**Brevi considerazioni dissonanti in tema di illecito professionale**

La fattispecie di cui all’art. 80 D.L.vo 50/2016 all’art. 5 lett. c (“*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, 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*”) ha avuto uno sviluppo applicativo che, con ogni evidenza, sembra essere sfuggito di mano all’interprete.

Eppure la disposizione, nella sua prescrittività, più che apparire sfumata o chiaroscurale nel rappresentare quella sorta di norma di chiusura[[1]](#footnote-1) del sistema sanzionatorio – a motivo della sua tensione onnicomprensiva dei vari e indeterminati illeciti rimproverabili agli operatori economici – risulterebbe agilmente interpretabile, ponendosi come una norma dalla lettura (e dalla conseguente applicazione) sufficientemente piana, meno aperta e, pur nella sua ampia e indubbia applicazione discrezionale, ben più stringente di quanto non le venga riconosciuto.

Ai fini dell’esclusione è pretesa – non v’è dubbio su questo - una dimostrazione, con mezzi adeguati, di un grave illecito professionale. Si tratta di elementi materialmente concreti che, in verità, mal si conciliano con l’applicazione e l’interpretazione offertane dalla giustizia amministrativa, oggi tanto amplificata e indeterminata da restituire, nella pratica, una narrazione giurisprudenziale che sembra andare ben al di là di quello che il legislatore aveva immaginato e disposto.

Se, infatti, è ricorrente il riferimento oggettivo dell’illecito a “*ogni vicenda pregressa anche non tipizzata*” posta in essere dall’operatore economico, la disposizione dovrebbe stringere e incollare le conseguenti possibilità applicative – per espressa e costante affermazione giurisprudenziale – alla sola “*contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa”,* ergo al fatto che venga violata una norma che sostanzi la positivizzazione di un dovere che sia, appunto, di carattere civile, penale o amministrativo.

La domanda da porsi oggi, quantomeno quella che appare più stimolante, è se, effettivamente, l’applicazione dell’art. 80 co. 5 lett. c – dato l’elemento materiale posto a base e alla pretesa violazione di un dovere – appaia oggi ancorata a questi elementi non tipizzati ma certamente definibili, predeterminabili, oppure se l’estensione sia andata oltre le premesse normative, comprendendo anche comportamenti o contestazioni non sanzionati formalmente da alcuna disposizione che, pertanto, non si sostanziano in alcun illecito. Se, insomma, la discrezionalità concessa dal legislatore comunitario alle stazioni appaltanti possa, realmente, prescindere dalla violazione di una norma prescrittiva o, quantomeno, da un precedente provvedimento sanzionatorio disposto avverso l’operatore economico.

Questa riflessione prende le mosse dal fatto che sembra che la sostanza della disposizione sia stata effettivamente destrutturata dal processo interpretativo, nel momento in cui si è arrivati, con costanza tralaticia, ad affermare “*qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l’esito del giudizio penale al fine di affermare l’inaffidabilità, l’incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara*” (tra le tante cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 2123 del 1.04.2019) e, ancora, (tra le tante cfr. sez. V, n. 4240 del 1.07.2020 e n. 393 del 12.01.2021) “*In sede di gara pubblica non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lg. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l’elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati*”. Per poi giungere, in un crescendo di conseguenti applicazioni induttive, a ulteriori inevitabili astrazioni: “*La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale … Gli atti di indagine, infatti, rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell’autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione*”[[2]](#footnote-2).

A offrire corretta lettura della disposizione e nel clima estensivo che ha dato vigore alle predette argomentazioni non ha, certamente, aiutato la criticabile posizione interpretativa avanzata da ANAC: “*Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l’integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell’esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell’illecito*”[[3]](#footnote-3).

Eppure il serrato concetto di illecito (tutt’altro che atecnico) e di illiceità non avrebbe dovuto e potuto consentire una tale *escalation*[[4]](#footnote-4).

Si è, in buona sostanza, passati, forse troppo agevolmente, dalla (ben più complicata e stringente) ricerca della disposizione, posta a base di un “dovere” che facesse da contraltare all’illecito professionale, alla sufficienza degli “*elementi*”, dei “*gravi indizi*” e degli “*atti di indagine*” con, conseguente, affidamento alle amministrazioni di una discrezionalità schiacciante, al di là dei desiderata del legislatore e, quindi, del consentito.

La traduzione pratica di questo sviluppo interpretativo ha moltiplicato le esclusioni in virtù della ritrosia, invero ben nota, delle stazioni appaltanti di motivare contro le deduzioni accusatorie delle procure della repubblica. È risultato ovviamente, quanto banalmente, più semplice escludere – a volte con motivazioni tautologiche – che tenere in gara l’operatore economico il cui amministratore risultava indagato o sottoposto a misura cautelare. Cosa che ha determinato l’aumento (incontrollato quanto, sostanzialmente infruttuoso, date le premesse) del contenzioso. Infruttuoso in quanto, notoriamente, fatti salvi casi di scuola, “*Nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte della P.A. cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore; ne consegue che il sindacato che il Giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4248 del 3.06.2021; T.A.R. Campania – Napoli, sez. IV, n. 299 del 14.01.2022; analogamente, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, n. 2456 del 9.12.2020).

