici prevede la possibilità di esclusione dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato. Rispetto alle altre fattispecie

annoverate tra gli illeciti professionali, per le quali assumono rilevanza anche le violazioni non definitivamente accertate, nel caso di specie è stato espressamente richiesto che l'inadempimento sia riconosciuto tramite l'accertamento definitivo della violazione. Si pone, quindi, un dubbio di compatibilità della previsione con il diritto euro-unitario e con le disposizioni contenute nel comma 10-bis dell'articolo 80 secondo cui «*Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso*». La differente valenza attribuita alla definitività dell'inadempimento potrebbe essere giustificata dall'esigenza di assicurare certezza alle situazioni ostative che hanno origine in rapporti tra privati. In tale ambito, infatti, potrebbe verificarsi il rischio che la reputazione dell'imprenditore sia compromessa sulla base di elementi meramente soggettivi, sottratti al vaglio e all'apprezzamento di un'entità organizzata, quale l'ente pubblico.

Per quanto concerne l'individuazione delle fattispecie rilevanti, si apre il dubbio se le condotte rilevanti attengano soltanto alla violazione degli impegni assunti contrattualmente dall'appaltatore o anche al mancato rispetto di disposizioni di legge, quali quella che impone la corresponsione dei costi della sicurezza e della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto senza applicazioni di ribasso. Al momento, nel documento di consultazione è stata accolta la soluzione più estensiva.

#### 6.4 Rilevanza temporale delle violazioni e *dies a quo*

Il comma 10-bis dell'articolo 80 prevede che, nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Con riferimento alla rilevanza temporale dei gravi illeciti, si segnala che il Consiglio di Stato, con la sentenza del 20.1.2021, n. 632, ha interpretato il comma in esame, nella parte in cui richiama «*i casi di cui al comma 5*» come riferito alle ipotesi di esclusione ivi contemplate e, pertanto, ai soli casi cui è conseguita l'esclusione del concorrente. Per l'effetto, il Supremo consesso amministrativo ha affermato che dal comma 5 non deriva un limite generale di rilevanza del grave illecito. Tale limite generale è invece fatto derivare direttamente dall'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientra la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lettera c) non può essere superiore a «*tre anni dalla data del fatto in questione*»). Da tale interpretazione discenderebbe il contrasto della norma nazionale rispetto alle previsioni della direttiva comunitaria.

Nelle emanande linee guida, la previsione del comma 10 bis è stata intesa come riferita ai casi di cui alle lettere a-m) del comma 5 e non alle esclusioni pronunciate per il verificarsi di una delle fattispecie di cui al

comma 5. Quindi, il limite temporale è stato ritenuto applicabile a tutte le fattispecie del comma 5, a prescindere dal fatto che le stesse abbiano comportato l'esclusione del concorrente. Ciò in quanto, si ritiene che, nel dubbio, occorra attribuire alle norme nazionali un significato coerente con le previsioni comunitarie da cui discendono. Sul punto, il Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza n. 326 del 19/04/2021, ha chiarito che il limite temporale del triennio, quale limite massimo temporale di rilevanza dei fatti, ai fini dell'esclusione, non può che trovare applicazione anche all'ipotesi dei gravi illeciti professionali, non potendosi logicamente consentire un trattamento giuridico più favorevole alle situazioni nelle quali intervengano condanne ostative (per le quali è pacifica la limitazione del periodo di inibizione e dunque la rilevanza temporale della condanna, ex articolo 80, c. 10 e 10-bis, primo periodo, del Codice) rispetto a situazioni diverse, assoggettabili ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, in tesi ostative all'infinito, conclusione incompatibile sia con la lettera che con la ratio della richiamata disciplina comunitaria.

Il comma in esame prevede, altresì, che, nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura.

La decorrenza dell'interdizione, quindi, non è più collegata al momento del compimento del fatto o del suo accertamento, anche non definitivo, ma al momento dell'esclusione dalla gara che consegue all'accertamento del fatto da parte della stazione appaltante.

La previsione contenuta nell'ultimo periodo del comma 10-bis, dell'articolo 80 è stata inserita per superare le contestazioni operate sul punto dalla Corte di Giustizia europea nella causa C-41/18, secondo cui *«l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce»*. La Corte ha chiarito che, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, *«le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza»* e che ciò costituisce un indizio ulteriore della *«volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o omissso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto»*.

