



ANAC

AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 3 DEL 27 luglio 2022

Concernente l'articolo 80, comma 5, lettere c, c-bis, c-ter e c-quater del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 370
del 27 luglio 2022

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 3 DEL 27 luglio 2022

Concernente l'articolo 80, comma 5, lettere c, c-bis, c-ter e c-quater del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 370 del 27 luglio 2022

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC), ai sensi dell'articolo 213, comma 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "codice"), ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore. Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, si intende di seguito formulare osservazioni in merito alle criticità relative all'applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

2. Osservazioni

2.1 Il quadro normativo di riferimento e l'intervento dell'Autorità.

L'articolo 80, comma 13, del codice prevede che l'ANAC, con proprie linee guida, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare «*le circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)*». Tale facoltà è stata esercitata con l'adozione delle Linee guida n. 6, approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

La normativa sui gravi illeciti professionali è stata sostanzialmente modificata dai decreti Semplificazioni e Sblocca cantieri. In particolare, l'articolo 5 del decreto legge n. 135/2018, convertito nella legge n. 12/2019,

ha modificato la lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 come di seguito indicato: «c) *la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*». Inoltre, ha introdotto due ulteriori previsioni:

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

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

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

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

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

In seguito a tali modifiche, l'Autorità ha elaborato e posto in consultazione pubblica uno schema di Linee guida accompagnato da una Relazione AIR al fine di aggiornare le Linee guida n. 6. Detti documenti sono stati predisposti con la finalità di introdurre indicazioni esemplificative molto dettagliate delle fattispecie astrattamente rilevanti, per agevolare le stazioni appaltanti nelle valutazioni di competenza e gli operatori economici nella formulazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione. Ciò con l'obiettivo di ridurre il contenzioso, molto sviluppato in materia proprio a causa dell'indeterminatezza delle fattispecie ostative e dell'elevata discrezionalità rimessa alle stazioni appaltanti nelle valutazioni di competenza. La consultazione pubblica si è conclusa in data 28/2/2022 ed ha visto la partecipazione di n.

21 Stakeholder (stazioni appaltanti, associazioni di categoria, associazioni di organismi di attestazione, enti di studio e professionisti).

Nelle more dell'adozione del documento definitivo, in data 14/6/2022, è stata approvata la legge delega per la riforma del codice dei contratti pubblici che, all'articolo 1, comma 2, lettera l), individua il seguente criterio direttivo cui devono ispirarsi i decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici che il Governo è delegato ad adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega: *«razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014»*.

Sembrerebbe, pertanto, che il legislatore abbia voluto rivedere la scelta dell'indicazione esemplificativa delle fattispecie ascrivibili ai gravi illeciti professionali, effettuata con il decreto legislativo n. 50/2016, per orientarsi verso l'indicazione tassativa delle fattispecie ostative, rimessa ai decreti delegati.

In conseguenza di tale previsione, l'Autorità ha ritenuto opportuno un ripensamento del proprio intervento per tener conto del quadro normativo *in fieri*. A tal fine, ha accantonato l'opzione dell'aggiornamento delle Linee guida, ritenendo più utile rappresentare al Governo e al Parlamento, mediante un atto di segnalazione, le numerose criticità della normativa vigente emerse dagli approfondimenti svolti e segnalate dagli Stakeholder intervenuti alla consultazione sullo schema di Linee guida. In tal modo si auspica che, nella riscrittura del codice, si possano superare le incertezze interpretative e i dubbi applicativi emersi che incidono negativamente, sia sull'attività delle stazioni appaltanti, esponendole al rischio di contenzioso, che sull'operato degli operatori economici, esponendoli al pericolo di dichiarazioni erranee o addirittura false sul possesso dei requisiti di partecipazione. La necessità di un intervento normativo di chiarimento si rende tanto più evidente se si considera che le problematiche rappresentate non hanno trovato soluzione neanche con l'ausilio della giurisprudenza, che non sempre ha adottato decisioni lineari e coerenti, con ulteriore pregiudizio per la certezza del diritto e la parità di trattamento tra operatori economici.

