Considerazioni sull'illecito contrattuale oggetto di dichiarazione ex art. 80 Codice Appalti

1. In un recente convegno in materia di contratti pubblici si è posta all'attenzione, tra le altre, la questione relativa alla rilevanza delle contestazioni e/o degli addebiti in tema di adempimenti contrattuali **ai fini della dichiarazione** ex comma 5, lettera c) dell'art 80 d. lgs. 50/16 (per brevità, Codice)[1]. In particolare, si è discusso se l'operatore economico debba portare a conoscenza della S.A. qualsiasi addebito/contestazione relativa ai contratti pubblici da esso stipulati per consentirle di stabilire se la relativa fattispecie si configuri in termini di grave illecito professionale, come tale sanzionabile - previa adeguata motivazione- con l'esclusione dalla gara (c.d. illecito contrattuale senza sanzione), oppure se l'esternazione dell'operatore debba riguardare le sole contestazioni/addebiti che abbiano dato luogo ad una delle sanzioni indicate dalla normativa di riferimento (c.d. illecito contrattuale con sanzione). Sono emerse opinioni contrastanti; del resto, la sussistenza sulla materia di *quasi* tre Linee Guida dell'ANAC [2], unitamente ad un'ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia UE[3] ed a un ulteriore recentissimo intervento legislativo (art.5 d. l. 14 dicembre 2018 n.135, sul quale si tornerà in seguito) comprovano le correlate criticità interpretative ed applicative. Il comma 5 dell'art. 80 cit., nella versione precedente alle modifiche introdotte dal d. l. 135/18 cit. ha, per quanto qui rileva, il seguente contenuto: << *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ...omissis c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*>>. E' nostra opinione che la normativa ora riportata vada interpretata nel senso che sono da dichiarare le "sole" contestazioni di inadempimento contrattuale che abbiano dato luogo ad una delle sanzioni menzionate dalla norma stessa ("*... 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*") . La locuzione "*Tra questi rientrano*" utilizzata dal legislatore per introdurre una serie di illeciti, tra cui quello contrattuale con applicazione della sanzione, vuole esprimere, a nostro avviso, che l'illecito contrattuale *de quo* è sì una sottocategoria dell'illecito professionale, ma non implica, **nella prospettiva degli obblighi facenti capo all'operatore economico dichiarante**, una mera esemplificazione di alcuni illeciti contrattuali (quelli appunto con sanzione) che giustifichi la configurazione di un'altra categoria implicita di illeciti contrattuali (quelli senza sanzione), pure da dichiarare, perché siffatta avversata interpretazione sviscerisce, se non addirittura vanifica del tutto, il puntuale enunciato normativo sull'illecito contrattuale con sanzione; inoltre, risulta foriera di enormi incertezze applicative e concretizza deroghe, nella sostanza, al principio di tassatività delle cause di esclusione.

In effetti, se rileva qualsiasi illecito contrattuale non si giustifica la premura del legislatore di indicare le sanzioni rilevanti. In tale contesto normativo si può discutere, e va discusso, a nostro avviso, su quali siano le *altre sanzioni*[4]; o, ancora, se sia corretto, alla luce della normativa comunitaria di riferimento, che il legislatore abbia previsto che la risoluzione anticipata non vada dichiarata in gara qualora impugnata in giudizio e, nel contempo, non confermata da una sentenza almeno di primo grado [5], ma, anche ai fini della certezza del diritto, appare non praticabile un'interpretazione che enuclea un'ulteriore, assolutamente generica, subcategoria di illeciti contrattuali (qualsiasi notizia; qualsiasi addebito), comunque da dichiarare in gara ai sensi dell'art 80 cit. ai fini della possibile applicazione della sanzione della esclusione, ossia quella delle mere contestazioni sul corretto adempimento che non danno luogo alle predette sanzioni[6]. Non praticabilità che appare ancor più evidente ove si consideri che all'obbligo dell'operatore economico di dichiarare **qualsiasi** contestazione di inadempimento contrattuale corrisponderebbe, specularmente, il dovere della Stazione Appaltante di farsi carico di un gravoso e diffuso obbligo di motivazione, calandosi nella dinamica dell'esecuzione dei relativi contratti, spesso in corso di esecuzione e con impatti marginali per lo stesso Committente che ha proceduto alla contestazione di cui si pretende la *disclosure*. In merito è bene sottolineare che nel contesto dell'interpretazione più ampia andrebbe dichiarata "**qualsiasi**" contestazione di inadempimento (ossia, indistintamente **tutte**) posto che, saltato il filtro costituito dalla applicazione della sanzione, resterebbe, comunque, fermo il c.d. principio della piena *disclosure*: l'operatore deve dichiarare qualsiasi illecito, essendo rimessa alla S.A. la valutazione sulla gravità o meno dello stesso. Dilatazione questa enorme, atta ad innescare numerosi contenziosi anche perché è in discussione un parametro variabile, qual è, di certo, la gravità del presunto illecito contrattuale.

