

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE NELLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE SUI CONTRATTI PUBBLICI ⁽¹⁾

prof. **Vittorio Capuzza**

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Sommario: 1. I fondamenti – 2. L' art. 57 della direttiva 2014/24 (art. 38 della direttiva 2014/23) – 2.a) Novità rispetto all'art. 45 della Direttiva n. 2004/18 – 2.b) Le cause di esclusione facoltative previste nel paragrafo 4 dell'art. 57 (paragrafo 7 della direttiva n. 23) – 2.c) *Quid novi*: affidabilità, ravvedimento, effetti – 3. La mancanza dei requisiti generali per gravi reati nominati e la successiva risoluzione dei contratti: art. 73 direttiva n. 24 (art. 44 della direttiva n. 23). Effetti e prospettive, anche nella normativa antimafia.

1. I fondamenti.

Le nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni recano importanti novità e notevoli modifiche rispetto alla disciplina attualmente vigente: queste variazioni sono le diramazioni e le applicazioni di una *ratio fundamentalis*, cioè l'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro.² La pietra angolare posa nel considerando n. 40 della Direttiva sugli appalti per i settori ordinari (2014/24/UE), nel considerando n. 55 della Direttiva sugli appalti nei settori speciali (2014/25/UE) e nel considerando n. 58 della Direttiva sulle concessioni (2014/23/UE). Questo presupposto sarà utile per risalire alla nervatura di singole disposizioni contenute nell'articolato delle su citate Direttive.

¹ Relazione tenuta al Convegno I.G.I. dal titolo *Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive*, (Roma, 6 maggio 2014). Il prof. Vittorio Capuzza è docente di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze e Tecnologie della Formazione dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" ed è responsabile del settore legale della Conferenza dei Rettori delle Università Italiane – CRUI.

² Anche da parte del subappaltatore, così come indicato rispettivamente nel considerando n. 105 della Direttiva n. 24 e nel considerando n. 72 della Direttiva n. 23.

Ma è bene proseguire con ordine, partendo dalla Direttiva sugli appalti nei settori ordinari, che assumeremo a baricentro (visto che nelle altre due direttive lo scenario è pressoché lo stesso) in relazione allo specifico tema relativo ai requisiti generali che gli operatori economici devono possedere per poter partecipare legittimamente ad una gara ad evidenza pubblica. Come è noto, gli atti di indirizzo contenuti nei numeri che compongono la parte del c.d. “considerando” rappresentano per l’interprete di ogni livello pietre miliari utili per cavare *rationes* dai singoli precetti espressi nell’articolato successivo.

Con riferimento ai requisiti generali cinque affermazioni dei *considerando* fissano i perni del relativo scenario; vediamoli.

Considerando n. 2 (è il considerando n. 1 nella Direttiva n. 23): l’obiettivo dell’intera direttiva è quello di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e, parallelamente, di permettere alle amministrazioni di conseguire gli obiettivi “a valenza sociale”; anzi, per meglio dire, la massima concorrenzialità diviene strumentale al perseguimento di tali obiettivi: essa appare come forza centrifuga che ha come asse l’ambiente, l’ambito sociale e quello lavorativo. E, si sa, la forza centrifuga di una ruota non riesce a distruggere i raggi se è ben ancorata all’asse centrale. Il nuovo *corpus* normativo europeo intende altresì “assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell’Unione europea”: il pensiero corre veloce alla regolarità contributiva e fiscale che l’operatore economico deve possedere come requisiti generali e alle tre situazioni che rendono legittima la partecipazione dell’impresa nonostante l’oggettiva posizione irregolare nei confronti degli enti previdenziali o del fisco; faccio riferimento al ricorso già pendente al momento della domanda di partecipazione alla gara, alla rateizzazione con piano di rientro regolarmente assentito, al condono concesso: situazioni queste plasmate e affermate dalla Corte di Giustizia (I, 19.02.2006, C-226/04 e C-228/04); la Direttiva n. 24, in applicazione alla *ratio* indicata nel considerando n. 2, detta una specifica disciplina – che analizzeremo in seguito – nell’art. 57, paragrafi 2 e 3, che incorpora positivamente quanto già affermato appunto dall’Alta Corte nel 2006 (nella Direttiva n. 23 la disciplina parallela è nell’art. 38, paragrafi 5 e 6).

Il considerando n. 3 richiama al rispetto delle norme fissate a livello internazionale dalla Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: su questo fronte, in ambito nazionale sono indicate già da tempo come causa di esclusione le violazioni in

materia, così come indicato nella l. 68/1999, a sua volta, seppur estravagante al D.lgs. n. 163/06, applicabile come eterointegrazione dell'art. 38, nel rispetto della tassatività delle ipotesi escludenti *ex art. 46 comma 1 bis* del Codice (in particolare, nella formulazione “altre disposizioni di legge”).

Il considerando n. 100 segna l'incipit di una trilogia, composta con i due punti successivi; da essi appare evidente l'ultronea funzione della parte “considerando” delle Direttive europee, quella cioè di indicare altresì il *modus procedendi* e aver funzione di orientamento: si tratta di punti cardinali che evitano a livello ermeneutico di smarrirsi nell'orizzonte composto dai singoli precetti e quindi di “navigare” a vista. I considerando da 100 a 102 (corrispondono ai considerando da n. 69 a n.71 nella Direttiva n. 23) rappresentano questa garanzia in relazione ai requisiti generali. In particolare il citato n. 100 ripercorre il contenuto già espresso nella Direttiva 2004/18/UE all'art. 45, par. 1, c.3 e che ricompare nella Direttiva 24, all'art. 57, par. 1 con l'aggiunta dei reati di terrorismo e di sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani. Ma c'è un *quid pluris* nella novella disciplina europea: sia l'art. 45 della Direttiva 18, sia l'art. 57 paragrafo 3 e il considerando n. 100 della Direttiva 24 prevedono la possibilità (in capo agli Stati membri) di una deroga - impraticabile nel nostro sistema per quanto dirò a breve - alle esclusioni obbligatorie causate dalla sussistenza di una condanna per i reati c.d. nominati, tassativamente elencati in quegli articolati; ma la Direttiva del 2004 espressamente ammetteva deroghe eccezionali “per esigenze imperative di interesse generale”, mentre la direttiva intervenuta dieci anni dopo si spinge più in là con due addenda paralleli: il considerando numero 100 quasi esemplifica la dizione astratta che consente la deroga, mediante due esempi applicativi quali: l'esigenza di procurarsi vaccini o la necessità urgente di attrezzature in possesso solo di un determinato operatore economico. Esempi (specialmente il primo) apparentemente un po' rari, quantomeno remoti; ma al di là di una valutazione strettamente statistica sullo sfondo dell'*id quod plerumque accidit*, quello che lascia perplessi è il fatto che la legge - stavolta europea - riconosca come prevalente la necessità per un'amministrazione di avere a disposizione un'attrezzatura mediante un contratto da stipulare con soggetti che, in quanto operatori economici con diritto di esclusiva, siano legittimati paradossalmente a contrarre con l'amministrazione anche se, ad esempio, mafiosi accertati. Si pensi infatti che fra i reati nominati - tutti gravissimi - risulta quello di appartenenza a criminalità organizzata accertata con sentenza irrevocabile e si pensi altresì all'indicazione contenuta nel considerando n 100

della Direttiva 24 secondo la quale il fatto di essere titolare di un diritto d'esclusiva, anche se uno dei soggetti apicali dell'impresa sia mafioso, viene a configurare una "situazione eccezionale" in base alla quale si determini un'esigenza imperativa di interesse generale tale da rendere indispensabile l'aggiudicazione di un appalto a quell'operatore economico. *Incredibile dictu*: la disposizione europea va in cortocircuito con il sistema nazionale antimafia, il quale prevede, a pena della configurazione del delitto *ex art. 74 del D.lgs. 159/2011*, l'impossibilità di stipulare un contratto in presenza di una informativa antimafia interdittiva; al contrario l'Unione Europea, per il sol fatto dell'esistenza di un eventuale brevetto, riconosce come esigenza primaria il perfezionamento di un contratto con un operatore economico per il quale l'informazione antimafia pone inderogabilmente un *dictum* interdittivo *ex art. 92 D.lgs. 159/11*. Il tutto, per ritornare alla colorita flora degli accidenti che la realtà ci presenta, va non disgiunta dall'ipotesi in cui quell'operatore economico determinato ha ottenuto il diritto di esclusiva proprio in forza della sua appartenenza al sistema organizzato criminale: il tessuto connettivo con la mafia finirebbe per cancellare un'interdizione che quell'appartenenza illecita dovrebbe comportare *ipso facto*. Lo scenario invece letto in un'ottica che finisce per superare i pur ampi confini dei requisiti generali; infatti, la stipula di un contratto con un soggetto criminale di tale possanza, configurando reato, sarebbe nullo, in piena coerenza con ipotesi di nullità che comunque nel nostro ordinamento nazionale si verrebbe a determinare nell'ipotesi in cui si negoziasse conclusivamente con un'impresa sprovvista di un requisito *ex art. 38 Codice appalti*.

