

AGGIORNAMENTO LINEE GUIDA ANAC N. 6

OSSERVAZIONI

Con avviso pubblicato sul proprio sito web lo scorso 18.1.2022, l'ANAC ha reso noto l'avvio dell'iter di aggiornamento delle Linee Guida n. 6 (già 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*»).

Le Linee Guida, si prefiggono l'obiettivo di individuare le fattispecie ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento e individuare i mezzi di prova adeguati a comprovare la ricorrenza della fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter) e c-quater).

In particolare, la relazione AIR chiarisce che *“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”*.

Le Linee Guida si prefiggono, inoltre, l'obiettivo della *“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”*.

L'Autorità ha quindi sollecitato gli *stakeholder* a far pervenire le loro osservazioni entro le ore 24:00 del 28.2.2022.

Con riferimento ai documenti posti in consultazione, la Camera Amministrativa Romana rimette di seguito sintetiche osservazioni su alcuni dei temi di carattere generale affrontati dall'Autorità.

**I PROVVEDIMENTI PENALI NON DEFINITIVI
(PARAGRAFO 2 DELLE LINEE GUIDA)**

L'art. 2.2 prevede che la sussistenza del grave illecito professionale possa emergere da *“provvedimenti di rinvio a giudizio, cautelari e di condanna, anche non definitiva, per reati commessi nell'esercizio della professione”*.

La bozza di Linee Guida reca, anzitutto, importanti novità sull'elencazione (esemplificativa) delle vicende, penalmente rilevanti, da cui possano trarsi mezzi di prova adeguati ad inferire un giudizio negativo sull'affidabilità professionale dei concorrenti. In particolare, l'Autorità attribuisce rilevanza ai fini in parola non solo ai provvedimenti di condanna non definitivi, come nella precedente versione delle Linee Guida, ma anche ai provvedimenti di rinvio a giudizio e a quelli con cui siano state disposte misure cautelari.

Detta interpretazione pone evidenti profili di incompatibilità con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. e deve essere doverosamente abbandonata.

Innanzitutto, l'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016, dispone che è escluso l'operatore economico qualora *“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”*.

Ora, pur nella sua indeterminatezza, l'art. 80, comma 5, lett. c), ancora l'esclusione per grave illecito professionale alla dimostrazione, con mezzi adeguati, della *“colpevolezza”* dell'operatore economico per i fatti a questi ascritti.

Tale *“colpevolezza”*, a voler estendere al massimo grado la portata applicativa della predetta previsione normativa, se riferita a fattispecie penali, necessita quindi del filtro dell'accertamento operato dall'Autorità Giudiziaria competente (ovvero, del Giudice naturale precostituito per legge *ex art. 25 Cost.*), al fine di garantire che l'esclusione sia sempre basata su mezzi di prova oggettivamente adeguati ed assicurare un livello minimo di certezza sui fatti contestati.

Per tale ragione, **la regola generale dovrebbe essere sempre quella della sussistenza di un accertamento, sia pur non definitivo, dei fatti di rilevanza penale, affinché vi sia una prova adeguata della commissione del reato ascritto.**

Viceversa, non dovrebbe mai rilevare la richiesta di rinvio a giudizio, trattandosi di un provvedimento fondato su un quadro probatorio non verificato e che, pertanto, non può considerarsi accertativo della commissione del reato contestato. Tantomeno, dovrebbero rilevare meri provvedimenti di avvio delle indagini o dispositivi di misure cautelari e provvisorie, trattandosi di misure destinate ad essere frequentemente revocate e modificate in sede di riesame.

In altre parole, **la mera pendenza di un procedimento penale non dovrebbe mai integrare la fattispecie escludente di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), posto che, anche a voler estendere al massimo grado la portata applicata della predetta norma, v'è comunque che il provvedimento che dispone la misura cautelare o il rinvio a giudizio non è accertativo di alcunché.**

Il rischio, quindi, sia per il rinvio a giudizio, che per le misure cautelari, è che la Stazione Appaltante si ancori al dato fattuale della mera pendenza di un procedimento penale e che la valutazione in ordine alla sussistenza di un grave illecito professionale avvenga in un momento della vita dell'impresa che non può considerarsi ancora indicativo della effettiva commissione di un reato.

Stante l'elevato grado di incertezza insito nei provvedimenti di rinvio a giudizio e cautelari, le amministrazioni aggiudicatrici sarebbero chiamate a svolgere impropriamente una vera e propria attività "prognostica" di colpevolezza in luogo del Giudice Penale, con conseguente violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 27 Cost. che sono fondamento della civiltà giuridica, nonché dei principi di rilievo europeo della libera concorrenza, massima partecipazione e *par condicio*.

