Numero 02616/2018 e data 13/11/2018 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 23 ottobre 2018

NUMERO AFFARE 01725/2018

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

Linee guida n. 6 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016";

LA COMMISSIONE SPECIALE del 23 ottobre 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n.80296 in data 28/09/2018 con la quale l'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto n. 136 del 28 settembre 2018 con il quale il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito l'affare ad un'apposita Commissione speciale, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. c), della delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa

del 18 gennaio 2013, considerato che il quesito costituisce un aggiornamento del documento già sottoposto al parere di una Commissione speciale, costituita con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 139 in data n ottobre 2016 e che permangono le esigenze di convocare una Commissione speciale dettate dalla eccezionale generalità e rilevanza della materia trattata;
Esaminati gli atti e uditi i relatori Hadrian Simonetti, Paolo Carpentieri;

Premesso e considerato:
1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito "ANAC") ha chiesto, con nota prot. n. 80296 del 28 settembre 2018, il parere del Consiglio di Stato sull'aggiornamento al documento denominato «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». Il documento reca talune modificazioni alle vigenti linee guida approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e già una prima volta aggiornate, alla luce del decreto legislativo correttivo e integrativo del codice dei contratti pubblici n. 56 del 19 aprile 2017, con successiva deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017 (sulle quali delibere questo Consiglio si è espresso con pareri, rispettivamente, n. 02286/16 del 3 novembre 2016 e n. 01503/17 del 25 settembre 2017, resi da apposite Commissioni speciali).
2. Riferisce l'ANAC che il documento qui all'esame costituisce il frutto di un apposito approfondimento istruttorio, che ha visto il

coinvolgimento di soggetti a vario titolo portatori di interessi nella materia (ANCE, Legacoop, ANIP, Consorzio Coarco, AGCM, Consip), volto a individuare i temi maggiormente critici dopo il primo periodo di applicazione delle linee guida in argomento, durante il quale sono emerse alcune criticità, come dimostrato dalle numerose segnalazioni pervenute all'Autorità, nonché dal notevole contenzioso sviluppatosi sull'applicazione della norma, con ben due richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea.

3. È utile riportare qui di seguito, per una più agevole disamina dei temi, il testo normativo della cui interpretazione e applicazione si tratta, nonché la disposizione recante la base giuridica delle Linee guida del cui aggiornamento ci si deve occupare:

3.1. D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), articolo 80, comma 5, lettera c): «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: . . . c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di

influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, articolo 80, comma 13: «Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un procedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)».

Né il comma 5, né il comma 13 risultano peraltro interessati dalle modifiche recate dal decreto correttivo n. 56 del 2017.

4. L'ANAC, più nel dettaglio, ha enucleato i seguenti temi "critici": 1) tassatività delle fattispecie ostative e criticità della clausola di chiusura contenuta nelle Linee guida con il riferimento a "tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente"; 2); definitività degli accertamenti; 3) revisione dei reati per i quali il paragrafo 2.2. delle Linee guida prevede la rilevanza della condanna non definitiva; 4) riferibilità dei comportamenti non solo alle persone giuridiche, ma anche alle persone fisiche che ricoprono gli organi societari o i ruoli aziendali; 5) possibile irrilevanza dei comportamenti scorretti "minori" e dei meri ritardi nell'esecuzione del contratto (irrilevanza delle penali non superiori all'1% dell'importo del contratto disposte unilateralmente dall'amministrazione); 6) trattamento, riguardo all'appaltatore, dei gravi illeciti professionali dei subappaltatori; 7) decorrenza e durata del periodo di così detta "interdizione"; 8) rilevanza ostativa agli

illeciti antitrust; 9) rilevanza delle "pratiche commerciali scorrette"; 10) possibili effetti di esclusione "a cascata" derivanti dall'annotazione nel casellario delle imprese dell'esclusione dalla gara per gravi illeciti ancora contestati e sub judice.

5. Per sintesi e semplicità espositiva conviene seguire, qui di seguito, lo stesso ordine di esposizione contenuto nella relazione illustrativa allegata alla richiesta di parere, così da evidenziare attorno a ciascuna area tematica l'avviso di questo Consiglio.

6. Le soluzioni proposte dall'ANAC sono giudicate in parte condivisibili dalla Commissione speciale, con le considerazioni e le precisazioni che si esporranno nella seguente trattazione dei singoli punti, e fatta salva la necessità, invece, di approfondire la tematica riguardante più propriamente i mezzi di prova, nei termini che saranno in seguito chiariti.

7. Tassatività delle fattispecie ostative.

7.1. In tema si prende atto che la soluzione proposta dall'ANAC conferma le indicazioni fornite nelle linee guida vigenti, specificando, se del caso, il rapporto che intercorre, nell'ambito dell'art. 80, tra fattispecie generale e fattispecie tipizzanti. Come emerge dall'ampia rassegna, contenuta nella relazione illustrativa, della più recente giurisprudenza amministrativa formatasi nella materia, resta ineliminabile – e opportuno, per quanto si dirà – un margine significativo di discrezionalità ovvero di apprezzamento della stazione appaltante nel valutare in concreto, con riguardo alla singola fattispecie trattata, i comportamenti idonei a costituire gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, non essendo possibile, pena un eccessivo irrigidimento del sistema con potenziale vanificazione delle finalità della norma, vincolare

l'amministrazione a un elenco tassativo e automatico di casi di esclusione. In tal senso, del resto, questo Consiglio si è già espresso nel primo dei due pareri resi nella materia (parere n. 02286/16 del 3 novembre 2016 dell'apposita Commissione speciale, paragrafi 3, 4 e 5), nonché nel parere originario (Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855) sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici (riguardo al comma 13 dell'art. 80).