Per altro verso, l'art. 57 della Direttiva 24 al paragrafo 3 continua la catena degli *addenda* connessi alle situazioni eccezionali capaci di derogare alla capacità ostativa dei reati nominati. In particolare, il paragrafo 3 primo periodo del citato art. 57 ripropone, stavolta a livello precettizio, il *sensus directivum* contenuto nel considerando n. 100: l'unica valvola di salvezza è data dal fatto che, mentre è obbligo per gli Stati membri prevedere l'esclusione automatica in presenza dei reati nominati, è, invece, data facoltà ai singoli ordinamenti di prevedere le ipotesi eccezionali e derogatorie alle esclusioni obbligatorie medesime. Curioso questo modo di procedere del legislatore comunitario: autofaga è la disciplina che risulta dal quadro di insieme che, da un lato, si muove sul piano della mera possibilità sussistente in capo alle valutazioni dei singoli Stati membri, ma che, d'altra parte, ammette l'ipotesi facoltativa che si generi uno scontro frontale tra il sistema voluto dall'Unione Europea e quello nazionale

in materia di lotta alle mafie efficace, inderogabile, compatta, ferrea, dirompente, coerente (che dovrebbe sempre rimaner tale quando si parla di lotta alla criminalità organizzata).

Un'annotazione: il paragrafo 3 dell'art. 57 della Direttiva quasi eleva rispetto al considerando n. 100 gli esempi di esigenze imperative connesse all'interesse generale; infatti indica come tali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente, il tutto a dimostrare, in perfetta applicazione del considerando n. 40, come le novelle Direttive abbiano una linea trasversale interna composta dai volti ambiente-sociale-lavoro; ma, in particolare, il riferimento all'ambiente, se è letto avendo sullo sfondo il contrasto alla mafia, finisce *ictu oculi* per inasprire e aggravare le considerazioni poc'anzi espresse dalle quali sembra possibile assumere un atteggiamento di logica perplessità dinnanzi questo scenario che scende a noi dal cielo non sempre azzurro, come in questo caso, dell'Unione Europea.

Inoltre, è da precisare che la previsione Comunitaria lanciata *ex nihilo* dal considerando n. 100 non si esaurisce nelle ipotesi legali già vigenti nel nostro ordinamento e note come confisca o sequestro sul piano giudiziario e requisizione sul piano amministrativo; infatti, il considerando afferma letteralmente che “Gli Stati membri dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di prevedere una deroga a queste esclusioni obbligatorie in situazioni eccezionali a cui esigenze imperative di interesse generale rendano indispensabile l'aggiudicazione di un appalto”. La confisca/sequestro e la requisizione non si concretizzano mediante l'aggiudicazione di un appalto, né, più in generale, attraverso forme di negoziazione: sono atti che esprimono potere (giudiziario i primi e amministrativo il secondo) e si muovono, dunque, lungo un altro binario rispetto a quanto indicato nelle nuove Direttive, la cui portata in fatto di deroghe appare, perciò, più ampia e più tagliente se confrontata con quanto previsto attualmente in ambito nazionale. Tuttavia, tali previsioni indicative delle Direttive sussistono, al di là delle loro attuazioni, e, con esse, rimangono i giudizi e le considerazioni che si possono dedurre con riguardo alla loro natura.

L'inaffidabilità dell'operatore economico deve essere motivo per la sua esclusione da una gara: questo è il *leitmotiv* del considerando n. 101; ma, si sa, che l'elemento fiduciario ha contorni fini e difficilmente visibili se non attraverso un'adeguata indagine istruttoria. Il considerando n. 101, anche qui, offre qualche esempio: violazione di obblighi ambientali o sociali (riaffiora la triade angolare che anima le tre nuove direttive – ambiente, sociale, lavoro); gli obblighi sociali si estendono ovviamente alle norme in materia di accessibilità per

le persone portatrici di disabilità; la violazione delle norme in materia di concorrenza e dei diritti di proprietà intellettuale. C'è da precisare, però, che il legislatore comunitario sembra aver individuato un'ampia categoria che potremmo dire sia la manifestazione più chiara della causa da cui consegue l'inaffidabilità; sto parlando della categoria concettuale della "grave violazione dei doveri professionali", da intendersi come una situazione complessa capace di mettere in discussione l'integrità di un operatore economico "indipendentemente – così come sottolinea il considerando 101 – dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto". Logicamente, la grave violazione dei doveri professionali va letta, per così dire, "al passato"; riguarda azioni od omissioni che nel tempo trascorso l'impresa ha materializzato e a causa delle quali ha configurato specifiche ipotesi di violazione dalle quali la stazione appaltante può non riconoscere la necessaria fiducia che deve intercorrere, vieppiù, tra l'amministrazione e l'operatore economico privato. Interessante, dunque, è annotare le caratteristiche di questa ampia categoria che compone un *quid novi* in materia:

a) l'inaffidabilità può riguardare anche imprese in pieno possesso di requisiti speciali, capaci cioè di eseguire potenzialmente il contratto in modo egregio;

b) la valutazione di inaffidabilità va istruita attraverso fatti obiettivi legati al passato prossimo dell'attività dell'impresa interessata;

c) è nozione più ampia della negligenza o malafede e dell'errore grave, così come richiamati dalla lettera f), comma 1 dell'art. 38 D.lgs 163/2006. Infatti, così come anche richiamato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione n. 1/2010 e come più volte indicato dal Consiglio di Stato (*ex multis*, Cons. di Stato, VI, n. 5029/10; V, n. 296/2010) negligenza, malafede ed errore grave sono cause di esclusione in quanto va salvaguardato l'elemento fiduciario; la relativa valutazione della stazione appaltante può prescindere dall'accertamento giurisdizionale e comporsi attraverso un'ispezione nei rapporti contrattuali precedenti. Proiettata la valutazione procedimentale dell'amministrazione sul piano processuale, si presentano i cd. limiti esterni del sindacato del giudice amministrativo, così come ribadito dalla Corte di Cassazione, Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312: il giudice amministrativo in tale verifica si deve limitare alla "non pretestuosità" delle valutazioni della stazione appaltante, e non alla "non con divisibilità" di quelle valutazioni. Orbene, il contenuto della lett. f) dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici si inquadra sostanzialmente nella categoria della grave violazione dei doveri professionali così come

plasmata dalle nuove Direttive, ma quest'ultima comprende anche ulteriori ipotesi di violazione che *ex natura rei* sono diverse dalla negligenza, malafede o errore grave; è lo stesso considerando n. 101 che permette questa affermazione, laddove nel primo capoverso richiama, quali cause capaci di far deflagrare l'elemento fiduciario, la violazione del pagamento di imposte o contributi previdenziali, che, invece, nel sistema nazionale configurano altre e diverse ipotesi di mancanza dei requisiti generali (art. 38 comma 1, lett. g ed i);

d) le gravi violazioni dei doveri professionali sono, allora, determinate da "comportamenti scorretti" che generino "seri dubbi" sull'affidabilità dell'operatore economico.

L'ultimo capoverso del considerando n. 101 nel dettare un'apparente innocua facoltà, invero, esprime uno dei cardini della disciplina delle Direttive in relazione ai requisiti generali: l'affidabilità sembra sia la nervatura dell'art. 57 della Direttiva 24 (così anche delle parallele disposizioni sui requisiti generali contenute nelle Direttive nn. 23 e 25).

L'ultimo capoverso del considerando in parola (che però non compare nel parallelo considerando n. 69 della Direttiva n. 23 sulle concessioni) dà facoltà agli Stati membri di prevedere delle soglie di esenzione della rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando le su citate violazioni dei doveri professionali siano incapaci, per lievità e piccole irregolarità, di scalfire l'affidabilità dell'impresa; dà attuazione a tali assunti la disposizione espressa nell'art. 57, al paragrafo 3 della Direttiva n. 24 (e, stavolta è presente la medesima previsione anche nella Direttiva n. 23 sulle concessioni, al paragrafo 6 dell'art. 38).