Per tutto quanto esposto, si ritiene utile condividere l'esperienza maturata dall'Autorità evidenziando al legislatore gli interventi normativi auspicabili in materia di gravi illeciti professionali. Nei paragrafi che seguono sono riportate le criticità emerse, di cui si potrà tener conto in occasione dell'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici e della normativa di attuazione dello stesso. Inoltre, si ritiene utile segnalare che i contributi pervenuti nel corso della consultazione pubblica sono accessibili sul sito internet dell'Autorità al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/consultazioni-online>.

2.2 Criticità della normativa vigente

2.2.1 Individuazione delle fattispecie rilevanti

Nell'ambito della consultazione pubblica è stata rappresentata, in maniera pressoché unanime dai soggetti intervenuti, l'esigenza dell'individuazione tassativa delle fattispecie ostative rientranti nella categoria dei gravi illeciti professionali. Gli Stakeholder hanno infatti evidenziato che l'indeterminatezza della formulazione normativa dà adito a profonde incertezze e attribuisce alle stazioni appaltanti un potere discrezionale troppo ampio, che si traduce in un elevato rischio di disparità di trattamento tra gli operatori economici. Inoltre, tale incertezza espone le imprese al rischio di presentare dichiarazioni erranee o false in occasione della partecipazione alle gare, rendendo ardua l'individuazione delle circostanze che devono essere oggetto di dichiarazione. Sul punto, si evidenzia che nonostante la direttiva preveda una formulazione aperta della norma, la legge delega, alla lettera l) prevede la «razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di renderle regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014». Si auspica, quindi, che i decreti attuativi realizzino tale obiettivo, mediante l'indicazione chiara ed esaustiva delle fattispecie idonee a configurare i gravi illeciti professionali, circoscrivendo adeguatamente l'ambito di applicazione della norma.

Altra criticità evidenziata riguarda la rilevanza ostativa delle condotte non definitivamente accertate che continua ad essere oggetto di contestazione da parte degli operatori del settore. dal momento che la direttiva comunitaria è chiara nel definire l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di tener conto della violazione nelle more dell'accertamento definitivo, la possibile rilevanza ostativa di tali condotte non può essere messa in dubbio. Tuttavia, è altrettanto palese che tali circostanze sono meno gravi e rilevanti rispetto alle condotte definitivamente accertate e, quindi, per ragioni di equità, dovrebbero dar luogo a conseguenze diverse. A tal fine, sarebbe auspicabile, in primo luogo, che la norma chiarisca la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e, in secondo luogo, che introduca la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze di tali condotte che l'obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate.

Con riferimento alla fattispecie della lettera c-quater) andrebbe chiarito l'ambito applicativo, eliminando il riferimento alla definitività dell'accertamento. Tale previsione appare, infatti, in contrasto con l'obbligo per le stazioni appaltanti di valutare la rilevanza ostativa della condotta nelle more dell'accertamento definitivo.

Occorrerebbe chiarire, altresì, la differenza tra la fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-bis) e quella di cui alla lettera c-bis). Sulla questione, si è espressa l'Adunanza Plenaria del 28/8/2020, n. 16 affermando che la fattispecie di cui alla lettera f-bis) ha carattere residuale e si applica a tutte le ipotesi di

falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c-bis) della medesima disposizione. Rientrerebbe in detta fattispecie la presentazione di documenti o dichiarazioni non veritieri, laddove la falsità materiale o ideologica è accertabile sulla base di elementi oggettivi, in assenza di valutazioni discrezionali e non sia finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, alla valutazione delle offerte o all'aggiudicazione della gara o comunque relativi al corretto svolgimento della procedura di gara. i. Ad avviso dell'Autorità, la differenza tra le due fattispecie dovrebbe essere individuata sulla base dei principi contenuti nella sentenza del Consiglio di Stato n. 6490 del 27/9/2019, secondo cui l'articolo 80, comma 5, lettera c-bis) si riferisce alle informazioni false o fuorvianti ovvero all'omissione di informazioni dovute nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso, mentre la causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) si riferisce alla presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare ed esplica effetto ostativo con riferimento a gare successive soltanto se risultante dal casellario informatico, fintanto che perduri tale iscrizione. Sarebbe quindi auspicabile che la norma chiarisse tale distinzione.

