

vicenza, 12 aprile 2019
avv. angelo frigo

gravi illeciti professionali

art. 80, comma 5, lett. c, c bis, c ter d. Lgs. n. 50 del 2016



L'ART. 80 DEL CODICE

L'art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici elenca i requisiti di carattere generale (**requisiti di moralità**) che l'O.E. deve possedere per contrarre con la pubblica amministrazione => la mancanza determina **l'esclusione**.

Tali requisiti sono riconducibili a quattro categorie:

1. l'assenza di condanne penali per determinate fattispecie di reato;
2. l'assenza di provvedimenti antimafia;
3. ~~l'assenza di violazione delle norme in materia di imposte, tasse e contributi previdenziali;~~
4. **l'insussistenza di varie altre situazioni (comma 5, lett. a - m).**

L'ambito della nostra indagine verte su quest'ultima categoria, ovvero l'art. 80, comma 5, lett. c, c bis e c ter, il quale definisce i confini della cosiddetta **AFFIDABILITÀ DELL'OPERATORE ECONOMICO**:

“È opportuno chiarire che una **grave violazione dei doveri professionali** può **mettere in discussione l'integrità** di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo **inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione** di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto” (considerando 101, direttiva 2014/24/UE).



articolo 80, comma 5, lett. c, del d. Lgs. 50 del 2016

come modificato dal d. Lgs. 19.4.2017, n. 56, e dal d. L. 14.12.2018, n. 35, convertito con L. 11.2.2019, n. 12

5. 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;

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;



L'AMBITO OGGETTIVO

In particolare, l'articolo 80, comma 5, lett. c e c ter, individua delle ipotesi che incidono sul vincolo fiduciario che deve sussistere tra P.A. e O.E. e che sono tutte riconducibili alla categoria del **GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE**.

Rispetto alla previgente disciplina recata dal d. Lgs. n. 163 del 2006, la categoria del grave illecito professionale si caratterizza oggi per:

1) **AMPIEZZA DELL'AMBITO OGGETTIVO** => che abbraccia molteplici fattispecie, che

- possono verificarsi tanto **in fase di gara**, quanto di **esecuzione di un contratto pubblico**,
- possono riguardare indistintamente il rapporto con l'amministrazione procedente oppure con altra e diversa amministrazione.

L'ampiezza della categoria si giustifica sulla scorta della ragione giuridica sottesa alla norma => l'art. 80, comma 5, lett. c e c ter, mira a tutelare il **vincolo fiduciario** che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatarie e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente.

La giurisprudenza amministrativa riconosce questa ampiezza d'indagine, ritenendo che possa ricadere nella casistica del grave illecito professionale ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività, contraria ad un dovere posta da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa, può mina la costituzione di tale vincolo (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 5.09.2017, n. 4192; sez. III, 12.12.2018, n. 7022).

La norma richiede, tuttavia, che la condotta sia **OGGETTIVAMENTE GRAVE**.



2) **DISCREZIONALITÀ** => l'esclusione per grave illecito professionale è un atto vincolato **che si regge sull'accertamento del relativo presupposto.**

La valutazione dell'idoneità professionale è un giudizio **discrezionale della stazione appaltante:**

"la disposizione, pur individuando una serie di ipotesi esemplificative in cui il comportamento dell'operatore economico è ritenuto in astratto tale da porre in dubbio la sua integrità o affidabilità, rimette alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di integrità e affidabilità dei concorrenti" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11.06.2018, n. 3592).

Il giudizio di esclusione per grave illecito professionale possa attraverso una **adeguata valutazione** ed una **congrua motivazione.**

Alla discrezionalità del potere dell'amministrazione fa da contraltare la **responsabilità** => il considerando 101 della Direttiva sottolinea come:

a) "l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea";

b) "nell'applicare motivi di esclusione facoltativi (le ipotesi riconducibili al grave inadempimento, ndr.), le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificarne l'esclusione".



3) **MEZZI DI PROVA** => La stazione appaltante esclude l'operatore economico concorrente:

- quando 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 (art. 80, comma 5, lett c);
- quando **l'operatore economico ABBA 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 (art. 80, comma 5, lett c ter).