La Commissione è ben consapevole della forte esigenza, sentita dagli operatori economici e dalle amministrazioni aggiudicatrici ed emersa chiaramente nell'istruttoria svolta dall'ANAC, di evitare le incertezze insite nel (difficile) esercizio della discrezionalità, così come della preferenza manifestata dagli operatori per l'atto interamente vincolato, meno responsabilizzante per chi lo adotta. E tuttavia, come già bene chiarito da questo Consiglio anche nel secondo parere della Commissione speciale reso sulle Linee guida in esame (parere n. 01503/17 del 25 settembre 2017, par. 5), è chiara e inequivoca – e logica e forse inevitabile – la scelta del legislatore, prima di tutto e al massimo grado di quello eurounitario, di optare per una tecnica normativa imperniata sull'uso di termini generici introduttivi di concetti giuridici indeterminati, che rimandano naturalmente al completamento del precetto in sede applicativa mediante integrazione del fatto facendo ricorso a nozioni e valutazioni anche extragiuridiche (paradigmatico è l'art. 57 par. 4 lett. c) della direttiva UE 24/2014, secondo un approccio che, peraltro, a suo tempo era stato già seguito, in Italia dalla normativa contabilistica degli anni '20 del secolo scorso ed il cui successivo abbandono non sembra avere dato risultati appaganti). Ciò sul rilievo che la casistica degli illeciti è molto vasta, oltre che mutevole, e che l'apprezzamento del fatto in

questa materia ha un peso preponderante, il che rende impossibile ovvero illusorio e controproducente prevedere ex ante ogni singola ipotesi; da qui la necessità di far uso, come del resto avviene nel diritto privato dei contratti e della responsabilità civile, di clausole generali, confidando che l'interprete ne faccia un buon governo.

La soluzione proposta, dunque, sembra raggiungere un buon punto intermedio di equilibrio tra le opposte esigenze – da un lato - di certezza del diritto, prevedibilità della decisione e di semplificazione operativa, nonché di garanzia delle imprese appaltatrici, che non devono essere penalizzate per il mero esercizio del diritto costituzionalmente tutelato di difesa in giudizio dei propri diritti e interessi, e – dall'altro lato – di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, tanto più in un ambito nel quale è volta alla scelta del miglior contraente, alla quale è, sì, precluso l'agire "strategico-egoistico" del privato, essendo vincolata ex art. 97 Cost. a un agire "altruistico" orientato all'intesa, ma non può impedirsi del tutto di fare ciò che farebbe qualunque soggetto giuridico usando del buon senso e della diligenza comune del buon padre di famiglia, ossia di non voler contrattare con chi, commettendo un grave errore professionale, abbia in precedenza non adempiuto correttamente la sua prestazione e dato luogo a problemi (seri) e contenziosi. Se è vero, dunque, per un verso, che non può consentirsi all'amministrazione di escludere automaticamente l'impresa dalla partecipazione alla gara per il solo fatto dell'inadempimento di un precedente contratto o della sussistenza di un contenzioso qualsiasi, è altresì vero, per altro verso, che non può escludersi ex ante che altri comportamenti gravemente scorretti, ma non tipizzabili a priori in una casistica rigida e tassativa, debbano e possano, con adeguata

istruttoria e motivazione, esser presi in considerazione e giustificare il diniego di partecipazione e di contrattazione, poiché, altrimenti opinando, si rischierebbe di imporre all'amministrazione di contattare con soggetti con i quali oggettivamente è venuto a mancare quel minimo legame fiduciario che costituisce il cuore di ogni contratto e rapporto giuridico, non solo tra privati, ma anche riguardo alla pubblica amministrazione.

7.2. Riguardo alla condivisibile esigenza, rappresentata dall'ANAC nella relazione illustrativa, di specificare il rapporto che intercorre, nell'ambito dell'art. 80, tra fattispecie generale e fattispecie tipizzanti, si prospetta e si affida alla valutazione anche di opportunità di codesta Autorità la possibilità di una generale riformulazione dell'incipit del capitolo II delle linee guida, anteponendo all'elencazione delle tre classi tipologiche rientranti nel genus "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", la seguente proposizione introduttiva (da collocare eventualmente alla fine del punto 2.1 e prima del punto 2.2): «Possono costituire grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico, in via esemplificativa e non esaustiva, le seguenti tipologie di atti e di condotte, come specificate nei seguenti paragrafi: 1) Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (par. 2.2.1); 2) Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara (par. 2.2.2); 3) Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico (par. 2.2.3)». A questo punto, nel primo rigo del par. 2.2, sarebbe opportuno sostituire le parole "In particolare" con la parola "inoltre" (Rilevano, inoltre, . . .), salvo che, per simmetria e coerenza

espositiva, non si vogliano raggruppare "le condanne non definitive per i reati di cui all'art. 80, comma 1, nonché quelle per i seguenti reati" – cui si riferisce il predetto par. 2.2 – in una quarta, apposita classe tipologica cui dedicare un proprio paragrafo.

Si è in tal modo fornita una risposta adeguata anche al terzo profilo problematico emerso nell'istruttoria condotta da codesta Autorità, sopra sintetizzato al n. 3) del par. 4 con la formula «3) revisione dei reati per i quali il paragrafo 2.2, delle Linee guida prevede la rilevanza della condanna non definitiva».

7.3. A questo punto, una volta inserito, nel paragrafo 2.2 il richiamo alle condanne non definitive per i reati di cui all'art. 80, comma 1, sembra superfluo e ripetitivo quanto contenuto nell'ultimo periodo posto a chiusura del capitolo II («Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice»), atteso che la condanna non definitiva per i reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p. è già compresa nel comma 1 dell'art. 80, richiamato nel par. 2.2.

8. "Definitività" dell'accertamento del grave illecito professionale.

8.1. Nel paragrafo 2 del capitolo 4 della relazione illustrativa l'ANAC, facendo sintesi delle istanze provenienti dai soggetti coinvolti nell'istruttoria e tenendo conto degli orientamenti della giurisprudenza, afferma che "con riferimento alla problematica della definitività dell'accertamento del grave illecito professionale . . . la sua concreta rilevanza sia da valutare, caso per caso, ad opera della

stazione appaltante sulla base delle circostanze e della situazione di fatto", poiché "L'obiettivo cui tendere è l'equo contemperamento tra il principio della certezza del diritto e la garanzia di affidabilità del concorrente". Le esigenze sottese alla richiesta, da più parti avanzata, di riservare la rilevanza potenzialmente escludente ai soli accertamenti "definitivi" del grave illecito professionale, sono chiare. La difficoltà della trattazione di questo aspetto persistono e derivano dalla cattiva redazione del testo della norma primaria di recepimento – che meglio avrebbe fatto a recepire più fedelmente, ovvero semplicemente traducendolo, l'art. 57 della direttiva 24/2014 - e dalla oggettiva ambiguità e indeterminatezza dell'attributo della "definitività", che richiede dunque una preliminare chiarificazione.

