

I gravi illeciti professionali: limiti al potere discrezionale della stazione appaltante e il modello di *compliance antitrust*

di Valeria Apicella

25 giugno 2019

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'indeterminatezza del concetto di grave illecito professionale. 3. La risoluzione per inadempimento. 4. I provvedimenti (non definitivi) di condanna dell'operatore economico. 5. L'illecito *antitrust* e il modello di *compliance antitrust*. 6. Limiti al potere discrezionale della stazione appaltante. 7. La sentenza del Consiglio di Stato n. 196/2019.

1. Introduzione

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, oggetto di una recentissima modifica legislativa nonché di un acceso dibattito giurisprudenziale giunto sino alla Corte di Giustizia UE¹, prevede un motivo di esclusione dell'operatore economico dalla procedura ad evidenza pubblica, la cui sussistenza viene valutata discrezionalmente dalla stazione appaltante.

La peculiarità di tale motivo di esclusione può cogliersi nella sua atipicità, posto che il legislatore non fornisce una definizione di "*grave illecito professionale*", nonché nella sua dimensione spazio-temporale bidirezionale, nel senso che può trattarsi sia di illeciti professionali commessi anteriormente alla partecipazione alla gara sia contestualmente alla stessa².

Vale a dire, la procedura di gara può essere l'occasione per la commissione di un illecito professionale da parte dell'operatore economico, che, ad esempio, fornisca informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero che ometta le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione³ (sull'opportunità di distinguere gli effetti delle falsità o delle omissioni in relazione alla gara in cui le stesse si sono prodotte e alle altre gare successive si veda Cons. di Stato, V, n. 597/19, § 5.4).

Si pone, tuttavia, un problema di coordinamento con i principi di tassatività delle cause di esclusione, certezza del diritto⁴ e massima partecipazione alle gare pubbliche, a cui si accompagna l'assenza di criteri di riferimento certi cui ancorare la valutazione da parte della stazione appaltante della gravità dell'illecito professionale commesso.

¹ Per un approfondimento, cfr. C. LAMBERTI, *Gli illeciti professionali approdano alla Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2018, p. 2235 ss.

² Cons. di Stato, sez. V, n. 6530/2018.

³ Art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016.

⁴ M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, n. 1/2018. M. DI DONNA, *Il "grave illecito professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urb. app.*, 1/2018, p. 62.

La norma è il risultato della trasposizione dell'art. 57, § 4, della direttiva 2014/24/UE ed è stata di recente modificata dall'art. 5 del d.lgs. n. 135/2018⁵.

L'attuale formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), non contiene più l'elencazione esemplificativa delle fattispecie suscettibili di integrare un grave illecito professionale, che la giurisprudenza e la dottrina⁶ avevano assunto come punto di riferimento data la non agevole esegesi della norma.

In particolare, la previgente versione dell'art. 80, comma 5, lett. c), prevedeva tra i gravi illeciti professionali: 1) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio; 2) l'esposizione di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; 3) l'inadempimento di un precedente contratto di appalto o di concessione da cui siano derivati la risoluzione anticipata, il risarcimento del danno o altre sanzioni.

Tali fattispecie sono state ora "spacchettate" nelle lettere c-bis) e c-ter) del medesimo comma quinto, distinte rispetto al grave illecito professionale di cui alla lettera c), seguendo lo schema previsto dalla medesima direttiva sopra citata, che le prevede quali ipotesi separate (art. 57, § 4, lett. c), g), i) direttiva 2014/24/UE). Ci si chiede, allora, se tali ipotesi possano continuare ad essere considerate esemplificative del concetto di grave illecito professionale e, soprattutto, se l'intervento si pone in termini di continuità o di rottura rispetto al passato.

2. L'indeterminatezza del concetto di grave illecito professionale

Come anticipato, l'atipicità del "grave illecito professionale" deriva dall'assenza di una espressa definizione legislativa di tale concetto, a cui è stato sin da subito attribuito il carattere dell'indeterminatezza⁷.

Non si tratta di una dimenticanza del legislatore, ma di una ben precisa volontà di affidare all'interprete la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa astratta mediante un concetto giuridico indeterminato, che necessita di essere integrato "*con elementi o criteri extragiuridici*"⁸.

In mancanza di una specifica definizione di illecito professionale, la giurisprudenza ne ha fornito un'interpretazione molto ampia⁹, che tenga conto di tutti quei comportamenti scorretti che incidano sulla credibilità professionale dell'operatore

⁵ "Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione", G.U. del 14 dicembre 2018, n. 290.

⁶ FERRARIO, *Esclusione per grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c.c.p.: tassatività o meno delle fattispecie escludenti, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299*, in www.lamministrativista.it

⁷ Cons. di Stato, Commissione speciale, parere del 25 settembre 2017, n. 2042 reso con riferimento all'aggiornamento delle Linee guida ANAC "*indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice*". In questi termini anche, *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. III, n. 5467/2017; Cons. di Stato, Sez. III n. 7231/2018.

⁸ Sull'opportunità di tale scelta si veda M. DI DONNA, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie definitive*, in *Urb. app.*, n. 4/2018, p. 544.

⁹ A. NICODEMO, *Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*, in *Urb. app.* 1/2019, p. 110 ss.

economico, oltre che della violazione delle norme di deontologia proprie della categoria professionale cui esso appartiene¹⁰.

Qualsiasi condotta, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica civile, penale o amministrativa, è suscettibile di integrare un grave illecito professionale¹¹.

Come si vede, tale concetto elastico costituisce il *trait d'union* tra il diritto civile, penale e amministrativo¹², ben potendo ricomprendere una risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto o di concessione, un provvedimento giurisdizionale, anche non definitivo, di condanna dell'operatore economico ovvero un illecito *antitrust*.

Si consentano brevi considerazioni in ordine ai provvedimenti sopra menzionati, che costituiscono le ipotesi più significative di grave illecito professionale, in quanto suscettibili di tradursi – all'esito dell'esercizio da parte della stazione appaltante del suo potere di discrezionalità tecnica – in un motivo di esclusione dalla gara.

