**Lo stato dell’arte dei provvedimenti attuativi del codice**

**Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali[[1]](#footnote-1)**

**Sommario: 1. Introduzione. 2. I sei tipi di linee guida. 3. I 53 atti attuativi del codice e i regolamenti di organizzazione dell’ANAC. 4. In particolare i regolamenti di organizzazione dell’ANAC. - 5. Lo stato di attuazione del codice (al 30 novembre 2016). 6. Linee guida “cruciali”, *errata corrige*, decreto correttivo. 7. Il grave illecito professionale *ex* art. 80 c. 11 e le LG ANAC. 7.1.** Profili generali. **7.2.** Le singole ipotesi: la negligenza professionale. **7.3.** Le singole ipotesi: la turbativa di gara. **7.4.** I mezzi di prova. **7.5.** Profili transitori. **7.6.** Rilevanza temporale. **7.7.** Le linee guida dell’ANAC: ambito e natura giuridica.

**1. Introduzione**

Sentire le relazioni precedenti e in particolare quella dell’avv. Titomanlio, che lamenta la incomprensibilità tecnica di molte disposizioni del codice, mi fa pensare “mal comune, senza tuttavia nessun gaudio”.

Nutro anch’io più dubbi che certezze, e ho più domande che risposte.

In un mio precedente intervento ho osservato che il trasloco e la ricomposizione delle norme del vecchio codice nel nuovo insieme al recepimento delle direttive, spesso con la loro lingua europea estranea ai concetti giuridici nazionali, ha prodotto uno *shock* culturale e creato problemi di *jet lag* legislativo[[2]](#footnote-2).

Parto dal vostro titolo: “codice 50: ritroviamo il conto perduto”.

Mi viene in mente: “*nomen atque omen”.*

Codice 50 che arriva dopo 50 interventi legislativi di modifica del codice 163.

E che necessita di 50 atti attuativi.

In realtà, più di 50, 53 per essere precisi.

E sono 53 solo quelli espressamente previsti dal codice.

Poi ci sono le LG non vincolanti dell’ANAC.

Poi ci sono vari tipi di regolamenti di “organizzazione” dell’ANAC, li chiamo così in prima approssimazione, in realtà sono molto di più di regolamenti di organizzazione, come sto per dire.

Il tema del mio intervento è una ricognizione degli atti attuativi previsti, e un esame dello stato di attuazione della riforma.

Prima però, mi si consenta una panoramica sulla tipologia degli atti attuativi.

Mi asterrò da una dotta disquisizione sulla natura giuridica, regolamentare o meno, che richiederebbe un intero convegno.

Già molti autorevoli autori se ne sono occupati.

Rinvio agli scritti di Italia, Morbidelli, Cintioli, Deodato, ai pareri del Consiglio di Stato sullo schema di codice e sulle LG[[3]](#footnote-3).

In modo variegato è sostenuta ora la natura non regolamentare, ora quella regolamentare, e si è discusso se sussiste o meno il potere regolamentare in capo all’ANAC, e si sono affrontate le implicazioni di diritto costituzionale, di democrazia e tecnocrazia, di riparto delle competenza regolamentare tra Stato e Regioni.

E se e quando le LG ANAC verranno impugnate davanti al giudice amministrativo, perché sono atti impugnabili, sulla loro natura si pronuncerà il giudice, e prevedo che ci sarà più di un convegno IGI sul tema.

Qui però voglio evidenziare un immediato problema pratico che deriva dalla soluzione dogmatica sulla natura giuridica: le LG ANAC vengono pubblicate sul sito ANAC e poi, solo dopo, in GURI.

Da quando diventano giuridicamente conoscibili, da quando diventano vincolanti?

Si applica o no la *vacatio legis* di 15 giorni?

Da quando si produce l’effetto di abrogazione delle norme del regolamento 207/2010 lasciato (in parte) temporaneamente in vita fino alle LG (ex art. 217 codice)?

Si pensi alle LG vincolanti sul RUP, che, contrariamente a quanto prescritto dall’art. 207, codice, non operano la ricognizione delle disposizioni da esse sostituite.

Sicché non è chiaro se si possono ritenere abrogati gli artt. 9 e 10, d.P.R. n. 207/2010, e da che data, se quella di pubblicazione delle LG ANAC sul RUP sul sito ANAC, ovvero da quella successiva di pubblicazione delle medesime in GURI.

Altra questione, già messa in evidenza dai relatori che mi hanno preceduto, è quella dello “stile” delle linee guida, narrativo-discorsivo (uno *story telling* giuridico), ovvero prescrittivo-normativo.

**2. I sei tipi di linee guida**

E’ anche importante capire la tipologia degli atti attuativi, e la congruità con la delega; perché questo è il fondamento della legittimità costituzionale delle norme delegate che li prevedono.

Perché se le norme del codice che prevedono gli atti attuativi sono incostituzionali per eccesso di delega, le LG non vanno molto lontano, sono “giganti dai piedi d’argilla”.

La legge delega ha previsto tre tipi di atti attuativi, e ci sembravano troppi: LG ministeriali (art. 1, comma 5 legge delega); LG ANAC, vincolanti e non vincolanti.

Il codice ne prevede sei tipi, tre tipi ulteriori rispetto alla delega, che non c’erano nello schema di codice inviato ai pareri, sono sbocciate solo nel testo successivo, e non credo che ci fossero indicazioni nei pareri per la loro introduzione, sicuramente non in quello del Consiglio di Stato.

1) Vengono anzitutto in rilievo le LG ANAC sulla qualificazione degli operatori economici ex art. 83, “su parere delle commissioni parlamentari”. Un conto è dire che le LG, dopo la loro adozione, sono comunicate alle Camere (come prescrive la legge delega), un conto è dire che le LG ricevono il preventivo parere delle commissioni parlamentari.

Non è nella delega.

Forse (o senza forse) non è nemmeno nella Costituzione. Può un organo politico dare parere a un organo tecnico?

L’equilibrio costituzionale riposa sul contrario, è il tecnico che dà parere al politico, per illuminare con il sapere scientifico le scelte politiche.

Qui le scelte politiche illumineranno il sapere tecnico.

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice aveva suggerito una cosa diversa: aveva detto che la qualificazione incide sui diritti degli operatori economici, è materia sicuramente regolamentare, andava fatta con LG ministeriali su proposta ANAC, cosa che non avrebbe depotenziato l’ANAC, dato che il potere di proposta è giuridicamente un potere di predeterminazione del contenuto dell’atto finale.

2) Si tratta, in secondo luogo, delle LG ANAC sui PPPC, ex art. 181, c. 4; sono linee guida sui sistemi di monitoraggio in fase esecutiva dei PPPC, da rendere su parere del Ministro dell’economia e finanza Valgono gli stessi rilievi critici di cui sopra, in ordine a un organo politico - il Ministro dell’economia- che dà parere all’ANAC.

3) Infine, sono previste LG del MIT di carattere generale di interpretazione del codice, ex art. 214 comma 12: ma chi può interpretare la legge in modo vincolante se non la legge stessa?

L’art. 1, c. 5, legge delega, ha previsto che “*sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere*”.

I pareri del Consiglio di Stato (v. quello sullo schema di codice e quello sulle LG sul direttore dei lavori e dell’esecuzione) hanno interpretato tale previsione come fondamento della potestà regolamentare del MIT; in tale prospettiva LG “di carattere generale” significa norme generali e astratte, il generale si riferisce alla natura, non all’oggetto.

E’ la norma che fonda le LG MIT su direttore dei lavori e dell’esecuzione.

Invece, l’art. 214, c. 12 recita: “*Ai sensi dell'articolo* [*1, comma 5*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000824001ART13,__m=document) *della* [*legge 28 gennaio 2016, n. 11*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000824001ART0,__m=document)*, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice”.*

Che cosa sono le LG interpretative? Su che cosa, e con che effetto?

Se sono vincolanti, sono costituzionalmente illegittime. Solo la legge può interpretare la legge in modo vincolante.

Se non sono vincolanti, sono inutili, o intempestive, perché si sovrappongono alle competenze ANAC.

Per tutte e tre queste tipologie ritengo ci siano dubbi di incostituzionalità per eccesso di delega.

**3. I 53 atti attuativi del codice e i regolamenti di organizzazione dell’ANAC**

Tra linee guida e altro si possono individuare 53 atti attuativi, a cui vanno aggiunti i regolamenti di organizzazione con cui l’ANAC disciplina l’esercizio di propri compiti specifici:

- 15 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti;

- 16 atti dell’ANAC;

- 6 d.P.C.M.;

- 16 decreti di altri Ministri.