8.2. Occorre innanzitutto distinguere a seconda se questo attributo della "definitività" sia riferito agli atti e provvedimenti amministrativi di accertamento del grave illecito professionale o alle pronunce giurisdizionali che abbiano ad oggetto i predetti atti (o, comunque, dinanzi al Giudice civile, i fatti e i comportamenti costituenti il grave illecito professionale).

8.2.a. Nel primo caso – definitività riferita ad atti e provvedimenti amministrativi – l'attributo appare improprio o, comunque, ambiguo e poco significativo. Ed infatti in diritto amministrativo, come è noto, la definitività dell'atto è predicata ai soli effetti della sua ricorribilità in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato (ai sensi del capo III del d.P.R. n. 1199 del 1971) e rileva, in negativo, come ricorribilità gerarchica o, comunque, endoamministrativa (se ed in quanto ammessa avverso gli atti "non definitivi"). In un senso ancor più generale, è definitivo del procedimento il provvedimento conclusivo, che manifesta la volontà (o il giudizio)

dell'amministrazione compendiando gli atti endoprocedimentali preparatori e istruttori, come tali "non definitivi". In questi suoi significati l'attributo della definitività, predicato dell'atto amministrativo di accertamento del grave illecito professionale quale condizione di rilevanza agli effetti ostativi alla partecipazione alla gara, presenta un rilievo minimale e sostanzialmente inutile al fine di dare certezza all'azione amministrativa e agli operatori economici, poiché non sembra significare altro che la non utilizzabilità a tali fini di atti ancora solo endoprocedimentali e istruttori, prima che la stazione appaltante abbia assunto un atto di accertamento conclusivo (in tal senso "definitivo") del relativo procedimento, o l'inutilità, sempre ai suddetti fini interdittivi, di una atto di accertamento per il quale siano aperti i termini di proposizione (o per il quale sia stato proposto) un ricorso gerarchico o in opposizione (non sembra, peraltro, salve le diverse previsioni regolamentari interne alle singole amministrazioni aggiudicatrici, che siano ammessi di regola ricorsi in opposizione o gerarchici avverso quelli che sono i normali atti mediante i quali le stazioni appaltanti possono procedere ai suddetti accertamenti).

Si potrebbe viceversa intendere, qui, per "definitività", la inoppugnabilità dell'atto o la (intervenuta) decisione negativa, con sentenza passata in giudicato, delle azioni avverso di esso proposte. Ma anche tale qualificazione appare impropria e non risolutiva, poiché, da un lato, l'inoppugnabilità ha rilievo solo riguardo alle azioni impugnatorie dinanzi al G.A., mentre non ha alcun rilievo utile in questa problematica riguardo alle azioni dinanzi al G.O. – che sono probabilmente la più gran parte del contenzioso nella materia degli illeciti professionali nei contratti pubblici - di accertamento e di

condanna aventi ad oggetto l'inadempimento e i conseguenti rimedi di riequilibrio o di risoluzione del rapporto giuridico, valendo, in questi casi, il ben più lungo termine di prescrizione. Problematica, infatti, sotto questo profilo, si presenta anche la nozione di "non contestazione", che pure viene adoperata dal legislatore, come vedremo, con riferimento a una sola delle ipotesi tipiche di grave illecito professionale, quella che si traduce in una risoluzione del contratto per inadempimento. Non è chiaro, anche in questo caso, se per "non contestazione" si debba intendere "non contestazione (neanche) stragiudiziale", oppure si debba intendere nel senso che l'accertamento "non (sia ancora o attualmente) contestato in via giurisdizionale".

8.2.b. Ma anche nel caso in cui sia riferita alle pronunce del Giudice che abbiano ad oggetto il grave illecito professionale (o gli atti relativi al suo accertamento da parte dell'amministrazione) la "definitività" non presenta un significato univoco. Se è vero che di regola con tale termine si intende designare la pronuncia del giudice avverso la quale non sono ammesse impugnazioni (diverse dalla revisione o dalla revocazione), è anche vero che tale condizione del provvedimento giurisdizionale è designata con altri termini "tecnici" più precisi, riferiti al passaggio in giudicato a alla irrevocabilità (per le sentenze penali). La "definitività" potendo invece ricorrere, nel lessico processuale, anche per significare solo l'avvenuta conclusione di un grado del giudizio o di una sua fase, anche quella cautelare o sommaria (nel processo civile e in quello amministrativo, del resto, la "sentenza non definitiva" è di regola quella, anche pronunciata in primo grado, che dispone incombenti istruttori o adempimenti di

rito, non definendo nel merito la controversia e non decidendo "definitivamente" sulle domande delle parti).

Perdura dunque una qualche ambiguità del significato della "definitività" riguardo alle pronunce del Giudice civile e amministrativo in merito a tali accertamenti.