Sarebbe utile chiarire, altresì, che i provvedimenti rilevanti ai fini dell'applicazione della normativa sui gravi illeciti sono quelli esecutivi e quindi l'adozione di misure di sospensione cautelare del provvedimento impedisce la rilevanza della causa ostativa.

Infine, andrebbe svolta una riflessione sulla rilevanza dei gravi illeciti ai fini del conseguimento dell'attestazione di qualificazione. L'articolo 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici prevede, infatti, che gli Organismi di attestazione accertino l'assenza delle cause ostative di cui all'articolo 80 nei confronti delle imprese che richiedano il rilascio dell'attestazione di qualificazione. Tuttavia, come evidenziato in sede di consultazione dalle Associazioni degli Organismi di Attestazione, la valutazione dell'incidenza del fatto sull'integrità e sull'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico non può essere condotta, in tal caso, con riferimento allo specifico contratto da affidare e, quindi, deve essere necessariamente riferita all'attestazione di cui si richiede il rilascio, con valutazione, ad esempio, delle categorie e classifiche richieste. Detta valutazione appare quindi di difficile esecuzione e rischia di condurre sempre a giudizi di non rilevanza, risolvendosi, quindi in un inutile appesantimento. Per tali motivi, sarebbe auspicabile un chiarimento nel senso della non rilevanza di tale causa ostativa ai fini del conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

2.2.2. L'individuazione dell'ambito soggettivo

Sarebbe auspicabile un chiarimento sull'ambito soggettivo di applicazione delle fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettere da c) a c-quarter) con un esplicito riferimento ai soggetti indicati al comma 3 del medesimo articolo. Sul punto, infatti, mentre gli operatori economici auspicano una interpretazione

restrittiva del comma 3, la giurisprudenza tende ad una applicazione estensiva attraverso l'elaborazione del principio del «contagio» e della figura del «socio sovrano». Sotto il primo profilo, il Consiglio di Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866 ha aderito all'impostazione secondo cui se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un'investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni (tale impostazione è stata confermata in numerose sentenze successive, si veda da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107).

Sotto il secondo profilo, la recente sentenza n. 495 del 24.03.2021, con cui il T.A.R. Puglia, Sez. III, ha affermato il principio di diritto secondo il quale, ai fini degli obblighi dichiarativi del concorrente ad una gara pubblica in caso di grave illecito professionale, considerata la centralità dell'assemblea e delle sue decisioni rispetto alle vicissitudini societarie, la titolarità della quota «sovrana» del capitale sociale risulta essere influente, specie nel caso in cui la quota di partecipazione sia di oltre 2/3 del capitale sociale. È facoltà della Stazione Appaltante pertanto desumere il compimento di gravi illeciti da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico, anche in conseguenza degli illeciti del socio sovrano, di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa. Tale orientamento consente quindi di valutare la condotta del socio che possieda una quota rilevante del capitale sociale anche con riferimento alle società di capitali, travalicando le previsioni dell'articolo 80, comma 3, che prevede la verifica dei requisiti in capo al socio soltanto se questi rivesta la qualifica di socio accomandatario oppure di socio unico persona fisica, o di socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro. Tale situazione crea incertezze interpretative che, come rappresentato dagli Stakeholder, espongono le imprese a involontarie omissioni o incompletezze dichiarative, con il rischio di esclusione per false dichiarazioni.