Sembra, attraverso l’elevato numero di esclusioni perpetrate a motivo della sola attivazione di indagini penali e il conseguente sostegno concesso a questa narrazione dalla quantomai compatta giurisprudenza amministrativa, che la situazione sia, oggettivamente, precipitata e che su questo piano inclinato rischi di scivolare via - oltre alla possibilità di assicurarsi una pubblica commessa - anche il principio di legalità, posto a base del nostro ordinamento. Sembra, altresì, però, che tra gli operatori del diritto, nessuno abbia dato peso a quanto sta accadendo e che un certo torpore abbia portato molti ad accettare quello che appare essere un elemento di oggettiva distorsione sistematica, alla quale non ci si dovrebbe abituare.

Sebbene, con riferimento ad altro ambito, pur sempre di matrice pubblicistica, non sembra fuori luogo richiamare un pertinente precedente della Consulta che potrebbe orientare l’interprete, *ça va sans dire*, biblicamente[[5]](#footnote-5) su una strada più sicura: “*Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l’assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa*”[[6]](#footnote-6).

Resta, peraltro, inteso che pure il rispetto della normativa eurounitaria ne esca inciso, a fronte delle predette analisi, a causa di una sorta di *gold plating* interpretativo[[7]](#footnote-7).

In una delle rare sortite in materia la Corte di Giustizia si è limitata, infatti, a riconoscere la facoltà della stazione appaltante di valutare l’incidenza del fatto costituente grave illecito professionale in capo all’operatore economico (attinto da un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto) anche quando sull’accertamento dello stesso illecito sia ancora pendente un giudizio[[8]](#footnote-8).

Là, però, ove appare sostenibile l’operato di un’ amministrazione – a fronte di una disposta risoluzione che è stata valutata come violativa di un preteso dovere – di procedere, attraverso il buon uso della propria discrezionalità amministrativa, con l’esclusione, anche a giudizio in corso, di un concorrente cui sia rimproverabile, pur in sede amministrativa, un illecito, si manifesta eccessivo e, verosimilmente, abnorme - senza previa condanna e in assenza di alcuna determinazione sanzionatoria di carattere amministrativo – escludere un operatore economico in virtù di indizi ed elementi di valutazione posti a base di atti di indagine penale e declinati all’interno di un provvedimento amministrativo.

C’è ancora il tempo di percorrere la strada che, verosimilmente, appare maggiormente corretta e coerente con i principi che sovraintendono al nostro ordinamento e che il nuovo Codice dei contratti pubblici, che attende di vedere la luce, possa stimolare un percorso nuovo che sterilizzi tentazioni, dal lato pubblicistico, eccessivamente “giustizialistiche”. E questa strada, almeno a chi scrive, non pare possa essere quella indicata da ANAC che propone, attraverso la riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti, di specificare e determinare, a priori, le varie tipologie di illecito[[9]](#footnote-9). Data l’indefettibile necessità di ancorare l’illecito, infatti, alla violazione di un dovere (penale, civile o amministrativo), per considerare se detto illecito potrà o meno determinare, a valle, l’esclusione dell’operatore economico potrà essere sufficiente (così come accade, per esempio, per la risoluzione per inadempimento) che venga valorizzato, da parte dell’amministrazione, il requisito della gravità che, già oggi, è immanente nell’art. 80 co. 5 lett. c, ma che risulta, non a caso, sostanzialmente, obliterato dall’interpretazione corrente.

 **Mauro Barberio**

 Avvocato

Pubblicato il 25 ottobre 2022

1. “*per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato l’individuazione dei gravi illeciti professionali da parte dell’art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici ha carattere di «norma di chiusura», in cui gli illeciti ivi previsti hanno carattere «meramente esemplificativo», in grado di comprendere «ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata» dell’operatore economico «di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa», l’omessa dichiarazione della quale integra «in sé e per sé» l’ipotesi di illecito causa di esclusione dalla gara (sono richiamate le seguenti sentenze della III Sezione di questo Consiglio di Stato: 29 novembre 2018, n. 6787; 27 dicembre 2018, n. 7231; e della V, Sezione, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; 3 gennaio 2019, n. 72; 24 gennaio 2019, n. 586 e 25 gennaio 2019, n. 591)*” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28/ 08/ 2020, n. 16). [↑](#footnote-ref-1)
2. . T.A.R. Campania, sez. I, n. 1626 del 10.06.2022. [↑](#footnote-ref-2)
3. . Linee guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al d.lgs. 56 del 19.04.2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell’11 ottobre 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. . La sovrapposizione concettuale tra “contrarietà a norme imperative” e “illiceità” è condivisa in giurisprudenza (Cass. civ. Sez. I, 4 gennaio 1995, n. 118) dove si ritiene che l’illiceità si identifica con la contrarietà a norme imperative. Si tratta perciò di categorie giuridiche sostanzialmente analoghe. [↑](#footnote-ref-4)
5. . “*Lampada ai miei passi e luce sul mio cammino*” (Sal. 118, 105). [↑](#footnote-ref-5)
6. . Corte Costituzionale n. 115 del 7.04.2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. . Considerando 101 della Direttiva UE 2014/24 “*Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. 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. Tenendo presente che l’amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l’operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazio­ nale. Dovrebbero anche 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, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull’affidabilità dell’operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni”* e art. 57 co. 4 lett. c *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: … se 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*”. [↑](#footnote-ref-7)
8. . Corte di Giustizia del 19.06.2019 (sentenza del 19 giugno 2019, Meca S.r.l. c. Comune di Napoli, causa C-41/18): “*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*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. . ANAC, Atto di segnalazione n. 3 del 27.07.2022 “Concernente l’articolo 80, comma 5, lettere c, c-bis, c-ter e c-quater del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”: “*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*”. [↑](#footnote-ref-9)