E ciò anche in considerazione delle previsioni della **legge 27.9.2021 n. 134** (recante "*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*", la c.d. "Riforma Cartabia"), che, ad esempio, ai fini dell'esercizio della delega da parte del Governo, impone il principio per cui **"la mera iscrizione del nome della persona nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale non determini effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo"** (v. art. 9, comma 1, lett. s).

Fermo quanto sopra, in ogni caso, il documento in commento non fornisce alcuna indicazione alle stazioni appaltanti sugli elementi da prendere in considerazione in caso di rinvio a giudizio ai fini della specifica e autonoma valutazione sulla affidabilità professionale dell'operatore economico.

In particolare, le Linee Guida ignorano l'aspetto essenziale costituito dall'individuazione temporale dell'evento che ha determinato il rinvio a giudizio (ovvero l'adozione di provvedimenti cautelari o di condanna di primo grado). Sulla rilevanza temporale dell'evento da valutare da parte delle Stazioni Appaltanti e/o Enti Aggiudicatori e/o da Soggetti tenuti ad applicare il Codice si dirà più ampiamente *infra* a commento del par. 9, ma, sin d'ora, deve rimarcarsi che il termine triennale fissato dalla Direttiva 2014/24/UE non può non rilevare anche nella specifica situazione in esame.

In altri termini, ove il provvedimento di rinvio a giudizio faccia riferimento ad un reato commesso oltre un triennio addietro (circostanza a dir poco frequente) esso non dovrebbe comunque avere alcun rilievo per le stazioni appaltanti (e neppure determinare alcun obbligo dichiarativo per gli

operatori economici), collocandosi oltre il periodo temporale di rilevanza fissato dalla Direttiva.

L'evento rilevante, infatti, non è dato dal provvedimento del giudice (che per quanto detto non configura alcun accertamento di un illecito effettivamente commesso) bensì dalla circostanza di fatto che esso individua e che (provvisoriamente) è qualificata come illecita.

Ed è questo l'“evento” (il fatto asseritamente illecito) da cui la norma comunitaria fa decorrere il termine triennale di rilevanza ai fini valutativi delle Stazioni Appaltanti, degli Enti Aggiudicatori e di ogni altro Soggetto tenuto all'applicazione del Codice.

**IL TENTATIVO DI INFLUENZARE INDEBITAMENTE IL PROCESSO
DECISIONALE DELLA S.A.
(PARAGRAFO 3 DELLE LINEE GUIDA)**

Al paragrafo 3.1 si propone di sostituire *“in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere volontariamente e consapevolmente dal concorrente”* con *“in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere con dolo o colpa grave dal concorrente”* (al dolo e colpa grave fa riferimento anche il successivo paragrafo 4.1).

**LA DISTINZIONE TRA “INFORMAZIONI FALSE O FUORVIANTI” E
“DICHIARAZIONI NON VERITIERE”
(PARAGRAFO 4 DELLE LINEE GUIDA)**

L'art. 4 delle nuove linee guida si pone l'obiettivo di recepire la distinzione, operata dall'Adunanza Plenaria n.16/2020, tra *“informazioni false o fuorvianti”* di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e *“dichiarazioni non veritiere”* di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis).

L'Adunanza Plenaria ha infatti chiarito definitivamente la distinzione tra le due fattispecie, nel senso che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici, 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-bis).

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, 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 invece carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso materiale o ideologico accertabile sulla base di elementi oggettivi ed in assenza di valutazioni discrezionali della Stazione appaltante.

Si ritiene che il paragrafo 4.2), laddove fa riferimento alle competenze della “*amministrazione*”, sia troppo riduttivo, considerato l'ambito soggettivo del Codice. **Si propone, quindi, di modificare il paragrafo nei seguenti termini: “... di competenza delle Stazioni Appaltanti e/o Enti aggiudicatori e/o Soggetti comunque tenuti ad applicare il d lgs 50/16” (tale osservazione vale per ogni altra parte del testo in cui si usa il termine ristretto “amministrazione/i”).**

Al paragrafo 4.3, infine, non è chiaro l'inciso “*detta norma*” (quella generale della lettera c?).

**LE PENALI COMMIMATE NELL'ESECUZIONE DI PRECEDENTI CONTRATTI DI
APPALTO
(PARAGRAFO 5 DELLE LINEE GUIDA)**

Il documento posto in consultazione si sofferma, poi, sull'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del Codice.