2.2.3 La rilevanza delle condotte nell'ambito di gare successive

Con riferimento alle fattispecie di cui alla lettera c-bis), si ritiene utile chiarire se le stesse rilevano soltanto nell'ambito della gara in cui sono poste in essere oppure anche nelle procedure future. Su tale aspetto, si è formato un orientamento del Consiglio di Stato che propende per la prima ipotesi ritenendo che *«il partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conclude*

– *all'interno della procedura di gara in cui è maturata»* (Cons. Stato, n. 1000/2021). In sostanza, si afferma che «*l'articolo 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici non è riferito alle false dichiarazioni rese in procedure concorsuali non in corso e, quindi, già svoltesi, ma al contrario, anche se non detto espressamente, si riferisce alle "informazioni false o fuorvianti" ovvero all'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso: ne consegue che il rilievo ostativo alla partecipazione non è certo l'aver reso "false dichiarazioni in precedenti gare" (...), ma il rendere, nella gara in corso, dichiarazioni false o fuorvianti, ovvero l'omettere dichiarazioni dovute»* (Cons. di Stato, n. 6490/2019; n. 6576/2018).

Tali considerazioni fanno sorgere alcuni dubbi. In primo luogo riguardo al parallelismo tra la causa ostativa di cui al comma 5, lettera c-bis) e quella di cui alla lettera f-ter) del medesimo comma. Si ritiene, infatti, che un parallelismo possa esistere e si giustifichi tra la richiamata lettera c-bis) e la lettera f-bis) dell'articolo 80, comma 5. Le due fattispecie prevedono infatti un ambito oggettivo parzialmente coincidente: entrambe disciplinano le false dichiarazioni, ma la lettera c-bis), ha un ambito più ampio, ricomprendendo anche le omesse dichiarazioni e i tentativi di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio. Inoltre, soltanto nella lettera c-bis) è individuato lo scopo che anima i comportamenti descritti. La lettera f-ter) disciplina invece la rilevanza delle false dichiarazioni e della falsa documentazione presentate in precedenti procedure di gara, subordinandola all'accertamento, da parte dell'Autorità, dell'imputabilità soggettiva del comportamento all'operatore economico. Quindi la presentazione di false dichiarazioni o falsa documentazione resa nell'ambito di precedenti procedure di affidamento rileva quale causa di esclusione automatica fino a due anni, soltanto se l'Autorità accerta che sia avvenuta con dolo o colpa grave.

Tale meccanismo è espressamente previsto soltanto per le «false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti», utilizzando un'espressione che sembra indubbiamente riferita alla fattispecie di cui alla lettera f-bis). Analogamente, il comma 12 fa riferimento alla «presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto». Il dato testuale sembrerebbe quindi escludere la possibilità di ritenere applicabile tali disposizioni alle false dichiarazioni di cui alla lettera c-bis).

In tale situazione di incertezza, sarebbe auspicabile che il legislatore chiarisse che le fattispecie di cui alla lettera c-bis) rilevano anche se verificatesi in precedenti procedure di gara e che in tali casi non si applicano l'articolo 80, comma 5, lettera f-ter) e l'articolo 80, comma 12, del codice dei contratti pubblici. Diversamente, sarebbero pregiudicate esigenze di sistematicità e proporzionalità. Alcuni gravi illeciti, quali le risoluzioni contrattuali e le penali, rilevarebbero anche se posti in essere nei confronti di altre stazioni appaltanti, mentre altri, quali l'omissione di informazioni rilevanti o i tentativi di influenzare le decisioni della stazione appaltante, avrebbero rilevanza limitata alla procedura in corso di svolgimento, pur essendo

evidentemente connotati da un maggior disvalore sociale e da una maggiore gravità. Anche in questo caso, l'incertezza interpretativa è segnalata dagli Stakeholder come difficoltà nell'individuare le dichiarazioni da rendere ai fini della partecipazione alle gare, con conseguente rischio di involontarie omissioni.