In tale ottica, ad esempio, nel nostro ordinamento esistono alcune soglie per le violazioni fiscali (10.000.00 Euro) e per le irregolarità del Durc (5% o 100 Euro) sotto le quali la violazione non ha il congiunto effetto escludente dalla gara: la violazione sussiste, anche se lieve, ma non rileva come specifica causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica. Tuttavia, se da un lato le lievi irregolarità in sé e isolatamente considerate non possono essere motivi di esclusione, d'altro lato, laddove fossero ripetute a causa di una condotta recidiva dell'operatore economico, potrebbero – e qui sta il valore aggiunto espresso nel considerando n. 101 – incidere nella valutazione dell'inaffidabilità di quell'impresa: l'arco retrospettivo, dunque, all'interno del quale deve spingersi l'occhio scrutatore della stazione appaltante in sede istruttoria della gara ad evidenza pubblica, si viene così ad ingrandire, componendo il piano delle risultanze mediante frammenti anche sparsi, quali le lievi irregolarità, di per sé

innocui. Calando queste considerazioni nell'attuale quadro disciplinare del Codice dei contratti pubblici, si può affermare che, allora, l'elemento fiduciario attraversa diverse lettere dell'art. 38. Si vedrà tra non molto come l'affidabilità investa ulteriori ipotesi che argenterò in relazione al paragrafo 6 dell'art. 57 della Direttiva 24.

Il considerando n. 102 si muove in piena assonanza con il D.lgs. n. 231/2001 relativo alla responsabilità delle imprese nelle ipotesi della commissione di reati appositamente nominati da parte di soggetti aventi funzioni apicali; in tale decreto, all'art. 6, è dettata la disciplina dei cd. modelli organizzativi, l'idoneità dei quali è capace di vanificare l'eventuale ipotesi di responsabilità dell'impresa: nella commissione dei reati tipizzati, la fraudolenta violazione di quelle misure idonee fissate *ex ante* sconnette l'interesse o il vantaggio per l'impresa stessa. Lungo la stessa misurazione, batte il ritmo dell'art. 30 del T.U. sulla sicurezza, D.lgs n. 81/2008. Sembrano afferenti alla medesima area suggellata nelle ora citate normative nazionali le affermazioni contenute nel considerando n. 102 della Direttiva 24; la considerevole differenza, però, risiede nel fatto che nel considerando si estendono ipotesi ed effetti in diretta incidenza alla legittima partecipazione di un'impresa in una gara ad evidenza pubblica. Infatti, è indicato agli Stati membri come "opportuno" di consentire alle imprese partecipanti di adottare misure non solo fissate *ex ante* (es. modelli organizzativi) e capaci di esimere eventuali responsabilità, ma di adottare comportamenti capaci di rimediare, *ex post*, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l'esclusione dalle gare. Dunque, nella prima parte del considerando n. 102 si compongono due linee vettoriali temporali opposte: le imprese già da tredici anni possono adottare misure capaci di impedire il verificarsi di comportamenti scorretti; si potranno ad esse aggiungere specifiche e parallele previsioni di legge volte a porre rimedio a violazioni già avvenute. In questo panorama, che lascia agli Stati membri la facoltà di determinarne le esatte condizioni, il considerando n. 102 indica alcune di queste misure, tra le quali "la rottura di tutti i rapporti con i soggetti coinvolti nel comportamento scorretto": la mente corre veloce alla lett. c) comma 1 art. 38 del Codice dei contratti laddove viene indicata l'azione di dissociazione quale elemento di rottura con un legale rappresentante o un direttore tecnico cessato dalla carica nell'anno antecedente la data del bando e condannato irrevocabilmente. Fra le misure indicate nel considerando è inquadabile, ovviamente, il modello organizzativo di cui si è detto, fermo restando che la stazione appaltante in tali ipotesi si limita a prendere atto di quello che il giudice penale ha stabilito nelle sue valutazioni in relazione all'idoneità e quindi alla capacità esimente dei

modelli adottati. Sempre nel panorama nazionale, vi è da dire che rispondono già pienamente alla *ratio* espressa dal considerando n. 102 diverse ipotesi connesse all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici; si pensi, oltre al cessato dalla carica, agli effetti estintivi conseguenti al patteggiamento (art. 445 c.p.p) e al decreto penale (art. 460 c.p.p), alla riabilitazione (art. 178 c.p.), alla depenalizzazione, quali ipotesi legate alla persona fisica che, assunto un ruolo rilevante nell'impresa, non determina cause ostative alla partecipazione di quest'ultima alle gare. D'altro canto, per le persone giuridiche s'è già detto dell'ambito di operatività del D.lgs. 231/2001, in forza del quale laddove non abbia funzionato il modello organizzativo il giudice penale può applicare, addirittura in sede cautelare, misure interdittive, fra le quali il divieto di contrarre con la P.A. Tali misure interdittive entrano quali ipotesi obbligatoriamente escludenti attraverso la norma in bianco contenuta nella lett. m) dell'art. 38 e la stazione appaltante si limita a prendere atto della sussistenza della misura interdittiva fissata dal giudice; ovviamente, le misure interdittive, anche cautelari, non possono determinare la possibilità per l'operatore economico interessato di adottare misure che offrano garanzie sufficientemente capaci di evidenziare un proprio "ravvedimento" e quindi di consentire la sua ammissibilità alla gara. Così, in combinato al considerando 102, è stabilito nell'ultimo capoverso del paragrafo 6, art. 57 della Direttiva 24.

Dunque, anche dalla possibilità prevista dal considerando 102 che l'operatore economico possa porre rimedio alle conseguenze di reati o violazioni e che quindi sulla base di tali motivi possa non essere più escluso dalle procedure concorsuali, si evince a chiare lettere che l'affidabilità o l'elemento fiduciario rappresentano, per così dire, l'elettricità che accenda la lampadina dei requisiti generali.

2. L' art. 57 della direttiva 2014/24 (art. 38 della direttiva 2014/23)

a) Novità rispetto all'art. 45 della Direttiva n. 2004/18.

Epicentro è l'art. 57 della Direttiva 24; il corrispondente nella Direttiva 23 sulle concessioni è l'art. 38, nel quale la disciplina sui requisiti generali è contenuta nei paragrafi da 4 a 10. Per gli appalti nei settori speciali, l'art. 80 della direttiva n. 25 rinvia alle ipotesi dell'art. 57 qui in esame.

I motivi di esclusione sono applicabili anche al subappalto (l'art. 71, paragrafo 6 lett. b), Direttiva n. 24)³ e all'avvalimento (63, paragrafo 1, comma 2, Direttiva n. 24).

La prima differenza con l'art. 45 della Direttiva 18 sta nella rubrica: l'art. 45 presenta una fisionomia soggettiva riferendosi alle “situazioni personali del candidato o dell'offerente”, invece l'art. 57 della nuova direttiva si muove sul piano più squisitamente oggettivo, riferendosi, infatti, ai “motivi di esclusione”. Da una tale differenza si può dedurre, con la grammatica più propria del nostro ordinamento, che le cause escludenti contenute nell'art. 57 sono meglio indicati come requisiti generali e non solo morali dell'impresa, infatti il concetto di moralità professionale – più vicino al concetto di situazioni personali – non caratterizza tutte le condizioni ostative presenti sia nell'art. 57 della Direttiva 24 sia nell'art. 38 del D.lgs. 163/2006.