Si precisa sin d'ora che la competenza ad emanare i suddetti provvedimenti si radica in capo a giudici (o anche ad autorità amministrative indipendenti) distinti, che operano seguendo regole procedurali altrettanto distinte e, soprattutto, con scadenze temporali inconciliabili tra loro.

L'unico criterio unificatore di tali eterogenee fattispecie è costituito dalla violazione da parte dell'operatore economico delle regole di correttezza e buona fede, principio generale del nostro ordinamento e base fondante del rapporto di leale collaborazione con la stazione appaltante.

3. La risoluzione per inadempimento

Quanto alla risoluzione per inadempimento, la precedente formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), richiedeva, alternativamente, la mancata contestazione ovvero la conferma della stessa in giudizio. Tale soluzione rappresenta(va) un "*ragionevole punto di equilibrio*"¹³ tra il diritto di difesa dell'operatore economico e il principio del contraddittorio, da un lato, e le esigenze di celerità delle procedure ad evidenza pubblica, dall'altro.

Tuttavia, la strumentalità di talune impugnative da parte degli operatori economici, volte esclusivamente a paralizzare l'azione della stazione appaltante e ad evitare l'esclusione della gara in corso, hanno suscitato non pochi dubbi circa la

¹⁰ *Ex multis*, Cons. di Stato, IV, n. 3070/2016; T.A.R. Lazio, Roma, II, n. 1078/2019, § 9.1; CGUE, X, 18 dicembre 2014, C-470/13.

¹¹ Cons. di Stato, III, n. 4192/17; Cons. di Stato, III, n. 7231/18.

¹² Linee guida ANAC, n. 6/2016, § 2.1, secondo cui «*Integrati i presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalla gara a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito*».

¹³ Cons. di Stato, Commissione speciale, parere del 13 novembre 2018, n. 3616, relativo all'aggiornamento delle Linee guida ANAC n. 6/2016. «*Ciò che è necessario e dirimente è che sia data la possibilità, da un lato, all'operatore economico diligente, che subisca un accertamento di grave illecito escludente, di adire un giudice terzo e imparziale che effettui un primo, anche minimo vaglio di legittimità e di non infondatezza dell'accertamento, e che dall'altro, non si costringa l'amministrazione ad attendere i tempi lunghi del giudicato sulla contestazione, ciò che ne paralizzerebbe l'azione efficiente ed efficace, così prevenendosi anche possibili tattiche dilatorie nel processo*».

compatibilità della normativa italiana con quella europea¹⁴, che hanno condotto a ben tre rinvii pregiudiziali¹⁵ dinanzi alla Corte di Giustizia UE¹⁶ e all'intervento del d.lgs. n. 135/2018, che, con riferimento alle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione ed alla risoluzione anticipata¹⁷, elimina l'inciso "non contestata in giudizio ovvero confermata all'esito di un giudizio".

Di qui l'adesione legislativa a quell'orientamento secondo cui l'eventuale impugnazione da parte dell'operatore economico non vincola la stazione appaltante, che non è costretta ad attendere il provvedimento del giudice, ben potendo disporre ugualmente l'esclusione, fornendo adeguata motivazione sull'incidenza dell'inadempimento sull'affidabilità del concorrente¹⁸.

Peraltro, alla luce del principio del *favor participationis*, pare opportuno osservare che il potere discrezionale in capo alla stazione appaltante può dispiegarsi non solo nel senso dell'esclusione dell'operatore economico, nonostante la risoluzione sia ancora *sub iudice*, ma anche nel senso dell'ammissione dello stesso alla procedura di gara, qualora le carenze che abbiano condotto alla risoluzione di un precedente contratto (che spesso è disposta da una stazione appaltante diversa da quella che è chiamata a valutare tale risoluzione) non siano ritenute dalla stazione appaltante "significative"¹⁹ ovvero non siano "persistenti".

Sul punto, si noti l'aggiunta dell'aggettivo "persistenti" da parte del d.lgs. n. 135/2018, in conformità a quanto previsto dall'art. 57, §4, lett. g), della direttiva: fermo restando che ai sensi dell'art. 1455 c.c. il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, anche una sola risoluzione contrattuale, se particolarmente significativa, potrà rilevare ai fini dell'esclusione, così come una pluralità di inadempimenti, non gravi se singolarmente considerati, ma connotati da ripetitività e persistenza tali da giustificare l'esclusione del concorrente.

Inoltre, non è detto che la risoluzione passi necessariamente attraverso un contenzioso giudiziario, ben potendo intervenire una transazione sul punto.

Tuttavia, nonostante l'intervento di un accordo tra le parti, un orientamento giurisprudenziale ritiene comunque integrato in tal caso un "grave errore nell'esecuzione della prestazione"²⁰ con conseguente "consolidamento del fatto storico

¹⁴ SORDI, *Alla CGUE la compatibilità dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice con la disciplina eurounitaria*, in *L'amministrativista.it*

¹⁵ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, ordinanza n. 5893/2017; Cons. di Stato, Sez. V, ordinanza n. 2639/2018; Cons. di Stato, Sez. V, n. 5033/2018.

¹⁶ Sull'opportunità di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ovvero alla Corte Costituzionale, piuttosto che alla Corte di Giustizia UE, cfr. C. LAMBERTI, *Gli illeciti professionali approdano alla Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2018, p. 2243.

¹⁷ Art. 80, comma 5, lett. c-ter), d.lgs. n. 50/2016.

¹⁸ Da ultimo, T.A.R. Toscana, Firenze, n. 53/2019. Cons. di Stato, Sez. V, n. 1299/2018; T.A.R. Lazio, Roma, n. 11172/2018.

¹⁹ R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte sui provvedimenti attuativi del Codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2 dicembre 2016, § 7.2.