Con particolare riferimento alle “*sanzioni comparabili*” dalle quali possa inferirsi un giudizio di inaffidabilità professionale dell'operatore economico e, segnatamente, alle penali comminate nell'esecuzione di precedenti contratti, l'ANAC introduce un meccanismo differenziato tra obblighi di comunicazione della S.A. (ai fini della regolare tenuta del casellario ANAC) e obblighi dichiarativi dei concorrenti alle procedure di gara.

5

Detto meccanismo prevede in particolare:

- 1) l'obbligo per le S.A. di comunicare all'ANAC l'intervenuta applicazione di penali di importo superiore all'1% dell'importo del contratto (v. par. 10.1, lett. “c”, della bozza di Linee Guida);
- 2) l'obbligo per i concorrenti di dichiarare in sede di gara le sole penali (di importo superiore all'1% dell'importo contrattuale) che conseguano all'inadempimento di una prestazione sostanziale rispetto al complesso degli impegni assunti dal contraente (v. par. 5.2 e 10.1, lett. “c”, della bozza di Linee Guida).

Più nel dettaglio, al paragrafo 5.1. si afferma, in linea con la pregressa disciplina, avallata anche dal Consiglio di Stato, che l'applicazione della penale è una sanzione comparabile alla risoluzione del contratto, alla condanna al risarcimento del danno e alla escussione della garanzia e come tale va dichiarata.

Il punto delicato rimane quello della soglia di dichiarazione della penale, fissato al 1%¹, soglia ritenuta anche da autorevole orientamento della giurisprudenza molto esigua, non proporzionata e non ragionevole, tenuto conto della complessità delle dinamiche di esecuzione degli appalti. Forse per tale ragione, la bozza in consultazione fa un distinguo, come anzidetto, tra la soglia oggetto di inserzione nel Casellario e la soglia oggetto di dichiarazione spontanea del concorrente.

In particolare, al paragrafo 5.2 e 5.3 si afferma: *“Le penali sono comparabili alla richiesta di risarcimento del danno se conseguono all’inadempimento di una prestazione sostanziale rispetto al complesso degli impegni assunti dal contraente. 5.3 I comportamenti di cui al punto 5.1 possono rilevare se, anche singolarmente, costituiscono un grave illecito professionale oppure se sono sintomatici di persistenti carenze professionali”*.

Al paragrafo 10 si afferma *“10.1 Ai fini dell’annotazione nel Casellario informatico delle cause ostative relative ai gravi illeciti professionali, le stazioni appaltanti comunicano all’Autorità, con le modalità indicate nel Regolamento sulla tenuta del Casellario, le informazioni relative: c) ai provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all’1% dell’importo del contratto. Il superamento della soglia indicata nel primo periodo comporta l’obbligo delle stazioni appaltanti di darne segnalazione all’ANAC. L’obbligo di dichiarazione a carico dell’operatore economico sorge soltanto nel caso in cui ricorrano le condizioni indicate ai paragrafi 5.2 e 5.3”*.

¹ Particolarmente significativa l’osservazione del Consiglio di Stato in relazione ad un aggiornamento delle Linee Guida del 2018, mai recepito in un documento ufficiale, osservazione che la bozza del 2022, ora all’esame, sembra disattendere: <<Al punto 5) dell’elenco sintetico annotato al par. 4 figura la questione del trattamento dei comportamenti scorretti “minori” e dei meri ritardi nell’esecuzione del contratto (irrilevanza delle penali di importo non superiore, all’1% dell’importo del contratto disposte unilateralmente dall’amministrazione). Al riguardo l’ANAC propone di «integrare la previsione specificando che i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno, le sanzioni e le penali rilevano se derivano da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale», con eliminazione, inoltre, “dell’obbligo di comunicazione delle penali di importo superiore all’1% del valore del contratto”, sicché “le stazioni appaltanti saranno tenute a comunicare esclusivamente le penali che rappresentano inadempienze particolarmente gravi o dimostrative, per la loro ripetitività, di una persistente carenza professionale”. Ad avviso di questa Commissione speciale la scelta di merito compiuta appare equilibrata e ragionevole e non si hanno rilievi in punto di legittimità da svolgere in merito ad essa>> (Cons. Stato, Ad. Comm. Spec. n. 2616/18, parere sull’aggiornamento delle Linee Guida redatto dall’ANAC nel 2018).

Tale scelta appare, comunque, inadeguata, macchinosa e contraddittoria. Innanzitutto, perché consente un giudizio di gravità a fronte anche di penale pari solo all'1% (l'inserimento nel Casellario è fatto proprio per dare un'informazione oggetto di valutazione alla S.A., è una ipotetica causa ostativa come afferma la stessa ANAC. Del resto, la S.A. valuta ciò che è dichiarato dall'operatore economico e ciò che può acquisire con qualsiasi mezzo e il Casellario è il mezzo per eccellenza di informazione per le SS. AA.).