Si riportano in sintesi gli atti attuativi, il loro contenuto, l’articolo del codice che li prevede:

**DECRETI DEL MINISTRO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI**

1. art. 21, c. 8 (programmazione dei contratti pubblici)
2. art. 23, c. 3 (contenuto dei livelli della progettazione)
3. art. 23, c. 13, modalità e tempi della progressiva introduzione di modelli di progettazione elettronica
4. art. 24, c. 2 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
5. art. 73, c. 4 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
6. art. 77, c. 10 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
7. art. 81, c. 2 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
8. art. 84, c. 12 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
9. art. 89, c. 11 (individuazione delle opere superspecialistiche)
10. art. 102, c. 8 (modalità tecniche del collaudo)
11. art. 111, c. 1 (attività del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
12. art. 196, c. 4 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
13. art. 209, c. 16 (compensi degli arbitri)
14. art. 214, c. 3 (struttura tecnica di missione)
15. art. 214, c. 12 (linee guida di indirizzo sull’applicazione del codice).

**LINEE GUIDA E ALTRI ATTI DELL’ANAC**

1. art. 31 (compiti del RUP)
2. art. 36 (procedure dei contratti sotto soglia)
3. art. 38 (modalità attuative della qualificazione delle stazioni appaltanti)
4. art. 71 (bandi tipo)
5. art. 78 (requisiti per l’iscrizione nell’albo dei commissari di gara)
6. art. 80, c. 13 (mezzi di prova del grave illecito professionale)
7. art. 83 (qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori nei settori ordinari)
8. art. 83 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni)
9. art. 84 (rating di impresa)
10. art. 84 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione)
11. art. 84 (revisione straordinaria delle SOA e proposte revisione sistema attuale di qualificazione)
12. art. 110 (requisiti per la partecipazione a gare e esecuzione appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o altre procedure di soluzione crisi di impresa)
13. art. 177, c. 3 (verifica rispetto percentuale di esternalizzazione affidamenti da parte dei concessionari)
14. monitoraggio sulla fase di esecuzione dei PPPC (art. 181, c. 4)
15. art. 194 (criteri dell’albo stazioni appaltanti che fanno affidamenti *in house*)
16. art. 197 (requisiti di qualificazione del contraente generale)

**DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**

1. art. 22, c. 2 (opere soggette a dibattito pubblico)
2. art. 25, c. 13 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell’interesse archeologico)
3. art. 37, c. 5 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)
4. art. 38, c. 2 (elenco stazioni appaltanti qualificate)
5. art. 41, c. 1 (revisione accordi e convenzioni quadro)
6. art. 212, c. 5 (organizzazione della cabina di regia)

**DECRETI DI ALTRI MINISTRI**

1. art. 1, c. 7 MINESTERI (appalti all’estero)
2. art. 24, c. 2 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)
3. art. 25, c. 2 MIBAC (elenco soggetti qualificati)
4. art. 34, c. 1 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale)
5. art. 34, c. 3 MINAMBIENTE (percentuale CAM negli appalti)
6. art. 44, c. 1 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)
7. art. 103, c. 9 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)
8. art. 104, c. 9 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)
9. art. 144, c. 2 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)
10. art. 144, c. 5 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)
11. art. 146, c. 4 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)
12. art. 159, c. 4 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)
13. art. 185, c. 3 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)
14. art. 201, c. 2 DPR (approvazione PGTL)
15. art. 203, c. 1 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)
16. art. 215, c. 2 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici)

**Regolamenti di organizzazione dell’ANAC:**

1) regolamento sull’attività relativa al precontenzioso;

2) regolamento sul potere di raccomandazione vincolante;

3) regolamento sulla vigilanza;

4) regolamento su forme e metodi di consultazione e analisi e verifica di impatto (art. 213, c. 2);

5) regolamento sui procedimenti sanzionatori (art. 213, c. 13);

6) regolamento sui compiti dell’Osservatorio e modalità di trasmissione ad esso di dati e informazioni (art. 213, c. 9);

7) regolamento del personale;

8) regolamento sull’accesso agli atti;

9) il regolamento sulla gestione finanziaria (art. 1, c. 67, l. n. 266/2005).

**4. In particolare i regolamenti di organizzazione dell’ANAC**

Sui “regolamenti” dell’ANAC ci sono alcune criticità ulteriori.

Il codice del 2006 aveva dedicato un intero articolo, l’art. 8 all’autonomia organizzativa dell’Autorità di vigilanza, aveva previsto la tipologia dei regolamenti di organizzazione e contabilità, aveva indicato puntuali principi direttivi sui regolamenti di vigilanza e sanzionatori.

Nulla di tutto questo c’è nel nuovo codice.

Dove è affermata l’autonomia organizzativa dell’ANAC?

Non la si trova nemmeno nella legge che ha soppresso l’AVCP e ha trasferito i suoi compiti all’ANAC.

C’è un tenue appiglio, in virtù di una eterogenesi dei fini, nell’art. 213, comma 12, del codice, che recita “*Resta fermo quanto previsto dall'articolo* [*1, comma 67*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000170640ART1,__m=document)*,* [*legge 23 dicembre 2005, n. 266*](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000170640ART0,__m=document).”

Questa è la disposizione sul finanziamento dell’Autorità tramite il mercato, relativa al contributo che ogni operatore versa quando partecipa a una gara.

Ma in questa disposizione c’è una frase incidentale, che si riferisce all’autonomia organizzativa e finanziaria dell’Autorità: “*L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, (…)”*

Non so se questo tenue appiglio all’autonomia organizzativa sarà ritenuto sufficiente in un eventuale contenzioso sulle linee guida, ma allo stato è quello che c’è e occorre farselo bastare.

Il problema è se si possa ricondurre all’autonomia organizzativa la potestà di adottare regolamenti sulla vigilanza e sulle sanzioni, che hanno effetti esterni, senza una norma espressa che li preveda, o che fissi i principi.

Solo per le sanzioni, l’art. 213, c. 13, dice che “*Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza*.”

“*Con propri atti”.*

Che atti?

Per il codice “regolamento” è una parola tabù.

Ciò nonostante, continuerò a usare questa parola, perché a me sembra che l’atto che disciplina i procedimenti sanzionatori è un regolamento.

In ogni caso c’è un problema di fondo. Ed è che l’art. 213 c. 13 non fissa alcun criterio direttivo per “gli atti” che disciplinano il procedimento sanzionatorio. In un settore dove la riserva di legge è almeno relativa.

E allora il regolamento dovrebbe quanto meno attenersi ai principi della l. 689/1981, ma nel codice non è detto espressamente. L’art. 30, c. 8 che contiene una norma di chiusura, rinvia alla l. 241/1990 e al codice civile, non anche alla l. 689/1981.

Si pongono questioni pratiche di non lieve momento come quella dei termini massimi di esercizio del potere sanzionatorio e della prescrittibilità o meno dell’illecito amministrativo sanzionato dall’ANAC, e se sia o meno applicabile la regola generale sulla prescrizione quinquennale (art. 28, l. n. 689/1981).

Basta allora a reggere la legittimità di un regolamento sulle sanzioni il “combinato disposto” dell’art. 1, c. 67, l. n. 266/2005, che enuncia l’autonomia organizzativa senza declinarla, e dell’art. 213, c. 13, codice che demanda le sanzioni ad “atti” dell’ANAC, non meglio identificati, e senza principi e criteri direttivi?

Per la vigilanza la situazione è peggiore.

Il regolamento sulla vigilanza sinora adottato (l’ultimo del 2014) si fonda saldamente sui principi e criteri direttivi dell’art. 8 codice 163.

Il nuovo, in corso di emanazione, si fonda solo sull’art. 1 c. 67 l. n. 266/2005: un’autonomia organizzativa proclamata ma non declinata.

Eppure la vigilanza implica il potere di ispezione, che incide su diritti di rango costituzionale, l’inviolabilità del domicilio, l’inviolabilità della corrispondenza.

Forse qualche principio di legge andava stabilito, nel momento in cui si dà all’ANAC un potere ispettivo. La fonte primaria rinvia ai poteri di indagine previsti per gli accertamenti fiscali solo per la Guardia di Finanza. Ma in teoria le ispezioni possono farle anche i funzionari ANAC. Con che poteri? (art. 213, c. 5).

**5. Lo stato di attuazione del codice (al 30 novembre 2016)**

Ad oggi sono stati pubblicati nove atti attuativi.

Tuttavia il calcolo non è 53-9 ma 53-6, perché tre dei nove non rientrano nel computo dei 53.

Ma andiamo con ordine cronologico

Atti attuativi pubblicati:

1) d.m. MINAMBIENTE 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture;

2) d.m. MINGIUSTIZIA 17.6.2016 sugli onorari professionali;

3) d.P.C.M. 10.8.2016 sulla cabina di regia.

Questi tre decreti non sono stati sottoposti al parere del Consiglio di Stato.

Il d.P.C.M. sulla cabina di regia prevede una organizzazione e modalità di funzionamento sproporzionate per difetto rispetto ai compiti che ha per legge.