²⁰ Si veda la formulazione antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 di cui all'art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163/2006. Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che l'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 abbia una portata più ampia dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006. In particolare, l'art. 80 non fa più riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, estendendo altresì la rilevanza dello stesso anche nella fase di gara, oltre che in quella di esecuzione del contratto e a prescindere dalla stazione appaltante interessata. Cfr. M. DI DONNA, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie definitive*, in *Urb. app.*, n. 4/2018, p. 544. Cons. di Stato,

*costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante*²¹. A sostegno di tale esegesi, si osserva altresì che il Legislatore prescinde dalla «*natura della risoluzione in termini di "bonaria", o "amichevole", [...] posto il fatto che vi è un inadempimento riscontrato e contestato formalmente*».

Di qui l'obbligo in capo all'operatore economico di dichiarare tutti i precedenti professionali negativi, a nulla rilevando «*che gli stessi si siano chiusi con transazione (anche a lui favorevole) o che abbiano dato luogo a una risoluzione consensuale del contratto*», posto che tali circostanze rileveranno ai fini della valutazione di gravità dell'illecito e di affidabilità del concorrente²².

In senso opposto, una recentissima pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana²³ esclude l'obbligo di dichiarare la risoluzione transattiva di un precedente contratto non iscritta nel casellario informatico dell'ANAC. Nella stessa direzione limitativa degli obblighi dichiarativi, depone un orientamento recente espresso dal Consiglio di Stato²⁴.

Al di là della sussistenza o meno dell'obbligo dichiarativo, far rientrare un precedente accordo transattivo nel concetto di "grave illecito professionale" scoraggia senz'altro reciproche concessioni tra le parti e il ricorso a schemi transattivi di risoluzione delle controversie.

Il medesimo effetto paralizzante si produce anche sul piano penalistico, ove la definitività o meno dell'accertamento assume un'influenza ancor maggiore sulla valutazione discrezionale della stazione appaltante, disincentivando il ricorso a riti alternativi quali l'applicazione della pena su richiesta delle parti per il carattere definitivo che l'accertamento immediatamente assume.

4. I provvedimenti (non definitivi) di condanna dell'operatore economico

La tensione del rapporto tra definitività dell'accertamento e discrezionalità della stazione appaltante si accentua quando nell'oggetto della valutazione compiuta da quest'ultima rientrano anche provvedimenti di condanna dell'operatore economico emessi dal giudice penale.

Tre sono le principali linee guida da seguire: la prima rileva dal punto di vista cronologico e segna la linea di confine tra l'obbligatorietà e la facoltatività dell'esclusione dell'operatore economico; la seconda, invece, ha carattere oggettivo e riguarda la tipologia di reati che possono venire in rilievo; la terza, infine, è di tipo soggettivo e concerne i destinatari di tali provvedimenti di condanna.

Se è già intervenuta una sentenza di condanna definitiva, un decreto penale di condanna o una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti che accerti

Commissione speciale, pareri del 3 novembre 2016, n. 2286 e del 25 settembre 2017, n. 2042; T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 119/2018; T.A.R. Campania, Sez. VIII, n. 1146/2018.

²¹ Cons. di Stato, Sez. III, n. 3628/2018; T.A.R. Lazio, Roma, n. 11172/2018.

²² Cons. di Stato, Sez. V, n. 3925/2018; Cons. di Stato, Sez. V, n. 3671/2011.

²³ C.G.A.R.S., n. 71/2019, in riforma della sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, n. 712/2018, che aveva invece ritenuto sussistente l'obbligo di dichiarazione onnicomprensiva, con esclusione di ogni possibile filtro da parte del concorrente, aderendo all'orientamento formatosi durante la vigenza dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006.

²⁴ Vedi § 6 del presente articolo; Cons. di Stato, Sez. V, n. 597/2019, § 5.1; *idem*, n. 5365/2018; *idem*, n. 4594/2018.

la commissione di un fatto costituente uno dei reati previsti dall'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, allora non vi è dubbio che l'esclusione venga disposta in via automatica²⁵, in difetto dei requisiti morali necessari per la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica²⁶.

Invece, il *punctum dolens* concerne il carattere non definitivo di taluni provvedimenti giurisdizionali, che pur non rilevando ai sensi dell'art. 80, comma 1, potranno essere comunque valutati dalla stazione appaltante quali gravi illeciti professionali, giustificando quindi l'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5.

Lo stesso articolo 80, comma 5, lett. c-bis), prevede la possibilità di escludere l'impresa concorrente che tenti di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate «a fini di proprio vantaggio»²⁷.

Tale condotta potrebbe successivamente sfociare in una condanna ex artt. 353 o 353 bis c.p.²⁸, su cui si innesta l'art. 56 c.p. ove il comportamento posto in essere dall'operatore economico si arresti sul piano del tentativo²⁹.

Già durante la vigenza della direttiva 2004/18/CE, la Corte di Giustizia UE³⁰ aveva statuito che un provvedimento giurisdizionale, ancorché non definitivo, dovesse necessariamente essere indicato dall'operatore economico, in quanto integrante un mezzo di prova idoneo a dimostrare un grave errore professionale³¹.

Dal punto di vista soggettivo, il tema non può prescindere dall'individuazione dell'operatore economico³², destinatario degli accertamenti da parte della stazione appaltante.

Superato il principio *societas delinquere non potest*³³, è pacifico che l'impresa opera attraverso i suoi organi di vertice, persone fisiche in capo alle quali va verificato

²⁵ S. CACACE, *Disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016, motivi di esclusione e criteri di selezione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 8 novembre 2016.

²⁶ R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2008, p. 1279.

²⁷ Si noti la differente formulazione dell'art. 57, § 4, lett. i), direttiva 2014/24/UE che pone l'accento sul carattere indebito di tali vantaggi: «informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto».

²⁸ Sulla differenza tra le due fattispecie di reato si veda Cass. pen., Sez. VI, 14 aprile 2015 (dep. 25 giugno 2015), n. 26840.

²⁹ T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, n. 407/2018, § 7.2. Secondo le Linee Guida ANAC, § 2.1.2.2., rilevano gli atti idonei diretti in modo equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine «1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione; 1.3 all'attribuzione dei punteggi».