Stabilire, poi, che il concorrente debba dichiarare le “*penali sostanziali*” apre incertezze operative enormi, riproponendo la questione anche del falso in gara *ex* lettera c-bis) del comma 5 dell'art 80.

In disparte ogni considerazione sul frequente utilizzo ritorsivo delle penali contrattuali – che molte S.A. comminano al solo fine di controbilanciare le pretese economiche avanzate dagli appaltatori mediante le “riserve” – si segnala che **la giurisprudenza più recente considera “modeste” (ed irrilevanti sull'affidabilità professionale degli operatori) penali la cui incidenza percentuale è ben maggiore** (ad es. Cons. Stato, sez. III, 11.2.2022 n. 997, riferita a penale di importo pari a circa il 3% dell'appalto).

È quindi necessario che l'Autorità riveda, opportunamente innalzandola, la soglia in esame (esempio: 5%).

Sempre con riferimento alla soglia di rilevanza, si osserva peraltro che la Relazione AIR (v. pag. 19, prima riga) riferisce la volontà dell'Autorità di alleggerire gli obblighi comunicativi gravanti sulle S.A. con riferimento alle penali, mediante l'introduzione di una soglia di rilevanza espressa in valore assoluto, che dovrebbe affiancarsi a quella espressa in termini percentuali. Di tale decisione non vi è, tuttavia, traccia nella bozza di Linee Guida posta in consultazione che, come detto, individua quale unico parametro rilevante, quello espresso in termini percentuali sull'importo contrattuale.

Parimenti irrisolto il tema delle penali comminate nell'esecuzione di contratti applicativi di accordi quadro: nella Relazione AIR (v. pag. 18) si legge dell'intenzione dell'ANAC di riportare la soglia di rilevanza percentuale delle penali all'importo del singolo ordine applicativo e non anche al valore complessivo dell'accordo quadro. Le Linee Guida, tuttavia, si limitano a riferire la soglia percentuale all'“importo del contratto” con locuzione che, in caso di accordo quadro, si presta a equivoci interpretativi. Occorre chiarire quale sia l'interpretazione effettivamente recepita dall'Autorità.

Al paragrafo 5.1. lettera a), si afferma, inoltre, che ai fini dell'esclusione, rileva la risoluzione anticipata; trattasi di affermazione fuorviante ed imprecisa, come già osservato dal Consiglio di Stato che ha rilevato che la risoluzione per sua natura ha effetti anticipati. **Sembra preferibile l'utilizzo dell'espressione “risoluzione per inadempimento imputabile all'operatore economico”.**

Al paragrafo 5. ANAC, inoltre, enuclea a titolo esemplificativo una serie di comportamenti in esecuzione del contratto ritenuti rilevanti (l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; etc.). **Andrebbe precisato, secondo quanto afferma autorevole giurisprudenza, che siffatti comportamenti vanno dichiarati se danno luogo ad una delle sanzioni previste dal legislatore (risoluzione del contratto; applicazione di una penale rilevante; escussione della garanzia).** Del resto a tale nesso tra condotta ed effetto sembra alludere, giustamente, il paragrafo 5.1 8 *“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 con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno; c) altre sanzioni comparabili etc.”*).

La precisazione dell'alinea che precede vale pure per il paragrafo 6.3 in materia di condotte rilevanti verso il subappaltatore (anche alla luce del paragrafo 6.2 che giustamente afferma che le condotte rilevano se portano all'applicazione delle sanzioni previste e a quelle comparabili);

Il meccanismo delineato dalle Linee Guida ANAC risulta, conclusivamente, foriero di possibili (se non prevedibili) criticità operative perché chiama gli operatori a valutare, secondo il loro prudente apprezzamento, quali siano i precedenti da dichiarare (in quanto relativi alla comminazione di una penale conseguente all'inadempimento di una prestazione sostanziale) e quali invece possano essere omessi.

In questo senso, la soluzione adottata dall'Autorità nella bozza in consultazione si pone in contrasto con il consolidato principio giurisprudenziale che elide ogni possibile *“filtro valutativo”* in capo ai concorrenti e non rimedia (ma anzi amplifica) le difficoltà applicative già rinvenibili nella normativa di riferimento.