In tale direzione, il tentativo di giustificare la norma espressa sull'illecito contrattuale con sanzione rispetto alla norma implicita sull'illecito contrattuale senza sanzione adducendo una differente gradazione dell'obbligo di motivazione in caso di esclusione (obbligo che sarebbe più gravoso e puntuale nel secondo caso in quanto l'illecito non ha comportato all'applicazione di una delle predette sanzioni) appare artificioso in quanto in nessun frammento normativo si fa riferimento alla diversificazione della motivazione.

2. La soluzione della tematica relativa alla portata della **dichiarazione** sull'illecito contrattuale è indipendente dalla questione circa la sussistenza o meno di un potere residuale in capo alla S.A. di fondare il proprio giudizio di inaffidabilità del concorrente su elementi ulteriori rispetto a quelli rientranti nel perimetro di quanto deve essere dichiarato ed è stato dichiarato; è evidente, tuttavia, che il riconoscimento di tale potere attenua gli impatti *limitati* della dichiarazione circoscritta agli illeciti contrattuali con sanzione [7].

3. Anche l'applicazione del c.d. principio di più ampia *disclosure* (già richiamato) ha rilievo neutro rispetto alla soluzione della tematica relativa alla portata della dichiarazione sull'illecito contrattuale.

E' noto - e non si vuole qui metterlo in discussione - il principio secondo il quale non spetta all'operatore economico stabilire la gravità di un determinato illecito, dovendo egli dichiarare l'*evento* e sottoporsi alla valutazione di gravità o meno dello stesso che compete alla S.A.. Ma è evidente che tale principio può trovare pieno e incondizionato rispetto sia qualora si ritenesse che l'esternazione debba riguardare le *sole* ipotesi di illecito contrattuale con sanzione, sia qualora prevalesse la suddetta interpretazione estensiva. Invero, individuata la corretta portata della norma, il suo campo di azione, resterebbe fermo l'obbligo di totale *disclosure* di tutte le fattispecie rientranti nel campo di azione della norma, lasciandosi alla S.A. il giudizio sulla gravità o meno della relativa fattispecie. In sostanza, stabilito ciò che deve essere dichiarato sulla scorta della normativa di riferimento, il criterio della piena *disclosure* si adatta alla relativa conclusione: in un caso, va dichiarata qualsiasi contestazione che ha dato luogo ad una delle sanzioni indicate dalla norma; nell'altro, va dichiarata qualsiasi contestazione contrattuale *tout court* (dunque, anche quelle alle quali non consegue una delle predette sanzioni); in entrambi i casi l'operatore non sottrae alla S.A.

il giudizio di gravità.