³⁰ CGUE, Sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178/16.

³¹ M. COZZIO, *La condanna non definitiva quale causa di esclusione dalle gare*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2018, p. 335 ss. G. PASSARELLI, *Criteri di selezione qualitativa nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici: la Corte di Giustizia delimita la nozione di errore grave in materia professionale*, in *Dir.pub. com. eur.*, 2013, p. 713.

³² L'art. 3, comma 1, lett. p), d.lgs. n. 50/2016 definisce l'operatore economico «una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

³³ F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.

il possesso dei requisiti morali richiesti³⁴ e l'eventuale presenza di provvedimenti non definitivi di condanna³⁵.

La giurisprudenza attribuisce carattere generale alla nozione di operatore economico, «*estendendosi a tutti i soggetti rientranti nella compagine societaria dell'impresa concorrente*», indipendentemente dalle quote di partecipazione al capitale sociale³⁶.

Rinviano all'art. 80, comma 3, per l'individuazione dei destinatari dei provvedimenti di condanna³⁷, si precisa che il legislatore estende l'indagine anche ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara³⁸, salva la dimostrazione, con onere probatorio in capo all'impresa, della completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata³⁹ (il che potrebbe accadere, ad esempio, in caso di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e gestione da parte dell'apicale nei reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001, ai sensi dell'art. 6, lett. c).

Parimenti l'esclusione non opera in caso di depenalizzazione del reato, sentenza di riabilitazione, dichiarazione di estinzione del reato dopo la condanna⁴⁰ ovvero di revoca della sentenza (*abolitio criminis* e dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice ex art. 673 c.p.p.).

Dal punto di vista oggettivo, pare opportuno limitare il novero dei reati – non ancora accertati con un provvedimento definitivo – che possono comportare l'esclusione dell'operatore, ancorandoli ad un criterio di attinenza al settore della contrattualistica pubblica e all'esercizio dell'attività professionale⁴¹.

A titolo esemplificativo, può venire in rilievo un provvedimento di rinvio a giudizio in ordine ai reati di cui agli artt. 348, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., nonché

³⁴ L'art. 57, § 1, Direttiva 2014/24/UE dispone che «*L'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo*».

³⁵ Cons. di Stato, Ad. Plen., n. 24/2013; Cons. di Stato, Sez. V, n. 702/2019. «*Verificare il possesso dei requisiti di moralità in capo al socio di maggioranza in grado di condizionare le decisioni della società significa, quindi, verificare detto possesso in capo all'operatore economico concorrente*».

³⁶ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n. 1092/2018.

³⁷ In senso conforme, Linee guida ANAC, n. 6/2016, § 3.1. In senso contrario, TADDEO G., *I motivi di esclusione di cui all'art. 80 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016 si riferiscono esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore, non ai soggetti di cui al co. 3*, in www.italiappalti.it, 1° febbraio 2019. Sull'inapplicabilità dell'art. 80, comma 3, alle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, dato il tenore letterale della norma («*L'esclusione di cui ai commi 1 e 2*»), si veda T.R.G.A. Bolzano, n. 14/2019.

³⁸ CGUE, Sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178/16, § 54, ritiene ragionevole il termine di un anno previsto dalla normativa italiana sotto il profilo della proporzionalità, anche in considerazione della possibilità per l'impresa di dimostrare la sua dissociazione dalla condotta penalmente rilevante.

³⁹ Sulla genericità dei criteri in base ai quali la stazione appaltante valuta la completezza e l'effettività della dissociazione dell'impresa dalla condotta sanzionata si veda il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE del Cons. di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 1160/2016.

⁴⁰ L'orientamento prevalente ritiene che fino all'intervento di un provvedimento giurisdizionale che dichiara il reato estinto, l'operatore economico non è esonerato dal dichiarare la condanna nella domanda di partecipazione alla gara. Cons. di Stato, Sez. V, n. 1527/2019; Cons. di Stato, Sez. III, n. 4118/2016; *idem*, Sez. V, n. 3105/2015; *idem* Sez. V., n. 3092/2014; *idem*, Sez. V, n. 4528/2014.

⁴¹ Cons. di Stato, Sez. V, n. 5704/2017, che ritiene non riconducibili al previgente art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 «*condotte criminose che non hanno nulla a che vedere con l'esecuzione di contratti pubblici*». Cons. di Stato, Sez. V, n. 4973/2017.

ai reati fallimentari, tributari, urbanistici e ai reati presupposto di cui al d.lgs. n. 231/2001⁴².

Del pari, l'adozione di un'ordinanza cautelare⁴³ nei confronti dell'amministratore della società partecipante alla gara 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*»⁴⁴.

Ove, al contrario, i fatti di reato⁴⁵ provvisoriamente ascritti all'operatore economico non influiscano sulla sua integrità professionale, l'obbligo di motivazione circa l'ammissione alla gara dovrà comunque essere adempiuto da parte della stazione appaltante⁴⁶, seppur in maniera meno stringente rispetto all'ipotesi in cui viene in rilievo un fatto di reato attinente all'esercizio dell'attività professionale⁴⁷.

Solo attraverso una corretta perimetrazione dell'ambito oggettivo della valutazione discrezionale della stazione appaltante (provvedimenti non definitivi di condanna per reati inerenti alla contrattualistica pubblica o comunque commessi nell'esercizio dell'attività professionale) è possibile controbilanciare l'estensione soggettiva della verifica a tutti i soggetti che gravitano intorno al processo decisionale dell'impresa concorrente o subappaltatrice.

5. L'illecito *antitrust* e il modello di compliance *antitrust* tra le misure di *self-cleaning*

Tra i gravi illeciti professionali le Linee Guida ANAC, n. 6/2016⁴⁸ - aggiornate con delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017⁴⁹ e adottate in conformità all'art. 80, comma

⁴² Linee guida ANAC, n. 6/2016, § 2.2.

⁴³ A. PIETROSANTI, *Gravi illeciti professionali e ordinanza cautelare per il reato di istigazione alla corruzione*, in www.lamministrativista.it, 1° marzo 2019.