La previsione della rilevanza delle fattispecie ostative anche nelle more dell'accertamento definitivo del fatto potrebbe comportare un prolungamento del periodo interdittivo, dal momento che il medesimo fatto può rilevare quale causa ostativa, dapprima, durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio e,

successivamente, al momento del passaggio in giudicato della sentenza. Al fine di evitare che lo stesso comportamento sia valutato per un periodo eccedente i tre anni, è stato previsto che il periodo interdittivo si compie al raggiungimento del triennio dal provvedimento di esclusione, anche se ciò interviene prima del passaggio in giudicato della sentenza. Pertanto, il successivo passaggio in giudicato potrà rilevare come causa ostativa soltanto se il periodo di interdizione triennale non si è ancora compiuto e, in questo caso, rileverà soltanto per il periodo residuo.

Una considerazione a parte deve essere spesa per la fattispecie prevista dall'articolo 80, comma 5, lettera c -quater) per il caso in cui l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato. Si ritiene che il riferimento alla sentenza passata in giudicato debba essere interpretato in conformità alle previsioni generali contenute nel comma 10-bis dell'articolo 80 e ai principi eurounitari che richiedono la valutazione della causa ostativa anche in pendenza dell'eventuale giudizio volto all'accertamento definitivo.

## 6.5 Gli obblighi comunicativi a carico delle stazioni appaltanti

Il paragrafo 10 delle linee guida istituisce un sistema di comunicazioni volte ad implementare il casellario informatico di cui all'articolo 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici, individuato quale mezzo di prova dei gravi illeciti professionali. Sono quindi descritti gli obblighi comunicativi posti a carico delle stazioni appaltanti finalizzati a far acquisire conoscenza delle gravi violazioni dei doveri professionali poste in essere dagli operatori economici. Nell'ambito delle attività volte alla digitalizzazione e standardizzazione dei processi e all'implementazione della BDNCP attualmente in corso, l'Autorità si riserva di verificare se e con quali modalità potrà essere automatizzato il procedimento di inserimento delle annotazioni - o di alcune di esse - nel casellario informatico. In particolare sarà valutata la possibilità di mettere a disposizione delle stazioni appaltanti moduli informatizzati da utilizzare per la trasmissione delle annotazioni da inserire nel casellario informatico che consentiranno di descrivere con maggior dettaglio la fattispecie accertata e di standardizzare al massimo le informazioni acquisite, in modo da rendere omogeneo sia il processo di annotazione che quello di valutazione. La finalità è da individuarsi nell'esigenza di acquisire e mettere a disposizione delle altre stazioni appaltanti notizie complete e standardizzate, agevolando l'attività di valutazione dell'incidenza della causa ostativa accertata in relazione a singoli affidamenti futuri. Eventualmente si potrà giungere, per fasi successive, alla completa automazione del processo, per alcune tipologie di annotazioni, consentendo alle stazioni appaltanti l'inserimento diretto della notizia nel casellario informatico. Tali evoluzioni si rendono necessarie in vista dell'attuazione delle previsioni normative contenute agli articoli 29 e 81 del codice dei contratti pubblici e, in particolare, al fine di consentire la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici attraverso l'acquisizione di dati nativi digitali e la conoscibilità in tempo reale delle informazioni.



Le modalità prospettate risultano maggiormente confacenti al ruolo attribuito all'ANAC nella gestione del Casellario informatico di cui all'articolo 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici, e recentemente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio n. 7199/2020; Consiglio di Stato del 7.6.2021, n. 4299). La norma citata infatti, attribuisce all'ANAC il compito di stabilire *«le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84»*.