1. la prova in parte passa attraverso la "collaborazione" del concorrente => **nell'ambito del DGUE il concorrente auto dichiara l'assenza di gravi illeciti professionali**. Come?

Sul punto, rilevano le linee guida ANAC n. 6, alle quali l'art. 80, comma 13, del Codice ha demandato il compito di individuare "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 precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)":

punto 4.2. => "La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico".

Sulla porta della dichiarazione, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che "al fine di consentire il corretto esercizio di tale potere di valutazione è previsto in capo ai partecipanti alle procedure un **ONERE DICHIARATIVO** avente ad oggetto qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19.11.2018, n. 6530).



Una dichiarazione omissiva o non veritiera ha una doppia rilevanza:

- **ex art. 80, comma 5, lett. c bis, come autonoma ipotesi di inaffidabilità professionale** => la stazione appaltante esclude l'operatore che "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".

La giurisprudenza ha precisato che: "le informazioni dovute per consentire alla stazione appaltante della gara in corso di valutare l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, hanno ad oggetto i provvedimenti di esclusione [...]", limitando l'onere dichiarativo ai soli provvedimenti che risultino dal Casellario informatico dell'ANAC, "in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento", con la conseguenza che in caso di omissione si può ritenere integrata la causa di esclusione per omissione (cfr. Consiglio di Stato, 21.11.2018, n. 6576).

- **ex art. 80, comma 5, lett. f bis, come causa di esclusione vera e propria** => la stazione appaltante esclude l'operatore che "presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

La giurisprudenza ha chiarito che: "quest'ultima disposizione [...] è letteralmente riferita alla <procedura di gara in corso>, non consente alcuna valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante e presuppone una condotta commissiva tipizzata [...] collegata al procedimento di cui al comma 12 dello stesso art. 80 di segnalazione all'ANAC ed eventuale iscrizione nel casellario informatico" (cfr. Consiglio di Stato, 21.11.2018, n. 6576).



2. all'obbligo di dichiarare che grava sull'O.E. fa da contraltare l'onere della stazione appaltante di qualificare il fatto come grave illecito professionale => dobbiamo rilevare come il Codice ha **superato l'atipicità dei mezzi di prova** di cui al d. Lgs. 163 del 2006=> l'art. 86 del s. Lgs. 50 del 2016, reca un elenco tassativo di mezzi di prova che possono essere chiesti agli operatori economici relativamente ai motivi di esclusione di cui all'art. 80, anche se non da alcuna indicazione circa i mezzi che possono essere utilizzati con riferimento al comma 5.

Sul punto il Consiglio di Stato, nel parere 3.11.2016, n. 2286 (relativo alle linee guida n. 6), ha precisato:

“stante il principio di tassatività delle prove che possono essere chieste ai concorrenti, se ne desume che le prove dei motivi di esclusione di all'art. 80, c. 5, possono, allo stato, essere acquisite solo d'ufficio, **tramite le banche dati nazionali**”.

Le linee guida ANAC n. 6:

punto 4.2. “Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice:

- a) la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art.80, comma5 , lett. c), è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice.”

In ogni caso “la stazione appaltante che venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel casellario informatico ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previa idonee verifiche in ordine all'accertamento della veridicità dei fatti.”



L'articolo 80 individua due distinte ipotesi, caratterizzate da differenti regimi probatori:

- quando 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 (art. 80, comma 5, lett c) => il considerando 101 della Direttiva sottolinea la responsabilità della stazione appaltante per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea.
- quando **l'operatore economico ABBIÀ 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 (art. 80, comma 5, lett c ter) => l'onere probatorio è "alleggerito", avendo il legislatore tipizzato la condotta che possono essere qualificate come grave illecito. Ciò non significa che non sia necessaria un'attività valutativa della stazione appaltante. Lo stesso comma 5, lett c ter chiede alla stazione appaltante di motivare "anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa".