⁴⁴ T.A.R. Toscana, Firenze, n. 53/2019; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, n. 4271/2018; Cons. di Stato, Sez. V, n. 1367/2019; Cons. di Stato, Sez. III, n. 4192/2017; Cons. di Stato, Sez. IV, n. 3070/2016; Cons. di Stato, Sez. VI, n. 620/2013.

⁴⁵ Sulla centralità dei fatti materiali di reato, più che della sentenza penale di condanna, ai fini della valutazione da parte della stazione appaltante si veda M. PANI – C. SANNA, *Reati incidenti sull'attività professionale e necessità di rigorosa motivazione*, in *Urb. app.*, n. 4/2017, p. 486.

⁴⁶ M. PANI – C. SANNA, *Reati incidenti sull'attività professionale e necessità di rigorosa motivazione*, cit. Cons. di Stato, Sez. V, n. 1141/2017.

⁴⁷ Cons. di Stato, Sez. V, n. 5499/2018; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, n. 1114/2018; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, n. 363/2017; T.A.R. Puglia, Bari, n. 216/2017; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 953/2015. «*Ad ogni modo, laddove l'Amministrazione non ritenga il precedente penale grave ovvero incisivo della moralità professionale del concorrente, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale*».

⁴⁸ Sul carattere non vincolante delle Linee guida Cons. di Stato, Commissione speciale, pareri del 3 novembre 2016, n. 2286 e del 25 settembre 2017, n. 2042; R. DE NICTOLIS, cit., § 7.7; S. FOÀ – M. CALDERARO, cit., in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2018, p. 1686; C. CONTESSA, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"*, in *Urb. app.*, n. 5/2018, p. 667. *Contra*, A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee Guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 2017, p. 770 ss.

⁴⁹ Attualmente oggetto di revisione e sottoposte al parere del Consiglio di Stato.

13, d.lgs. n. 50/2016 - includono i provvedimenti esecutivi di condanna emessi dalla stessa Autorità per pratiche commerciali scorrette o per illeciti *antitrust* gravi, limitatamente a quelli «*aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*»⁵⁰.

Secondo le medesime Linee guida, acquisterebbero altresì rilevanza gli accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza, «*oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati*»⁵¹, nonché accertati con provvedimento esecutivo e tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente o la sua affidabilità.

Sul punto, però, va segnalato che la giurisprudenza amministrativa prevalente⁵² (Cons. di Stato, V, n. 5704/2017 in riforma della sentenza T.A.R. Piemonte, n. 428/2017 espressiva di un orientamento minoritario) non condivide l'inclusione degli illeciti *antitrust* nell'ambito dei gravi illeciti professionali, alla luce della mancata riproduzione nella disciplina italiana della previsione di cui all'art. 57, § 4, della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui fa riferimento alla facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione del concorrente dalla gara «*se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza*»⁵³.

Si tratta di un orientamento radicato, secondo cui il grave illecito professionale sembra segnare una soluzione di continuità rispetto all'«*errore grave nell'esercizio dell'attività professionale*»⁵⁴, con conseguente esclusione della possibilità di ricondurvi l'illecito *antitrust*⁵⁵ e di integrare così un'ipotesi di esclusione⁵⁶.

Tale mancata trasposizione sarebbe frutto di una precisa scelta da parte del legislatore che tiene conto dell'esigenza di temperare la limitazione della concorrenza futura e l'illecito concorrenziale passato e non consente interpretazioni estensive o analogiche, in contrasto con il principio del *favor participationis*⁵⁷.

⁵⁰ Linee Guida ANAC n. 6/2016, § 2.2.3.1.

⁵¹ Linee Guida ANAC n. 6/2016, § 2.1.2.2, p. 6.

⁵² Cons. di Stato, Sez. III, n. 857/2018; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, n. 18/2018, confermata da Cons. di Stato, Sez. V, n. 5499/2018, secondo cui «*la predetta sanzione antitrust non è ancora definitivamente accertata, che la stessa è stata commessa nel periodo di vigenza dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006 (non riguardando quindi le eventuali nuove ipotesi di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50-2016, ammesso che in esse siano ricomprese le sanzioni antitrust che non sono state esplicitamente richiamate, a differenza di quanto dispone la Direttiva n. 24-2014), e che l'illecito antitrust di cui si tratta riguarda un diverso mercato rispetto a quello oggetto dell'appalto, si deve ricordare che la motivazione di ammissione alla gara dell'impresa può anche esser sintetica o risolversi nell'ammissione stessa, mentre la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni*».

⁵³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, n. 2084/2017. Si veda anche il *considerando* n. 101 della direttiva 24/2014/UE nella parte in cui fa riferimento alla possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, ad esempio a causa di gravi violazioni dei doveri professionali, «*come le violazioni di norme in materia di concorrenza e di diritti di proprietà intellettuale*». Sulla portata regolatoria e integratrice dei *considerando* si veda M. P. CHITI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016, p. 438. Sul carattere non vincolante dei *considerando*, CGUE, 19 novembre 1998, C-162/97.

⁵⁴ Si veda la precedente formulazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006.

⁵⁵ L. PISCITELLI, L'art. 80, 5° comma, lett. c) e la rilevanza ostensiva degli illeciti Antitrust, in *L'amministrativista.it*

⁵⁶ Cons. di Stato, Sez. V, n. 3505/2017; Cons. di Stato, Sez. IV, n. 813/2016.

⁵⁷ T.A.R. Campania, Sez. I, Salerno, n. 10/2017.

Per taluna dottrina, invece, si tratterebbe di un'occasione persa dal legislatore italiano cui si potrebbe porre rimedio attraverso la diretta applicazione della direttiva 2014/24/UE, che sarebbe dotata di carattere *self-executing*⁵⁸. Non può infatti trascurarsi che potrebbero venire in rilievo fatti connotati da una certa gravità⁵⁹, contrari alla disciplina europea e nazionale e volti alla ripartizione del mercato o alla spartizione dei lotti di aggiudicazione⁶⁰, alla presentazione di offerte di copertura finalizzate a orientare l'aggiudicazione a favore di un operatore economico determinato (*cover pricing*) ovvero all'astensione concertata dalla gara (*bid suppression*)⁶¹.