In tale prospettiva, come chiarito dal Consiglio di Stato, *«il concetto di utilità della notizia da iscrivere (che ricorre nella norma in esame) deve essere inteso in relazione al contenuto normativo del requisito o della causa di esclusione, il cui accertamento è comunque riservato alla stazione appaltante nell'ambito della singola procedura di gara: la notizia da iscrivere è utile (alla stazione appaltante) se può assumere rilevanza nel processo di accertamento del requisito (generale o speciale)»*. La valutazione della concreta rilevanza dell'informazione, quindi, secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato, è riservata all'amministrazione procedente. Il ruolo dell'Autorità, invece, consiste nell'individuare *«le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario»*, e a tal fine l'ANAC, da un lato, deve selezionare le informazioni ritenute tenendo conto degli elementi normativi che compongono la fattispecie descrittiva dei requisiti da accertare; dall'altro lato, la motivazione circa l'utilità della notizia deve investire la sola veridicità dei fatti in cui consiste l'informazione o la notizia, non la possibile rilevanza di questi nell'ambito della fattispecie del requisito o della causa di esclusione (valutazione riservata alla stazione appaltante). Non si tratta pertanto di un potere di valutazione tecnica (né, tantomeno, di un potere discrezionale), ma di un'attività di ricognizione e di mero accertamento di un fatto nei limiti della sua esistenza (escluso ogni profilo di natura valutativa).

In definitiva, la norma dell'articolo 213, comma 10, si riferisce all'utilità della notizia per la stazione appaltante, per le successive valutazioni che questa dovrà effettuare. L'utilità si risolve pertanto nella rilevanza a questi fini dell'annotazione. Non si tratta di una norma di natura sanzionatoria e non è necessario di conseguenza accertare e motivare anche in ordine al titolo di imputabilità soggettiva (dolo o colpa) del fatto o in ordine alla responsabilità dell'impresa segnalata.

Con l'ordinanza del TAR Lazio, Roma del 8.9.2021, n. 4731 è stato chiarito che l'annotazione si atteggia quale atto sostanzialmente vincolato, a fronte della risoluzione del contratto adottata dalla stazione appaltante e che la stessa non impedisce alla ricorrente la partecipazione a gare pubbliche, essendo rimessa alla autonoma determinazione delle future stazioni appaltanti la eventuale valorizzazione del fatto risolutorio annotato dall'Autorità.

Sulla scorta di tali considerazioni, si ritiene dunque che la valutazione dell'utilità della notizia possa essere effettuata dall'Autorità in via generale, a monte ed una volta per tutte, nel momento in cui la stessa, ai sensi dell'articolo 213, comma 10, *«stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario»* ritenute utili ai fini individuate dalla norma». Pertanto, le fattispecie rilevanti (notizie utili)

saranno previamente individuate dall’Autorità, in via generale e astratta, con il Regolamento sulla tenuta del Casellario.

Nelle Linee guida è chiarito che l’inserimento della notizia nel Casellario informatico avviene all’esito della valutazione dell’ascrivibilità in astratto della stessa alle categorie generali individuate nelle presenti Linee guida e nel Regolamento sul funzionamento del Casellario. Tale valutazione sarà effettuata dall’Autorità, nella prima fase, e dalle stazioni appaltanti, a seguito della completa automazione dei sistemi informatici. La valutazione in concreto dell’utilità della notizia è rimessa, invece, alle stazioni appaltanti chiamate a valutare l’incidenza del fatto accertato sull’integrità e sull’affidabilità del concorrente in relazione ad uno specifico affidamento.

I moduli da utilizzare per la trasmissione delle informazioni, nella prima fase, e per l’inserimento delle annotazioni, nella seconda fase, riporteranno una casistica molto dettagliata delle fattispecie rilevanti, anche al fine di agevolare l’individuazione in concreto delle condotte ostative. L’elencazione non potrà essere tassativa per i motivi già esplicitati nei precedenti paragrafi, legati alle scelte operate dal legislatore all’atto della formulazione della norma. La standardizzazione e la completezza delle annotazioni favorirà anche la par condicio tra i concorrenti, consentendo l’uniformità nella valutazione del medesimo comportamento da parte delle diverse amministrazioni.

Si segnala che, con riferimento alle penali applicate in conseguenza dell’accertamento di gravi inadempimenti contrattuali, è stato confermato l’obbligo di comunicare i provvedimenti di applicazione delle penali di importo pari o superiore all’1% del valore del contratto.