8.3. Né la rilevata non univocità del termine sembra trovare una chiarificazione nelle norme, europee e nazionali, di riferimento. La qualificazione in parola non ricorre nella norma comunitaria: l'art. 57, par. 4, lettera c), della direttiva 24/2004 si limita sinteticamente e saggiamente a prevedere, come causa di possibile esclusione, il caso in cui "l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità". La norma nazionale, contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 in esame, aggiunge, invece, nel secondo periodo, una elencazione (non tassativa) di possibili fattispecie di illecito dell'operatore economico rilevanti quali possibili "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" con potenziale effetto escludente. Nel fare ciò il legislatore nazionale ha ritenuto di qualificare una sola di tali fattispecie tipiche – quella costituita dalle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata" – con l'ulteriore connotazione consistente nel "non [essere] contestata in giudizio, ovvero [nell'essere] confermata all'esito di un giudizio". È vero che parte della giurisprudenza ha "valorizzato" questa connotazione, ritenendola espressiva di un principio generale e riferendola, dunque, anche alle altre fattispecie (ai casi, ad esempio, di condanna al risarcimento del danno o di

irrogazione di altre sanzioni) pure ivi contemplate, anche sul rilievo che sarebbe illogico pretendere la "definitività" per l'illecito "più grave", quello che conduce alla risoluzione per inadempimento, e non richiederlo per gli illeciti potenzialmente meno gravi, quali quelli che abbiano dato luogo alla mera irrogazione di una sanzione o al risarcimento del danno. Ma è altrettanto vero che una siffatta estensione si pone in contrasto con la lettera – per quanto poco chiara e molto criticabile – della norma, che quegli aggettivi ha predicato solo riguardo alla risoluzione e non riguardo agli altri esiti risarcitori o sanzionatori dell'illecito.

In ogni caso – ed è questo il punto che deve qui essere sottolineato – il requisito della "definitività" non trova una sicura base giuridica nella legge, né tanto meno nella direttiva europea. La qualificazione degli accertamenti in termini di "definitività" è invero presente solo nel comma 1 dell'art. 80, a proposito delle sentenze penali, per le quali, come già detto, la definitività coincide con la irrevocabilità, ossia con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, ma non compare nei commi 5 e 13 della cui interpretazione e applicazione qui si tratta. Compare invero anche nel comma 4, relativo alla diversa causa di esclusione per le violazioni gravi degli obblighi fiscali e contributivi, che devono essere "definitivamente accertate". Ma in questo caso la "definitività" dell'accertamento dell'evasione fiscale o contributiva soggiace a regole sue proprie dei rispettivi ordinamenti di settore ed è connessa a specifici documenti prodotti dalle amministrazioni fiscale e previdenziale-assistenziale, muniti di particolare forza probatoria e fidefaciente (si pensi al DURC), sicché, all'interno di tali settori la nozione assume una sua adeguata definizione e risulta, dunque, univocamente applicabile.

Dopo le modifiche introdotte con il decreto correttivo n. 56 del 2017, la condizione dell'accertamento definitivo compare, infine, anche nel comma 10, che riguarda la durata dell'effetto interdittivo e il termine iniziale di decorrenza di tale periodo che, almeno riguardo ai casi di cui ai commi 4 e 5, ove non sia intervenuta sentenza di condanna, decorre "dalla data del suo accertamento definitivo".

8.4. E' possibile che l'attributo della definitività dell'accertamento, originariamente non prevista nelle norme in materia di contratti pubblici, sia stata indirettamente veicolata nella materia in trattazione dal distinto, ancorché contiguo, settore della disciplina degli illeciti antitrust, e segnatamente attraverso il richiamo alla pronuncia della Corte di giustizia UE (18 dicembre 2014, in causa C-470-13) che ha deciso una questione pregiudiziale sollevata nel diritto ungherese, nel contesto della previgente direttiva 2004/18, a proposito della possibilità di includere, tra le cause di esclusione riconducibili al grave errore professionale, un'infrazione alle regole nazionali della concorrenza confermata con decisione giurisdizionale passata in giudicato. La CGUE ha affermato il principio "che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che esclude la partecipazione a una procedura di gara d'appalto di un operatore economico che abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda", ma in tale dictum la Corte europea nulla in realtà ha detto riguardo alla necessità che l'infrazione fosse accertata "con decisione giurisdizionale passata in giudicato", essendosi limitata sul punto a "registrare" il vigente diritto ungherese, che richiede questo requisito, riproducendone la previsione nel dispositivo della

decisione: non risulta invero dall'esame della motivazione che tale requisito sia stato revocato in dubbio in quella causa ed abbia formato oggetto di trattazione e decisione da parte della Corte, che si è in sostanza limitata a stabilire che il diritto dell'Unione non osta alla previsione del diritto ungherese di considerare rilevanti, quali possibili casi di grave illecito professionale escludente, gli illeciti antitrust sanzionati con provvedimento dell'autorità competente, sanzione che deve avere, per il diritto ungherese, i crismi della "definitività", lì intesa come passaggio in giudicato della decisione giurisdizionale sull'accertamento; requisito, quest'ultimo, che però la Corte non ha affatto considerato e dichiarato necessario in ogni caso, in quanto previsto e imposto dal diritto unionista. La CGUE, inoltre, ha sottolineato, nella sentenza in esame, che la nuova direttiva 2014/24 ha espressamente ammesso, con la lettera d) del par. 4 dell'art. 57, la facoltà degli Stati membri (facoltà non esercitata dall'Italia nel recepimento della direttiva operato con il codice del 2016, non almeno espressamente) di prevedere come ulteriore causa di esclusione il caso in cui "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". Ma, si ripete, nulla si rinviene nella pronuncia della CGUE sul tema, qui in esame, della pretesa "definitività" delle sanzioni antitrust ai fini della suddetta rilevanza.

8.5. È poi intervenuto in diritto italiano il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3, recante Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il

risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, che, all'art. 7, disciplinante gli "Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza", ha stabilito che "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato", precisando inoltre che "Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima". Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. La "definitività" a questi effetti è introdotta dalla direttiva europea che, al 34° Considerando rileva l'esigenza di "un approccio comune a livello dell'Unione per quanto riguarda gli effetti delle decisioni definitive delle autorità nazionali garanti della concorrenza relative e a una violazione sulle successive azioni per il risarcimento del danno" nel senso di assicurare che "la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno". A tal fine la direttiva, nell'art. 2, recante le Definizioni,

introduce, al n. 12) la seguente definizione di "«decisione definitiva relativa a una violazione»: "una decisione relativa a una violazione che non può o non può più essere impugnata con mezzi ordinari".