Proprio sullo spazio di accertamento della stazione appaltante è stata incentrata l'indagine circa la compatibilità dell'allora vigente articolo 80, comma 5, lett. c, e la direttiva 20014/24/UE =>

L'articolo 80, comma 5, lett. c, del d. Lgs. 50 del 2016, **pre modifica 2018**, prevedeva:

5. 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;



IL RINVIO ALLA CORTE

articolo 80, comma 5, lett. c, del d. Lgs. 50 del 2016, pre modifica 2018

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;~~



“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 ...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” (C.S., sez. V, 23.08.2018, n. 5033. cfr anche 03.05.2018, n. 2639 e TAR Campania, sez. IV, 13.12.2017, n. 5893)

“[...] la norma fa dipendere la gravità dell'inadempimento non da una circostanza oggettiva, ma da una soggettiva scelta dell'operatore economico destinatario di una risoluzione anticipata, di impugnare la stessa dinnanzi al giudice civile [...].

Il carattere di oggettiva gravità non discende dalla contestazione o mancata contestazione in giudizio, essendo una qualità intrinseca del fatto, **che la stazione appaltante deve poter continuare a valutare sotto il profilo del deficit di fiducia**, in maniera proporzionata ma discrezionale ed autonoma avendo riguardo alla individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente”.

(TAR Campania, sez. IV, 13.12.2017, n. 5893)



articolo 80, comma 5, lett. c, del d. Lgs. 50 del 2016, pre modifica 2018

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;



“La Commissione ritiene che l'articolo 80, comma 5, lettera c), del decreto legislativo 50/2016 viola l'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 38, paragrafo 7, lettera f), della direttiva 2014/23/UE, giacché, nel caso di offerenti che abbiano contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o concessione, **preclude alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa l'affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata.**”

(Commissione Europea, costituzione in mora - infrazione n. 2018/2273, del 24.01.2019)



5) **DURATA TEMPORALE DELLA PORTATA ESCLUDENTE** => non disciplinata nella versione originaria dell'art. 80, ha trovato un aggiustamento con il decreto correttivo 2017 (d. Lgs. 19.04.2017, n. 56), che ha modificato l'art. 80, comma 10, del Codice:

“10. 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 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.**”

Già prima del correttivo la giurisprudenza amministrativa riteneva comunque, per effetto della immediata applicabilità del principio espresso dalla direttiva, temporalmente circoscritta la rilevanza del fatto escludente. Al correttivo riconosce di avere meglio chiarito il dies a quo dei tre anni =>

“l'art. 57, c. 7, della direttiva 2014/24/UE stabilisce, in relazione al periodo massimo di esclusione nel caso di mancata adozione di misure di self cleaning, che <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 norma sopravvenuta ha recepito la previsione, contenuta nella direttiva, del termine triennale, ma ne ha reso più certo il dies a quo, **ancorando lo stesso alla data dell'accertamento definitivo del fatto piuttosto che alla data del fatto.**

[...] la norma sopravvenuta non deroga affatto alla previsione della direttiva in termini più favorevoli all'operatore economico colpito dalla risoluzione anticipata di un precedente contratto, ma anzi produce per quest'ultimo un effetto di maggiore sfavore di quello che si avrebbe con l'applicazione diretta della disposizione comunitaria nel caso in cui la risoluzione anticipata si contestata in giudizio, in quanto sposta in avanti il termine di decorrenza della durata ostativa” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21.11.2018, n. 6576)



5) **AMBITO SOGGETTIVO** => i motivi di esclusione previsti dall'art. 80, comma 5, sono da riferirsi esclusivamente all'O.E. che partecipa alla gara o al suo subappaltatore, come espressamente stabilito dalla norma.

Sul punto la giustizia amministrativa ha evidenziato un contrasto con le Linee Guida n. 6, laddove si legge che

“i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice”.

Il TAR Bolzano, 22.01.2019, n. 14, ha precisato che:

- premesso come le linee guida di cui all'art. 80, comma 13, non hanno natura vincolante;
- “il riferimento contenuto nelle Linee Guida ai soggetti individuati dal comma 3 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 si pone, a giudizio del Collegio, in contrasto non col comma 5 dell'art. 80, ma anche col dettato dello stesso comma 3, che si riferisce testualmente alle sole ipotesi tassative di esclusione previste dai commi 1 e 2 dell'art. 80. E tale disposizione non può essere oggetto di interpretazioni estensive o analogiche”.