4) LG ANAC n. 1/2016 sui SIA; non si computano nei 53, non sono formalmente previste dal codice, rientrano nel potere generale dell’ANAC di emanare raccomandazioni non vincolanti ai sensi dell’art. 213.

5) LG ANAC n. 2/2016 sull’OEPV; non si computano nei 53, non sono formalmente previste dal codice. Mi riallaccio a quanto detto dall’avv. Conio su tali LG; aggiungo che imporre come criterio normale sempre quello dell’OEPV basato sul miglio rapporto qualità/prezzo con poche eccezioni può sembrare in alcune ipotesi sproporzionato sia rispetto ai vincoli di bilancio delle stazioni appaltanti, sia in ordine alla preparazione di esse per gestire tale complesso criterio. Senza qualificazione delle stazioni appaltanti il criterio non potrà funzionare. Ho inoltre riserve critiche sui modelli matematici per determinare l’OEPV (peraltro non previsti dalle direttive europee), che in concreto possono portare a risultati illogici e che non possono *in toto* sostituire il giudizio discrezionale umano di una commissione di gara. Inoltre l’uso di formule matematiche nuoce alla trasparenza e comprensibilità dell’operato della commissione e dunque alla giustiziabilità della scelta.

6) Provv. ANAC 5.10.2016 regolamento sul precontenzioso; non si computa nei 53, non è formalmente previsto dal codice.

7) LG ANAC n. 3/2016 sul RUP; sono LG vincolanti. Ho già detto del problema della sorte degli artt. 9 e 10 d.P.R. n. 207/2010. Sono abrogati in assenza di ricognizione? Condivido quanto detto dal relatore che mi ha preceduto, sulla non chiarezza, nel codice, in ordine al momento in cui va nominato il RUP e alla difficoltà pratica di nominarlo sin dal momento della programmazione.

7) LG ANAC n. 4/2016 sui contratti sotto soglia. Sono state qualificate dal parere del Consiglio di Stato come LG non vincolanti.

Condivido molte delle perplessità espresse dall’avv. Titomanlio sull’art. 36 del codice.

Ci sono i problemi di coordinamento con il richiamato art. 63 codice; io penso che sia un richiamo “tralatizio” dovuto alla ricopiatura delle disposizioni del vecchio codice, che per il sotto soglia richiamavano l’art. 57 (corrispondente all’attuale art. 63). Ma nel vecchio codice quel richiamo aveva un senso. Ora non ne ha nessuno, perché nell’art. 36 c’è già un *overwhelming* di procedure, con “i principi” del primo comma, “i procedimenti” del secondo comma, e il richiamo al procedimento dell’art. 63. Pur con i dubbi e le riserve già espresse dall’avv. Titomanlio, penso che il richiamo all’art. 63 non riguardi pure i presupposti di applicazione della procedura negoziata, perché ciò sarebbe illogico; basterebbe da solo l’art. 63 a dire quando si fa la negoziata senza bando, non occorrerebbe ribadirlo nell’art. 36. In ogni caso il Consiglio di Stato nel parere sulle LG sul sotto soglia, ha osservato che in sede di decreto correttivo il richiamo all’art. 63 andrebbe soppresso.

Altri problemi si pongono nel coordinamento tra art. 36 e art. 157 per gli incarichi di progettazione sotto soglia. Anche l’art. 157 contiene un eccesso di procedura, dettando in parte regole procedurali autonome, in parte richiamando l’art. 36; inoltre l’art. 157 contiene una illogicità irrisolvibile a legislazione invariata, relativa agli affidamenti di importo pari o superiore a 100.000 euro per i quali si consentono solo la procedura aperta e ristretta, laddove per gli incarichi di progettazione di importo pari o superiore alle soglie europee sono consentite pure le altre procedure.

Osservo, infine, che l’art. 36 si applica pure nei settori speciali per gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, sicché, rispetto al vecchio codice, non si applicano più le procedure dei settori speciali con semplificazioni, ma procedure comuni ai settori ordinari.

Ulteriore questione attiene all’obbligo di motivazione che le LG impongono per la scelta della procedura dell’art. 36, c. 2, lett. a), per affidamenti diretti fino a 40.000 euro. Imporre una motivazione per la scelta di una procedura che il codice considera “libera”, appare eccessivo, e fermo, ovviamente, l’obbligo di motivare la scelta dell’aggiudicatario.

9) LG ANAC n. 5/2016 sui commissari di gara. Sono LG vincolanti.

Sono uno dei punti chiave della riforma.

Ma non sono operative.

Rinviano a un regolamento di organizzazione dell’ANAC, che viene a sua volta subordinato al D.M. MIT che fisserà le tariffe di iscrizione all’albo dei commissari.

E sarà il regolamento ANAC, poi, a dire quando in concreto inizierà a operare il sistema e cesserà la fase transitoria.

Dunque un pezzo chiave della riforma degli appalti è differito di almeno nove mesi.

Tali LG affrontano, *praeter legem*, il tema della seduta pubblica o riservata, anche su sollecitazione del Consiglio di Stato. Il codice non ha disciplinato tale aspetto, che ha occupato, nel vigore della disciplina previgente, la plenaria.

C’è da chiedersi se sia sufficiente una disciplina nelle LG o non occorra un intervento correttivo del codice.

Sono in dirittura d’arrivo altri sette atti attuativi, di questi cinque rientrano nel computo dei 53.

10) Linee guida ANAC su illeciti professionali ex art. 80, c. 5, sono LG non vincolanti; ne tratterò nella seconda parte di questo intervento.

11) LG ANAC su forniture infungibili e prevenzione del c.d. *lock in* ex art. 63; non rientrano nel computo dei 53.

12) e 13) 2 LG MIT (sul direttore dei lavori e sul direttore dell’esecuzione del contratto).

Il parere del Consiglio di Stato ha rilevato molti aspetti critici:

a) a partire dalla veste formale; che non può essere discorsiva-narrativa, ma deve essere prescrittiva;

b) se è un regolamento, poi, non può ricopiare le norme primarie con duplicazione e talora diversificazione delle fonti;

c) se è un atto MIT su proposta ANAC, occorre che vi sia una fusione tra i due atti, e non che restino separati;

d) le LG relative al DEC disciplinano anche il “collaudo” per servizi e forniture. Ma manca la norma primaria attributiva del potere: non c’è nell’articolo del codice sul direttore dei lavori/direttore dell’esecuzione, non c’è nell’articolo del codice sul collaudo. Inoltre la previgente disciplina regolamentare è stata abrogata senza riproduzione e senza previsione di un regime transitorio.

*Quid iuris*?

E’ una dimenticanza non voluta del codice? O l’omissione è voluta in nome della semplificazione?

Nelle more, secondo il parere del Consiglio di Stato, si applica il codice civile, ai sensi della norma di chiusura dell’art. 30 comma 8 codice.

Valuterà il Governo in sede di correttivo se lasciare il collaudo per servizi e forniture al codice civile, o dare copertura primaria alle linee guida.

14) Il d.m. MIT sui requisiti dei progettisti ex art. 23.

15) Il d.m. MIT sulle opere superspecialistiche ex art. 89, c. 11.

16) Il regolamento ANAC sulla vigilanza, ivi compresa la c.d. vigilanza dinamica mediante raccomandazione vincolante; non rientra nel computo dei 53.

Su tale regolamento è in corso di redazione il parere del Consiglio di Stato. L’istituto delle raccomandazioni vincolanti è stato già esaminato dalla dottrina[[4]](#footnote-4) che ha rilevato molteplici criticità dell’istituto, che sintetizzo:

- sua natura giuridica e portata del vincolo per la p.a. (solo coazione indiretta mediante le sanzioni e la penalizzazione sulla reputazione, o anche coazione diretta?);

- riconducibilità o meno al paradigma dell’autotutela ex art. 21-*novies*, l. n. 241/1990, con quel che ne consegue in ordine alla necessità o meno che oltre al presupposto della violazione di legge vi sia il presupposto dell’interesse pubblico concreto e attuale all’annullamento e che sia rispettato un termine massimo ragionevole;

- rapporto tra raccomandazione vincolante e autotutela di derivazione comunitaria di cui agli artt. 108 e 176 del codice;

- il contraddittorio davanti all’ANAC, con la sola stazione appaltante o anche con il beneficiario del provvedimento illegittimo e i controinteressati;

- il rapporto tra raccomandazione vincolante e parere precontenzioso;

- la giustiziabilità, oltre che della raccomandazione vincolante e dell’autotutela a valle di essa, anche del diniego di raccomandazione o del diniego di autotutela opposto dalla stazione appaltante nonostante la raccomandazione vincolante.