Una seconda novità contenuta nell'art. 57 rispetto all'art. 45 è l'aggiunta fra le ipotesi dei reati nominati che comportano l'esclusione obbligatoria dalla gara, dei reati concernenti il terrorismo (lett. d del paragrafo 1) e del lavoro minorile o di altre forme di tratta di esseri umani (lett. f del paragrafo 1). Ulteriore aspetto innovativo è l'estensione della rilevanza soggettiva all'interno della compagine dell'operatore economico ai fini dell'applicazione delle cause obbligatorie elencate nel suddetto paragrafo 1; in particolare, il *quid novi* espresso nel secondo periodo del paragrafo 1 è l'indicazione espressa della figura del membro del consiglio di amministrazione che si aggiunge alle altre figure soggettive, fra le quali in ambito nazionale il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ha riconosciuto presenti anche i procuratori speciali (Ad. Pl., 16 ottobre 2013, n. 23). Dunque, la novella direttiva dispone che l'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del C.d.A.; tale prescrizione, alla quale gli stati membri non potranno distaccarsi nella previsione normativa nazionale, risulta coerente con l'indicazione nella normativa antimafia di cui al D.lgs. 159/2011 relativa ai soggetti sottoposti alla relativa verifica, fra i quali compare il riferimento ai componenti dell'organo di amministrazione (art. 85, comma 2 lett. b) codice antimafia). Per inciso, l'ampliamento soggettivo oggi indicato dall'Unione Europea in relazione alle cause ostative obbligatorie per tutti gli Stati membri trova *ex post* un'assonanza singolare con quanto era indicato nell'art. 7

³ Da notare: al paragrafo 2 la dizione sembra fissare in legge scritta il subappalto cd. necessario e l'obbligo, ad oggi dedotto per via ermeneutica e da una lettura sistematica, di indicare il nominativo dell'eventuale subappaltatore già in fase di gara.

dell'abrogato D.P.R. 34 del 2000 relativo ai requisiti generali della SOA: fra i soggetti indicati al comma 7 lett. d) comparivano anche gli amministratori e i soci diretti o indiretti. Quella prescrizione che valeva solo con riguardo ai requisiti generali delle SOA oggi, con la nuova Direttiva, torna valida in ogni campo come motivo di esclusione.

Il paragrafo 2 dell'art. 57, in ottemperanza al considerando n. 2, assorbe e cristallizza quanto definito dalla Corte di Giustizia nelle citate sentenze del 2006: è escluso dalla gara l'operatore economico non in regola con il pagamento di imposte o contributi previdenziali (sempreché l'irregolarità non sia lieve) solo se l'inottemperanza è stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa, e quindi abbia maturato la definitività negli effetti. *De converso*, ricorsi pendenti, condoni o rateizzazioni sussistenti prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara sono confermate come esoneri dall'esclusione dalla medesima gara. Il capoverso del paragrafo 2 conferma l'assunto.

Anche le direttive europee talvolta si esprimono in modo confuso: sempre in relazione al fisco e alla previdenza la disciplina dettata dall'art. 57 prosegue nel capoverso del paragrafo successivo, il numero 3, in cui è indicato che l'esclusione sarebbe sproporzionata qualora riguardasse piccoli importi (da noi già definiti per le tasse nel D.P.R. n. 602/1973 art. 48 *bis*, commi 1 e 2 *bis*; per la previdenza dal D.M. 24 ottobre 2007 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale), ovvero – e qui sta l'aspetto di maggiore interesse – qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso che configura la sua irregolarità non lieve “in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione”. Tale prescrizione si armonizza – solamente con riferimento al Durc – con quanto di recente è stato già previsto in ambito nazionale dall'art. 31 comma 8 della l. 9 agosto 2013, n. 98, che converte con modifiche il D. l. n. 69/2013; il menzionato articolo dispone che, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio del Durc, gli enti preposti prima del rilascio devono invitare l'interessato a regolarizzare la sua posizione entro un termine non superiore a 15 giorni: questo significa che se durante la gara l'operatore economico venisse a sapere di una irregolarità del Durc ovviamente riscontrata dall'INPS – INAIL - Cassa Edile successivamente alla sua domanda di partecipazione, in forza sia della disposizione normativa nazionale che del paragrafo 3 dell'art. 57 Direttiva n. 24, deve essere da quegli enti invitato a regolarizzare prima dell'emanazione del certificato; e con ciò, se ottempera, non potrà essere escluso dalla gara.

La prospettiva indicata in chiave ermeneutica da una parte della giurisprudenza è divenuta ora disciplina positiva.

b) Le cause di esclusione facoltative previste nel paragrafo 4 dell'art. 57 (paragrafo 7 della direttiva n. 23).

Il paragrafo 4 elenca le cause di esclusione che gli Stati membri possono prevedere come obbligatorie nel proprio sistema (nella Direttiva sulle concessioni, le figure corrispondono ma alcune di esse hanno una diversa collocazione formale nelle lettere).

Le ipotesi contenute nelle lettere b), c), d), h), g) del paragrafo 4 della nuova Direttiva ripercorrono il contenuto dell'art. 45, paragrafo 2 della Direttiva del 2004. In relazione a tali lettere, però, c'è da precisare quanto segue.

In relazione alla lettera b): è indicato come motivo di esclusione lo stato di fallimento o la pendenza della relativa procedura in capo ad un operatore economico (alla stessa stregua l'art. 45 detta uguali disposizioni nelle lett. a) e b) del par. 2); la disposizione, però, va letta in combinato disposto con il 1° capoverso del paragrafo 4 in cui è prevista, sempre come ipotesi facoltativa per l'adottabilità in ambito nazionale, la non esclusione dell'impresa se l'operatore economico riesce a dimostrare in gara che sarà in grado di eseguire il contratto; è un'ipotesi derogatoria particolare, alla quale, eventualmente, dovrà seguire (laddove venisse adottata in ambito nazionale) un regime disciplinare di dettaglio, specialmente in ordine alla prova; così infatti è avvenuto per l'ipotesi di ammissione già vigente da qualche tempo nel nostro ordinamento con riferimento all'art. 186 *bis* della Legge Fallimentare, cioè al concordato preventivo con continuità aziendale, che già attua quanto indicato dalla nuova Direttiva europea nel paragrafo 4 in esame.

In particolare, in relazione al concordato preventivo con continuità aziendale la legge:

1) *ai fini dell'ammissione* della continuità dell'impresa richiede:

- l'indicazione, nel piano di concordato ex art. 161, dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività; delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- l'attestazione nella relazione del professionista individuato che la prosecuzione dell'attività è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

2) Ottenuta l'ammissione alla continuità mediante concordato, richiede *ai fini della partecipazione alle procedure* ad evidenza pubblica che l'impresa presenti in gara:

- la relazione del professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto [qui il riferimento è anticipatorio rispetto a quanto ora previsto nella Direttiva n. 24];
- l'impegno dichiarato di un altro operatore economico, in possesso dei requisiti generali e speciali richiesti per il contratto pubblico [l'art. 186 *bis* L.F. parla restrittivamente di "appalto", quando invece il disposto è applicabile anche alle altre figure contrattuali disciplinate dal Codice], valido nei confronti della stazione appaltante e del concorrente, in cui si assuma l'obbligo di divenire impresa ausiliaria nell'avvalimento obbligatorio e di subentrare (qui sta la novità) all'ausiliata (durante la gara o durante l'esecuzione del contratto) nel caso in cui questa fallisca o non sia più in grado di eseguire la prestazione.

Per tornare al paragrafo 4 della nuova Direttiva, interessante è considerare che, se nel futuro la normativa del nostro ordinamento ampliasse le ipotesi rientranti in tale deroga, esse riguarderebbero logicamente le imprese per le quali sia pendente procedimento concorsuale – non potendosi ammettere che un'impresa dichiarata fallita possa dimostrare comunque di essere in grado di eseguire le prestazioni contrattuali –, e anche l'ipotesi concordato preventivo *tout court* e quello con ristrutturazione (art. 182 *bis*), che ad oggi configurano cause di esclusione.

Con riguardo alle cause ostative indicate alle lett. c) e g) del paragrafo 4, che riguardano rispettivamente ipotesi di gravi illeciti professionali (è la lett. d) par. 2, Dir. 18) e le "carenze nell'esecuzione", esse già vigono nel nostro ordinamento come motivi di esclusione obbligatoria nella lett. f) dell'art. 38 Codice appalti: gravi illeciti professionali corrispondono al concetto del nostro di errore grave e le carenze nell'esecuzione si armonizzano con le ipotesi di negligenza e malafede indicate nel citato art. 38 (con un'unica differenza: le carenze nell'esecuzione, per la nuova Direttiva comunitaria, fanno riferimento ad un precedente contratto d'appalto con "un" ente aggiudicatore; questo a differenza di quanto indicato nella lett. f) dell'art. 38 Codice che fa riferimento alle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara).

La lett. d) con riferimento agli “accordi intesi a falsare la concorrenza” è già assorbita nella lett. *m-quater*) dell’art. 38 del Codice appalti con riferimento alle ipotesi di controllo e collegamento da dichiarare obbligatoriamente.

Accanto a tali ipotesi di esclusione facoltative che sono già conosciute (e già oggetto di ricezione da parte degli Stati membri), compaiono ulteriori ipotesi nuove rispetto alla disciplina dettata dall’art. 45 della Direttiva del 2004. Vediamole.