2.2.4. La risoluzione contrattuale per inadempimento e le sanzioni comparabili alla condanna al risarcimento del danno

Tra le previsioni maggiormente contestate dagli operatori economici intervenuti alla consultazione vi è quella che sancisce la possibile rilevanza ostativa della risoluzione contrattuale per inadempimento e delle sanzioni comparabili al risarcimento del danno. Il legislatore comunitario ha previsto che non è rilevante qualunque risoluzione contrattuale, ma solo quella che abbia inficiato nella sostanza l'opera, compromettendone aspetti essenziali o non rendendola fruibile per l'amministrazione. Inoltre, il considerando 101 della direttiva 2014/724/UE prevede che le stazioni appaltanti «*dovrebbero poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali*», mentre «*lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali*». La norma richiede inoltre che l'inadempimento sia significativo o persistente e prevede la rilevanza della condanna al risarcimento dei danni o l'applicazione di altre sanzioni comparabili. Tra le sanzioni comparabili possono rientrare l'applicazione di penali e l'escussione della garanzia definitiva. Su tale punto gli operatori economici affermano che l'inadempimento cui non consegua una condanna al risarcimento del danno non può considerarsi significativo e che l'applicazione di penali inferiori al dieci per cento del valore del contratto non possono considerarsi rilevanti. A tale riguardo sarebbe quindi auspicabile una esemplificazione dettagliata delle ipotesi astrattamente rilevanti, circoscrivendo l'ambito di applicazione della normativa alle carenze significative correlate ad adempimenti sostanziali e chiarendo che non rilevano le penali riferite ad episodi isolati e di modesta rilevanza che hanno natura fisiologica nella complessiva economia ed esecuzione dell'appalto.

2.2.5. La durata del periodo di rilevanza della causa ostativa

L'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 24/2014 stabilisce che «*in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale*

periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4».

La direttiva, dunque, lascia agli Stati membri la possibilità di determinare il periodo massimo di esclusione stabilendo che lo stesso, se non è fissato con sentenza definitiva, non possa superare i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi ivi indicati. Il legislatore nazionale ha scelto di determinare il periodo di esclusione nella massima quantificazione possibile. Il comma 10-bis dell'articolo 80 prevede, infatti, che, nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Sul punto, si ritiene opportuno sollecitare il legislatore a valutare la possibilità di ridurre tale periodo o, quanto meno, di graduarlo in ragione della gravità delle condotte ostative, anche nell'ottica di ricondurre la previsione a proporzionalità rispetto ad altre cause di esclusione connotate da maggiore gravità o disvalore sociale. Si consideri, infatti, che la presentazione di false dichiarazioni in sede di gara o di attestazione comporta l'interdizione automatica dalla partecipazione alle gare fino a due anni, mentre la condanna al risarcimento del danno comporta la possibile esclusione per tre anni.

Inoltre, si fa ulteriormente rilevare che la formulazione del citato comma 10 bis comporta dubbi interpretativi. Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 20.1.2021, n. 632, ha interpretato il comma in esame, nella parte in cui richiama «*i casi di cui al comma 5*» come riferito alle ipotesi di esclusione ivi contemplate e, pertanto, ai soli casi cui consegue l'esclusione del concorrente. Per l'effetto, il Supremo consesso amministrativo ha affermato che dal comma 5 non deriva un limite temporale di rilevanza del grave illecito. Tale limite generale dovrebbe quindi essere fatto derivare direttamente dall'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, appunto in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientra la causa di esclusione dei gravi illeciti professionali [lettera c) non può essere superiore a «*tre anni dalla data del fatto in questione*»).

In senso diverso, lo stesso Consiglio di Stato, Sez. III, 01/06/2021, n. 4201, il quale, in difformità a quanto statuito con la sentenza n. 632/2021, ha chiarito che «*laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio*». Per quanto esposto, la norma dà adito a possibili dubbi interpretativi, pertanto, in ogni caso, sarebbe auspicabile l'adozione di una formulazione più chiara che individui esattamente la durata della rilevanza ostativa.