Se non si riaffermerà che l’autotutela resta discrezionale e non diventa doverosa nemmeno a seguito di raccomandazione vincolante, e che dunque il relativo diniego resta non giustiziabile, vi è il concreto rischio di una inflazione, anziché deflazione, del contenzioso, perché si riapriranno i tempi di impugnazione su atti definitivi per i quali il rito appalti prevede termini stringati di ricorso.

Di tali atti attuativi non sono specificamente previsti dal codice e dunque non si computano nei “53 atti attuativi” le LG su SIA, OEPV, art. 63, nonché il regolamento sul precontenzioso e quello sulla vigilanza.

Dunque in totale: 6 atti attuativi pubblicati + 5 *in itinere*= 11

53-11: 42.

Mancano all’appello alla data odierna (30.11.2016) 42 atti attuativi.

I pareri del Consiglio di Stato sono:

Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso su tre LG ANAC: RUP, OEPV, SIA;

Id., 13.9.2016 n. 1903 reso sulle LG ANAC sui contratti sotto soglia;

Id., 14.9.2016 n. 1919, reso sulle LG ANAC sui commissari di gara;

Id., 14.9. 2016 n. 1920, reso sul regolamento ANAC relativo al precontenzioso;

Cons. St., sez. affari normativi, 20.10.2016 n. 1677 sul d.m. per le opere supespecialistiche ex art. 89, c. 11, codice;

Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 3.11.2016 n. 2282, sul d.m. recante linee guida per il direttore dei lavori e il direttore dell’esecuzione del contratto;

Id., 3.11.2016 n. 2284, sulle linee guida ANAC relative agli affidamenti a fornitore/prestatore infungibile ai sensi dell’art. 63 codice;

Id., 3.11.2016 n. 2285, sul d.m. relativo ai requisiti degli operatori partecipanti alle gare per l’affidamento dei SIA;

Id., 3.11.2016 n. 2286 sulle LG ANAC relative al grave illecito professionale ex art. 80, c. 5, lett. c), codice.

Id., 3.11.2016 n. 2286, sulle linee guida ANAC relative al grave illecito professionale ai sensi dell’art. 80, c. 5, codice.

**6. Linee guida “cruciali”, *errata corrige*, decreto correttivo**

Delle LG tre hanno importanza cruciale: commissari di gara, qualificazione delle stazioni appaltanti, qualificazione degli operatori economici.

Senza queste, non si può cogliere il tasso di innovazione del codice rispetto al passato.

Correzioni del codice.

E’ stato pubblicato un *errata corrige* a luglio 2016: con 185 correzioni di errori “materiali”.

Decreto correttivo.

Senza discutere di impianto sistematico del codice, di scelte di fondo fatte, che sono scelte politiche che il tecnico deve rispettare, va detto che ci sono molti errori tecnici che creano dubbi applicativi e sono forieri di contenzioso.

Segnalo gli aspetti più eclatanti seguendo la ipotetica sequenza del procedimento.

1) Programmazione: abolita *in toto* la vecchia disciplina, la nuova rinvia a un d.m. e detta un regime transitorio “autonomo” (artt. 21 e 216 c. 3 codice), senza lasciare in vita la vecchia disciplina; ci sono alcuni buchi di contenuto che incidono su cosa si mette negli atti di programmazione. Inoltre sono stati lasciati in vita, ma sono o una duplicazione inutile o in contrasto con il nuovo codice l’art. 1 c. 505 l. n. 208/2015 (programmazione per servizi e forniture) e il il d.m. 24 ottobre 2014 (schema tipo per gli atti di programmazione dei lavori pubblici).

2) Comunicazioni telematiche, operative da ottobre 2018, ma nelle more manca una norma transitoria che indichi quali altre forme di comunicazione si possono utilizzare (artt. 40, c. 2 e 53, c. 1 codice; art. 90 par. 2 direttiva 2014/24).

3) Pubblicità degli atti di gara: l’abolizione di quella sulla stampa quotidiana (inutile e costosa) non è ancora operativa, è stata differita, per ora, a gennaio 2017 (art. 216, c. 11), salve ulteriori proroghe e inoltre il d.m. che disciplinerà per il futuro le forme di pubblicità potrà ancora prevedere quella sulla stampa quotidiana (art. 73, c. 4); si prevede l’abolizione della pubblicità dei bandi in GURI, per creare la piattaforma ANAC, ma intanto tutto prosegue come è.

4) Banca dati operatori economici: da istituire presso il MIT (art. 81), mentre esiste già presso l’ANAC (art. 216, c. 13) e non si comprende né il perché questo cambiamento, né che fine farà la banca dati ANAC.

5) Progettazione interna ed esterna; lo *story telling* è che la p.a. si riappropria del governo della progettazione; ma non c’è un ordine di priorità a favore della progettazione interna (art. 24), che anzi è disincentivata (essendo stato abolito l’incentivo di progettazione, previsto per altre funzioni tecniche ma non per la progettazione ex art. 113).

6) Altro *story telling*: chi progetta non esegue chi esegue non progetta; ma con molte deroghe, v. art. 59, c. 1, e soprattutto l’escamotage del PPPC atipico (art. 180, c. 1) che consente di affidare all’esecutore dei lavori tutti i livelli della progettazione.

E che accade nelle concessioni? Che livello di progettazione si può affidare al concessionario? L’art. 59 sottrae le concessioni al divieto di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione; ma nulla ci dicono l’art. 164 e ss. sui livelli di progettazione affidabili al concessionario.

Anzi, se leggiamo la definizione di concessione nell’art. 3, lett. uu), codice si parla di sola “esecuzione”, perché il recepimento comunitario è stato incompleto. La direttiva 2014/23, nel definire la concessione come “affidamento dell’esecuzione di lavori” poi definisce l’esecuzione, come comprensiva anche della progettazione; cosa che non fa la definizione nazionale.

E ancora, a proposito di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, che è un appalto misto di servizi e lavori, occorre chiedersi cosa significhi, nel suo significato letterale, e che impatto sistematico abbia, l’art. 28, c. 13, a tenore del quale: “*Le stazioni appaltanti ricorrono alle procedure di cui al presente articolo solo nei casi in cui l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori, prevedendo la messa a gara del progetto esecutivo”*.

Significa forse che è sempre ammesso l’appalto integrato, in deroga all’art. 59 comma 1?[[5]](#footnote-5).

7) Il DURC: in fase di gara lo acquisisce ancora d’ufficio la stazione appaltante, e dunque valgono ancora le plenarie sull’impossibilità, nei contratti di appalto, del c.d. preavviso di DURC negativo? O invece lo devono produrre gli operatori? Il dubbio sorge dalla lettura dell’art. 86, comma 2, lett. b): “*Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80:*

*b) per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva”.*

Soprattutto, quale è il DURC negativo rilevante? In fase di gara, è causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura la commissione di “*violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento* (…) *dei contributi previdenziali*” (art. 80, c. 4, d.lgs. n. 50/2016). Ma costituiscono “*violazioni gravi*” non più quelle ostative al rilascio del DURC ai sensi dell’art. 8 d.m. 24 ottobre 2007 (vale a dire gli omessi versamenti con scostamenti superiori al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento superiore ad euro 100,00), bensì “*quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva* ( DURC) *di cui all’art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e della politiche sociali 30 gennaio 2015*” (art. 80, c. 4, d.lgs. n. 50/2016), vale a dire le violazioni anche di natura penale elencate nell’allegato A al d.m. 30 gennaio 2015; non vi è infatti coincidenza di contenuto tra il previgente art. 8, d.m. 24 ottobre 2007 e l’art. 8 d.m. 30 gennaio 2015 ora richiamato dall’art. 80, c. 4 d.lgs. n. 50/2016 (l’art. 8, d.m. 24 ottobre 2007 corrisponde invece all’art. 3, d.m. 30 gennaio 2015, che non è richiamato dall’art. 80, c. 4, d.lgs. n. 50 /2016).

Si tratta di refuso materiale o di scelta consapevole?

8) E’ poi prevista l’applicazione facoltativa dell’art. 80 per gli enti aggiudicatori dei settori speciali che non sono amministrazioni aggiudicatrici (art. 136); qui si tratta di una scelta consapevole, non di un errore tecnico, ma di una scelta discutibile alla luce dei principi di delega. Il Consiglio di Stato nel parere reso sulle LG relative al grave illecito professionale ha fatto una segnalazione al Governo.

9) L’art. 80 c. 10 ha omesso, per evidente errore materiale, il recepimento della norma comunitaria relativa alla durata massima della causa ostativa per illeciti diversi dai reati. Nel silenzio del codice deve trovare applicazione diretta il diritto europeo, che pone un limite di tre anni dal fatto. E’ un limite che in concreto può essere troppo breve, in particolare per la rilevanza ostativa dei gravi illeciti professionali, che a tre anni dal fatto potrebbero non essere ancora accertati, e su cui forse si giustificherebbe una disciplina nazionale con *gold plating.*

10) Il combinato disposto degli artt. 80 e 105, in relazione al subappalto con terna necessaria, pongono un problema di compatibilità comunitaria, se interpretati nel senso che non è possibile la sostituzione del subappaltatore privo dei requisiti, e va disposta l’esclusione del concorrente principale.