La lett. a) del par. 4 fa riferimento alla violazione degli obblighi previsti dall’art. 18 - rubricato “principi per l’aggiudicazione degli appalti” - par. 2 della medesima Direttiva n. 24, cioè al fatto che gli Stati membri devono adottare misure adeguate per garantire che le imprese, durante l’esecuzione degli appalti pubblici, rispettino gli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro; tali obblighi sono quelli stabiliti sia dal diritto dell’Unione Europea sia dalle Convenzioni di diritto in internazionale indicate nell’allegato X della dir. 24 (aventi ad oggetto in particolare le libertà di associazione, il contrasto al lavoro forzato, l’età minima, la parità di retribuzione, la protezione dagli inquinamenti di vario genere) sia dal diritto nazionale degli Stati membri (per quanto riguarda l’ambiente rilevano le disposizioni contenuti nel D.lgs. 152/2006 cd. Codice dell’ambiente).

Dunque, laddove un operatore economico violasse nel corso dell’esecuzione di appalti pubblici tali misure normative e amministrative, tale condotta potrebbe configurare l’ipotesi specifica di esclusione dalle future gare. Ma c’è da considerare che ove le suddette violazioni degli obblighi nell’esecuzione del contratto connesse alla vasta materia contenuta in questi tre ambiti (che, come s’è detto, rappresentano la spina dorsale delle nuove Direttive) non si interpretassero⁴ già *ex se* come ipotesi di errore professionale o di negligenza/malafede (anche senza cristallizzarsi nella risoluzione contrattuale per inadempimento) e pertanto fossero già idonei a configurare motivi di esclusione in forza della lett. f) dell’art. 38,⁵ esse entrerebbero comunque nella più ampia categoria delle “gravi violazioni dei doveri professionali” della quale già s’è parlato in relazione al considerando n. 101. In tale ultimo caso, la previsione

⁴ laddove non configurino ovviamente già ipotesi di reato, altrimenti opererebbe la lett. c) dell’art. 38 Codice e il disposto della lett. a) dell’art. 57 in esame segnerebbe la rilevanza della moralità professionale di quelle violazioni penali.

⁵ ascrivibili, pertanto, nelle lettere c) e g) della Direttiva n. 24, e in tal senso, in virtù dell’applicazione della normativa nazionale (art. 38, lett. f), resterebbe inattuata la lettera a), paragrafo 4 della Dir. 24.

comunitaria necessiterebbe di un intervento legislativo d'ambito nazionale, laddove s'intendesse dare concreta attuazione all'ipotesi facoltativa contenuta nella Direttiva.

In altri termini, in forza della lett. a), par. 4, Dir. n. 24, lo Stato membro ha la facoltà di prevedere le cause di esclusione ascrivibili in essa; ma l'ambito oggettivo della citata lett. a) è proteso verso un *tertium genus*, cioè è limitato a ipotesi che *ex se* già non configurino nel nostro ordinamento violazioni penali o fattispecie rientranti nell'errore professionale (ad es. il danno ambientale) o nella negligenza/malafede (che determinino un inadempimento contrattuale e, se viste al futuro, comportino la perdita dell'elemento fiduciario, ai sensi della lett. f) dell'art. 38 Codice contratti pubblici).

Riguardo alla violazione in materia ambientale (e come tale rientrante nell'alveo dell'art. 18 della Direttiva n. 24) che configuri reato, si tenga presente che l'art. 135 comma 1 del Codice contratti pubblici, dopo la modifica operata dalla L. n. 190/2012, indica quali ipotesi delittuose - sempre se passate in giudicato - rilevanti per la risoluzione contrattuale, le fattispecie elencate nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.. Nel comma 3-bis compare il riferimento all'art. 260 del D.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente), che punisce l'attività organizzata per il traffico di rifiuti (con obbligo di ripristino disposto dal giudice ai sensi del comma 4 dell'art. 260). Dunque, la violazione è relativa alla prescrizioni del diritto ambientale e perciò inquadrabile nell'ambito dell'art. 18 della Direttiva n. 24, ma non rientra nell'ipotesi di cui alla lett. a) del paragrafo 4 dell'art. 57 in quanto l'illecito è già ascrivibile nella lett. c), comma 1 dell'art. 38 D.lgs. n. 163/2006.

Lo scenario componibile dalle lettere e) ed f) del paragrafo 4 Direttiva 24 rappresenta le ipotesi di conflitto di interessi e di distorsione della concorrenza (che le due lettere vadano lette in armonia lo dimostra il fatto che esse compaiono nella medesima lettera nel par. 7 dell'art. 38 della Direttiva n. 23 sulle concessioni). In relazione al conflitto di interessi è da precisare che viene compiuto riferimento all'art. 24 della nuova Direttiva in cui è previsto che gli Stati membri debbano provvedere con fattispecie normative idonee a prevenire, individuare (più difficile concretizzare l'espressione "porre rimedio in modo efficace", atteso che il conflitto di interesse o c'è o non c'è) situazioni configgenti dalle quali possano determinarsi violazioni relative alla concorrenza o alla parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

C'è da precisare che nel Codice dei contratti pubblici il legislatore nazionale ha già individuato delle apposite fattispecie che rispondono a questa esigenza; basti pensare, ad esempio, al divieto espresso nell'art. 90 comma 8 del codice relativo al fatto che i progettisti non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori, agli eventuali subappalti, ai cottimi, per i quali essi abbiano già indirizzato l'attività di progettazione; lo stesso divieto si estende anche ai soggetti controllati o controllanti o collegati al progettista. Ma l'ambito soggettivo del divieto non finisce qui. Si espande sino a ricomprendere i dipendenti del progettista e, ancor più a fondo, incide addirittura sui collaboratori, e, ancor più giù, nella categorizzazione delle relazioni finisce per ricomprendere sia gli affidatari di attività di supporto alla progettazione, sia i loro dipendenti. Un chiaro esempio, dunque, è questo appena richiamato di come la nostra normativa abbia già dato un'efficace e penetrante soluzione a situazioni reputate conflitto di interessi. Un'annotazione: il legislatore ha mantenuto questi rilievi legati al progettista e alle situazioni di controllo o collegamento a lui relative, mentre tali presunzioni ostative *iuris et de iure* sono scomparse in relazione alle situazioni di controllo o collegamento tra operatori economici che partecipano alla medesima gara d'appalto, ammettendo in quest'ultima ipotesi l'esclusione dalla gara solo a seguito di una verifica istruita con sub-procedimento dopo l'apertura dell'offerta economica e fondata non su presunzioni ma su prove che dimostrino la mancanza della genuinità delle relative offerte.

Altre ipotesi contenute nel Codice dei contratti che segnano un'incompatibilità sono rintracciabili nell'art. 84 al comma 4 (relativo ai componenti della commissione giudicatrice nell'ipotesi di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa); per la nomina del collaudatore nei lavori pubblici opera l'art. 141 comma 5.

Da ultimo le ipotesi di conflitto di interesse hanno interessato anche la legge n. 190 del 2012 in relazione all'anticorruzione per quanto riguarda le ipotesi di affidamento di incarichi (art. 53 del D.lgs. n. 165/2001, così come modificato dalla legge anticorruzione).

Tornando alla Direttiva 24, c'è da precisare che l'art. 41 al paragrafo 1 e al paragrafo 3 individua un'ipotesi che espressamente non configura conflitto di interesse e che quindi non rientra negli effetti escludenti connessi all'art. 24; in particolare viene stabilito che un operatore economico - o addirittura un'impresa collegata ad esso - che abbia fornito una consulenza all'amministrazione appaltante o abbia collaborato alla preparazione della procedura (stravagante ipotesi!) non è meccanicamente escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione d'appalto; infatti, da un lato l'amministrazione è chiamata ad

adottare misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione di quell'impresa, d'altra parte, invece, con un singolare spostamento dell'onere in capo all'operatore economico è previsto che egli possa provare – prima di un'eventuale esclusione – che la sua partecipazione non sia un elemento capace di falsare la concorrenza. Stando alla previsione dell'articolo 41 considerato *tout court* è difficile riconoscere una certa armonia sia con le suddette situazioni ostative già fissate a livello nazionale, sia con l'effettivo spazio di applicabilità e di operatività dell'art. 24 della medesima Direttiva. E poi, non appare di secondo ordine il collegamento che potrebbe rinvenirsi a valle di questo scenario fondato sull'art. 41 della Direttiva con l'art 353 *bis* del codice penale, introdotto dall'art. 10 della L. n. 136/2010, a mente del quale la turbativa, mediante condotte fraudolente, del procedimento amministrativo finalizzato alla formazione del contenuto del bando o di un altro atto qualificabile come *lex specialis* è punito con la reclusione.