**IL GRAVE INADEMPIMENTO NEI CONFRONTI DI UNO O PIÙ
SUBAPPALTATORI
(PARAGRAFO 6 DELLE LINEE GUIDA)**

Analoghe incertezze riguardano la rilevanza sull'affidabilità professionale dei concorrenti degli inadempimenti in cui questi siano incorsi nei rapporti, a valle, con i propri subappaltatori.

Il nuovo art. 80, comma 5, lett. *c-quater*), del Codice, dispone, difatti, l'esclusione dalle procedure di gara anche nel 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”*.

Con riferimento a detta fattispecie, la scelta dell'Autorità (v. par. 6.2 della bozza di Linee Guida) è quella di attribuire rilevanza al grave inadempimento

che “*abbia costretto il subappaltatore a risolvere il contratto oppure abbia dato luogo all’applicazione di altre sanzioni comparabili, quali l’applicazione di penali di importo significativo*”.

Anche in questo caso il riferimento è generico e suscettibile di determinare rilevanti incertezze in capo agli operatori. Pur nella consapevolezza del carattere meramente esemplificativo delle previsioni delle Linee Guida, sarebbe utile offrire indicazioni di maggiore dettaglio, utili a perimetrare concretamente l’obbligo dichiarativo gravante sul concorrente e quello valutativo delle Stazioni Appaltanti.

AMBITO SOGGETTIVO DELLE VERIFICHE (PARAGRAFO 8 DELLE LINEE GUIDA)

La bozza di Linee Guida accede ad un’interpretazione estensiva delle disposizioni codicistiche, tale per cui sarebbero rilevanti sull’affidabilità professionale dell’operatore economico le condotte poste in essere non solo dall’operatore economico in sé (tramite il suo legale rappresentante), ma anche da tutte le persone fisiche titolari delle cariche menzionate all’art 80 comma 3 del Codice.

Se è chiaro quali siano i titolari di dette cariche nella struttura dell’operatore economico, non è tuttavia trattato il (connesso) tema dell’estensione delle verifiche ai titolari delle cariche nell’ambito del socio – unico o di maggioranza (in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro) – dello stesso operatore economico.

Sul punto, la Relazione AIR richiama (e sembra condividere) l’interpretazione estensiva che riferisce le verifiche di cui all’art. 80, comma 3 (e dunque, nell’interpretazione fatta propria dall’ANAC, quelle di cui all’art. 80 comma 5), al c.d. “socio sovrano”, indipendentemente dal numero di soci che facciano parte della compagine societaria.

Il tema non trova, tuttavia, riscontro nelle Linee Guida che andrebbero appositamente integrate con indicazioni al riguardo.

RILEVANZA TEMPORALE DELLE VIOLAZIONI (PARAGRAFO 9 DELLE LINEE GUIDA)

In assenza di una previsione domestica volta a individuare il periodo di rilevanza temporale dei fatti sussumibili nelle fattispecie dei gravi illeciti professionali, la questione deve essere risolta alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali (cfr., tra i più recenti, Cons. Stato, V, 12 gennaio 2021, n. 400; Cons. Stato V, 7 settembre 2021, n. 6233), secondo i quali è irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all’art.80 comma 5, lett. c), cit., che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara.

La giurisprudenza amministrativa è giunta a tale conclusione richiamando il principio generale di proporzionalità di derivazione europea e osservando come la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un

determinato limite temporale implicasse un evidente contrasto con tale principio, per la possibilità riconosciuta all'amministrazione appaltante di dare rilevanza a fatti che – per il tempo trascorso – non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

L'individuazione di un limite generale di rilevanza temporale dei fatti astrattamente idonei a integrare le fattispecie dei gravi illeciti professionali si rende necessaria anche al fine di circoscrivere entro precisi limiti l'apportata dell'obbligo dichiarativo gravante sui concorrenti che, diversamente, *«potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa»*: in tal senso, Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; si veda anche Cons. Stato V, 6 maggio 2019, n. 2895).

Pertanto, per effetto della diretta applicazione della disposizione di cui alla Direttiva 2014/24/UE, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta decorsi tre anni dalla data della sua commissione (cfr. Cons. Stato, V, 7 settembre 2021, n. 6233; Cons. Stato V, 26 agosto 2020, n. 5228; Cons. Stato, V, 5 agosto 2020, n. 4934).

La questione, nei suoi termini generali, è stata peraltro esaminata anche dalla Corte di giustizia U.E. che, nella sentenza della Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, ha ribadito che *«ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione [...] detto periodo non può, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dall'adempimento del fatto in questione»*.

Il triennio, che decorre dal compimento del fatto, deve comunque essere qualificato come "periodo di rilevanza ai fini della possibile esclusione" e non invece, come qualificato nella bozza delle Linee Guida, quale periodo di "interdizione".