9) Il momento della verifica dei requisiti generali e speciali. La verifica può avvenire in qualsiasi momento, secondo il diritto europeo. Non c’è più, nel codice, il controllo a campione. Ma c’è la “fase di verifica dei requisiti”, al fine della immediata impugnazione di esclusioni e altrui ammissioni. Che verifica è? Delle sole autodichiarazioni mediante DGUE, o interrogando per tutti i concorrenti la banca dati? Se la verifica si fa su tutti i concorrenti si allungano i tempi della procedura in modo diseconomico.

10) Le offerte anomale (art. 97). La disciplina presenta molti errori tecnici. C’è stato un comunicato del Presidente ANAC in funzione interpretativa-correttiva. Ma il comunicato è fonte del diritto? E’ sufficiente a rimediare agli errori del codice? Probabilmente no.

11) Presentazione delle offerte. In caso di difformità tra il prezzo espresso in lettere e quello espresso in cifre, quale prevale? La plenaria aveva detto che prevale quello in lettere basandosi sul regolamento 207/2010; e disattendendo la diversa norma del regolamento contabilità di Stato che dice che si sceglie il prezzo più vantaggioso per la p.a. Ora il regolamento 207/2010 non c’è più e rimane in vita il regolamento di contabilità di Stato. Significa che non prevale più il prezzo in lettere, ma quello più vantaggioso per la p.a.?

12) Sedute di gara pubbliche e riservate: si è già detto che il codice omette ogni disciplina sul punto.

13) Risoluzione- autotutela ex artt. 108 e 176, sono dettate due discipline diverse di recepimento di identiche prescrizioni comunitarie. Non è chiaro se per la risoluzione ex art. 108 si applichino o meno i termini per l’autotutela previsti dall’art. 21-*novies* l. n. 241/1990, in mancanza di una deroga espressa che c’è invece nell’art. 176; sembra prevista la doverosità dell’autotutela nell’art. 176. Abbiamo sentito il dott. Rangone parlarci della giurisprudenza della C. giust. UE sulla tutela dell’affidamento. Mi chiedo se non costituisca un *gold plating* non consentito imporre come doverosa l’autotutela nelle concessioni a prescindere da un giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco che tenga conto anche della tutela dell’affidamento del privato incolpevole.

14) Collaudo per servizi e forniture. Si è già detto dell’omessa previsione di una norma primaria che demandi la disciplina attuativa alle linee guida (artt. 102 e 111).

15) Concessioni

Una prima questione è quali sono i criteri di aggiudicazione, e come si conciliano l’art. 164 c. 2 che rinvia ai criteri di aggiudicazione della parte II, e dunque all’art. 95 e l’art. 173, che disciplina i criteri “in deroga all’art. 95”.

Una seconda questione è quali sono le “procedure di evidenza pubblica” che si applicano alle gare del concessionario che è soggetto privato, che abbia l’obbligo di esternalizzare l’80%.

L’art. 164 dice che si applicano solo le norme della parte III (come diceva il codice del 2006).

Ma non ci sono norme della parte III sulle gare del concessionario privato (mentre c’erano nel codice del 2006), c’è solo l’obbligo di esternalizzare con “procedure di evidenza pubblica”.

Ma con quali regole?

Il vecchio codice lo diceva, imponendo forme di pubblicità del bando e termini minimi per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte; anzi per un periodo sono state vigenti norme secondo cui il concessionario, quanto all’obbligo di esternalizzare, deve agire come amministrazione aggiudicatrice, ossia con le stesse regole di evidenza pubblica.

Senza arrivare a imporre al concessionario privato l’applicazione di regole puntuali di evidenza pubblica proprie delle amministrazioni aggiudicatrici, qui però difettano pure i soli “principi” di evidenza pubblica.

Ulteriore questione è che un conto, poi, è l’obbligo del concessionario di esternalizzare anche forniture, oltre che servizi e lavori, un conto è aver previsto le “concessioni di forniture” che non sembrano esistere.

In una delle relazioni che mi hanno preceduto si sono evidenziati i profili critici della disciplina del subappalto recata dall’art. 105.

Le stesse criticità non sembrano esserci per la disciplina del subappalto nelle concessioni (art. 174), per il quale sono dettate regole in parte autonome, e in parte è operato un rinvio chirurgico all’art. 105.

Ma non sono richiamate né le disposizioni che esigono che il subappalto sia previsto nel bando, né quelle sui limiti di importo massimo del subappalto, né quelle che prevedono l’esclusione del contraente principale in caso di terna obbligatoria e di mancanza dei requisiti in capo ai subappaltatori della terna.

C’è però una questione di fondo sulla nozione stessa di subappalto per le concessioni, che nel diritto comunitario è un affidamento di lavori, ossia una esternalizzazione. Occorre tracciare la linea di confine tra subappalto del concessionario e suoi obblighi di esternalizzazione.

16) Non mi dilungo sull’ampio novero di norme rimaste extravaganti rispetto al codice, che andrebbero abrogate espressamente ovvero coordinate con il codice; per alcuni esempi rinvio a un mio precedente scritto[[6]](#footnote-6).

**7. Il grave illecito professionale ex art. 80 c. 11 e le LG ANAC**

**7.1. Profili generali**

La stazione appaltante esclude l’operatore quando 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 (art. 80, c. 5, lett. c).

Nella previgente disciplina si dava rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell’esecuzione di precedenti contratti con la medesima stazione appaltante, e, dall’altro lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse stazioni appaltanti[[7]](#footnote-7).

Nella nuova disciplina la previsione ha una portata molto più ampia, in quanto, da un lato, non si opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, e, dall’altro lato, non si fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale, ma, più in generale, all’illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall’errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente[[8]](#footnote-8), ma anche in fase di gara (le false informazioni, l’omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale).

In verità già la giurisprudenza formatasi nella previgente disciplina aveva dato una lettura allargata dell’”errore professionale”, ritenuto comprensivo di qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto alle violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore[[9]](#footnote-9).

Si richiede però che l’illecito professionale sia grave, e tale da rendere dubbia l’integrità o affidabilità del concorrente, e ne viene fornita una prima casistica, suscettibile di implementazione con linee guida dell’ANAC. La casistica deve ritenersi esemplificativa e non tassativa.

La integrità va intesa come moralità professionale e l’affidabilità come reale capacità tecnica- professionale (Così le LG ANAC).

Stando alla descrizione casistica contenuta nell’art. 80, c. 5, lett. c), l’illecito professionale non è necessariamente di tipo civilistico, potendosi trattare anche di un illecito penale (turbativa di gara, peraltro già rilevante secondo l’art. 80, c. 1), o di un illecito amministrativo (p.es. illecito antitrust), con la peculiarità che l’illecito penale, per rilevare ai sensi dell’art. 80, c. 1, presuppone una condanna passata in giudicato, mentre tale requisito non rileva ai fini della causa di esclusione dell’art. 80, c. 5, lett. c).

Già nel vigore della precedente disciplina, del resto, si era ritenuto che l’illecito professionale potesse essere integrato da condotte aventi al contempo rilevanza civile e penale. Si era infatti già affermato che “*la legge non esclude che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini della sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), codice del 2006, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla precedente lett. c). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato alternativamente o cumulativamente, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lett. c) e lett. f), non rinvenendosi nel sistema contrattualistico pubblico alcun divieto alla sussumibilità delle fattispecie di reato nella categoria del grave errore professionale e, per converso, alcuna riserva del penalmente sensibile alla categoria della moralità professionale strettamente intesa. Ne discende che ciò che rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 38, c. 1, lett. f), codice 2006, è solo che un determinato fatto, quantunque avente qualificazione penale, possa essere forma di manifestazione di un grave errore professionale, prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato, come è invece previsto dalla precedente lett. c)”[[10]](#footnote-10).*

Si tratta in ogni caso di condotte che minando l’integrità e l’affidabilità del concorrente alterano il rapporto di fiducia con la stazione appaltante[[11]](#footnote-11).

**7.2. Le singole ipotesi: la negligenza professionale**

Nell’ambito della casistica del grave illecito professionale rientra anzitutto una ipotesi sovrapponibile a quella previgente della negligenza o errore professionale.

Si fa infatti riferimento alle 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.

L’art. 80 c. 5, lett. c), codice fa riferimento alle “significative carenze”, non anche alle carenze “persistenti”.

L’art. 57, par. 4, lett. f), direttiva 2014/24, fa riferimento a “significative *o* persistenti carenze”.