8.6. Ora, sembra costituire una libertà creativa dell'interprete non contenuta nei limiti fisiologici dell'interpretazione dedurre dalla citata sentenza del Giudice dell'Unione – che non si occupa della "definitività" dell'accertamento dell'illecito, ma lo postula in quanto previsto dal diritto vigente dello Stato membro dal quale proveniva la questione pregiudiziale -, o dalla ora riportata previsione della direttiva 2014/104/UE e dal diritto interno di recepimento, riferita ad altra materia (il risarcimento del danno da illecito antitrust), ricadute dirette e immediate sul regime dell'accertamento del grave illecito professionale idoneo agli effetti dell'esclusione dalla procedura di gara, di cui ci deve occupare in questa sede, e ciò in mancanza di elementi normativi univoci che lo impongano o lo consentano. Tanto più che, come è noto, mentre gli accertamenti degli illeciti antitrust dell'Autorità competente sono impugnabili in un termine breve esclusivamente dinanzi al G.A. (art. 119 del c.p.a.), gli accertamenti dei "gravi illeciti professionali", abbiano essi dato luogo o meno alla risoluzione o all'applicazione di una sanzione o a una domanda di risarcimento del danno da parte della stazione appaltante, sono invece devoluti di regola alla cognizione del G.O. con ordinarie azioni civili di accertamento e di condanna che soggiacciono al ben più lungo termine di prescrizione. Trapiantare, dunque, la nozione di decisione definitiva relativa a una violazione (come "una decisione relativa a una violazione che non può o non può più essere impugnata con mezzi ordinari") dall'ambito della disciplina del risarcimento del danno da illecito antitrust al campo

della (possibile) esclusione dalle procedure di gara per grave illecito professionale, ai sensi del codice dei contratti, condurrebbe anche a esiti ingestibili e irrazionali, rischiando di posticipare a tempi inaccettabili l'effettiva operatività delle ragioni di esclusione dalla procedura.

8.7. In tal senso e con queste precisazioni appare dunque corretta e condivisibile la soluzione ribadita dall'ANAC di escludere che una siffatta "definitività" possa costituire un requisito o una condizione di operatività della causa di esclusione, potendo bastare a tal fine un "provvedimento esecutivo" (locuzione che compare nel testo delle linee guida, come integrato con la delibera del Consiglio dell'Autorità dell'11 ottobre 2017, al secondo rigo del par. 2.1: "accertati [gli illeciti professionali gravi] con provvedimento esecutivo", e nella lettera a) del par. 2.2.1.1: "ovvero confermata [la risoluzione anticipata] con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio"). Entrambe queste espressioni non risultano incluse nel testo originario del 2016, né sono contenute nell'art. 80 del codice dei contratti, ma questo inserimento appare utile poiché chiarisce che gli accertamenti del grave illecito professionale, per avere effetto escludente, devono essere contenuti in provvedimenti o atti della stazione appaltante non contestati o, nel caso di contestazione in giudizio (più frequentemente dinanzi al giudice civile), che non siano stati sospesi nella loro efficacia.

Questa soluzione si pone peraltro in linea con la giurisprudenza prevalente di questo Consiglio, richiamata nella relazione illustrativa, atteso che la "definitività" dell'accertamento (in termini di non contestazione o di "conferma in giudizio") è predicata dalla norma con riferimento a una soltanto delle fattispecie in essa in via

esemplificativa tipizzate, quella costituita dalle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne hanno causato la risoluzione, sicché nulla vieta – anzi, la formulazione della norma autorizza, tanto più se letta alla luce della direttiva 24/2014 e del suo art. 57.4, lett. c) – la presa in considerazione e la possibile efficacia escludente di accertamenti "non definitivi" di questi o di altri gravi illeciti professionali che non abbiano causato la risoluzione, con conseguente necessità di una valutazione in concreto nel singolo caso specifico. È inoltre significativo che il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE disposto sia dal Consiglio di Stato, sez. V, con ord. 23 agosto 2018, n. 5033 e 3 maggio 2018, n. 2639, che dal Tar della Campania, sez. IV, con ord. 13 dicembre 2017, n. 5893, interroga il Giudice dell'Unione proprio sulla compatibilità con il diritto eurounitario dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti nella lettura offertane da quella giurisprudenza che si è invece sin qui attestata su una lettura restrittiva della "definitività" dell'accertamento, intesa come irretrattabilità (giudicato formale) della decisione giurisdizionale sui fatti (e sugli accertamenti dei fatti) costituenti l'illecito professionale. Ciò sul rilievo che, assecondando questa lettura, la norma nazionale finirebbe per essere disomogenea rispetto al considerando 101 della direttiva 24/2014 laddove consente l'esclusione dell'operatore economico se la stazione appaltante sia in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale "anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori". A questo si aggiunge la considerazione che una simile soluzione sarebbe lesiva dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento, nella misura in cui i tempi del giudicato, nell'ordine di

anni, assicurerebbero altrimenti all'impresa una sorta di impunità e di inamovibilità dalla commessa, il che incentiverebbe da un lato i privati a promuovere azioni anche laddove palesemente infondate o pretestuose e, dall'altro, costringerebbe le stazioni appaltanti a dover contrattare anche con chi si sia reso responsabile di gravi inadempimenti.

Particolarmente significativa appare, ai fini qui in trattazione, la questione pregiudiziale interpretativa sulla lettera c) del comma 5 dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici del 2016 di recente sollevata dalla sez. V di questo Consiglio con la già ricordata ordinanza 3 maggio 2018, n. 2693, nella quale si è posta la questione «se la stazione appaltante ha il potere di escludere un operatore economico – già suo contraente in precedente contratto di appalto conclusosi con la risoluzione anticipata – se la risoluzione è stata oggetto di contestazione in giudizio e prima che il giudizio sia definito». La sez. V, dopo una compiuta rassegna degli orientamenti della giurisprudenza amministrativa (punto 17 della motivazione), mostrando di dubitare della condivisibilità della soluzione "rigorista" della sentenza della stessa sezione n. 1955 del 2017 e di preferire la lettura più aperta fornita dalla sentenza (sempre della medesima sezione) n. 1299 del 2018, ha posto il seguente quesito: «Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione

anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio».