Vieppiù, quest'ultima considerazione si congiunge e ne dà attuazione evidente, alla fattispecie escludente prevista nella lett. i) del paragrafo 4 dell'art. 57, in cui è prevista la facoltà di previsione normativa circa l'esclusione dell'operatore economico che “ha tentato di influenzare il procedimento decisionale della stazione appaltante”, oppure di ottenere informazioni confidenziali da cui trarre vantaggi, oppure ha fornito anche colposamente informazioni fuorvianti.

Va da sé che può facilmente accadere che le ipotesi ora citate comprese nella lett. i), configurando nel nostro ordinamento specifiche ipotesi delittuose, siano da considerare già adesso come cause di esclusione dalle gare in forza della lett. c) comma 1 dell'art. 38 del Codice. Per concludere, si può dire che le ipotesi della lett. i) par. 4 art. 57 Direttiva sono la patologia più grave dell'ipotesi di partecipazione precedente di candidati o offerenti descritta nell'art. 41. Il tutto è animato dal contenuto del considerando n. 126 della nuova Direttiva in cui viene affermata come essenziale per garantire procedure leali e per combattere corruzione e frodi, la dualità “tracciabilità-trasparenza” del processo decisionale nelle procedure d'appalto. Anche in questo caso il pensiero si ricollega senza mediazioni agli obiettivi perseguiti dalla l. n. 190/2012 (anticorruzione) anche mediante la connessa esigenza di trasparenza dettagliatamente disciplinata dal D.lgs. n. 33 del 2013.

c. Prove.

La Direttiva 18 nell'art. 45, paragrafi 3 e 4, faceva riferimento, sotto il profilo probante nella sfera amministrativa, ai certificati prodotti o ricavabili *ex officio*; la Direttiva 24 posiziona nella costellazione relativa ai criteri di selezione, fra i quali sono ricompresi i motivi di esclusione, un'endiadi formata dagli art. 59 e 60 (entrambi applicabili anche agli appalti nei settori speciali in virtù del richiamo compiuto nell'art. 80, paragrafo 3 della direttiva n. 25); il primo articolo prevede il cd. *Documento di Gara Unico Europeo* (DGUE), il quale sarà fornito esclusivamente in forma elettronica dal 18 ottobre 2018 (così dispone l'art. 90 par. 3); esso consiste in un'autodichiarazione aggiornata che in via preliminare sostituisce i certificati e nella quale si conferma se l'operatore economico, fra l'altro, non si trova in una delle situazioni di cui all'art. 57. Un'interessante previsione è contenuta dal quadro normativo formato dal combinato disposto del paragrafo 1, comma 3 e dal successivo paragrafo 5 dell'art. 59: se l'amministrazione può ottenere i documenti accedendo ad una banca dati nazionale, agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti; nel nostro ordinamento immediati riferimenti si hanno con la previsione contenuta nell'art. 6 bis del Codice dei Contratti pubblici, che prevede e regola la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (AVCpass), e in materia antimafia con la Banca dati nazionale unica disciplinata dal capo V del Libro II D.lgs. 159/2011 (è da richiamare la novella previsione contenuta nell'art. 97 del Codice antimafia, comma 1 lett. c-bis) inserita dalla l. n. 125/2013, che viene a garantire una circolarità informativa fra la Banca dati medesima e la sua consultazione da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici per le finalità di cui all'art. 6 bis del Codice dei contratti. L'art. 60 della nuova Direttiva europea è dedicato ai mezzi di prova a disposizione delle stazioni appaltanti; si regge su due cardini: le amministrazioni possono esigere i certificati, le dichiarazioni e i mezzi di prova individuati nel medesimo art. 60 (paragrafi 2, 3 e 4) e nell'Allegato 12 (relativo unicamente ai requisiti speciali) come prova dell'assenza dei motivi di esclusione; i mezzi di prova strumentali per l'amministrazione sono nominati, mentre gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo per provare alla stazione appaltante che essi disporranno delle necessarie risorse.

c) Quid novi: *affidabilità, ravvedimento, effetti.*

È la vera novità portata dalla ventata delle Direttive europee: la sua *ratio* ispiratrice è espressa nel considerando n. 102 ed è positivizzata nei paragrafi 6 e 7 dell'art 57 della

direttiva n. 24 e corrisponde all'art. 38, paragrafi da 9 a 10 della direttiva n. 23 sulle concessioni. Si tratta di deroghe ai motivi di esclusione.

Innanzitutto, dal tenore della formulazione letterale espressa negli articoli citati non sembra che esse siano previsioni libere nell'adozione da parte degli Stati membri, apparendo infatti disposizioni cogenti *ex natura rei*: esaminiamone la portata.

1. L'ambito di operatività copre tutte le ipotesi escludenti, sia quelle obbligatorie relative ai reati nominati (paragrafo 1), sia quelle facoltative nell'adottabilità negli ordinamenti nazionali.
2. La natura è quella di esenzione: l'impresa che versi in una delle situazioni escludenti ha potere di fornire prove (con qualsiasi mezzo idoneo: si veda l'art. 60) capaci di dimostrare la sua affidabilità, nonostante il motivo ostativo sussista ancora al momento della sua partecipazione alla gara. Una tale possibilità offerta all'operatore economico scardina quanto sino ad ora è stato previsto ed elaborato nel nostro sistema giuridico e cioè che l'esistenza del requisito generale deve sussistere al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara è permanere fino alla stipula del contratto in casi di aggiudicazione. Invece, con una previsione generale le nuove direttive consentono all'impresa che non ha il possesso di tutti i requisiti generali di dimostrare, mediante una sorta di prova di resistenza, la propria *affidabilità*: ecco, dunque, l'ulteriore conferma che l'affidabilità è uno dei nuovi parametri (e come tale è trasversale) celebrati dalle nuove norme europee che animano la valutazione per la negoziabilità successiva.
3. La dimostrazione non regge dinnanzi alla gravità della violazione, eventualmente riconosciuta dalla stazione appaltante, che rimane l'unico arbitro in sede procedurale amministrativa. In ogni modo, la motivazione dell'esclusione dalla gara dovrà render conto delle misure adottate dall'impresa e che quest'ultima ha presentato come quadro probante circa la sua affidabilità.
4. Gli elementi e le direttrici della prova da parte dell'operatore economico sono catalogati dalle norme europee nei seguenti modi:
 - dimostrazione di aver risarcito il danno causato dal reato e dall'illecito amministrativo o civile rilevante;

- dimostrazione di essersi impegnato a risarcire quei danni: qui la norma opera considerando anche una prospettiva progettuale d'azione, sempre che sia riscontrabile (si pensi, ad esempio, a transazioni sottoscritte che prevedano pagamenti a scadenza concordata);
- chiarimento in ogni parte di tutti i fatti e circostanze (“globale” e l’attributo utilizzato dagli articoli in parola delle direttive) mediante la collaborazione con le autorità preposte; preferisco leggere così il disposto, suona male, infatti, “autorità investigative” che compare nei testi delle direttive, non avendo nel nostro sistema alcun rilievo per la gara l’attività preliminare al processo penale, né – tranne rare eccezioni – la fase dibattimentale (o ad essa assimilabile nei riti speciali); e ancora perché l’eventuale collaborazione nel processo penale, pienamente disciplinata nel relativo codice, non prevede mai l’impunità del collaboratore, il quale, se condannato, determinerà sempre per l’impresa, ove ne ricorrano i presupposti di rilevanza soggettiva nell’organigramma della stessa, gli effetti fissati nell’art. 38, comma 1 lettere b), c) ed m.-ter) del Codice appalti. Ciò detto, questa ipotesi anche se letta come collaborazione con le autorità amministrative appare allo stesso modo poco attuabile all’interno dei circuiti che compongono il nostro sistema dei contratti pubblici; si consideri, ad esempio, che un’ipotesi di collaborazione è la cd. *redintegratio in statum pristinum* prevista dalla normativa ambientale, in particolare per la bonifica dei siti inquinati mediante una condotta in violazione della relativa disciplina; ma, a ben vedere, il ripristino non funge da giustificazione della condotta comunque sanzionata, semmai può determinarne una più lieve applicazione in concreto ovvero l’applicazione della sospensione condizionale della pena (come nell’ipotesi ex art. 260, comma 4 del Codice dell’ambiente), ma non scriminarne la rilevanza. Questo significa, che ove l’eventuale condanna penale irrevocabile per un’ipotesi penale contenuta dal codice dell’ambiente fosse applicata al soggetto che ricopra uno dei ruoli rilevanti indicati nell’art. 38, comma 1 lett. c), quest’ultimo - e quindi l’impresa - non potrebbe giustificare la propria affidabilità in forza di una collaborazione con l’autorità amministrativa.
- Adozione di provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Quest’ipotesi non è una novità per

il nostro ordinamento; vien fatto di pensare al modello organizzativo previsto nell'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001 (e nell'art. 30 del T.U. sulla sicurezza, D.lgs. n. 81/2008), secondo il quale se uno dei reati tipici è stato commesso dalle persone aventi ruolo apicale, l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo.