4. A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 5 d. l. 135/18, l'art.80, comma 5, lettera c) Codice è stato, come accennato, riscritto; ora, si prevede, tra l'altro e per quanto qui interessa, che le Stazioni Appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: << **c)** *la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;* **c-bis)** *l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;* **c-ter)** *l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa >>[8].*

Non è questa la sede per esaminare la portata di tutte le predette disposizioni; qui è sufficiente evidenziare che il legislatore sembra aver voluto rimarcare, a nostro avviso, che l'unico illecito contrattuale che rileva ai fini della delimitazione dell'obbligo dichiarativo (o, più in generale, della eventuale esclusione dalla gara) sia quello con la sanzione . In effetti, ora non si riscontra più la locuzione “tra questi rientrano” che poteva e può ingenerare qualche dubbio (infondato, a nostro avviso, per le ragioni sopra evidenziate) sulla sussistenza della subcategoria (implicita) dell'illecito contrattuale senza sanzione, diversa e distinta da quella (esplicita) connotata dall'applicazione di una sanzione, entrambe sub categorie dell'illecito professionale oggetto di dichiarazione. Invece, il legislatore sembra ora optare per una marcata tripartizione di fattispecie , scandita da tre **autonome** disposizioni (quelle delle prefate lettere c, c-bis e c-ter del nuovo comma 5 dell'art 80), riservando all'illecito contrattuale esclusivamente la sola norma della lettera c-ter . L'illecito contrattuale ivi considerato è chiaramente solo quello connotato dall'applicazione di una delle sanzioni menzionate dalla norma stessa; esso costituisce sul piano sistematico e/o metodologico una categoria autonoma, a sé stante, e non più una sottocategoria della categoria dell'illecito professionale, di cui alla prefata lettera c). Quindi, come accennato, non vi è più margine per configurare una subcategoria di illecito contrattuale diversa da quanto previsto nella disposizione della predetta lettera c-ter (disposizione che si riferisce chiaramente all'illecito contrattuale con sanzione), rientrante in via residuale nell'illecito professionale.

Sotto tale ultimo profilo si evidenzia che la fattispecie normativa della lettera c-ter è strutturata in modo esplicito e chiaro su un **nesso eziologico** (*ne hanno causato*) tra, da un lato, determinate **cause** (*significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione*) e, dall'altro, alcuni **effetti** (*la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili*); mancando uno degli effetti indicati (le sanzioni) non si configurerebbe, a nostro avviso, l'illecito contrattuale di cui alla ridetta lettera c-ter, unica fattispecie, come accennato, di illecito contrattuale oggetto di dichiarazione da parte dell'operatore economico.

In tale prospettiva, la norma è confermativa dell'interpretazione restrittiva che, a nostro avviso, va data al testo del comma 5 dell'art 80 Codice, nella versione precedente alla novella (*supra*); comunque, tale novella aggiunge elementi di novità rilevanti: il primo, concerne il rilievo della mera risoluzione per inadempimento del contratto (che, ora, va dunque dichiarata anche se pende un giudizio di primo grado per accertarne il fondamento)[9]; il secondo, riguarda la sostituzione della locuzione “*altre sanzioni*” con quella, meno generica , ma ancora non esattamente definita, di “*altre sanzioni comparabili*”; il terzo, concerne l'obbligo della S.A di motivare tenendo in specifica considerazione il tempo trascorso dalla violazione . In relazione a tali profili di novità della disposizione della lettera c-ter ci sembra, allora, giustificarsi

la norma transitoria di cui all'art 5 d. l. 135/18 , per effetto della quale le disposizioni della novella *si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.*

5. Sulla materia è auspicabile una ancor più netta, puntuale e **consapevole** presa di posizione del legislatore (subito, senza attendere l'annunciata riforma complessiva del Codice; un'occasione potrebbe essere la conversione in legge del d. l. 135/18), considerato che ancora di recente si registrano **significativi orientamenti contrastanti della giurisprudenza**[\[10\]](#) e tenuto conto dell'enorme impatto sui processi di qualificazione dell'operatore economico (e più in generale sulla sua attività) che ha ed è destinata ad avere la soluzione interpretativa in concreto ritenuta pertinente dal Giudice adito, soprattutto nell'ipotesi di divergenze, e ciò ancor più alla luce di un recentissimo - e discusso - orientamento della giurisprudenza sul rilievo del mero falso omissivo, del dolo generico e del c.d. falso innocuo[\[11\]](#). Non può comunque non rimarcarsi l'esigenza, tra le altre, di uno sforzo per definire la "*altre sanzioni comparabili*", precisando , ad esempio, la irrilevanza dell'applicazione delle penali sino ad una data soglia, determinata in modo congruo e "comparabile" direttamente dal legislatore stesso[\[12\]](#).