Un indirizzo, quello appena ricordato, del tutto condivisibile, anche tenuto conto che – come già osservato da questo Consiglio nel primo parere n. 2286/2016 (al punto 13.1.) – la risoluzione disposta dalla stazione appaltante è un atto unilaterale impugnabile davanti al giudice ordinario entro il termine di prescrizione.

Questa soluzione, in conclusione, rappresenta un ragionevole punto di equilibrio tra l'esigenza degli operatori economici di evitare esclusioni basate esclusivamente su atti unilaterali privi di fondamento delle stazioni appaltanti e quella delle stazioni appaltanti di non vedere sostanzialmente vanificata la causa di esclusione sulla base della sola contestazione (anch'essa non meno unilaterale e priva di fondamento) dell'operatore economico: l'uno (l'operatore economico) potrà contestare in giudizio l'accertamento dell'illecito escludente; l'altra (la stazione appaltante) non dovrà aspettare i tempi spesso non brevi della formazione di un giudicato sulla contestazione, potendo procedere esecutivamente all'esclusione sulla base anche di un primo vaglio giurisdizionale (anche solo in primo grado e anche solo in sede cautelare) che non inibisca l'esecutività del provvedimento. 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 lato, 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.

8.8. Nel senso della rilevanza di un accertamento (anche se) non ancora definitivo del grave illecito professionale, come, del resto, nel senso della natura solo esemplificativa e non tassativa della casistica contenuta nella seconda parte della lettera c) del comma 5 dell'art. 80 in esame, si dirige da ultimo la giurisprudenza di questo Consiglio in sede giurisdizionale (sentenze della sez. V 11 giugno 2018, n. 3592 e 24 settembre 2018, n. 5500, sentenza del CGA 30 aprile 2018, n. 252), che ha affermato che «sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti», ragion per cui «costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione» e «a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi». Si tratta, del resto, di previsioni che costituiscono espressione degli «immanenti principi di lealtà e affidabilità professionale dell'aspirante contraente che presiedono in genere ai contratti e in specifico modo – per ragioni inerenti alle finalità pubbliche dell'appalto e dunque a tutela di economia e qualità della realizzazione - alla formazione dei contratti pubblici e agli inerenti rapporti con la stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3375)». Si sottolinea, inoltre, come laddove l'accertamento dell'illecito professionale sia ancora *sub judice*, sulla stazione

appaltante incomberà un obbligo di prova e di motivazione più rigoroso (cfr. Cga, 252/2018 cit.).

8.9. Riguardo al punto n. 8) dell'elenco di sintesi delle questioni proposto *supra*, al par. 4, concernente la rilevanza ostativa agli illeciti antitrust, la Commissione prende atto della proposta dell'ANAC, condivisa con l'AGCM, di ammettere l'efficacia escludente dei provvedimenti sanzionatori (dell'una) e di quelli (dell'altra) di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi solo se "definitivi". Fermo restando quanto sopra chiarito in ordine all'ambiguità dell'attributo di "definitività" ove predicato di atti e provvedimenti amministrativi (e fermo restando quanto si rileverà criticamente sulla rilevanza in questa sede della tipologia delle condanne dell'AGCM per pratiche commerciali scorrette), si deve ribadire come, sebbene di tali provvedimenti non sia fatta espressa menzione dell'art. 80, comma 5, una lettura sistematica di tale comma, laddove in via di principio definisce gli illeciti professionali come (quelli che sono) tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, rende possibile e ragionevole – e anche rispettoso del principio di proporzionalità - ricomprendere nella clausola aperta di cui al comma 5 anche l'illecito antitrust sanzionato dall'Agcm, peraltro in questo modo recependo l'indicazione facoltizzante già ricordata presente nella direttiva 24/2014, all'art. 57.4., lett. d) – e prima ancora nel considerando n. 101 della stessa - e di cui già in passato la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva ammesso la possibile rilevanza (sentenza 18 dicembre 2014, in causa C-470/13). In questo specifico caso, anche alla luce del già citato art. 7 del d.lgs. 3/2017 in tema di effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza, si giustifica la

maggiore garanzia offerta dalla definitività intesa: o quale inoppugnabilità del provvedimento dell'AGCM perché non contestato; ovvero, laddove invece contestato in giudizio, dalla sua conferma in giudizio.

Una garanzia che non dovrebbe tradursi in un limite consistente per le stazioni appaltanti, tenuto conto del rito fortemente accelerato cui i giudizi amministrativi avverso i provvedimenti sanzionatori dell'AGCM, come anche quelli dell'ANAC, sono sottoposti. Con l'ulteriore precisazione che per "giudizio" parrebbe più opportuno intendere quello concernente (ed avente ad oggetto) il merito della sanzione e, dunque, in questo caso, il giudizio amministrativo, trattandosi di materia come nota devoluta alla giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett.) l del c.p.a.), nel cui ambito è soggetta ad un rito accelerato (art. 119, comma 1, lett. b) c.p.a.). Di contro non si dovrebbe reputare non ancora definitivo il provvedimento sanzionatorio, già passato indenne attraverso il giudizio amministrativo, e su cui sia ancora pendente un ricorso per Cassazione. Questo per evitare un uso strumentale e defatigante di tale rimedio, azionato al solo fine di ritardare ancora per qualche mese, o anche qualche anno, la rilevanza escludente dell'illecito antitrust.

Al lume di queste precisazioni valuterà codesta Autorità se aggiungere al punto. 2.2.3.1 un paragrafo 3 che chiarisca che "per provvedimenti definitivi si intendono quelli divenuti inoppugnabili o confermati all'esito del giudizio di merito di cui all'art. 119, comma 1, lett. b) c.p.a.".

9. Viene a questo punto in rilievo la questione sopra, sub par. 4, sunteggiata sotto la rubrica «riferibilità dei comportamenti non solo

alle persone giuridiche, ma anche alle persone fisiche che ricoprono gli organi societari o i ruoli aziendali». Al riguardo merita adesione la posizione espressa dall'ANAC, secondo la quale i requisiti di moralità sono necessariamente riferiti alle persone fisiche che rappresentano l'ente, né l'estensione alle persone fisiche può ingenerare sovrapposizioni o confusioni con quanto previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001: l'art. 80, comma 5, lett. f), del codice dei contratti pubblici individua quale autonoma causa di esclusione soltanto la fattispecie di cui all'art. 9, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 231 del 2001, ossia il solo caso della sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, sicché correttamente le linee guida comprendono tra le ipotesi esemplificative del grave illecito professionale le condanne non definitive per i reati previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalle procedure di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice.