E’ allora chiaro che per il diritto comunitario l’inadempimento non deve essere contemporaneamente significativo e persistente, potendo essere alternativamente significativo o persistente.

A sua volta il codice laddove fa riferimento solo alla “significativa carenza” include implicitamente anche l’ipotesi di inadempimento persistente, ossia reiterato, che è tuttavia uno dei casi di inadempimento significativo, ma non esaurisce l’intera casistica. Infatti anche un inadempimento singolo, non reiterato, può essere da solo “significativo” se di particolare gravità.

In conclusione l’inadempimento significativo è solo quello reiterato: un singolo inadempimento può di per sé essere significativo se di particolare gravità.

Non si deve trattare necessariamente di un precedente contratto con la stessa stazione appaltante.

L'elemento, che caratterizza tale causa ostativa è il pregiudizio arrecato, a causa della negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali, alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre *ex ante* nell'impresa alla quale affidare un servizio di interesse pubblico ed include, di conseguenza, presupposti squisitamente soggettivi, incidenti sull'immagine della stessa agli occhi della stazione appaltante[[12]](#footnote-12).

Nella previgente disciplina si riteneva che la negligenza o mala fede nel precedente rapporto contrattuale non dovessero necessariamente essere state oggetto di accertamento in sede giurisdizionale[[13]](#footnote-13).

Questo è nella nuova disciplina valido solo in parte.

Infatti si richiede che la carenza nell’esecuzione abbia condotto alla risoluzione anticipata, che o non è stata contestata in giudizio, ovvero è stata confermata in giudizio, o ha dato luogo a risarcimento del danno o altre sanzioni.

Sicché, solo se la risoluzione anticipata non è stata contestata in giudizio, non è necessario, per l’accertamento della negligenza, che vi sia una sentenza.

Diversamente, occorre che vi sia un accertamento giudiziale che confermi la risoluzione del contratto. Si può trattare anche di un giudizio di tipo arbitrale.

Così come può avere rilevanza una definizione transattiva della lite sulla risoluzione.

In alternativa alla risoluzione del contratto, la carenza nell’esecuzione può aver dato luogo a risarcimento o altre sanzioni, ad es. l’applicazione di penali o l’escussione delle garanzie di esecuzione.

La sola applicazione di una clausola penale non è ovviamente di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta.

Si noti che nei casi più gravi l’inadempimento contrattuale può costituire reato ai sensi degli artt. 355 e 356 c.p., e in tal caso la condanna definitiva è causa di esclusione in base all’art. 80, c. 1, codice.

Mentre si pone il problema se la condanna non definitiva, che non rileva ai sensi dell’art. 80 c. 1, possa rilevare ai sensi del c. 5, il che può accadere se essa contenga una condanna al risarcimento del danno.

In sintesi, l’art. 80, c. 5, lett. c), in combinato con il c. 13, demanda alle LG il solo compito di individuare la casistica delle significative carenze nell’esecuzione di precedenti contratti; ma indica già in modo compiuto e tassativo un indice di riconoscimento delle “significative carenze”, ancorato agli effetti giuridici che si sono prodotti, e che sono i seguenti: risoluzione anticipata del contratto, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero una condanna al risarcimento del danno o l’applicazione di altre sanzioni. Possono essere considerate come “altre sanzioni”, l’incameramento delle garanzie di esecuzione o l’applicazione di penali.

Se, pertanto, in relazione ad un pregresso contratto, non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata “definitiva” (perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale “inadempimento contrattuale” non assurge, per legge, al rango di “significativa carenza”.

Si tratta, evidentemente, di una semplificazione “a fini probatori”, in quanto se non si sono prodotti tali effetti tipizzati, e ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato “significativo”.

La valutazione sulla gravità dell’illecito professionale sotto il profilo della “significativa carenza” è rimessa al motivato apprezzamento della stazione appaltante.

E’ necessaria una motivazione rigorosa sulla sussistenza sia della significativa carenza, sia delle conseguenze di essa, quali la risoluzione anticipata, il risarcimento del danno, le altre sanzioni, mentre non occorre una motivazione specifica se non si procede all’esclusione[[14]](#footnote-14).

Resta solo parzialmente valida la precedente elaborazione della giurisprudenza secondo cui la valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti riservata al giudizio della stazione appaltante è sindacabile in giudizio solo se affetta da vizi di travisamento, illogicità, irragionevolezza[[15]](#footnote-15). Infatti alla valutazione della gravità dell’illecito professionale, si aggiunge ora un dato di carattere oggettivo, ossia l’esservi stata una risoluzione anticipata del contratto, non contestata in giudizio o confermata in giudizio, ovvero altra conseguenza quale il risarcimento o altre sanzioni.

Secondo quanto statuito dalle sezioni unite della Corte di cassazione, in tema di contenzioso per l’esclusione da gara di appalto per pregressa negligenza professionale, la decisione di esclusione per “deficit di fiducia”, è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del “punto di rottura dell’affidamento” nel pregresso e/o futuro contraente. Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto ab estrinseco, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall’appaltante come ragione di rifiuto[[16]](#footnote-16).

Sotto tale angolazione è legittimo, alla stregua del sistema normativo, il provvedimento che esclude il concorrente, richiamando, *per relationem*, il provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa amministrazione abbia provveduto alla rescissione del contratto sulla scorta di ritenuti e ripetuti inadempimenti contrattuali[[17]](#footnote-17), purché si provi anche che la risoluzione anticipata non è stata contestata ovvero, in caso di contestazione, è stata confermata in giudizio.

Come non è indispensabile che l’inadempimento grave in precedenti contratti sia stato accertato in sede giurisdizionale, così, specularmente, deve ritenersi insussistente l’obbligo di automatica esclusione in presenza di inadempimenti, anche se accertati in sede giudiziale, ove l’amministrazione non ritenga tali inadempimenti gravi[[18]](#footnote-18).

In sintesi, al fine dell’esclusione occorre sia la gravità dell’inadempimento sia l’avvenuta risoluzione del contratto in cui l’inadempimento si è verificato o altra conseguenza sanzionatoria (risarcimento, penali)[[19]](#footnote-19).

Secondo l’Autorità è illegittima l’esclusione disposta sulla base di vicende delle quali sia obiettivamente verificabile la modesta lesività[[20]](#footnote-20).

Anche secondo la C. giust. UE, l’art. 45, par. 2, c. 1, lett. d), direttiva 2004/18/CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ai sensi della quale sussiste un errore grave in materia professionale, che conduce all’esclusione automatica dell’operatore economico in questione da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso, quando, per circostanze imputabili a tale medesimo operatore economico, l’amministrazione aggiudicatrice ha risolto o denunciato un precedente contratto di aggiudicazione di un appalto pubblico con il suddetto operatore, o si è ritirata dal medesimo, qualora tale risoluzione, denuncia o ritiro del contratto siano avvenuti nei tre anni precedenti l’avvio della procedura in corso ed il valore dell’appalto pubblico precedente non realizzato ammonti ad almeno il 5% del suo valore globale. I principi e le norme del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici non giustificano che, per la tutela dell’interesse pubblico e dei legittimi interessi delle amministrazioni aggiudicatrici nonché per il mantenimento di una concorrenza leale tra operatori economici, una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, imponga a un’amministrazione aggiudicatrice di escludere automaticamente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico un operatore economico in un’ipotesi come quella considerata dalla risposta alla prima questione pregiudiziale. In sintesi la C. giust. UE interpreta la causa di esclusione dell’errore grave in materia professionale nel senso che la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell’operatore economico in questione che denota un’intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua. Pertanto, qualsiasi esecuzione non corretta, imprecisa o carente di un contratto o di una parte dello stesso può eventualmente dimostrare una competenza professionale limitata dell’operatore economico in questione, ma non equivale automaticamente a un errore grave. Inoltre l’accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, lo svolgimento di una valutazione specifica e concreta dell’atteggiamento dell’operatore economico interessato.

Per l’effetto è stato ritenuto incompatibile con la direttiva 2004/18/CE il diritto polacco che stabilisce *ex ante* cosa si intende per errore grave prescindendo da ogni indagine sull’elemento soggettivo e che impone alle stazioni appaltanti una esclusione automatica quando ricorrono i presupposti legali[[21]](#footnote-21).

Al di fuori del codice dei contratti pubblici, l’art. 68, r.d. n. 827/1924, continua a prevedere la possibilità che la stazione appaltante adotti un provvedimento di esclusione da tutte le future gare, dei contraenti resisi colpevoli di negligenza o malafede in precedenti contratti.

Della norma la giurisprudenza, prima dell’entrata in vigore del codice, ha ritenuto la perdurante vigenza per gli appalti di forniture, essendo richiamata dall’art. 11, d.lgs. n. 385/1992[[22]](#footnote-22).

Peraltro, il codice dei contratti pubblici non richiama più tale art. 68, sicché si deve ritenere la norma inapplicabile dopo il codice[[23]](#footnote-23).