Con riferimento alle modalità di calcolo della soglia, si segnala che recenti sentenze del TAR Lazio, per il caso di contratto stipulato nell’ambito di una convenzione quadro, hanno ritenuto che l’importo della soglia vada calcolato non con riferimento al singolo ordinativo, bensì al valore complessivo della convenzione (TAR Lazio, Roma nelle sentenze n. 1999 e n. 1997 del 17.2.2021, n. 2319 del 25.2.2021). Tale soluzione non appare condivisibile, considerato che l’operatore economico è responsabile dell’esecuzione della parte del contratto allo stesso affidata e, pertanto, è con riferimento a tale entità che andrebbe valutata la prestazione eseguita. Diversamente, si giungerebbe al paradosso di ritenere irrilevanti penali significative rispetto al valore del singolo contratto che, invece, risultano poco rilevanti rispetto al valore complessivo della convenzione. In sostanza si priverebbe di efficacia la quasi totalità delle penali comminate nell’ambito di affidamenti basati su accordi quadro e convenzioni.

Tale soglia, come già chiarito in vigenza delle precedenti Linee guida, non individua il limite di rilevanza del grave illecito professionale, ma soltanto la soglia oltre la quale sorge per la stazione appaltante l’obbligo di procedere alla comunicazione all’Autorità del provvedimento di applicazione delle penali ed è finalizzata a consentire la valutazione della persistenza della violazione. È evidente, infatti, che anche le violazioni di lieve entità, se frequentemente ripetute, sono idonee ad incidere sull’affidabilità del concorrente. Rispetto

alle previgenti Linee guida, alla soglia di rilevanza percentuale riferita al valore del contratto è stata aggiunta una soglia di rilevanza espressa in valore assoluto, sempre riferita all'obbligo di comunicazione, al fine di alleggerire gli obblighi comunicativi e valutativi delle stazioni appaltanti in relazione ad inadempimenti di modico valore. La ratio della previsione è quella di favorire l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti. In alternativa, si potrebbe evitare l'indicazione di soglie di rilevanza, indicando alle stazioni appaltanti la necessità di comunicare l'adozione di provvedimenti sanzionatori ritenuti significativi ed idonei ad incidere sull'affidabilità del concorrente. In tal modo, però, rientrerebbero nella valutazione sulla sussistenza delle persistenti carenze professionali soltanto gli inadempimenti già di per sé considerati gravi, con esclusione di quelli che, seppur singolarmente non significativi, potrebbero rilevare in quanto ripetuti e frequenti. Tale conclusione confliggerebbe con la previsione normativa che attribuisce una possibile rilevanza ostativa non solo alle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, ma anche alle carenze persistenti, intendendosi per tali le carenze ripetute nel tempo. Inoltre, si profilerebbe il possibile contrasto con l'articolo 57, comma 4, lettera g) della direttiva 24/2014 UE secondo cui è prevista come circostanza ostativa alla partecipazione la situazione dell'operatore economico che abbia evidenziato «*significant o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili*».

Con riferimento alle valutazioni rimesse alla stazione appaltante in merito all'accertamento della persistente carenza professionale, si ritiene che le stesse debbano essere condotte avendo a riferimento la frequenza relativa delle violazioni, Ciò richiede un'analisi della situazione contestualizzata rispetto alla specifica situazione da valutare ed impone di considerare, ad esempio, il numero di contratti stipulati e la frequenza delle penali in un dato intervallo temporale. Dovranno quindi essere considerate non incidenti sull'affidabilità professionale del concorrente le penali qualificabili come "fisiologiche" rispetto alla complessiva attività del concorrente. Inoltre, per restare aderenti alle previsioni comunitarie, la stazione appaltante dovrebbe accertare che la violazione attenga ad un "requisito sostanziale" del contratto, quindi ad una prestazione sostanziale rispetto al complesso degli impegni assunti dal contraente.

I moduli di trasmissione/annotazione di cui sopra terranno conto di tale esigenza e, quindi, contempleranno, tra gli elementi oggetto di comunicazione, dette specificazioni.