10. 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.

11. Viene dunque in rilievo l'ulteriore tematica (punto 6) dell'annotazione di sintesi di cui al par. 4 relativa al trattamento dei gravi illeciti professionali dei subappaltatori. Anche in questo caso, pare ragionevole e condivisibile la soluzione proposta dall'ANAC, che del resto ricalca un suggerimento già contenuto nel parere di questo Consiglio del 3 novembre 2016, dove si era suggerito «Con riferimento ai gravi illeciti commessi dai subappaltatori . . . che quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni». Conseguentemente, nella bozza di nuove linee guida qui all'esame si propone di aggiungere, nel cap. III, dopo il par. 3.1, il seguente nuovo paragrafo 3.2: «Con riferimento ai gravi illeciti commessi dai subappaltatori si ritiene che quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni».

12. La settima questione – concernente la decorrenza e la durata del periodo di così detta "interdizione" – risulta in effetti risolta dalla modifica normativa apportata dal decreto correttivo del 2017 al comma 10 dell'art. 80 del codice, che ha fissato la durata dell'effetto interdittivo in cinque anni nel caso di sentenza di condanna (salvo diversa previsione contenuta in tale sentenza e salvo che la pena principale sia di durata inferiore), e in tre anni nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna, con decorrenza dalla data dell'accertamento definitivo. Conseguentemente non si hanno obiezioni per la proposta eliminazione della parte V delle linee guida, che rappresenterebbe una mera ripetizione del dato normativo, benché, deve dirsi, il testo del nuovo comma 10 presenta un anacoluto che rompe la giusta sequenza grammaticale e logica della proposizione, che risulta di non piana lettura, ("Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna"), il che renderebbe forse comunque utile una chiarificazione.

13. Non risulta, invece, adeguatamente affrontata nella proposta dell'ANAC la questione (punto 8) dell'elenco di cui al par. 4), pure esaminata nella relazione illustrativa, siccome sollevata da vari interlocutori, della non pertinenza delle "pratiche commerciali scorrette" sanzionate dall'AGCM rispetto alla materia dei gravi illeciti

professionali rilevanti agli effetti dell'esclusione dalla gara. Al di là delle differenze profonde che separano gli illeciti antitrust dalle pratiche commerciali scorrette, è assorbente e merita la dovuta attenzione, ad avviso di questa Commissione speciale, l'obiezione, da più parti mossa, secondo la quale, in realtà, la seconda tipologia di comportamenti materiali e negoziali colpiti dalla normativa di riferimento non sembra presentare una diretta attinenza con la materia dei contratti della pubblica amministrazione, riguardando prevalentemente, di regola, rapporti di diritto privato. Né pare sufficiente a perimetrare correttamente questa tipologia di illeciti la precisazione «aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare» riferita a tali pratiche commerciali scorrette. La Commissione rivolge, pertanto, sul punto, un invito all'ANAC a svolgere un ulteriore approfondimento volto a meglio specificare e delimitare questa casistica, ove davvero rilevante, oppure ad eliminare il rifermento alle pratiche commerciali scorrette;

14. Il nuovo testo delle linee guida presenta ampi tagli e sottrazioni rispetto a quello attuale, e perpetua in alcuni punti alcune imprecisioni lessicali, in parte derivate dalla stessa fonte primaria.

14.1. Paradigmatico è il caso della "risoluzione anticipata", formulazione peraltro mutuata dallo stesso comma 5, lett. c) dell'art. 80, che in tal senso si esprime, e dove l'aggettivo nulla aggiunge al sostantivo, ingenerando piuttosto il dubbio che possano esistere risoluzioni non anticipate, il che non è dato. Come conferma del resto, se ce ne fosse bisogno, il lessico del codice civile che conosce semplicemente la risoluzione del contratto (si veda l'intitolazione del Capo XIV del Titolo II del libro IV del Codice), che è sempre una

modalità di estinzione (ovvero di scioglimento) del contratto anticipata rispetto a quella che sarebbe altrimenti la durata pattuita. Per questa ragione si deve segnalare, attraverso il DAGL al quale il presente parere andrà perciò trasmesso, la necessità di correggere la norma primaria. In attesa di tale modifica si raccomanda di omettere comunque, nel corpo delle linee guida, la parola "anticipata" abbinata a "risoluzione", mentre invece sarebbe necessario precisare che la risoluzione che assume rilevanza in questa sede è quelle per inadempimento grave ai sensi dell'art. 1455 c.c., come anche dell'art. 108, comma 3, del codice dei contratti.

Di non agevole lettura è poi il punto 5.1 del testo trasmesso, dove si comprende il senso di fondo, per cui la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente solo all'esito del contraddittorio, quindi dopo averlo sentito, ma tale concetto potrebbe essere reso in termini più distesi e in forma più piana. Con l'occasione si potrebbe fare anche menzione del principio di proporzionalità, che è richiamato nel considerando 101 della direttiva, ma che non riceve invece menzione alcuna all'interno delle linee guida qui in esame.

14.2. Al par. 2.2.1.2, in principio, dopo le parole «In particolare, assumono rilevanza» sono cadute le parole «a titolo esemplificativo». Non si comprendono le ragioni di questa soppressione, forse dovuta a un refuso. Sembra, infatti, utile mantenere questa precisazione, la cui eliminazione potrebbe indurre gli operatori, nel confronto tra il testo anteriore e quello nuovo, alla errata conclusione della tassatività degli indici sintomatici o figure applicative che seguono nell'elenco da 1 a 8.