* **Articolo sottoposto a referaggio anonimo**

[\[1\]](#) Convegno IEOPA, *Notte bianca sugli appalti pubblici*, settima edizione, Roma, Palazzo Brancaccio 13 dicembre 2018, coordinato dall'Avv. Francesco Caputo e presieduto dal Consigliere Giuseppe Chiné. Dunque, alla data del Convegno non era ancora stato emanato il d. l. 14/12/18 n. 135 che ha modificato, nei termini che si preciseranno nel prosieguo del presente contributo, la lettera c) del comma 5 dell'art. 80. d. lgs. 50/16.

[\[2\]](#) ANAC, Linee guida n. 6, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 ; successivamente, l'ANAC , a seguito del d.lgs. 56 del 19/4/2017, ha emanato un aggiornamento approvato con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Attualmente, sull'argomento risulta emanata una bozza di un ulteriore testo di Linee guida inviato al Cons. Stato in data 28/9/18 e sul quale quest'ultimo si è già espresso, segnatamente, Ad Comm Spec , parere 13/11/18 n. 2616/18.

[\[3\]](#) Cons Stato, V, ord. 23 agosto 2018, n. 5033, con la quale viene formulata alla Corte di Giustizia UE la seguente questione pregiudiziale: «*Se il diritto dell'Unione Europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico "il grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio*».

[\[4\]](#) Nella prassi tende a ritenersi che nelle *altre sanzioni* rientrino l'escussione della garanzia e l'applicazione di penali rilevanti.

[\[5\]](#) La questione, come accennato, è stata rimessa alla Corte di Giustizia UE; vedasi la precedente nota n. 3.

[\[6\]](#) In una parola, l'illecito professionale comprende , a nostro avviso, gli illeciti contrattuali connotati dalle sanzioni indicate dal legislatore e gli illeciti di origine non contrattuale (es.: tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio).