Altro elemento problematico è rappresentato dall'obbligo dichiarativo riferito ai provvedimenti di applicazione delle penali. L'operatore economico è infatti tenuto a dichiarare tutti i provvedimenti che hanno dato luogo all'applicazione di penali di importo superiore alla soglia indicata, non essendo egli legittimato ad effettuare una preventiva valutazione di rilevanza della violazione e dovendo, anzi, fornire alla stazione appaltante tutti gli elementi utili alle valutazioni di competenza. Tale obbligo potrebbe rivelarsi particolarmente oneroso per gli operatori economici che svolgono molteplici contratti

contemporaneamente e che, essendo organizzati in articolazioni autonome, potrebbero non avere cognizione diretta ed in tempo reale della situazione esecutiva di ciascuna commessa. Detti operatori, quindi, potrebbero rischiare di rendere incolpevolmente false dichiarazioni in ordine all'applicazione di penali, soprattutto di importo ridotto. Tale rischio potrebbe essere scongiurato istituendo un sistema interno di comunicazione che garantisca la conoscenza a livello centrale ed in tempo reale degli avvenimenti riferiti a ciascuna commessa. Si evidenzia che l'articolo 81, comma 4-bis, del codice dei contratti pubblici prevede che l'ANAC garantisce l'accessibilità alla propria banca dati alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione, limitatamente ai loro dati. Sulla base di tale previsione, i sistemi informatici dell'Autorità saranno aggiornati al fine di consentire l'accesso degli operatori economici alle annotazioni di loro pertinenza. Tale previsione garantirà agli stessi piena conoscenza delle cause ostative operanti a loro carico.

## 6.6 Gli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici

Il paragrafo 5 del documento di consultazione descrive gli obblighi dichiarativi posti a carico degli operatori economici in linea con i più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa e, in particolare, con le statuizioni contenute nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 28 agosto 2020, n. 16. Questa importante sentenza ha chiarito preliminarmente che gli obblighi dichiarativi posti a carico degli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull'integrità ed affidabilità degli stessi ed in ragione di ciò essi si estendono ad *«ogni dato o informazione comunque rilevante»* rispetto alla valutazione stessa, con la conseguenza che la violazione degli obblighi dichiarativi ha *«attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale»*, a dispetto del loro carattere strumentale. Si tratta del cosiddetto principio del *clare loqui*, ossia del principio che obbliga i privati, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, di non tralasciare alcuna informazione che li riguardi, anche quella apparentemente più insignificante, proprio per dare modo all'amministrazione stessa di poter discrezionalmente valutare se tali comportamenti possano o meno incidere sull'integrità e affidabilità dei concorrenti. Ciò ovviamente non può che destare numerose problematiche di carattere interpretativo. Inoltre, l'Adunanza plenaria ha evidenziato che sarebbe conseguentemente necessaria *«una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi»*, al fine di distinguere tra mere omissioni e vere e proprie violazioni di obblighi dichiarativi posti a carico dell'operatore economico; solo in questo secondo caso sarebbe giustificata *«di per sé – cioè in quanto illecito professionale in sé considerato – l'operatività, in chiave sanzionatoria, della misura espulsiva»*, mentre nella prima ipotesi la stazione appaltante dovrebbe valutare se l'omissione incida negativamente sull'integrità ed affidabilità del concorrente e solo all'esito escludere il concorrente.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha affermato quindi che *«La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis] dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lettera f-bis) dell'articolo 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis] della medesima disposizione».*

La giurisprudenza ha altresì escluso la sussistenza dell'obbligo dichiarativo con riferimento a fattispecie verificatesi oltre l'ambito temporale di rilevanza delle violazioni (si vedano le Sentenze del Consiglio di Stato, sezione V, 22 luglio 2019, n. 5171, sezione V, 3 settembre 2018, n. 5142, nonché, da ultimo, sezione V, 5 marzo 2020, n. 1605) ed ha invece confermato la rilevanza ostativa delle risoluzioni contrattuali composte mediante transazioni. Su tale punto, si ritiene utile richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 29.09.2020 n. 5722 secondo cui *«la qualificazione della natura della risoluzione in termini di 'bonaria', o 'amichevole', peraltro anticipando la cessazione naturale del contratto di circa un anno e mezzo, non rileva ai fini dell'illegittimità della mancata esclusione, posto il fatto di inadempimento riscontrato e contestato formalmente (Consiglio di Stato, sezione V, 5 marzo 2020, n. 1605; 14 febbraio 2018, n. 956; 20 giugno 2011, n. 3671; III, 13 giugno 2018, n. 3628). Come adeguatamente chiarito dall'atto contestato, non spettava infatti alla società, in sede di partecipazione alla gara [...], di valutare autonomamente la valenza della risoluzione anticipata [...] e così determinarsi nel senso della sua mancata indicazione».*