Ciò in quanto l'esclusione disposta ai sensi dell'art. 80, comma 5, c), c-bis), c-ter) e c-quater) non opera automaticamente, ma è sempre la conseguenza di una valutazione discrezionale da parte della Stazione Appaltante.

Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza, infatti, se si volesse attribuire efficacia interdittiva ad un provvedimento di esclusione da una pubblica gara, conseguirebbero effetti sanzionatori *«da una determinazione discrezionale della pubblica amministrazione e, per questo motivo, contrastante con il principio di stretta legalità delle sanzioni amministrative, per il quale è la fonte primaria a dover definire con sufficiente precisione e determinatezza le condizioni e i presupposti per sanzionare la condotta del privato trasgressore, che si ricava dall'art. 23 Cost. (cfr. Corte cost. 18 gennaio 2021, n. 5) ovvero secondo altra impostazione dall'art. 25, comma 2, Cost. (cfr. Corte cost. 7 giugno 2018, n.*

121, Cass. civ., sez. II. 25 febbraio 2020, n. 4962 e Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2018, n. 5883)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 20/12/2021, n. 8462).

In altre parole, non si può far derivare l’interdizione, ossia l’esclusione automatica, per tre anni dalle evenienze indicate dall’ANAC in quanto altrimenti cause di esclusione non automatiche si trasformano in cause di esclusione automatiche (se una S.A. esclude da una gara o ritiene grave un risarcimento dei danni o una risoluzione e per tali ragioni commina un’esclusione, resta impregiudicata la valutazione degli stessi eventi e della esclusione già da parte di altre S.A. in altre gare, che dovranno valutare anche le misure di *self cleaning* via via adottate; la giurisprudenza è pacificain merito. È vero che i commi 10, 10 bis, dell’art 80 non brillano, tuttora, per chiarezza, ma orientamento consolidato della giurisprudenza ha affermato, ormai, che va data applicazione diretta all’art 57 direttiva UE 2014/24. È allora sufficiente che ANAC affermi il rilievo triennale *tout court* di un evento, ferma la valutazione di gravità di ciascuna S.A).

Appare opportuno precisare che, se sono decorsi tre anni dall’emanazione provvedimento esecutivo (astrattamente configurabile in termini di illecito professionale/contrattuale), l’evento perde il connotato dell’antigiuridicità ai fini qui considerati e, quindi, non va dichiarato, né può essere valutato dalle SS. AA., anche qualora permanga la sua annotazione nel Casellario ANAC.

Inoltre, sembra non corretto il riferimento, contenuto all’art. 9.2 alla **“esclusione da una procedura di affidamento”** quale momento iniziale a partire dal quale è possibile far decorrere il termine triennale per la valutazione del “fatto” potenzialmente in grado di incidere sull’affidabilità professionale dell’operatore economico. In nessun caso, infatti, dovrebbe attribuirsi efficacia potenzialmente escludente ai provvedimenti di esclusione disposti da altre stazioni appaltanti ai sensi dell’art. 80.

Ed infatti, dalle disposizioni del codice dei contratti pubblici e, segnatamente, dai vari commi dell’art. 80, si ricava il principio generale per cui ogni provvedimento di esclusione si consuma all’interno della procedura di gara in cui è stato adottato dalla stazione appaltante (salva l’ipotesiresiduale di cui all’art. 80, comma 5, lett. c-bis).

Sul punto si è recentemente espresso il Consiglio di Stato (Sez. III, 01/06/2021, n. 4201) che ha infatti chiarito quanto segue: <<*Giova premettere che il comma 10 bis dell’art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, inseritodal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. sblocca cantieri), è stato introdotto per dare risposta all’esigenza di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l’esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che, con il passare del tempo, le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell’apprezzamento dell’affidabilità del concorrente e possono ritenersi superate dalla regolare continuazione dell’attività di impresa (Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6635). Simmetricamente a quanto previsto dal primo periodo del comma*

*10 bis dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle sentenze penali di condanna (per i casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10 dell'art. 80), qualsiasi altra situazione/provvedimento o vicenda - in definitiva qualsiasi "fatto" - che possa dar luogo ad un provvedimento di esclusione ai sensi del comma 5 dell'art. 80 conserva tale valenza per una durata non superiore al triennio. Un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio. In definitiva, allora, **laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio.** Ciò premesso, il giudice di appello si è soffermato sull'individuazione del dies a quo per il computo del triennio, che il legislatore ha fissato alternativamente nella "data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione" ovvero, se contestato in giudizio, "dalla data di passaggio in giudicato della sentenza".*

*Per esse si impone un'interpretazione adeguatrice con la lettura in precedenza data dell'ambito applicativo della norma: **i riferimenti normativi debbono essere intesi, pertanto, al "fatto" che può dar luogo al provvedimento amministrativo di esclusione, con la conseguenza di fissare il dies a quo nella data in cui lo stesso sia accertato giudizialmente, con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia, nel caso in cui il fatto (nella specie, la risoluzione) sia stato impugnato.***

Così, riprendendo il caso del provvedimento di risoluzione, il triennio decorrerà dal momento dell'adozione del provvedimento di risoluzione, ovvero, se contestato in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha definito la causa.