Più vicina al senso del paragrafo 6 dell'art. 57 della Direttiva n. 24 (in cui, fra l'altro, v'è il riferimento a provvedimento idonei a prevenire "*ulteriori*" reati/illeciti, il che fa pensare a comportamenti "successivi" alla commissione del reato/illecito) è il disposto dell'art. 12, comma 2, D.lgs. n. 231/12 in cui sono previste delle riduzioni di pena; in particolare, la sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni precedenti, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi. Ancor più evidente si fa la differenza fra queste previsioni e le norme europee espresse nei paragrafi 6 e 7 dell'art. 57 dir. 24: laddove trovasse applicazione il citato art. 12 del D.lgs. n. 231/01 la violazione sussisterebbe già (quindi il ravvedimento interverrebbe dopo) e la pena conseguente sarebbe comunque comminata dal giudice, anche se diminuita nell'applicazione in concreto; la Direttiva, invece, riconnette un potere istruttorio all'amministrazione (impensabile, almeno nei binari del Decreto 231 e del D.lgs. n. 152/2006) grazie al quale può essere ritenuta ammissibile l'impresa anche in assenza di un requisito generale. Una ulteriore precisazione di orientamento è, però, decisiva: queste ipotesi contenute nel D.lgs. n. 231/2001, che appaiono le uniche ascrivibili ad oggi nella previsione della Direttiva, in verità - come s'è già accennato - sono comunque esterne alla maglia procedimentale

che le norme europee hanno fissato; infatti, mentre in queste il rapporto vede da un lato l'amministrazione appaltante e dall'altro l'impresa interessata chiamata a dimostrare la sua affidabilità anche mediante l'adozione di misure preventive per il futuro, invece lo scenario relativo ai modelli organizzativi del D.lgs. n. 231/01 batte un altro tempo, direi triadico: è il giudice chiamato in sede processual penale a valutare l'eventuale sussistenza dei caratteri richiesti al modello e, quale effetto della decisione dell'autorità giudiziaria, le amministrazioni sono poi chiamate a prendere atto delle conseguenze di quei pronunciamenti (si pensi, ad esempio, all'esclusione dalla gara di un'impresa per la sussistenza dell'interdizione a contrarre con la P.A.: si applicherebbe la lettera m) dell'art. 38 Codice appalti).

- Conferma tale assunto, restringendo conseguentemente l'applicabilità della deroga all'esclusione, il comma 3 del paragrafo 6 dell'art. 57: l'esclusione già disposta con sentenza definitiva dalle procedure di gara (si pensi al divieto di contrarre con la P.A. disposto dal giudice penale, o alle misure cautelari interdittive previste nel procedimento penale ex art. 290 c.p.p.) non consente la possibilità di avvalersi della prova di resistenza.
- L'argomento finale riguarda la durata temporale: nel paragrafo 7 è specificato che gli Stati membri devono fissare per ogni causa di esclusione il periodo massimo di rilevanza (sempre che l'impresa non adotti misure tese a dimostrare l'affidabilità e ad ottenerne il riconoscimento); laddove non sia già fissato da sentenze intervenute, *ex lege* l'art. 57 stabilisce che per i reati nominati la durata è massimo di 5 anni dalla data della condanna definitiva; tre anni è il periodo di rilevanza ai fini dell'esclusione dalle gare negli altri casi (indicati nel paragrafo 4).

Ottima e opportuna appare la previsione in rapporto a determinate ipotesi (già previste nell'art. 38 del Codice o ascrivibili, vieppiù, alle situazioni comprese nel paragrafo 4), quali, ad esempio, quelle relative alle violazioni in materia di sicurezza (lett. e), art. 38 Codice), oppure quelle condotte ascrivibili a malafede, negligenza o errore professionale: per esse, la lettera della legge espressa nel citato art. 38 del Codice non pone limiti temporali di rilevanza.

Interessanti questioni, invece, si affacciano in relazione ai riferimenti del paragrafo 7 alle ipotesi indicate nel paragrafo 1 dell'art. 57 Dir., in cui sono elencati tutti i reati nominati più gravi:

- a) la norma espressa nel paragrafo 7 con riferimento alla vigenza della pena (e dei suoi effetti) comminata con sentenza irrevocabile per tali reati appare impraticabile e contraddittoria in sé; diversamente opinando, si determinerebbe lo svuotamento di ogni garanzia negli appalti con riferimento ai requisiti generali più importanti: stando alla sola lettera della Direttiva, per assurdo potrebbe, infatti, partecipare alla gara un'impresa il cui legale rappresentante sia stato condannato cinque anni prima a 7 anni di reclusione per reati terroristici o mafiosi. Nel sistema giuridico nazionale opererebbero, poi, altri anticorpi: quelli delle misure di prevenzione antimafia e antiterrorismo, oggi disciplinate nel Libro I del D.lgs. n. 159/2011;
- b) eppoi, accettando *tout court* la portata temporale del paragrafo 7, negli appalti non avrebbe più senso parlare di effetti penali e di cause di estinzione della pena ex artt. 455 e 460 c.p.p.;
- c) da ultimo, si consideri che per diversi dei reati nominati si abbina alla pena principale anche l'ulteriore sanzione accessoria del divieto di contrarre con la P.A.; tale misura interdittiva interviene nei casi di condanna per i delitti indicati nell'art. 32-quater c.p. e cioè: 316-bis, 316-ter (rientrano nei reati di frode), 317, 318, 319, 319-bis, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 353 (turbativa d'asta), 355, 356, 416, 416-bis (associazione per delinquere di stampo mafioso), 437, 501, 501-bis, 640 (truffa), numero 1) del secondo comma, 640-bis, 644 (usura), commessi in danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa. Anche il più volte citato art. 260 del Codice dell'ambiente, al comma 3 dispone l'applicazione della pena accessoria interdittiva.

Alcuni di questi reati rientrano nelle categorie dei reati nominati (paragrafo 1 dell'art. 57). L'art. 32-ter c.p. stabilisce che l'interdizione non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a tre anni; scaduta la misura interdittiva accessoria, rimane la pena principale, se di durata superiore.

3. La mancanza dei requisiti generali per gravi reati nominati e la successiva risoluzione dei contratti: art. 73 direttiva n. 24 (art. 44 della direttiva n. 23). Effetti e prospettive, anche nella normativa antimafia.

Ho avuto modo già di riflettere sulla natura del divieto di stipulare i contratti espresso nel comma 1 dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 (mi permetto di rinviare a quanto ho dedotto sul tema in *Profili di diritto fallimentare, penale e negoziale nei requisiti per l'affidamento di appalti pubblici e concessioni*, Giappichelli, Torino 2012); il tenore dell'espressione del comma 1 dell'art. 38 è evidentemente un divieto di legge: le regole generali del contratto, relativamente alla causa e all'oggetto, dispongono che il medesimo contratto sia nullo quando intende realizzare cioè che è vietato anche da norme imperative di legge civile o penale. Quindi, la violazione del precetto del comma 1 dell'art. 38 è fondata e provata *ex se* dall'annullamento dell'atto amministrativo (ove avvenga), perché contrario a norme di azione da parte della pubblica amministrazione: si doveva escludere e non s'è fatto; oppure, anche in assenza di un provvedimento di esclusione dalla gara la violazione della norma imperativa opererebbe comunque nel caso in cui l'amministrazione avesse stipulato il contratto in presenza di una causa ostativa ex art. 38 del Codice appalti. Questo scenario consente di affermare l'estraneità delle ipotesi di nullità del contratto per effetto della violazione dei requisiti generali ex art. 38 dalle diverse situazioni riconducibili alle altre violazioni, gravi e non, per le quali la sorte del contratto a valle (al massimo si potrà ottenere la sua inefficacia *ex tunc*) è disciplinata dagli artt. 120-123 del codice del processo amministrativo.