In ogni caso, della norma va data una lettura coerente con il diritto comunitario e con le norme in materia di procedimento amministrativo; sicché l’esclusione da tutte le future gare, deve essere motivata e rispondente al principio di proporzionalità, anche in ordine alla durata del provvedimento di esclusione.

Inoltre, nell’ottica di un’interpretazione conforme al diritto comunitario, il provvedimento di esclusione da un numero indeterminato di future gare è legittimo a condizione che valga come linea guida per l’amministrazione, la quale in ciascuna singola gara deve valutare autonomamente i fatti che hanno determinato il provvedimento generale, al fine dell’esclusione caso per caso da ciascuna gara[[24]](#footnote-24).

**7.3. Le singole ipotesi: la turbativa di gara**

L’ulteriore casistica contenuta nell’art. 80, c. 5, lett. c) prevede quattro condotte, tutte però riconducibili al *genus* turbativa di gara.

Si menzionano infatti:

a) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante;

b) il tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; c) il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;

d) l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

In tal modo, acquistano rilevanza illeciti professionali commessi durante la fase di gara, laddove la negligenza in fase esecutiva afferisce alla condotta tenuta durante la fase di esecuzione del contratto[[25]](#footnote-25).

Tali condotte possono acquisire rilevanza al fine dell’esclusione dalla gara in cui sono poste in essere, ma possono acquisire rilevanza pure se poste in essere in precedenti gare, e dimostrabili, ad esempio, mediante una condanna penale per turbativa di gara, ovvero una iscrizione nel casellario dell’Autorità per false informazioni in gara.

Va evidenziato che le condotte che costituiscono turbativa di gara, si deve rilevare che esse possono dare luogo anche a illecito penale, e segnatamente a uno dei reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354 c.p., che costituiscono, se risultanti da condanne penali definitive, causa di esclusione ai sensi dell’art. 80, c. 1, del codice. Laddove la condanna non sia definitiva, possono invece acquisire rilevanza come causa di esclusione ai sensi dell’art. 80, c. 5, lett. c).

**7.4. I mezzi di prova**

Quanto ai mezzi di prova del grave illecito professionale, giova ricordare che la giurisprudenza formatasi nella disciplina previgente aveva ritenuto possibile che la stazione appaltante chiedesse ai concorrenti di dichiarare le precedenti risoluzioni contrattuali nei loro confronti, anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti, diverse da quella che ha bandito la gara[[26]](#footnote-26), rientrando nel dovere di dichiarazione completa sui requisiti generali anche l’onere di indicare eventuali pregresse risoluzioni[[27]](#footnote-27).

Questo valeva come “autodichiarazione”. La stazione appaltante poteva poi con ogni mezzo provare la sussistenza dell’illecito professionale secondo quanto testualmente disponeva l’art. 38, c. 1, lett. f), che menzionava “*l’errore grave nell’esercizio dell (…) attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.*

Nel vigore del nuovo codice, occorre distinguere tra autodichiarazione, effettuata tramite il DGUE, e prove che la stazione appaltante può acquisire o esigere dai concorrenti.

Nell’ambito del DGUE, è esigibile che il concorrente autodichiari l’assenza di gravi illeciti professionali, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza formatasi nel vigore del codice del 2006.

Quanto ai mezzi di prova volti a verificare la veridicità di quanto autodichiarato, occorre considerare che nel nuovo codice non opera più la atipicità dei mezzi di prova.

Invero, il codice, in linea con le direttive, reca un elenco tassativo di mezzi di prova che possono essere chiesti agli operatori economici (art. 86), e per il resto onera la stazione appaltante di cercare le prove d’ufficio, tramite la istituenda banca dati nazionale degli operatori economici (art. 81, c. 1) (e nelle more della sua istituzione tramite la banca dati AVC Pass istituita presso l'ANAC (art. 81, c. 2; art. 216, c. 13), e, per gli operatori stranieri, tramite il sistema e-certis (art. 88).

Da rilevare che l’art. 86, se indica i mezzi di prova che possono essere chiesti ai concorrenti in relazione ai requisiti generali di cui all’art. 80, c. 1, 2, 3, e 4, nulla dice sui mezzi di prova esigibili dai concorrenti in relazione ai requisiti generali di cui all’art. 80, c. 5.

Stante il principio di tassatività delle prove che possono essere chieste ai concorrenti, se ne desume che le prove dei motivi di esclusione di cui all’art. 80, c. 5, possono essere acquisite solo d’ufficio, tramite le banche dati nazionali e tramite e-certis.

Costituiranno mezzi di prova del significativo inadempimento, i provvedimenti di risoluzione, di risarcimento del danno, di applicazione delle penali, di incameramento delle cauzioni, risultanti dalle suddette banche dati.

Costituiranno mezzi di prova delle turbative di gara i provvedimenti di esclusione dalle gare per false dichiarazioni, ma anche le condanne penali per turbativa di gara.

**7.5. Profili transitori**

I pregressi gravi inadempimenti che acquistano rilevanza possono anche essere stati posti in essere in esecuzione di contratti regolati dal codice del 2006, che in via transitoria continua ad applicarsi a tutti i contratti cui bandi, avvisi, inviti, siano stati pubblicati durante la sua vigenza.

Dunque per un arco temporale relativamente lungo, vi sarà un doppio regime, ossia contratti che si eseguono secondo le norme del codice del 2006.

Anche condotte di inadempimento poste in essere anteriormente alla data di entrata in vigore del codice del 2016 possono acquisire rilevanza, nel limite temporale di rilevanza massima, ai sensi dell’art. 80, c. 10 e della direttiva.

**7.6. Rilevanza temporale**

La rilevanza temporale degli illeciti professionali è pari a tre anni che vengono fatti decorrere dalla data del fatto (in virtù della diretta applicazione della direttiva stante il vuoto normativo nell’art. 80, c. 10).

La decorrenza dalla data del fatto anziché dalla data del definitivo accertamento giudiziale, rischia, avuto riguardo ai tempi per un accertamento giudiziario definitivo o anche solo di primo grado, di vanificare del tutto la rilevanza del fatto illecito. Nel caso specifico dell’illecito professionale consistente in un significativo pregresso inadempimento contrattuale, si richiede come prova che vi sia stata la risoluzione del contratto, o non contestata, o confermata in giudizio. Non è precisato se per “conferma in giudizio” si esige un giudicato o sia sufficiente una sentenza di primo grado. In ogni caso, ove si consideri che la risoluzione per grave inadempimento contrattuale, nei pubblici appalti, è disposta con atto unilaterale della pubblica amministrazione, e che tale atto unilaterale è impugnabile davanti al giudice ordinario entro il termine di prescrizione del diritto, è ben possibile che l’appaltatore impugni la risoluzione a distanza di un certo lasso temporale e che alla data di tre anni “dal fatto”, il giudizio sia ancora pendente in primo grado. Vi è così il rischio che un appaltatore responsabile di gravi inadempimenti si avvantaggi della circostanza che il suo inadempimento non viene accertato in tempo utile, diventando così irrilevante quale causa di esclusione dalle gare. Tali riflessioni inducono a ritenere che in sede di fissazione, nell’art. 80, c. 10, della rilevanza temporale degli illeciti diversi da quelli di cui all’art. 80, c. 1, il legislatore italiano potrebbe essere più severo del legislatore comunitario, ancorando il triennio di rilevanza temporale alla data non già del “fatto” ma del suo definitivo accertamento giudiziale. Questo non esime certo dall’onere, in capo al legislatore italiano, di assicurare una giustizia celere sul contenzioso relativo alla fase di esecuzione dei pubblici appalti. E questo obiettivo è assicurato attraverso la competenza del Tribunale delle imprese, allo stato attuale della legislazione limitatamente ai pubblici appalti di rilevanza comunitaria di cui sia parte una delle società di cui all’art. 3, c. 2, d.lgs. n. 168/2003 (come novellato dall’art. 2, d.l. n. 1/2012).

**7.7. Le linee guida dell’ANAC: ambito e natura giuridica**

La ulteriore casistica riconducibile al grave illecito professionale nonché i mezzi di prova di tutti gli illeciti professionali è demandata a linee guida non vincolanti dell’ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice. Con esse l’ANAC può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, 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 procedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c) (art. 80, c. 13).

Quanto alla natura giuridica di tali linee guida, avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e al contenuto del citato art. 80, c. 13, è da ritenere che le linee guida ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti[[28]](#footnote-28).