È stata confermata anche la possibile rilevanza ostativa dei provvedimenti di rinvio a giudizio (si veda la Sentenza del TAR Roma, 28.07.2020 n. 8821), con la precisazione che possono essere valorizzati gli atti di indagine compiuti nel procedimento penale (Consiglio di Stato, sezione VI, n. 620 del 2013), con particolare riferimento all'adozione di misure cautelari o al rinvio a giudizio, che segna una valutazione del GUP in ordine alla tenuta del quadro probatorio definito dalle indagini. In sostanza, è affermato che, diversamente che per i casi di cui all'articolo 80, comma 1, i motivi di esclusione di cui al comma 5, lettera c) assumono consistenza autonoma rispetto al procedimento penale, nel senso che l'amministrazione li può ricostruire e valutare da sé.

Ad avviso della giurisprudenza, peraltro, all'omessa dichiarazione in ordine a condanne penali non può porsi rimedio neanche attraverso il soccorso istruttorio, pena la violazione del principio di par condicio tra i concorrenti. Il TAR Sardegna, con sentenza 17 giugno 2020, n. 349, ha infatti aggiunto che il soccorso

istruttorio non è invocabile allorché il concorrente abbia omissa la dichiarazione di un episodio astrattamente rilevante ai fini della valutazione della propria affidabilità professionale. Lo strumento è infatti di ausilio nel chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara ma non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti. Tale orientamento conferma l'esigenza, per i concorrenti, di porre attenzione a tutti i precedenti da dichiarare in sede di gara per far sì che, considerando che in alcun modo potrebbe evitarsi la mancata dichiarazione della condanna subita, che farebbe automaticamente scaturire l'esclusione dalla gara.

## 6.7 I mezzi di prova adeguati

L'articolo 80, comma 13, affida all'ANAC la possibilità di individuare i mezzi di prova ritenuti adeguati a comprovare la sussistenza delle specifiche cause ostative riferite ai gravi illeciti professionali. La previsione si giustifica in relazione al corrispondente potere discrezionale riconosciuto alle stazioni appaltanti nello svolgimento delle valutazioni di competenza, al fine di individuare modalità di verifica adeguate e uniformi idonee ad assicurare certezza del diritto e parità di trattamento tra gli operatori economici. Un ruolo centrale è stato attribuito al casellario informatico di cui all'articolo 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici, dal momento che lo stesso contiene «*tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80*». Inoltre, occorre considerare che, per espressa previsione normativa, l'Autorità assicura il collegamento del Casellario con la banca dati di cui all'articolo 81 e che il fascicolo virtuale dell'operatore economico, istituito presso la Banca dati, è reso accessibile agli operatori economici limitatamente alle notizie di loro pertinenza, tra cui rientrano anche quelle presenti nel Casellario informatico.

Con riferimento ai provvedimenti di rinvio a giudizio, nella consapevolezza della onerosità dell'accertamento, è stato previsto che le stazioni appaltanti siano tenute alla verifica soltanto quando la specifica causa ostativa sia dichiarata dal concorrente o altrimenti conosciuta dalle stazioni appaltanti. È previsto, altresì, che in tal caso la verifica è limitata ai carichi pendenti risultanti presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza dell'impresa.

Nelle more dell'entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'articolo 81, comma 2, del codice dei contratti pubblici e dell'aggiornamento del Regolamento ANAC sulla tenuta del Casellario, le notizie rilevanti ai fini della valutazione della sussistenza di gravi illeciti professionali saranno comunicate dalle stazioni appaltanti all'ANAC, che ne curerà l'annotazione, mediante l'utilizzo dei moduli predisposti dall'Autorità.

## 6.8 I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali

Il documento di consultazione fornisce indicazioni operative volte ad agevolare la valutazione di rilevanza delle violazioni accertate sull'affidabilità morale e professionale del concorrente, che la stazione appaltante deve effettuare in contraddittorio con l'operatore economico interessato e nel rispetto del principio di proporzionalità. È chiarito che la valutazione deve essere condotta con riferimento allo specifico contratto da affidare ed essere adeguatamente motivata.