14.3. Sono stati aggiunti, alla fine del par. 2.2.1 e del par. 2.2.2, due periodi intesi a chiarire che la ricorrenza delle circostanze ivi elencate non ha effetto automatico, ma richiede comunque la valutazione motivata dell'amministrazione. Forse l'aggiunta di queste due proposizioni, peraltro molto generiche e poco significative, intende compensare la cassazione dell'intero capitolo VI, rubricato «I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali». Occorre prestare attenzione a che l'eccessiva sintesi non sacrifichi e lasci cadere chiarificazioni forse comunque utili per gli operatori economici.

In ogni caso, ove si ritenga comunque necessario ribadire che l'amministrazione è tenuta (lo è per legge) a motivare le proprie decisioni, si suggerisce almeno di sostituire la parola "provvedimento" con quella, più specifica, di "esclusione".

15. È venuto meno, nella versione delle linee guida all'esame di questa Commissione, l'intero capitolo IV, rubricato «I mezzi di prova adeguati». Questa scelta non sembra potersi ritenere giustificata – come si legge nella relazione di accompagnamento - in ragione dell'avvenuta adozione, in data 6 giugno 2018, del regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del codice dei contratti pubblici, che renderebbe superflua la previsione dettagliata degli obblighi di comunicazione posti a carico delle stazioni appaltanti, con conseguente snellimento della parte IV delle linee guida, sostituita dal mero richiamo, contenuto nel nuovo, più stringato, capitolo IV denominato «Obblighi di comunicazione», alle disposizioni già inserite nel succitato regolamento. Se infatti consideriamo come il fondamento di queste linee guida, il comma 13 dell'art. 80, demanda ad esse il compito di precisare testualmente

"quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c)", per un minimo di coerenza semantica, rispetto alla fonte primaria, sarebbe consigliabile mantenere la denominazione originaria.

Al di là di questo primo dato, e richiamando il precedente parere n. 2286/2016 di questo Consiglio, si deve ribadire anche in questa occasione come sia rimasta poco o per nulla approfondita la questione generale di cosa intendere per "mezzi di prova adeguati" e di come provare gli errori commessi.

In tale prospettiva il riparto dell'onere della prova tra la stazione appaltante e i concorrenti, resta un tema molto delicato e che parrebbe fortemente sottovalutato nell'economia di queste linee guida. E' evidente, infatti, come qualunque regolazione della materia dell'illecito professionale, anche la migliore, rischia di restare lettera morte ove non si assicuri un flusso costante di informazioni e di comunicazioni in entrata e in uscita dagli operatori e dalle stazioni appaltanti. E come, in assenza di tale pre-condizione, comportamenti improntati, quanto meno, a "reticenza" - nella dichiarazione ad esempio di pregresse risoluzioni o applicazioni di penali - possano rivelarsi convenienti.

In questa prospettiva ineludibile, meriterebbe ad esempio più di una precisazione, in primo luogo, il rapporto di queste linee guida con la banca dati nazionale degli operatori economici (BDOE) di cui all'art. 81 del Codice, nella versione offertane dal Ministero delle Infrastrutture competente all'adozione del relativo decreto attuativo (ancora in itinere, ma sulla cui proposta hanno già reso i loro rispettivi pareri sia l'ANAC che questo Consiglio, il 27 aprile 2018, parere n. 1126 della Commissione speciale).

Se da un lato gli operatori economici debbono in prima battuta autocertificare mediante il documento di gara unico europeo (DGUE) l'assenza di cause o motivi di esclusione (in questo senso la formulazione che si legge al punto 4.1 non è delle più felici); dall'altro lato, la verifica da parte della stazione appaltante, in ordine alla veridicità e completezza di quanto autodichiarato dagli operatori dovrebbe in linea di massima avvenire tramite la ricordata istituenda BDOE.

E tuttavia – forse perché consapevole che la BDOE non è stata ancora istituita o forse anche perché nell'esperienza anche recente si è registrata più volte l'incompletezza e il mancato aggiornamento del casellario informatico di cui all'art. 213 – l'ANAC continua a far leva su di una sorta di previsione di chiusura o clausola di salvezza, al punto 4.2, che presuppone che le stazioni appaltanti vengano a conoscenza, per altra via, della sussistenza di una causa di esclusione.

Simile previsione, per quanto da un canto potrebbe apparire opportuna, dall'altro canto poco si concilia con il sistema dei mezzi di prova che, all'indomani dell'adozione del codice, era sembrato ispirato al principio di tassatività; senza peraltro offrire il benché minimo chiarimento su quali potrebbero essere le fonti di prova alternative.

Si tratta di un profilo, specifico ma evidentemente cruciale, in ordine al quale si rende necessario, ad avviso di questa Commissione, che l'ANAC fornisca maggiori chiarimenti, essenzialmente a beneficio delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, che debbono poter contare su di un di un quadro probatorio più definito.

Per tale parte, quindi, il presente parere deve intendersi come interlocutorio, in attesa dei chiarimenti richiesti.

16. Un'ultima osservazione riguarda la parte VI del testo trasmesso, concernente le misure di self-cleaning, rimasta immutata rispetto alla versione approvata ad ottobre del 2017. L'occasione di una nuova revisione del testo potrebbe essere colta per inserire, al punto 6.3, magari nel (o dopo il) sotto numero 3, (tra tali misure) il promovimento di azioni di responsabilità nei confronti degli organi societari, a cominciare da amministratori e sindaci. L'esperienza dimostra, infatti, come in più di un caso le sole dimissioni o la revoca di tali soggetti non valgano a dimostrare la reale (e sincera) dissociazione dell'ente, ricavabile piuttosto dall'avvio di azioni risarcitorie quale segno di un'effettiva scelta di campo.

P.Q.M.

Nei suesposti sensi è il parere della sezione affari normativi – Commissione speciale, interlocutorio quanto al punto 15 e definitivo nelle restanti parti.

Ai sensi dell'art. 58, r.d. n. 444/1942 si dispone sin da ora la trasmissione del presente parere al presidente del Consiglio dei Ministri, e per esso al DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi), al fine di segnalare la necessità di un intervento correttivo in relazione all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, nei termini di cui al par. 14.1 del presente parere.

GLI ESTENSORI
Hadrian Simonetti, Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Maurizio De Paolis