

Cause di esclusione dalle gare d'appalto ex art. 80, comma 5, lettera c) del Codice Appalti e responsabilità amministrativa degli Enti ex d.Lgs. n. 231/2001: brevi considerazioni in merito all'aggiornamento delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC

L'11 ottobre scorso l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) ha deliberato una nuova versione delle proprie Linee Guida n. 6 sui *mezzi di prova adeguati* e sulle *carenze* nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto considerate *significative* ai fini dell'esclusione di un operatore economico dalla gara pubblica ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (**Codice Appalti**). L'aggiornamento del testo originario, approvato nel novembre 2016 con la finalità - prevista dall'art. 80 medesimo, comma 13 - di fornire indicazioni utili a rendere omogenea la prassi delle stazioni appaltanti in tema di esclusione "non automatica" dalle gare per ragioni di cd. moralità professionale, si è reso necessario a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, correttivo del Codice Appalti.

Rispetto al precedente, il testo delle nuove Linee Guida n. 6 reca integrazioni o modifiche in pressoché tutte le sezioni, a partire dalla quinta, in cui **la durata dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente alla commissione di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c)**, risulta ora precisata alla luce della modifica apportata all'art. 80 comma 10 del Codice Appalti dal decreto correttivo n. 56/2017 ed è dunque pari a:

- i) **cinque anni**, se la sentenza penale di condanna conseguente all'accertamento della commissione dell'illecito *non* fissa la durata della pena accessoria (**n.b. la durata sarà comunque inferiore nel caso in cui la pena principale sia inferiore ai cinque anni e corrisponderà alla durata di quest'ultima**), oppure;
- ii) **tre anni**, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto come individuata nelle Linee Guida medesime, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna (v. § 5.1 delle Linee Guida n. 6).

Circa la decorrenza del periodo interdittivo, la linea scelta dall'ANAC è stata quella di collegare la rilevanza ostativa del fatto illecito, in termini di possibilità - o meglio impossibilità - di partecipare alla gara, non alla definitività (come pare suggerire Cons. Stato, commiss. spec., 14 settembre 2017 n. 01503/17) ma alla esecutività del provvedimento che lo accerta o lo sanziona (v. §§ 2.1. e 2.2 delle Linee Guida n. 6); questo per - testualmente - "*garantire tempestività, celerità e semplificazione dell'accertamento in ordine alla sussistenza della causa ostativa*" da parte delle stazioni appaltanti (v. relazione illustrativa alle Linee Guida n. 6 inviata al Consiglio di Stato).

Quanto alla natura dell'illecito, al punto 2.1 viene chiarito come esso sia da considerarsi in modo ampio, e dunque tale da ricomprenderne **qualsiasi tipologia**, anche di carattere civile o amministrativo, oltre che penale.

Inoltre, con l'integrazione contenuta al punto 2.2 delle Linee Guida in esame, l'ANAC dimostra ora di annoverare esplicitamente tra le ipotesi di grave illecito professionale determinanti l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) anche quella rappresentata da "**condanne non**

definitive per i reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001”; ciò, ovviamente, salvo che le stesse non configurino altra causa ostativa che comporti l’automatica esclusione dalle procedure di affidamento ai sensi dell’art. 80 del Codice Appalti.

Le novità illustrate colpiscono, tra le altre cose, per il richiamo espresso al d.lgs. n. 231/2001, i cui reati presupposto - e tutti, non solo quelli già elencati all’interno del comma 1 dell’art. 80 - finiscono quindi, nell’interpretazione dell’ANAC, per diventare rilevanti, seppur in modo diverso rispetto a quanto previsto al citato comma 1, come cause di esclusione dalle gare pubbliche.

