



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 30 aprile 2021
Dipartimento della Funzione Pubblica

FOCUS GROUP

Il codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (D.lgs. n. 50/2016)

La verifica dei gravi illeciti professionali

Relatore: Avv. Salvatore Capezzuto



Unione Europea
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana
Assessorato dell'Istruzione e
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

- Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.
- In realtà, la lettera c) dell'art. 80, che elencava varie ipotesi di gravi illeciti professionali, è stata oggetto di modifica da parte dell' art. 5, comma 1, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, che ha sostituito l'originaria lettera c) con le attuali lettere c), c-bis) e c-ter).
- Successivamente, è stata inserita la lettera c - quater dall' art. 1, comma 20, lett. o), n. 4), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

- 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;
- c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

-



LINEE GUIDA ANAC N. 6

- L'ANAC ha predisposto le linee guida n. 6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'*art. 80, comma 5, lettera c) del Codice*», ossia i gravi illeciti professionali. Le cause di esclusione devono essere autocertificate dagli O.E. mediante il DGUE.
- Fino alla entrata in vigore della banca dati di cui all'*art. 81 del codice*, la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'*art. 80, comma 5, lettera c)* è condotta mediante accesso al casellario informatico ANAC e mediante la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati specifici relativi agli appalti di cui agli *articoli 353, 353-bis, 354, 355 e 356 codice penale*, mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti.
- Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'ANAC, ai fini dell'iscrizione nel Casellario, i provvedimenti dalle stesse adottati idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti.
- L'esclusione dalla gara deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato, previa valutazione delle misure di self - cleaning adottate.

SIGNIFICATIVE CARENZE NELL'ESECUZIONE

- Al par.2.1.1 le Linee Guida ANAC indicano le : **Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (lett. c – ter art. 80, comma 5).**
- Sono rappresentati dai comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:
 - a) la **risoluzione anticipata** non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio;
 - b) la **condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie** ai sensi degli articoli 103 e 104 del Codice.



SIGNIFICATIVE CARENZE NELL'ESECUZIONE

- In particolare, assumono rilevanza, a titolo esemplificativo:
 1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
 2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;
 3. l'adozione di comportamenti scorretti;
 4. il ritardo nell'adempimento;
 5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
 6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;
 7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice;
 8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina.

SIGNIFICATIVE CARENZE NELL'ESECUZIONE

- Nei casi più gravi, le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto possono configurare i reati di cui agli articoli 355 (Inadempimento di contratti di pubbliche forniture) e 356 (Frode nelle pubbliche forniture) del codice penale.
- Pertanto, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati su richiamati, qualora contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80. Comma 5, lettera c).
- I provvedimenti di condanna definitivi per detti reati configurano, invece, la causa di esclusione automatica prevista dall'art. 80, comma 1, lettera a) del codice.



GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI NELLO SVOLGIMENTO DELLA GARA

La stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente (lett. c – bis art. 80 comma 5), i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente. Rilevano, a titolo esemplificativo, quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti diretti a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine:

- 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione;
- 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione;
- 1.3 all'attribuzione dei punteggi.

Quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine:

- 2.1 al nominativo degli altri concorrenti;
- 2.2 al contenuto delle offerte presentate.

Acquista, inoltre, rilevanza la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI NELLO SVOLGIMENTO DELLA GARA

Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio.

Rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo:

1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;
3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore.



ELENCAZIONE NON TIPIZZATA DEI GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

In materia di gare pubbliche, la nozione di "grave illecito professionale" ex art. 80, comma 5 lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016, ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante - ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa; di conseguenza, l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella lettera c) del comma 5 deve riguardarsi quale meramente esemplificativa, nel senso che, pur agevolando gli obblighi dimostrativi facenti carico alla stazione appaltante, qualora ritenga di escludere l'operatore economico per le fattispecie tipizzate, non ne limita, tuttavia, la riconosciuta discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, che evidenzino la contrarietà ad un obbligo giuridico di carattere civile, penale ed amministrativo, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 12/10/2020, n. 1879).

LIMITE TEMPORALE ESCLUSIONE

- Il comma 10-bis dell'art. 80 chiarisce 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.
- 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.
- Il limite temporale del triennio quale limite massimo temporale di rilevanza della circostanza ai fini dell'esclusione non può che trovare applicazione anche all'ipotesi dei gravi illeciti professionali, non potendosi logicamente consentire un trattamento giuridico più favorevole alle situazioni nelle quali intervengano condanne ostative (per le quali è pacifica la limitazione del periodo di inibizione e dunque la rilevanza temporale della condanna, ex art. 80, co. 10 e 10-bis, primo periodo, del Codice) rispetto situazioni assoggettabili ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, conclusione incompatibile sia con la lettera che con la ratio della richiamata disciplina comunitaria (Cons. giust. amm. Sicilia, 19/04/2021, n. 326).