Rileva il Collegio che la portata della norma non sembra lasciare spazio a diversa interpretazione, non solo facendo riferimento alla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha deciso il contenzioso sulla impugnazione del provvedimento (nella specie la risoluzione contrattuale), ma anche stabilendo 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 l'operatore economico che l'abbia commesso.>>

Più recentemente, il Consiglio di Stato (Sez. V, 20/12/2021, n. 8462) ha chiarito che:

*- "laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio (nei termini esposti anche Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937). **La diversa tesi - che, come anticipato, porta ad assegnare al provvedimento di esclusione efficacia al di fuori della procedura cui si riferisce - non pare ragionevole poiché il provvedimento di esclusione, per sua stessa natura, si riferisce ad una singola e specifica procedura di gara e non può avere effetti oltre questa".***

- "tra le cause di esclusione dalle procedure di gara di cui all'art. 80, comma

5, d.lgs. n. 50 del 2016 sono previste diverse condotte (dell'operatore economico concorrente) che vanno discrezionalmente apprezzate dalla stazione appaltante per esprimere una valutazione di non idoneità a rendersi affidatario della commessa; si pensi, in particolare, alle cause di esclusione di cui alle lettere da c) a c - quater): in questo caso l'esclusione è conseguenza di una valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, consentita dal legislatore proprio in ragione del fatto che questa è chiamata a scegliere il proprio contraente.

Se, però, dalla prima esclusione conseguisse in via automatica la preclusione per l'operatore escluso a prendere parte ad altre procedure di gara, la definizione del comportamento sanzionato sarebbe in fatto riconducibile direttamente alla valutazione discrezionale di un'amministrazione e solo mediatamente alla legge.

Tra due possibili interpretazioni del dato normativo, di cui l'una si pone in contrasto con disposizioni costituzionali e l'altro risulta rispetto ad essi conforme, è certamente da preferire quest'ultima e non la prima, secondo la teorica dell'interpretazione costituzionalmente orientata”;

- “ancor più evidente è il contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato per il quale ciascuna causa di esclusione si riferisce e si conchiude all'intero della procedura di gara in cui è maturata, pena il rischio di realizzare una indefinita protrazione di efficacia "a strascico" del primo provvedimento per cui l'esclusione da una gara genera l'esclusione dall'altra e così via in ribalzo continuo da una procedura all'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212; V, 27 settembre 2019, n. 6490, nonché, per una completa disamina di tutti i precedenti, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1906)”.

Conclusivamente:

i) come chiarito dalla giurisprudenza richiamata, il provvedimento di esclusione non produce alcun effetto al di fuori della procedura di gara a cui si riferisce.

Dall'art 9.2 delle linee guida dovrebbe quindi essere espunto il riferimento alla “a) esclusione da una procedura di affidamento”, quale presupposto per la decorrenza del termine triennale ai fini della valutazione di una circostanza potenzialmente escludente ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), c- bis), c-ter) e c-quater). I provvedimenti di esclusione adottati da una stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter) e c- quater), infatti, non dovrebbero mai avere effetti potenzialmente escludenti in altre gare d'appalto; in caso contrario si produrrebbe una indefinita protrazione di efficacia "a strascico" del primo provvedimento per cui l'esclusione da una gara genera l'esclusione dall'altra e così via in ribalzo continuo da una procedura all'altra;

ii) andrebbe eliminato il riferimento alla “durata dell'interdizione”. Tale espressione suggerisce infatti l'idea di un arco temporale fisso entro il quale si produce l'effetto escludente a carico dell'operatore economico interessato da una pregressa vicenda astrattamente valutabile “quale grave illecito professionale”. Ciò non sembra essere in linea con il carattere “facoltativo” e non obbligatorio della fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), in quanto la presenza di una circostanza valutabile quale grave illecito professionale non determina in automatico l'esclusione dalla gara, ma

comporta la mera possibilità che questa venga disposta, essendo rimessa, di volta in volta, alla singola stazione appaltante la valutazione sulla rilevanza e/o gravità dei fatti sottostanti.