[7] Sulla sussistenza di tale potere in capo alla S.A. che non incide sull'obbligo dichiarativo dell'operatore circoscritto all'illecito con sanzione si veda Cons. Stato, V, n. 5136/18; in particolare, tale sentenza afferma la sussistenza di un potere della S.A. di fondare il proprio giudizio << su un'autonoma dimostrazione "con mezzi adeguati" dell'inaffidabilità del concorrente, sia pure nel rispetto del principio, di cui all'art. 81, comma 1, sull'utilizzazione necessaria della Banca dati nazionale degli operatori economici (o, nelle more, della banca dati AVC Pass, ai sensi dell'art. 216, comma 13). Si vuole con ciò significare che l'elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), secondo inciso, d.lgs. n. 50 del 2016, ha carattere esemplificativo nei riguardi della stazione appaltante, nel senso che, pur agevolandone gli obblighi dimostrativi, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole dei gravi illeciti professionali ivi tipizzati, non ne limita tuttavia la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente. Peraltro, l'interazione tra la portata della norma nei confronti della stazione appaltante e quella nei confronti dell'operatore economico tenuto all'auto-dichiarazione ex art. 85 dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 non può spingersi fino al punto di obbligare quest'ultimo ad ampliare il novero delle "informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" ricomprendendovi ipotesi non solo e non tanto diverse da quelle tendenzialmente tipizzate (dal momento che soltanto a queste ultime risulta aver fatto rinvio l'art. 85, comma 1, lett. a), cit.), ma addirittura con quelle abbiamo una semplice connessione fattuale (come nel caso di specie), non essendo sfociate in alcune delle fattispecie tendenzialmente tipizzate. L'aggiornamento delle Linee Guida di cui alla delibera n. 1008 del 2017, rispondendo alle esigenze di maggiore certezza richiesta dalla previsione dell'autonoma causa escludente dell'art. 80, comma 5, lett. f bis), induce ad un'interpretazione del sistema normativo, primario e secondario, che, anche prima dell'entrata in vigore di quest'ultima disposizione, consenta di circoscrivere nettamente il contenuto dell'obbligo auto-dichiarativo gravante sull'operatore economico, ai sensi dell'art. 85. In proposito, va sottolineato come con le Linee Guida da ultimo approvate, per un verso, si sia ribadito che l'auto-dichiarazione debba riguardare soltanto le cause di esclusione che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico; per altro verso, si sia precisato che la detta auto-dichiarazione debba avere ad oggetto non più "notizie", bensì "provvedimenti", astrattamente idonei a porre in dubbio l'affidabilità o l'integrità del dichiarante "anche se non ancora inseriti nel casellario informatico" (con ciò confermandosi lo stretto collegamento, cui sopra si è fatto cenno, tra cause di esclusione tipizzate, risultanze del casellario informatico e autodichiarazione). Va, infine, considerato come la XX, ricorrente in primo grado, non abbia mosso alcuna censura specifica riguardante la mancata valutazione del fatto del pregresso inadempimento dell'aggiudicataria, da parte della stazione appaltante. Ne consegue l'irrilevanza del fatto storico del grave inadempimento in quanto tale e dell'accertamento o meno della sua ascrivibilità alla YY, una volta che si pervenga ad escludere in capo a quest'ultima l'obbligo dell'autodichiarazione, poiché - come constatato anche nella sentenza qui appellata - è mancato uno di quegli effetti (specificamente la risoluzione non contestata o accertata in giudizio) che, **nella tipizzazione del legislatore**, costituisce indice dell'illecito professionale causa di esclusione, da dichiararsi da parte dell'operatore economico partecipante alle gare. Se non vi era obbligo di autodichiarazione ai sensi dell'art. 85, comma 1, lett. a), **a maggior ragione non avrebbe potuto la stazione appaltante procedere ad alcuna valutazione del comportamento omissivo dell'aggiudicataria** ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), ultimo inciso (omissione delle "informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura"), che è l'unica ipotesi escludente prevista per l'omessa dichiarazione o per la dichiarazione non veritiera prima dell'introduzione della lettera f) bis (non applicabile nel caso di specie)...omissis...>>. Su tale interessante sentenza si tornerà in seguito.

[8] Per pronto riferimento si riporta il testo integrale dell'art 5 d. l. 14/12/18 n. 135: << **Comma 1.** All'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la lettera c) è sostituita dalle seguenti: " c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”.

Comma 2. *Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte >> .*

[9] Verosimilmente, la scelta della novella è finalizzata a stemperare le censure di compatibilità della versione normativa precedente del comma 5 dell'art 80 cit. con l'ordinamento comunitario, oggetto di rimessione alla Corte Giustizia UE; si veda la precedente nota n. 3.