Siffatta natura giuridica emerge da molteplici dati esegetici:

a) l’art. 80, c. 5, lett. c), recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale, e, fissando una causa di esclusione dalle gare, costituisce una previsione completa e autoesecutiva;

b) l’art. 80, c. 13, prevede le linee guida come “facoltative”, e dunque quale strumento non necessario per l’operatività della norma primaria, come tale diverso dalle disposizioni di esecuzione o attuazione;

c) l’art. 80, c. 13 indica con chiarezza la finalità di tali linee guida, che è quella di “*garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti”.*

Sotto il profilo contenutistico, l’art. 80 c. 13 individua i confini delle linee guida stabilendo che esse hanno ad oggetto:

a) la indicazione casistica delle “significative carenze” nell’esecuzione di un precedente contratto;

b) quali sono i mezzi di prova “adeguati” per dimostrare le cause di esclusione elencate nel citato art. 80, c. 5, lett c).

Come già osservato, l’art. 80, c. 5, lett. c), non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, e le significative carenze nell’esecuzione contrattuale sono solo uno dei molteplici illeciti professionali elencati nella disposizione, peraltro in modo esemplificativo e non tassativo.

L’art. 80 c. 13 demanda alle linee guida di individuare la casistica non di tutti gli illeciti professionali, ma solo di quello consistente nella significativa carenza nell’esecuzione di un precedente contratto.

Per altro verso, però, lo stesso art. 80, c. 13 demanda alle linee guida di indicare i “mezzi di prova adeguati”, per dimostrare la sussistenza di qualsivoglia illecito professionale, e non solo di quello consistente nel pregresso significativo inadempimento.

Le linee guida in concreto elaborate dall’ANAC hanno consapevolmente un perimetro più esteso rispetto a quello fissato dall’art. 80, comma 13.

Invero, nella elaborazione delle linee guida, si è reso necessario, al fine di individuare i mezzi di prova adeguati, *specificare e chiarire le fattispecie esemplificative individuate in via generica nella norma e (…) fornire indicazioni interpretative e operative anche sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti*. Dette *indicazioni, anche se non strettamente richieste ai sensi dell’art. 80, comma 13 (…) si pongono come propedeutiche alla definizione dei mezzi di prova adeguati.*

Giova anche rammentare che il Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici, in relazione a tale previsione aveva osservato: “*Va riponderato il comma 13, (…). In particolare, dovrebbe essere specificato che tali linee guida si limitano ad indicazioni meramente esemplificative e che esse non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle stazioni appaltanti, ovvero fornire una sorta di ‘catalogo chiuso’ di cause di esclusione (catalogo che, secondo l’id quod plerumque accidit, si presterebbe agevolmente a comportamenti elusivi ed opportunistici, sortendo un effetto di fatto opposto rispetto a quello auspicato). A tal fine, dopo le parole “da parte delle stazioni appaltanti” si potrebbero inserire le seguenti: “e comunque in via non esaustiva,”.*

Tale osservazione non è stata accolta nel testo finale. Tuttavia, sia dalla circostanza che lo stesso codice fornisce una elencazione esemplificativa di illeciti professionali, sia dalla circostanza che le linee guida in materia hanno natura non vincolante e funzione promozionale di buone prassi, si evince che le linee guida individuano sia gli illeciti professionali che i mezzi di prova in modo non tassativo ma solo esemplificativo.

In tal senso dispongono espressamente le linee guida oggetto del presente parere, lasciando alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalle linee guida, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

Attesa, poi, la natura non vincolante delle linee guida, e considerato il potere generale dell’ANAC, ai sensi dell’art. 213, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, di adottare linee guida con funzione di orientamento delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, non è dubitabile che le linee guida possano andare oltre lo stretto perimetro delimitato dall’art. 80, c. 13, tanto più che la individuazione casistica di illeciti professionali diversi dal significativo pregresso inadempimento è strumentale alla corretta individuazione dei mezzi di prova adeguati, di tali illeciti.

Non sarebbe infatti logicamente definibile il mezzo di prova di un illecito, se non si stabilisse prima di quale illecito si sta trattando.

**Rosanna de Nictolis**

**Presidente di sezione del C.g.a.**

Pubblicato il 2 dicembre 2016

1. Relazione tenuta a un Convegno svolto presso l’IGI il 30 novembre 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. R. DE NICTOLIS, Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 30.9.2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. Il tema della natura giuridica delle linee guida è stato affrontato dal Consiglio di Stato nei pareri resi sullo schema di codice e sulle successive linee guida: v. Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec. 1.4.2016 n. 855; Id., 2.8.2016 n. 1767; Id., 13.9.2016 n. 1903; Id., 14.9.2016 n. 1919; Id., 14.9. 2016 n. 1920; Id., 3.11.2016 nn. 2282, 2284, 2285, 2286. V. anche V. ITALIA, *Le “linee guida” e le leggi*, Giuffré, 2016; V. ITALIA, *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, relazione tenuta presso l’IGI il9.2.2016; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, *ivi,* 18.4.2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, ivi,* 28.4.2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 29.4.2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli’*, Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC,* Relazione tenuta al convegno “*L’amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratt*i *e la riforma “Madia”*, Lecce, 28-29 ottobre 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. LIPARI, *Il precontenzioso,* in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it)*,* 11.10.2016. [↑](#footnote-ref-4)
5. V. *amplius* R. DE NICTOLIS, *I contratti misti nel codice del 2016*, in *Urb. e app.* n. 11/2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 30.9.2016. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cons. St., VI, 10.5.2007 n. 2245. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cons. St., V, 21.7.2015 n. 3595: “*Stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, l'ambito applicativo della norma di cui all'art. 38, c. 1, lett. f, d.lgs. n. 163/2006, riferita ai soggetti che hanno commesso grave negligenza, malafede nell'esecuzione delle prestazioni o che hanno commesso un errore grave) non può essere dilatato sino ad accogliere un'interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato in fase di trattative”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Cons. St., IV, 11.7.2016, n. 3070. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cons. St., V, 20.11.2015 n. 5299. [↑](#footnote-ref-10)
11. Tar Lazio – Roma, I-*ter*, 12.12.2006 n. 14212, in *Urb. e app.*, 2007, 605, con nota di P. CORTESE, *La negligenza, la malafede e l’errore grave nei requisiti di ordine generale* (606 – 615). [↑](#footnote-ref-11)
12. Cons. St., V, 26.7.2016, n. 3375. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cons. St., IV, 11.7.2016 n. 3070; Id., VI, 15.5.2012 n. 2761; Id., V, n. 296/2010; Id., VI, 28.7.2010 nn. 5029 e 5030; Id., IV, 12.6.2007 n. 3092; Tar Lazio – Roma, III, 10.5.2007 n. 4221; Autorità, determinazione n. 1/2010 [↑](#footnote-ref-13)
14. Cons. St., VI, 18.7.2016, n. 3198. [↑](#footnote-ref-14)
15. Tar Lazio – Roma, III-*ter*, 20.11.2012 n. 9548, in *Corr. mer.,* 2013, con nota di I. VIGLIOTTI, *Esclusione per mala fede: valutazione amministrativa e sindacabilità del G.A.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Cass., sez. un., 17.2.2012 nn. 2312 e 2313; la prima in *Urb. e app.,* 2012, 750, con nota di L. DE PAULI, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e mala fede e giurisdizione del g.a.*; in termini Cons. St., VI, 15.5.2012 n. 2761; Id., V, 14.10.2014 n. 5063. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. St., V, 14.4.2008 n. 1716; Cons. St., VI, 8.3.2004 n. 1071. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cons. St., V, 14.4.2008 n. 1716; Cons. St., III, 19.4.2011 n. 2403. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cons. St., IV, 20.4.2016 n. 1555. [↑](#footnote-ref-19)
20. Autorità, determinazione n. 1/2010. [↑](#footnote-ref-20)
21. C. giust. UE, III, 13.12.2012 C-465/11. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cons. St., V, 12.10.2004 n. 6541, in *Contratti Stato e enti pubbl*., 2005, 91, con nota di IANNOTTA; Cons. St., V, 24.10.2001 n. 561, in *Foro amm*., 2001, 2825. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cons. St., VI, 4.12.2006 n. 7104, in *Urb. e app.*, 2007, 603, con nota di P. CORTESE, *La negligenza, la malafede e l’errore grave nei requisiti di ordine generale* (606 – 615). [↑](#footnote-ref-23)
24. Cons. St., VI, 4.12.2006 n. 7104. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cons. St., V, 25.2.2016 n. 771. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cons. St., VI, 5.5.2016 n. 1766; Id., V, 11.4.2016 n. 1412; Id., III, 26.2.2016 n. 802; Id., V, 18.1.2016 n. 122 [↑](#footnote-ref-26)
27. Cons. St., V, 22.10.2015 n. 4870; Id., 19.8.2015 n. 3950; Id., V, 25.2.2015 n. 943; Id., III, 5.5.2014 n. 2289. [↑](#footnote-ref-27)
28. In tal senso v. il parere del Cons. St. sullo schema di tali LG ANAC, Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 3.11.2016 n. 2286. [↑](#footnote-ref-28)