Inoltre, benché ANAC menzioni esplicitamente - peraltro a titolo meramente esemplificativo - soltanto i “reati” (previsti ovviamente per la singola persona fisica) e non l’illecito amministrativo che ne può conseguire in capo all’ente, il riferimento al d.lgs. n. 231/2001 effettuato nelle Linee Guida n. 6 appare significativo e – vista la natura ampia del concetto di illecito nonché la diretta riferibilità dello stesso anche all’operatore economico (v. § 3.1 delle Linee Guida n. 6) – porta a chiedersi se non solo le pronunce del giudice penale emesse nei confronti delle persone fisiche condannate, anche in via non definitiva, per i reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001 ma anche quelle che stabiliscano a carico dell’ente (operatore economico) una sanzione ex d.lgs. n. 231/2001 per responsabilità amministrativa derivante da tali reati possano ora rilevare, almeno in linea teorica, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lettera c) del Codice Appalti ai fini dell’esclusione. Il dubbio non si pone, ovviamente, tanto nei casi di definizione cumulativa del reato e dell’illecito amministrativo attraverso la contestuale applicazione (concordata o meno) della pena e della sanzione amministrativa, quanto nelle ipotesi - residuali ma possibili e concretamente già verificatesi - in cui il destino processuale delle persona fisica presunta autrice di reati rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e quello dell’ente di appartenenza si divida, come può accadere, ad esempio, laddove quest’ultimo, a cui sia stato contestato un illecito amministrativo in applicazione del d.lgs. n. 231/2001, decida di accedere, al contrario dell’imputato persona fisica, al rito premiale del cd. “patteggiamento” o, più correttamente, di applicazione della sanzione su richiesta ai sensi dell’art. 63 del d.lgs. n. 231/2001. In tale ipotesi, è evidente che l’accordo sulla sanzione da comminarsi all’ente, laddove possibile, potrebbe essere raggiunto ben prima della definizione del processo penale a carico del singolo, ponendo di fronte al problema - almeno per imprese in cui l’offerta di beni o servizi sia rivolta principalmente a soggetti pubblici e avvenga dunque essenzialmente tramite gara - di dover valutare ad ampio raggio (e quindi anche nell’ottica della possibile applicazione dell’art. 80, comma 5, lettera c in esame) le possibili ricadute, *in primis*, di tale accordo sul rapporto tra l’ente e la pubblica amministrazione.

Se il dubbio fosse fondato, teoricamente - l’avverbio è d’obbligo, considerando, tra l’altro, il carattere non vincolante delle Linee Guida in esame e la necessità di trovarsi di fronte ad un illecito grave - un operatore economico rischierebbe di essere escluso dalla gara per responsabilità amministrativa derivante da reato in ipotesi ulteriori rispetto a quella di cui all’art. 80, comma 5, lettera f) del Codice Appalti, vale a dire il caso di comminazione a suo carico della sanzione interdittiva di cui all’art. 9, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 231/2001 e cioè, evidentemente, l’ipotesi di divieto a trattare con la pubblica amministrazione stabilito nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell’ente.

Certamente però, anche in questo caso, l'operatore economico potrebbe essere ammesso al cd. **self-cleaning** e, dunque, a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità (o affidabilità professionale) nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, come previsto dall'art. 80, comma 7, del Codice Appalti. Peraltro, anche questo tema è stato oggetto di modifiche da parte di ANAC, tra cui si segnala l'attuale espressa previsione, inserita all'interno del § 7.4 delle Linee Guida n. 6, del contraddittorio con la stazione appaltante nonché della motivazione della decisione.

In questa sede - come già previsto nella versione originaria delle Linee Guida n. 6 - l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati nonché la costituzione di un relativo organismo di controllo potrebbero allora valere, oltre ad un valido contraddittorio, ad evitare di fatto l'esclusione dell'operatore economico.

DISCLAIMER

Il presente comunicato è divulgato a scopo conoscitivo per promuovere il valore dell'informazione giuridica. Non costituisce un parere e non può essere utilizzato come sostitutivo di una consulenza, né per sopperire all'assenza di assistenza legale specifica.