[10] Per l'interpretazione che estende l'oggetto della dichiarazione si veda Cons. Stato, V, n. 5036/18, secondo la quale in capo ai soggetti partecipanti alle gare sussiste il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque **rilevanti**, occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente. In tal senso, anche Cons Stato, V, 1938/18 e, in qualche misura, anche Ad Comm Spec , parere 13/11/18 n. 2616/2018, cit., sulle emanande Linee Guida ANAC sull'art 80, già più sopra richiamate. Per l'interpretazione più restrittiva sulla portata della dichiarazione *de qua* si veda Cons. Stato, V, n. 5136/18, cit., secondo la quale << ...omissis.... Viene quindi in rilievo il rapporto tra detto obbligo dichiarativo, da un lato - o meglio tra il contenuto della auto-dichiarazione da inserire nel DGUE (documento di gara unico europeo, di cui all'art. 85 d.lgs. n. 50 del 2016, in specie comma 1, lett. a) - e, dall'altro, la previsione dell'art. 80, comma 5, lett. c) ...omissis..... Si tratta di una problematica espressamente affrontata dalle Linee Guida ANAC n. 6 ...omissis....sia nella versione approvata dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, sia nel testo attualmente vigente, aggiornato, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017, con deliberazione dello stesso Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. **Vi sono delle differenze tra i due testi delle Linee Guida, che attengono proprio alla questione rilevante ai fini della presente decisione, e corrispondono ad una diversità di disciplina tra il testo originario del d.lgs. n. 50 del 2016 e quello risultante a seguito delle innovazioni introdotte col d.lgs. n. 56 del 2017. Sebbene nel caso di specie si debbano applicare le norme vigenti prima dell'entrata in vigore del Correttivo, trattandosi di procedura indetta con bando di gara del 23 novembre 2016, è opportuno il confronto di cui appresso. L'art. 80, comma 5, lett. c), indica tra le fattispecie concrete che possono dare luogo ad un grave illecito professionale “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 delle procedure di selezione”. Il d.lgs. n. 56 del 2017, nell'ambito del comma 5 dell'art. 80, ha inserito la lett. f-bis), in ragione della quale le stazioni appaltanti **escludono** “l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”. Come rilevato nel parere reso dalla Commissione Speciale (richiesto proprio in relazione all'aggiornamento delle Linee Guida in questione) nell'adunanza del 14 settembre 2017, pubblicato in data 25 settembre 2017, n. 2042/17, “La differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5,**

lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico". L'evoluzione della normativa primaria ha portato ad una corrispondente evoluzione delle Linee Guida. Infatti, al punto 4.2. delle Linee Guida approvate con la deliberazione n. 1293 del 2016 era previsto che "La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione". Il punto 4.2., come riformulato con la delibera n. 1008/17, anche a seguito del parere di questo Consiglio di Stato, sopra ricordato, prevede che "La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, **anche se non ancora inseriti nel casellario informatico**. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione. La falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice.". L'ampia previsione del punto 4.2. delle Linee Guida applicabili razione temporis potrebbe indurre a ritenere che nell'ambito del DGUE il concorrente dovesse auto-dichiarare non solo l'assenza o la sussistenza di gravi illeciti professionali, **ma anche qualunque notizia** che fosse astrattamente idonea a porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente, salva valutazione della stazione appaltante. In tale senso si è espresso anche questo Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere reso dalla Commissione Speciale, all'adunanza del 26 ottobre 2016, pubblicato il 3 novembre 2016, con il n. 2286, sulle Linee Guida, sopra dette, nel quale si legge, tra l'altro, che, nel vigore del nuovo codice, "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". Orbene, anche a voler mantenere una linea di continuità con la pregressa giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, occorre rilevare che, nella maggioranza dei casi, essa ha riguardato situazioni in cui si è ritenuto che la auto-dichiarazione del concorrente dovesse avere ad oggetto le precedenti risoluzioni contrattuali. Peraltro, si è ammesso che queste fossero rilevanti anche se non esitate in pronunce giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, VI, 5 maggio 2016 n. 1766 e Id., V, 11 aprile 2016 n. 1412, tra le altre), **ma pur sempre presupponendo l'esistenza di un provvedimento amministrativo di risoluzione contrattuale**, adottato dalla stessa o da altre stazioni appaltanti (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015 n. 4870). In ogni caso, non può essere trascurato il fattore di novità introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016 costituito **dalla tendenziale tipizzazione dei gravi illeciti professionali** rilevanti ai fini dell'esclusione, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), che è la norma alla quale rinvia l'art. 85, comma 1, lett. a) in tema di DGUE. In ragione di ciò, è ragionevole pervenire in via interpretativa, all'affermazione che, al di là del riferimento contenuto nelle Linee Guida (peraltro non vincolanti: cfr. il già citato parere n. 2286/2016) alle "notizie" astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, il relativo obbligo dichiarativo si venga comunque a specificare - mediante il rinvio che l'art. 85 fa alla disposizione dell'art. 80 - nel senso che l'operatore economico ha l'obbligo di autocertificare nel DGUE tutti i fatti tipicamente sintomatici della mancanza di integrità od affidabilità (tra cui in particolare le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto solo quando **"hanno causato la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni"**); con il corollario che non ha invece l'obbligo di dichiarare altre "notizie" e ciò perché queste non sono astrattamente" - cioè secondo il modello legale astratto delineato appunto dall'art. 80, comma 5, lett. c) - idonee allo scopo. D'altra