La genericità del dato normativo non pare ostare all'inclusione degli illeciti *antitrust* tra i motivi di esclusione "discrezionali" di cui all'art. 80, comma V⁶², previa valutazione della gravità e dell'attinenza al mercato oggetto del contratto da affidare dell'illecito accertato con provvedimento esecutivo.

Peraltro, l'ordinamento fornisce una misura ripristinatoria *ad hoc* all'operatore economico ritenuto responsabile di un illecito *antitrust*, che se adottata ed efficacemente attuata consente di evitare l'esclusione dalla gara. Infatti, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica di valutazione dei gravi illeciti professionali, la stazione appaltante tiene altresì conto delle eventuali misure di *self-cleaning*⁶³ adottate dall'operatore economico, che è ammesso, tra l'altro, a provare di «aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire» ulteriori illeciti (art. 80, comma 7, d.lgs. n. 50/2016).

Tra questi, oltre al modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/2001, assume particolare e attuale rilievo il programma di *compliance antitrust* di cui alle Linee Guida adottate dall'ANAC in data 25 settembre 2018⁶⁴.

L'adozione e l'efficace attuazione di tale programma pone un ulteriore limite al potere discrezionale della stazione appaltante (cfr. § 6) di valutare determinati inadempimenti professionali quali cause di esclusione dalla gara⁶⁵, consentendo all'impresa non solo di beneficiare di un trattamento premiale nell'eventuale procedimento instaurato nei suoi confronti da parte dell'Autorità, ma anche di evitare l'esclusione dalla gara.

Si precisa che secondo l'orientamento prevalente, le misure riparatorie e ripristinatorie esplicano i loro effetti positivi solo *pro futuro*⁶⁶, non potendo operare retroattivamente con efficacia sanante in relazione alla procedura ad evidenza pubblica

⁵⁸ *Contra* T.A.R. Puglia, Lecce, n. 1935/2016. Con riferimento all'art. 63 della direttiva e al carattere non *self-executing* della stessa si vedano T.A.R. Puglia, Lecce, n. 120/2019; Cons. di Stato, Sez. IV, n. 1717/2016.

⁵⁹ G. MANGIALARDI, *Sulle intese restrittive della concorrenza nelle gare pubbliche*, in *Urb. app.*, n. 4/2017, p. 501 ss.

⁶⁰ Cons. di Stato, Sez. n. 1038/2017; T.A.R. Lazio, n. 10303/2016.

⁶¹ M. DI DONNA, *I cartelli antitrust e l'esclusione dalla gara d'appalto al debutto del nuovo Codice*, in *Urb. app.*, n. 4/2017, p. 561.

⁶² L. PRIMICERIO, *Errore nell'esercizio dell'attività professionale: l'illecito sanzionato dall'AGCM deve essere adeguatamente ponderato*, in www.quotidianogiuridico.it, 11 agosto 2017. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ordinanze nn. 3574 e 3575/2017.

⁶³ L. MAZZEO - L. DE PAULI, *Le Linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, n. 2/2018, p. 162-163. Per talune ipotesi esemplificative di misure di *self-cleaning*, cfr. Linee guida ANAC, n. 6/2016, § 6.

⁶⁴ Si veda la Relazione illustrativa ANAC alle "Linee guida sulla compliance antitrust", p. 6.

⁶⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ordinanze n. 3574 e 3575/2017.

⁶⁶ Cons. di Stato, Sez. V, n. 598/2019; *idem*, n. 591/2019; Cons. di Stato, Sez. V., n. 5424/2018.

in cui sia già stata disposta l'esclusione⁶⁷. Ne deriverebbe, altrimenti, un'alterazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Dunque, al fine di paralizzare l'esclusione, il termine ultimo per l'adozione del modello di compliance *antitrust* è costituito dalla scadenza di presentazione delle offerte⁶⁸.

Se nel contraddittorio⁶⁹ con la stazione appaltante l'operatore economico dimostra l'adozione e l'efficace attuazione del programma, il principio di *self-cleaning*⁷⁰ consente di ricostruire il legame fiduciario con la stazione appaltante, ripristinando l'integrità professionale e ricongiungendo il «*punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*»⁷¹.

6. Limiti al potere discrezionale della stazione appaltante

Come si è detto, la giurisprudenza ha fornito una nozione ampia di grave illecito professionale, includendovi la violazione delle regole di deontologia proprie della categoria professionale cui l'operatore economico appartiene, nonché qualunque condotta da questi commessa integrante un illecito civile, penale o amministrativo o comunque incidente sulla sua integrità professionale.

Tuttavia, non si può prescindere dall'individuazione di taluni limiti, tenendo conto della formulazione e della *ratio* della norma, nonché del principio del *favor participationis*, criterio guida non solo del legislatore, ma anche dell'interprete, e del principio di tassatività delle cause di esclusione, che rischia di essere violato ove dilatazioni eccessive del dato letterale prestino il fianco all'introduzione di cause di esclusione implicite.

Ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti, a pena di nullità, non possono introdurre nei bandi di gara e nelle lettere di invito cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle risultanti dalla normativa vigente.

I principali limiti posti a fondamento del potere discrezionale della stazione appaltante sono costituiti da: a) la gravità dell'illecito professionale; b) la sussistenza di un nesso eziologico tra la condotta illecita e la compromissione (attuale) dell'integrità e dell'affidabilità del concorrente; c) l'adozione di misure di *self-cleaning*⁷².

⁶⁷ L'art. 57, par. 6, direttiva 24/2014/UE, prevede che «*Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione*». Se, invece, sono «*sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione*», l'operatore economico non è escluso.

⁶⁸ Linee guida ANAC, n. 6/2016, § 6.2.