2.2.6. La decorrenza del periodo di rilevanza

Con riferimento al *dies a quo*, il comma 10-bis dell'articolo 80 stabilisce che «*la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza*». Tale previsione appare in contrasto con l'ultimo periodo del comma in esame, secondo cui «*Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso*». A mente di tale disposizione, infatti, una violazione può rilevare quale causa ostativa anche se impugnata e se il giudizio è in corso di definizione, quindi ben prima del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. Pertanto, soltanto nel caso di sospensione cautelare del provvedimento impugnato, potrebbe esserne esclusa la rilevanza. Per i motivi esposti, sarebbe auspicabile la riformulazione del secondo periodo del comma 10-bis. Occorrerebbe altresì individuare chiaramente il *dies a quo* per ciascuna ipotesi di provvedimento rilevante. Dai contributi pervenuti in sede di consultazione si ravvisa, infatti, una grande confusione in materia, anche dovuta alla diversa formulazione della direttiva rispetto alla normativa nazionale. A tal fine, sarebbe utile precisare che il triennio decorre, a seconda dei casi, dalla data di adozione del provvedimento di: esclusione da una procedura di affidamento; risoluzione contrattuale per inadempimento; applicazione delle penali; escussione della garanzia; accertamento del grave inadempimento nei confronti del subappaltatore; condanna per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; applicazione della sanzione comminata dall'ANAC ai sensi dell'articolo 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità. Occorrerebbe precisare, altresì che, nel caso di sentenze di condanna non definitive per reati incidenti sull'integrità o sulla moralità del concorrente, il periodo di esclusione decorre dalla data della sentenza di condanna. Nel caso di rinvio a giudizio o di adozione di provvedimenti cautelari per reati di cui al periodo precedente, il periodo di esclusione decorre dal provvedimento che dispone il rinvio a giudizio o la misura cautelare. Nel caso in cui il provvedimento di cui sopra sia impugnato in giudizio, nelle more della definizione dello stesso, la stazione appaltante tiene conto della violazione commessa ai fini delle proprie valutazioni, fatti salvi gli effetti sospensivi di eventuali provvedimenti di natura cautelare.

2.2.7 La necessità di evitare la doppia valutazione della medesima violazione

Il comma 10 bis) dell'articolo 80, del codice dei contratti pubblici, prevede che, nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura. La

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

La previsione in esame è stata inserita per superare le contestazioni operate sul punto dalla Corte di Giustizia europea nella causa C-41/18, secondo cui *«l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce»*. La Corte ha chiarito che, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, *«le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza»* e che ciò costituisce un indizio ulteriore della *«volontà del legislatore dell'Unione di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare la propria valutazione sugli atti che un operatore economico ha commesso o ommesso di compiere prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto»*. La previsione della rilevanza delle fattispecie ostative anche nelle more dell'accertamento definitivo del fatto potrebbe comportare un prolungamento del periodo interdittivo, dal momento che il medesimo fatto può rilevare quale causa ostativa, dapprima, durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio e, successivamente, al momento del passaggio in giudicato della sentenza. Al fine di evitare che lo stesso comportamento sia valutato per un periodo eccedente i tre anni, occorre prevedere che il periodo interdittivo si compia al raggiungimento del triennio dal provvedimento di esclusione, anche se ciò interviene prima del passaggio in giudicato della sentenza. Pertanto, il legislatore dovrebbe chiarire che il successivo passaggio in giudicato della sentenza potrà rilevare come causa ostativa soltanto se il periodo di interdizione triennale non si è ancora compiuto e, in questo caso, rileverà soltanto per il periodo residuo. Tale soluzione, prospettata nello schema di atto di regolazione, ha incontrato la resistenza di alcuni Stakeholder che vi ravvisano problemi applicativi. Ad esempio, alcuni ritengono che la previsione che impone alle stazioni appaltanti di valutare la circostanza ostativa nelle more del relativo accertamento debba essere interpretata nel senso che se il giudizio dura oltre il triennio di rilevanza, la condotta deve essere valutata anche oltre tale periodo. Per tali motivi, è auspicabile che i necessari chiarimenti intervengano da fonte primaria e che sia inserito un meccanismo che consenta di escludere la rilevanza della medesima fattispecie per periodi eccedenti il triennio.

3. L'Autorità segnala

l'opportunità di intervenire in modifica dell'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) al fine di superare le criticità evidenziate nel presente atto.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 27 luglio 2022

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio
Per il Segretario, Maria Esposito
Valentina Angelucci