Ciò detto, nell'art. 73, lett. b) della direttiva n. 24 (e parallelamente, nell'art. 44, lett. b) della direttiva n. 23 sulle concessioni), si affaccia una previsione estremamente interessante; è disposto che gli Stati membri debbano assicurare "almeno" (è, pertanto, il minimo attuabile) che si risolva il contratto laddove, fra l'altro, "l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'art. 57, paragrafo 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto".

Le considerazioni che ne scaturiscono sono varie; spigliamone alcune.

- a) *In parte qua*, con riferimento cioè almeno ai gravi reati nominati, il legislatore comunitario ha riconosciuto ascrivibile nella categoria dell'invalidità la stipula del contratto avvenuta in assenza i tali requisiti generali e sembra confermare la tesi della

nullità o, quantomeno, ci si è avvicinato rendendola possibile passando attraverso le magli della risoluzione. Infatti, con tale previsione che obbliga alla risoluzione del contratto si è fuori dall'ambito di applicabilità della direttiva ricorso n. 2007/66 (e, in ambito nazionale, dai conseguenti artt. 120-123 c.p.a.), per i quali il contratto al massimo è dichiarato inefficace dal giudice: inefficacia e invalidità sono, come è noto, categorie diverse, senza alcuna contiguità. La risoluzione in tale situazione è la causa di scioglimento che ben si applica anche alla nullità, laddove sia riconosciuta e dichiarata, così come in quest'ambito ha fatto già sul piano positivo la legge nazionale nell'*incipit* dell'art. 38 del Codice.

L'assunto dell'art. 73 in esame nasce a valle di un riconoscimento operato a livello ermeneutico, europeo e nazionale; infatti, già la Cassazione (III Sez civ. 22.3.2005, n. 6170) aveva innovativamente affermato, in accordo con la dottrina quasi unanime, che le domande di risoluzione e di nullità presuppongono la validità del contratto, dunque "implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento". La Corte aveva in quell'occasione affermato che la domanda di risoluzione contrattuale è animata da una sostanziale identità di presupposti con la domanda di adempimento (secondo quanto riconosciuto dalla Cass., Sez. Un., 13533/01), e postula perciò la validità del contratto medesimo. Quindi, l'accertamento sulla nullità del contratto ha la natura di pronuncia incidentale su una pregiudiziale in senso logico (Cass. n. 6170/05). Il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati e comunque *ex actis*, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo e ciò non conduce a una sostituzione dell'azione proposta con altra (Cassazione, Sez. Un. civ., Sentenza 8 maggio – 4 settembre 2012, n. 14828, da vedersi anche per tutte le ricostruzioni ermeneutiche qui richiamate).

D'altra parte, si deve tenere conto (così come hanno fatto le S.U. civ. nella citata sentenza del 2012) che in ambito europeo con riferimento al regime delle nullità, è stato stabilito dalla Corte di Giustizia U.E., Sez. IV, 4 giugno 2009, causa 0243/08 che il giudice "deve" esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi

si opponga. L'uso in questa sentenza del termine obbligo, anziché di quello facoltà, in precedenza comune, è stato inteso come acquisita consapevolezza del concetto di dovere dell'ufficio di rilevare la nullità ogniqualvolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda (così la Cass., S.U. civ., n. 14828/2012).

Da quest'alveo interpretativo nasce la previsione dell'art. 73, lett. b) della Direttiva n.24, che mediante la risoluzione obbligatoria del contratto, sottratta perciò dalla scelta delle parti, ha inteso fornire lo strumento attraverso il quale il giudice eventualmente adito in virtù della norma imperativa contenuta nel comma 1 dell'art. 38 Codice, dichiarare *ex officio* la nullità.

- b) La prescrizione dell'art. 73 della Direttiva riguarda un ambito distinto rispetto a quello dell'art. 135 del Codice appalti. Infatti, nell'art. 73 si fa riferimento all'ipotesi in cui sia mancante il requisito generale a causa della sussistenza di condanne per uno dei reati nominati, già al momento dell'aggiudicazione e, nonostante ciò, sia seguita la stipulazione del contratto che, quindi, dovrà essere risolto (per nullità della causa); invece, l'art. 135, comma 1 del Codice appalti considera l'eventuale condanna divenuta irrevocabile *dopo* la stipula contrattuale dell'appalto e lascia facoltà di risoluzione, di certo attuabile non per motivi di nullità del contratto.
- c) Se si tratta di reati di criminalità organizzata o di terrorismo, cozza irrimediabilmente tale disposizione comunitaria (che prevede l'obbligo di risoluzione in presenza di reati nominati per cui v'è condanna in giudicato già dalla fase dell'aggiudicazione), con il quadro normativo contenuto nel Codice antimafia, che nell'art. 94 al comma 3 dà obbligo di non recedere (fra l'altro, qui si tratterebbe di recesso e non di risoluzione) dal contratto. Tale disposto riguarda il caso in cui, giungendo l'informazione prefettizia interdittiva dopo la stipula avvenuta per le eccezionali ipotesi di ritardo o di urgenza, la prestazione contrattuale in atto sia inquadrabile in una delle ipotesi fumose espresse nella legge (cioè, lavori in corso di ultimazione e prestatori di beni o servizi non rinvenibili in tempi stretti). L'ambito di riferimento delle due norme in esame è coincidente, infatti anche nell'ipotesi dell'art. 94 Codice antimafia va considerato che l'informazione è sì giunta dopo la stipula del contratto ma riguarda fatti accertati ed esistenti già prima del perfezionamento del negozio e

cioè sussistenti al momento dell'aggiudicazione. In tale scontro normativo, forse è possibile all'orizzonte intravedere un possibile intervento legislativo (d'altra parte è richiesto dallo stesso art. 73 della Direttiva e, a fronte di un legislatore italiano omissivo, s'applicherebbe nell'aprile 2016 comunque e direttamente la lett. b) in parola) che sani l'ibrido normativo attualmente vigente con l'art. 94, comma 3 del Codice antimafia; in particolare, si scorge un mutamento attraverso il quale si giunga, nell'ipotesi ex art. 94, all'obbligo incondizionato di scioglimento del contratto e, magari, mediante la risoluzione e non il recesso, escludendo così anche il rimborso spese per quanto realizzato fino allo scioglimento da corrispondere all'impresa "in odore di mafia" (già previsto nell'art. 11 dell'abrogato d.P.R. n. 252/98 e - come dubitarne? - transitato nell'art. 94, comma 2 del D.lgs. n. 159/2011).

Una precisazione va, però, compiuta: l'art. 73 lett. b) della nuova Direttiva riguarda le ipotesi dei reati nominati di cui all'art. 57, paragrafo 1 e quindi fa riferimento alla sussistenza di provvedimenti di condanna divenuti irrevocabili, fra i quali compare quello per associazione a delinquere di stampo mafioso; la disciplina antimafia contenuta nel D.lgs. n. 159/2011, a sua volta, fa riferimento a situazioni più ampie, rivolgendosi infatti l'Informazione interdittiva prefettizia anche a situazioni di "fumus" e indizianti. Allora, il ragionamento sin qui svolto deve pure considerarsi rientrante nella causa ostativa della lett. c) dell'art. 38 del Codice appalti se la condanna in giudicato per tale reato di mafia riguardasse il direttore tecnico, il legale rappresentante, il procuratore speciale o - considerata la novella estensione operata dall'art. 57 Direttiva n. 24 - un membro del Consiglio di Amministrazione.

In ogni modo, la lettera b) dell'art. 73 della nuova Direttiva ci offre la misura per comprendere l'irragionevolezza dell'art. 94, comma 3 del Codice antimafia e, quindi, la spinta per procedere subito ad abrogarlo.

Se così sarà, per l'ennesima volta si ristabilirà un ordine, anche morale, grazie ad un intervento terzo, cioè quello di una norma europea incidente comunque nel nostro ordinamento. Non rimane che attendere l'intervento del legislatore nazionale o il 18 aprile 2016: l'art. 94 al comma 3 del Codice antimafia potrebbe avere le ore contate.