⁶⁹ Come è noto, nelle procedure ad evidenza pubblica il legislatore ha ormai eliminato ogni riferimento a meccanismi automatici di esclusione, anche sulla scorta del diritto UE. Ne è un esempio evidente la modifica intervenuta in tema di offerte anormalmente basse. G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 452.

⁷⁰ L. TORCHIA, *La nuova direttiva in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 291 ss.

⁷¹ Cass. civile, Sez. Un., n. 2312/2012.

⁷² Si veda il par. 5 di questo articolo con riferimento al modello di *compliance antitrust*.

In primo luogo, il legislatore richiede che l'illecito professionale debba essere connotato da gravità⁷³ e debba essere tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.

Questo è il fulcro intorno al quale ruota la valutazione discrezionale della stazione appaltante, il cui legame fiduciario con l'impresa concorrente il legislatore mira a garantire.

La gravità va valutata secondo criteri oggettivi⁷⁴, mentre l'incidenza negativa sulla moralità professionale e sulla capacità tecnica del concorrente⁷⁵ presenta profili di carattere soggettivo che riguardano il rapporto tra l'impresa partecipante alla gara e la stazione appaltante.

In linea di principio, la valutazione di gravità dovrebbe essere attuale, specifica e ritagliata su quell'operatore economico, nelle condizioni in cui si trova al momento della partecipazione alla gara e tenendo conto della compagine societaria che lo rappresenta.

Non basta rilevare la presenza di un illecito professionale, ma occorre considerare le circostanze del caso concreto, la tipologia di illecito, la specie e la misura della sanzione irrogata, il tempo trascorso e le misure riparatorie adottate, le eventuali reiterazioni o recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto⁷⁶.

Se l'operatore economico, a fini dell'esclusione, deve essersi "*reso colpevole*" di un grave illecito professionale, ciò postula non solo che sia già intervenuto un accertamento circa la commissione di un illecito professionale che abbia i connotati della gravità, ma anche che lo stesso sia soggettivamente riferibile e quindi imputabile all'operatore economico partecipante alla gara.

Il dato letterale della disposizione pare imporre un'indagine retrospettiva, che consenta non solo di ricondurre la condotta illecita grave all'operatore economico, ma anche di rinvenire «*un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua. Pertanto, qualsiasi esecuzione non corretta, imprecisa o carente di un contratto o di una parte dello stesso può eventualmente dimostrare una competenza professionale limitata dell'operatore economico in questione, ma non equivale automaticamente a un errore grave*» (CGUE, III, 13 dicembre 2012, C-465/11, par. 30, che esclude ogni automatismo nella valutazione di gravità del comportamento dell'operatore economico).

A tal proposito, merita accoglimento l'esclusione dal raggio applicativo dell'illecito professionale grave dei comportamenti non strettamente attinenti all'esercizio dell'attività professionale⁷⁷ e che siano privi del carattere dell'attualità (Cons. di Stato, V, n. 597/2019, § 5.2, che non ricomprende nel novero dei gravi illeciti professionali una precedente esclusione per irregolarità fiscale e dichiara espressamente

⁷³ M. DI DONNA, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie definitive*, in *Urb. app.*, n. 4/2018, p. 545. «È in particolare, dunque, in requisito della "gravità" a (dover) essere appurato con riferimento all'idoneità causale del fatto sul corretto svolgimento della prestazione e, quindi, sulla protezione dell'interesse della stazione appaltante a negoziare efficacemente con l'operatore economico».

⁷⁴ CGUE, Sez. III, 13 dicembre 2012, C-465/11.

⁷⁵ Linee guida ANAC, n. 6, 2016, § 2.1.

⁷⁶ Cons. di Stato, Sez. VI, n. 1/2017; T.A.R. Lazio, Roma, ordinanze nn. 3574 e 3575/2017.

⁷⁷ Cons. di Stato, V, n. 7262/18, § 3. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha ritenuto non integrante un illecito professionale l'elaborazione in parte copiata di un'offerta presentata in sede di gara.

di superare il pregresso orientamento circa l'obbligo di dichiarazione onnicomprensiva di qualunque circostanza suscettibile di incidere sul corretto svolgimento della gara).

Occorre tener conto, infatti, che le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione alla gara possono aver ad oggetto, da un lato, fatti pregressi e datati, che la stazione appaltante dovrà filtrare onde attribuire rilevanza solo a quelli che continuano a dispiegare effetti negativi sull'affidabilità del concorrente, con esclusione dei fatti privi del carattere dell'attualità⁷⁸; dall'altro fatti non ancora accertati, che non abbiano ancora prodotto (e non è detto che produrranno) gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori previsti dal medesimo articolo 80, ma che comunque possono rientrare nella valutazione della stazione appaltante ed essere posti a fondamento dell'esclusione dalla gara⁷⁹. In tal caso, però, l'onere della prova e l'obbligo di motivazione in capo alla Pubblica Amministrazione saranno ancora più stringenti e rigorosi.

Nello stesso senso, parrebbe opportuno tracciare una linea di confine netta tra le condotte illecite rilevanti ai fini dell'art. 80, comma 1, in termini di requisiti morali, e l'inesatta o incompleta esecuzione degli obblighi professionali suscettibili di integrare un mero illecito professionale, che se non connotato dai caratteri della gravità, non può determinare l'esclusione dalla gara⁸⁰.

Inoltre, ai fini di una corretta delimitazione dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), non può prescindersi dall'individuazione dello scopo e della *ratio* della norma.

Il legislatore vuole consentire alla stazione appaltante di valutare globalmente l'affidabilità dell'impresa concorrente, su cui gravano ampi obblighi dichiarativi onde rendere possibile tale valutazione, che, se negativa o comunque alterata, può legittimare la stazione appaltante ad escludere l'impresa dalla gara, a causa della rottura del legame fiduciario con la Pubblica amministrazione. Peraltro, da tale *ratio* di garanzia dell'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica amministrazione sin dal momento genetico deriverebbe che l'esclusione dell'operatore economico non ha alcun carattere sanzionatorio⁸¹.