Le Linee Guida dovrebbero precisare più chiaramente che il riferimento al triennio, di cui al comma 10-bis, secondo periodo, dell'articolo 80, è da intendersi quale periodo di potenziale rilevanza dei fatti stessi e, quindi, quale arco temporale massimo entro il quale è consentito alle Amministrazioni valutarne rilevanza e gravità ai fini dell'esclusione, e non come periodo fisso di durata dell'esclusione dalle gare.

Risulta, invece, senz'altro positivo (e va confermato) il metodo a scalare del triennio in caso di sopravvenuta sentenza definitiva (paragrafo 9.5).

GLI OBBLIGHI DICHIARATIVI A CARICO DEGLI OPERATORI ECONOMICI (PARAGRAFO 11 DELLE LINEE GUIDA)

La Relazione AIR predisposta dall'Autorità individua, tra le fattispecie segnalate dalle S.A. con riferimento all'istituto dei "gravi illeciti professionali", anche quella relativa alla "mancata dichiarazione di carenza anche sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda" (v. par. 4, n. 5, della Relazione AIR).

Si tratta di una fattispecie effettivamente nota alla giurisprudenza amministrativa, che, in diverse occasioni, ha avuto modo di sanzionare l'inadempimento dei concorrenti agli obblighi dichiarativi consistenti (non solo nella dichiarazione di una situazione potenzialmente ostativa preesistente alla partecipazione alla gara ma anche) nella dichiarazione di vicende sopravvenute alla partecipazione e nell'aggiornamento delle vicende preesistenti e originariamente dichiarate (v. ad es. *Cons. St., Sez. III, sent. 26 ottobre 2020, n. 6530*).

Sulla scorta di dette pronunce, i concorrenti sarebbero appunto tenuti a tenere costantemente aggiornate le S.A. di tutte le sopravvenienze potenzialmente rilevanti. Il testo posto in consultazione presenta sotto tale profilo ampi margini di incertezza, trattando il tema delle sopravvenienze esclusivamente al punto 4.4, lett. b).

Lo stesso par. 11 delle Linee Guida – dedicato appunto a "*gli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici*" – si limita a prescrivere che detti operatori assolvano agli obblighi dichiarativi "*mediante l'utilizzo del DGUE*" (dunque di un documento che viene presentato esclusivamente nella fase iniziale della procedura e, al più, ripresentato unitamente all'offerta nelle procedure che prevedano una preliminare fase di prequalifica).

Proprio nell'ottica deflattiva del contenzioso richiamata dall'Autorità, è auspicabile che vengano specificati gli obblighi dichiarativi relativi alle sopravvenienze, chiarendo come, in che limiti e con quali modalità i concorrenti possano essere obbligati a rendere (e le S.A. ad acquisire, ai fini delle conseguenti valutazioni) dichiarazioni riferite a circostanze

sopravvenute rispetto alla presentazione del DGUE.

Quanto, poi, alla durata temporale degli obblighi dichiarativi, salvo i casi in cui è lo stesso art. 80 a individuare il momento a partire dal quale sorge l'obbligo dichiarativo in capo all'operatore economico (es: comma 5 lett c-ter); c- quater); f) ecc..), per i fatti sussumibili nella categoria dell'illecito professionale ai sensi delle lettere c) e c-bis) del comma 5, il relativo obbligo dichiarativo dovrebbe coincidere con il momento che determina la decorrenza del periodo di rilevanza temporale dell'illecito: ossia dal compimento del fatto stesso.

Tale soluzione è senz'altro percorribile nelle ipotesi in cui il fatto astrattamente idoneo comporti l'irrogazione di sanzioni esclusivamente a carattere amministrativo.

Diversamente, quando il fatto sussumibile nella categoria degli illeciti professionali assuma rilevanza anche in sede penale, è necessario differire il relativo obbligo dichiarativo a un momento successivo a quello in cui tale fatto assume rilevanza ostativa.

In tali circostanze, l'obbligo dichiarativo potrebbe coincidere con il momento di emersione del fatto ostativo nella stessa sede penale (auspicabilmente, sentenza di condanna non definitiva).

Il differimento temporale si rende necessario in virtù del rispetto del superiore principio del *nemo tenetur se detegere*, secondo cui nessuno può essere costretto a dichiarare l'esistenza di un fatto ostativo a sé stesso ancor prima dell'inizio di accertamenti giudiziari sul fatto.

Roma, 28 febbraio 2022

Il Presidente
avv. Patrizio Leozappa