MOTIVAZIONE DI ESCLUSIONE

Nelle gare pubbliche, in ordine al requisito relativo all'insussistenza di gravi illeciti professionali o di infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale: la stazione appaltante deve infatti motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (T.A.R. Umbria Perugia Sez. I, 21/10/2020, n. 464).



MOTIVAZIONE DI ESCLUSIONE

Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica la normativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 esclude ogni automatismo relativo all'esclusione dalla gara di un'impresa concorrente, ponendo in capo alla stazione appaltante l'onere di valutare la rilevanza dei gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente medesimo (T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 15/02/2021, n. 131; T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 11/02/2021, n. 1725).

MOTIVAZIONE DI ESCLUSIONE

Nelle gare di appalto, la valutazione sulla sussistenza di «gravi illeciti professionali» desumibili da «mezzi adeguati» compete all'amministrazione, la quale è chiamata - in caso di illecito comunicativo - ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto. Nel caso di provvedimenti d'esclusione che si fondino su fatti oggetto di procedimento penale, gli elementi idonei a sorreggere il giudizio d'inaffidabilità dell'impresa possono anche essere desunti dall'amministrazione da fatti penalmente rilevanti oggetto di appositi procedimenti. Ma a tale fine è necessario che l'amministrazione individui con precisione quali siano le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato la interruzione del rapporto fiduciario (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 26/01/2021, n. 42).

DICHIARAZIONE OMESSA, RETICENTE O FALSA

La dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare gravi illeciti professionali può essere omessa, reticente o completamente falsa; si configura l'omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come grave illecito professionale, mentre si configura la dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. In fine, è configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero.



DICHIARAZIONE OMESSA, RETICENTE O FALSA

La distinzione tra le tre fattispecie non risiede, dunque, nell'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (la pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto, piuttosto, nella condotta di quest'ultimo, e ciò vale a meglio spiegare anche il regime giuridico: solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso (Cons. Stato Sez. V, 12/05/2020, n. 2976).

OMESSE DICHIARAZIONI

In materia di gare pubbliche l'omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali o la dichiarazione reticente su tali fatti non è mai nell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 autonoma causa di esclusione. Né lo è ai sensi della lett. f-bis), la quale condiziona l'esclusione alla dichiarazione non veritiera ossia alla dichiarazione di fatti che non trovano corrispondenza nella realtà, non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione; e quindi si applica alle sole ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2021, n. 393).



VALUTAZIONE OMESSA DICHIARAZIONE

Nelle gare pubbliche, la valutazione sulla sussistenza di "gravi illeciti professionali" desumibili da "mezzi adeguati" compete all'amministrazione, la quale è chiamata all'uopo - in caso di illecito comunicativo - ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto. Il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull'ammissione del concorrente è quello della "integrità o affidabilità" dell'operatore: per questo, non solo i profili della condotta dichiarativa endoprocedurale in sé, ma anche quelli inerenti al fatto non adeguatamente dichiarato rientrano nell'oggetto dell'apprezzamento di competenza dell'amministrazione (Cons. Stato Sez. V, 08/01/2021, n. 307).

DICHIARAZIONI FALSE

In caso di dichiarazioni false in sede di offerte nelle gare pubbliche, non si ha l'automatismo espulsivo sempre ed in ogni caso. Il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, quanto l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sull'"integrità o affidabilità" dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante (Cons. Stato Sez. VI, 04/12/2020, n. 7685).



ILLECITO ANTICONCORRENZIALE

In tema di gare pubbliche, ed in particolare con riferimento alle ipotesi disciplinate dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, anche gli illeciti anticoncorrenziali possono costituire "gravi illeciti professionali" rilevanti ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara. Pertanto, il concorrente che sia incorso in una sanzione per illecito anticoncorrenziale è tenuto a dichiararlo nella procedura di gara al fine di consentire alla stazione appaltante di operare le valutazioni di competenza in ordine alla sua integrità ed affidabilità (Cons. Stato Sez. VI, 04/12/2020, n. 7685).



MISURE DI SELF CLEANING

Ai sensi dell'art. 80, comma 7, del codice, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte. Nel DGUE l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate. Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

1. provvedimenti che garantiscono adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche con attività formative;
2. misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo;
3. la rinnovazione degli organi societari;
4. modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
5. dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza.

