

# La misura dell'effettività nelle procedure di self cleaning

**Autore:** Alessandro Biamonte

**In:** Giurisprudenza commentata

La previsione dell'**art. 80 del d. lgs. n. 50/2016** introduce una disciplina che configura l'incidenza dei precedenti penali riportati dall'operatore economico secondo un paradigma differente rispetto al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

L'impostazione deve ricondursi alla previsione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE nella quale sono individuate le **cause d'esclusione delle imprese dalle procedure di gara**, sulla base di una ratio finalizzata: a) alla dissuasione degli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti, idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa nel conseguimento e nella esecuzione delle commesse pubbliche; b) al recupero degli operatori economici che abbiano concretamente manifestato un ravvedimento, favorendo l'adozione di misure c.d. di self cleaning.

## Le misure self cleaning

Il meccanismo è finalizzato a stimolare ravvedimenti virtuosi e condotte orientate alla prevenzione, al fine di consentire all'impresa concorrente di dimostrare, ove ne ricorrano le condizioni, la sua affidabilità a dispetto della sussistenza di un motivo di esclusione.

Nella specie, l'**art. 57 della direttiva 2014/24 cit.** individua alcune situazioni concrete per effetto delle quali l'operatore potrà dimostrare il permanere della propria affidabilità, prevedendo delle specifiche fattispecie: a) avere risarcito o essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; b) avere chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le Autorità investigative; c) avere adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori illeciti.

In tali casi, compete all'**amministrazione aggiudicatrice** il compito di valutare se le misure adottate dal concorrente siano state realmente sufficienti, tenuto conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito commesso. Nel caso in cui le misure siano ritenute insufficienti l'amministrazione è tenuta a motivare esplicitamente la decisione di esclusione che verrà assunta.

## L'art. 80 codice appalti

L'art. 80 co. 6 del Codice statuisce che le stazioni appaltanti escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che esso si trovi - a causa di atti compiuti o omessi prima oppure nel corso della procedura - in una delle situazioni di cui al primo comma del medesimo articolo. Ai sensi del successivo comma 7, nelle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia inflitto una **pena detentiva inferiore a 18 mesi** ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, il concorrente sarà ammesso a provare, per l'appunto, di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito ovvero di avere adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Si configura pertanto una ipotesi di ravvedimento operoso preordinato alla dimostrazione, da parte dell'impresa, della propria concreta affidabilità, così da superare l'attitudine preclusiva della accertata sussistenza di una o più cause di esclusione dalla procedura; ciò attribuisce rilievo alla condotta dell'operatore economico che dimostri, retrospettivamente, di essersi adoperato per la eliminazione del danno cagionato e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire la commissione di ulteriori reati o illeciti.

Il perimetro temporale per l'adozione delle misure di self cleaning è circoscritto al termine di presentazione delle offerte (dovendo, diversamente, ritenersi lesa la par condicio tra i concorrenti).

In una prospettiva parallelamente pariordinata si collocano le Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, che il Prefetto può disporre, ai sensi del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla **l. 11 agosto 2014, n. 114, su segnalazione dell'ANAC**, a carico dell'impresa a carico della quale l'autorità giudiziaria proceda per l'accertamento di uno o più dei reati elencati al comma 1.

In questo caso, il self cleaning postula, alternativamente: a) la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto: la quale sostituzione è, ricorrendone le condizioni, idonea ad impedire l'automatismo solutorio delle misure interdittive sui contratti in essere o, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione "controllata" dell'esecuzione dei contratti in essere, ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettiva confisca (cfr. parere Cons. Stato, comm. spec., 18 giugno 2018, n. 1567); b) il "sostegno e monitoraggio dell'impresa" (comma 8).

In siffatta seconda ipotesi, con ogni evidenza, l'operatività delle misure di self cleaning può operare solo nella duplice e concorrente direzione: a) della prospettiva sterilizzazione delle misure interdittive penali, al fine di prevenire ed evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato; b) dell'impedimento della misura

di commissariamento, relativamente ai contratti la cui esecuzione sia stata già iniziata.

Nel primo caso, appare chiara l'operatività solo pro futuro delle misure organizzative virtuose. Nel secondo caso, si tratta di una misura specifica, orientata a salvaguardare l'utile esecuzione dei contratti in essere.

Pertanto, mentre deve escludersi che la mera sostituzione degli organi di vertice possa precludere, in pendenza di procedura ad evidenza pubblica, l'operatività di una clausola di estromissione (cfr. Cons. Stato, V, 1 settembre 2018, n. 5424), la sostituzione operata prima della partecipazione non può considerarsi irrilevante, purché se ne accerti l'effettività.

### **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/la-misura-delleffettivita-nelle-procedure-di-self-cleaning/>