parte, il collegamento tra la dichiarazione sostitutiva contenuta nel DGUE e la sussistenza di cause di esclusione (tendenzialmente) “tipizzate” era stato, in parte, recepito nelle Linee Guida approvate nel 2016. Queste ultime, infatti, già contenevano la previsione che l’autocertificazione degli operatori economici dovesse avere ad oggetto le cause di esclusione che, a loro volta, le stazioni appaltanti erano tenute a comunicare tempestivamente all’Autorità, ai fini dell’iscrizione nel Casellario Informatico di cui all’art. 213, comma 10, del codice (e, precisamente, ai sensi del punto 4.1. delle Linee Guida, i seguenti dati: a. i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice; b. i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto, di applicazione delle penali e di escussione delle garanzie; c. i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale e i provvedimenti penali di condanna non definitivi, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati). In conclusione, per quanto qui rileva, la disciplina applicabile alla procedura de qua va interpretata nel senso che fosse obbligo dell’operatore economico **auto-dichiarare soltanto le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che avessero causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio**. Si tratta di un approdo interpretativo che non è smentito dai precedenti giurisprudenziali citati all’appellante (in specie Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299, menzionato nella memoria conclusiva, nonché Cons. Stato, III, 23 novembre 2017, n. 5467, menzionato nell’atto di appello) in quanto riferiti – come rilevato anche dalla difesa della Regione Campania - alla diversa ipotesi dell’esclusione disposta dalla stazione appaltante, per una propria valutazione del pregresso grave illecito professionale, non per omessa dichiarazione da parte del concorrente...omissis >>. Tale sentenza, come accennato nella nota precedente, riconosce pur sempre un potere residuo della S.A. di verificare l’idoneità morale dell’operatore economico con riferimento ad eventi diversi da quelli che debbono essere obbligatoriamente dichiarati dall’operatore economico. Per la tesi tendenzialmente restrittiva si veda, altresì, Cons. Stato, V, 5136/18.

[11] Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7271 secondo il quale: a) l’espressione “presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione” di cui all’art. 38, comma 1-ter del d.lgs. n. 163/2006 ricomprende non solamente l’ipotesi del falso “commissivo” tradizionalmente inteso, ma pure quella del falso c.d. “omissivo”, laddove la mancata dichiarazione, in virtù della consapevolezza dell’omissione da parte del soggetto tenuto a renderla, sia idonea a indurre in errore la stazione appaltante circa il possesso, da parte del dichiarante medesimo, dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 co. 1 del medesimo decreto o, comunque, a precluderle una rappresentazione genuina e completa della realtà. Una tale omissione, infatti, comporta la non corrispondenza al vero della dichiarazione resa dalla concorrente e, pertanto, un’ipotesi di dichiarazione/documentazione non veritiera sulle condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara; b) per individuare la nozione di “dolo” di cui all’art. 38, com. 1-ter, d. lgs. n. 163/2006 è sufficiente riferirsi al dolo generico, consistente nella rappresentazione e nella volontà *dell’immutatio veri*, mentre non è richiesto *l’animus nocendi* né *l’animus decipiendi*, di talché la falsità rileva anche nel caso in cui sia compiuta senza l’intenzione di nuocere o, addirittura, accompagnata dalla convinzione di non produrre alcun danno.

[12] La stessa ANAC, nella bozza delle sue terze Linee guida in materia (si veda la precedente nota n. 2) sembra abbandonare la scelta (oggettivamente non congrua e, comunque, non vincolante), da essa operata con le seconde Linee guida, di ritenere rilevante la penale nella modestissima misura maggiore dell’1% dell’importo del contratto (“..... i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all’1% dell’importo del contratto”).

Avv. Gianni Fischione