Ne dovrebbe discendere che la mera omissione di talune informazioni da parte dell'impresa non può essere di per sé posta a fondamento della sua esclusione, in assenza di una positiva valutazione (opportunitamente motivata) di gravità di tale omissione e di idoneità della stessa ad incidere sull'integrità professionale del concorrente.

Non tutte le lacune configurano automaticamente gravi illeciti professionali, si pensi ad esempio, alla mancata dichiarazione circa una pregressa esclusione disposta per la mancanza di un requisito *medio tempore* acquisito. Diversamente opinando, si realizzerebbe un'indefinita protrazione di efficacia "a strascico" delle precedenti

⁷⁸ Cons. di Stato, Sez. V, n. 597/2019, § 5.1; *idem*, n. 5365/2018; *idem*, n. 4594/2018.

⁷⁹ S. FOÀ – M. CALDERARO, *I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco esemplificativo*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2018, p. 1684. Cons. di Stato, Sez. V, 1299/2018; T.A.R. Lazio, Roma, n. 11172/2018.

⁸⁰ Cons. Stato, V, n. 6465/18, §10.1.

⁸¹ Cons. di Stato, Sez. V, n. 3493/2017; T.A.R., Lazio, Sez. II, n. 1078/2019, § 8.3; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, n. 1110/2016. In questo senso, M. DI DONNA, *Gravi illeciti professionali, morosità del concorrente e garanzie definitive*, in *Urb. app.*, n. 4/2018, p. 545.

violazioni⁸², introducendo un onere di dichiarazione di pregresse esclusioni che il legislatore non ha previsto⁸³ e aggravando inutilmente la procedura di gara⁸⁴.

7. La sentenza del Consiglio di Stato n. 196/2019

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, n. 196/2019, pubblicata il 9 gennaio 2019, che ha adottato un approccio sostanziale volto, da un lato, a valorizzare il potere discrezionale della stazione appaltante, e, dall'altro, ad attuare il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

In particolare, la stazione appaltante può legittimamente ritenere inidonea ad elidere l'affidabilità e/o l'integrità dell'offerente l'omessa indicazione di fatti pregressi suscettibili di integrare illeciti professionali, di cui la stessa sia venuta a conoscenza anche per fatto del terzo.

Nel caso di specie, la società classificatasi seconda in graduatoria informava la stazione appaltante dell'esistenza di provvedimenti di esclusione disposti in precedenti gare nei confronti della società aggiudicataria.

Il Supremo Collegio conferma la sentenza di primo grado⁸⁵, ritenendo corretta la decisione della stazione appaltante (adeguatamente motivata) di non disporre l'esclusione dell'operatore economico nell'ipotesi in cui la stessa – tempestivamente e in ogni caso prima dell'aggiudicazione - venga comunque a conoscenza di illeciti professionali pregressi posti in essere dall'impresa concorrente.

Peraltro, la valutazione della stazione appaltante in termini di non gravità e inidoneità di determinati comportamenti ad incidere sul vincolo fiduciario con l'impresa concorrente non può essere invalidata dal giudice amministrativo se non in caso di manifesta irragionevolezza o illogicità dell'esame compiuto⁸⁶, di erronea rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio o di abnormità dello stesso⁸⁷, ipotesi non riscontrate nel caso di specie.

Tale approccio sostanzialistico consente di affermare non solo che non ogni inadempimento costituisce un illecito professionale grave, tale da mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, ma anche che dichiarazioni reticenti e omissioni – inerenti a fatti non gravi e non più attuali - possono non dar luogo ad esclusione se non risulta sostanzialmente alterato il processo decisionale della stazione appaltante.

Con un maggior sforzo interpretativo, alla luce dei principi generali del procedimento amministrativo e assumendo come punto di partenza l'orientamento del Supremo Collegio appena esposto, potrebbe ritenersi che l'eventuale aggiudicazione a favore di un'impresa che risulti solo successivamente "colpevole" di illeciti

⁸² Cons. di Stato, Sez. V, n. 597/2019.

⁸³ T.A.R. Campania, Sez. VI, n. 3265/2018.

⁸⁴ A. NICODEMO, cit., in *Urb. app.*, 1/2019, pp. 117 e 118.

⁸⁵ Per un approfondimento sulla sentenza del T.A.R. Campania, Sez. VIII, n. 3265/2018, cfr. C. CONTESSA, *Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali"*, in *Urb. app.*, n. 5/2018, p. 666.

⁸⁶ Cons. di Stato, V, n. 72/2019; T.A.R. Campania, Napoli, n. 713/2019; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, n. 911/2015.

⁸⁷ Cons. di Stato, Sez. V, n. 196/2019.

professionali⁸⁸, non possa essere invalidata⁸⁹ qualora si dimostri che la stazione appaltante non avrebbe comunque disposto l'esclusione ove fosse stata tempestivamente informata di tali inadempimenti.

Depongono in tal senso il principio di massima partecipazione alle gare d'appalto, il principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché il principio di conservazione degli atti amministrativi, di proporzionalità e di affidamento.

Il dibattito, tuttavia, è ancora aperto e si auspica, più che un intervento del Legislatore, una pronuncia del Supremo Collegio nella sua composizione più autorevole.

⁸⁸ Cons. di Stato, Sez. V, n. 1567/2015. Secondo tale pronuncia, non sussiste un obbligo dichiarativo in relazione ai procedimenti *in itinere* al momento della presentazione della domanda. La sanzione eventualmente irrogata all'esito degli stesso costituisce un "*fatto sopravvenuto*" rispetto alla gara ultimata.

⁸⁹ R. MONTIXI, *La falsa o omessa dichiarazione resa da un'impresa in sede di partecipazione ad una gara non determina l'insorgenza in capo all'Amministrazione dell'obbligo di annullare in autotutela l'aggiudicazione eventualmente disposta*, in www.italiappalti.it, 6 febbraio 2019. T.A.R. Sardegna, Sez. I, n. 21/2019.