Con riferimento alle valutazioni di competenza degli Organismi di attestazione, si evidenzia che gli stessi sono chiamati a valutare, tra gli altri requisiti, anche la sussistenza di gravi illeciti professionali, in ottemperanza al disposto dell'articolo 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici secondo cui: «*Gli organismi di cui al comma 1 attestano: a) l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 che costituisce presupposto ai fini della qualificazione*».

Sul punto si evidenzia che la valutazione rimessa in questo caso alle SOA appare di difficile svolgimento, oltre che di dubbia utilità, atteso che presuppone la trasposizione in fase di attestazione di indicazioni concepite per la fase della gara e che quindi si rivelano poco attinenti al caso concreto. In tali fattispecie, infatti, non è configurabile un'interruzione del rapporto di fiducia con l'operatore economico, né è possibile una valutazione in concreto della rilevanza della violazione rispetto all'affidamento da operare. Unico accorgimento adottabile per rendere concretamente eseguibile tale valutazione sembra essere quello di correlare la violazione al valore dell'attestazione richiesta.

## 6.9 Le misure di self-cleaning

Il paragrafo 8 del documento di consultazione descrive le misure di self-cleaning ritenute adeguate ad escludere la rilevanza ostativa di un comportamento astrattamente idoneo ad incidere sull'integrità o sull'affidabilità del concorrente. Le indicazioni proposte tengono conto delle previsioni contenute nel Considerando 102 della Direttiva 24/2014, secondo cui le misure di self-cleaning «*potrebbero consistere, in particolare, in misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, in misure adeguate per la riorganizzazione del personale, nell'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, nella creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e nell'adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento*».

Inoltre, il documento di consultazione tiene conto dei recenti approdi della giurisprudenza amministrativa che ha individuato tre componenti necessarie del self cleaning - dissociativa, organizzativa e risarcitoria - che, complessivamente, integrano il «ravvedimento operoso» dell'operatore, con il recupero della sua concreta affidabilità, in quanto dimostrano che lo stesso, «*per un verso, si è adoperato per l'eliminazione retrospettiva del danno cagionato e, per altro verso, ha adottato provvedimenti concreti di carattere*

*tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, pro futuro, la commissione di ulteriori reati o illeciti»* (Consiglio di Stato, sezione V, 9 gennaio 2020, n. 158; in termini Consiglio di Stato, 20 gennaio 2020, n. 478; Consiglio di Stato, sezione V, 28 gennaio 2019, n. 702; Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598; parere Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 23 ottobre 2018, n. 2616/2018).

Si ritiene utile richiamare, altresì, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 06.04.2020 n. 2260 secondo cui *«Risponde a logica, prima che a norme, che le misure di self-cleaning (...) abbiano effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive alla adozione delle misure stesse. È infatti inimmaginabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo l'adozione delle misure di self-cleaning la stazione appaltante può dunque essere stimata al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio solo remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento»*.

La valenza delle misure di self-cleaning sarebbe infatti non di sanare l'illiceità scoperta, quanto di mantenere l'operatore sul mercato, da cui altrimenti andrebbe definitivamente espulso, potendo ogni stazione appaltante ragionevolmente presumere inaffidabile l'operatore.

Per ogni offerta precedente le misure di self-cleaning, dunque, l'apprezzamento di inaffidabilità è comunque giustificato, anche se avviene quando le misure sono già state prese, dal momento che la stazione appaltante è chiamata a valutare l'affidabilità dell'operatore qual si presentava al momento dell'offerta, e per l'offerta che ha presentato (Consiglio di Stato, sezione V, 9 gennaio 2020, n. 158).

Appare utile anche il richiamo all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, sezione III, nella sentenza del 5/9/2017 n. 4192, in tema di accertamento del grave illecito, in cui si afferma che il contraddittorio con l'operatore economico *«riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale»*.

Se si ammettesse, infatti, il contraddittorio anche nel caso in cui siano state occultate alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, *«si incentiverebbe la condotta "opaca" delle concorrenti, che non avrebbero alcun interesse a dichiarare fin dall'inizio i "pregiudizi", rendendo possibile la violazione del principio di trasparenza e di lealtà che deve invece permeare tutta la procedura di gara. Il ricorso al contraddittorio e quindi la valutazione delle misure di self-cleaning presuppone – quindi – il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente»*.