

RIVISTA TRIMESTRALE DEGLI APPALTI n. 1/2019

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI, I SERVIZI E LA CONCORRENZA

a cura di Michele Cozzio

SEZIONE NORMATIVA

Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora? - Claudio CONTESSA

Sulla necessità di una completa revisione del Codice dei contratti pubblici - Vittorio ITALIA

SEZIONE GIURISPRUDENZA

Gli obblighi sulla centralizzazione degli acquisti degli enti locali al vaglio della Corte di giustizia UE - Michele COZZIO

Consiglio di Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, ordinanza n. 68

SEZIONE CONTRIBUTI

Le misure di "self-cleaning" tra Codice dei contratti pubblici, le Linee Guida ANAC e modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 - Giovanni LOMBARDO, Iole Anna SAVINI, Alessandra FEZZA

Risultati del progetto "Qualità e diritti. Politiche strategiche e livelli di tutele nei contratti pubblici" sul monitoraggio dei bandi delle pubbliche amministrazioni - Luigi GILI

EVENTI E SEGNALAZIONI

Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato - Nicoletta PARISI, Maria Agostina CABIDDU, Paolo CARTA et. al.

SME Performance Review. Annual Report on European SMEs 2017/2018. The 10th Anniversary of the Small Business Act - Commissione europea

La rubrica è redatta in collaborazione con l'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. L'Osservatorio opera con finalità di aggiornamento e analisi sull'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale dei contratti pubblici. I documenti contrassegnati dai simboli   sono disponibili in versione integrale sul sito web dell'Osservatorio (www.osservatorioappalti.unitn.eu).

Al riguardo ci si aspetterebbe qualche cautela maggiore da parte degli osservatori e dello stesso legislatore. Non può sottacersi, infatti, che “le scelte di acquisto sono anche uno strumento di legittimazione nel rapporto con i cittadini, in particolare per gli enti locali, e l’esautoramento di una funzione per loro molto importante (che dovrebbe comunque restare di indole tecnica) può avere anche riflessi più generali, sul piano istituzionale prima ancora che sul disegno risultante dall’art. 118 Cost.”⁶³.

Si tratta, come detto, di una polarizzazione profonda, di non facile composizione, fino ad ora rimessa alla determinazione degli attori interni.

SEZIONE CONTRIBUTI

LE MISURE DI “SELF-CLEANING” TRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, LE LINEE GUIDA ANAC E MODELLI ORGANIZZATIVI EX D.LGS. 231/2001

Giovanni LOMBARDO, Iole Anna SAVINI, Alessandra FEZZA

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo e le recenti modifiche in tema di cause di esclusione. - 2. Riferimenti diretti e indiretti al D.lgs. 231/2001. - 3. L’adozione delle misure di self cleaning. - 4. Le condotte indonee ad evitare l’esclusione.

1. Il contesto normativo e le recenti modifiche in tema di cause di esclusione. L’art. 80 del D.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), individua, come noto, i “*motivi di esclusione*” degli operatori economici dalla partecipazione alle procedure d’appalto o concessione per carenza dei c.d. requisiti generali. Rispetto a tale questione vale la pena soffermarsi per approfondire i profili di connessione con le misure organizzative aziendali che possono evitare, in determinati casi, l’esclusione dalle procedure di gara dei soggetti partecipanti.

Si osserva innanzitutto che la disciplina *de qua* è stata oggetto di ampio dibattito, sia nelle sedi del contenzioso giudiziale e stragiudiziale, sia nelle sedi istituzionali, tant’è che di recente il legislatore, con il DL 135 del 14 dicembre 2018 recante “*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*”, è intervenuto apportando una significativa modifica alla non chiara categoria dei “gravi illeciti professionali”, incidendo sul disposto della lettera c) del comma 5 dell’art. 80 del Codice degli appalti, in modo da ricondurlo all’originaria previsione contenuta nella direttiva 2014/24/UE.

Il decreto legge citato, infatti, ha previsto, quali fattispecie autonome di esclusione degli operatori economici, quelle che in precedenza erano ipotesi meramente esemplificative dei “gravi illeciti professionali”; in sostanza è stata riformulata la lettera c) e sono state introdotte le nuove lettere c-bis) e c-ter).

nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all’autonomia degli enti” (Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 36). Nel solco di questo indirizzo si inseriscono gli interventi legislativi in materia di ricorso obbligatorio alle centrali di committenza da parte dei Comuni.

⁶³ Così F. Fracchia, relazione presentata nel corso dell’audizione informale davanti all’ottava Commissione permanente del Senato il 15 gennaio 2015, disponibile sul portale web dell’Osservatorio, www.osservatorioappalti.unitn.it. Vedi anche F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L’intervento pubblico nell’economia*, Firenze, Firenze University Press, vol. V, 2016.

Nell'attuale formulazione, la lettera c), comma 5, dell'art 80 del Codice prevede l'esclusione dalla gara qualora *“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”*.

Inoltre, ai sensi della nuova lettera c-bis) del comma 5, l'operatore economico viene estromesso dalla procedura qualora *“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”*.

Infine, ai sensi della lettera c-ter) del comma 5, l'esclusione viene disposta nel caso in cui *“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”*.

Preme evidenziare che, al di là di quelli che saranno gli esiti della legge di conversione del decreto di cui trattasi, e al netto di ulteriori possibili considerazioni, risulta evidente che è stata mantenuta un'ampia formulazione della fattispecie dei “gravi illeciti professionali”, di cui alla novellata lettera c) del comma 5 dell'art. 80 citato, tale da far rientrare tra i motivi di esclusione una pluralità di casistiche che possono vedere coinvolte, a vario titolo, le imprese e gli enti, come ad esempio vicende penalmente rilevanti, anche in assenza di un provvedimento di accertamento definitivo.

Sul punto, si deve inoltre fare riferimento alle indicazioni contenute nelle Linee Guida ANAC n. 6, aventi ad oggetto l'«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», le quali, per forza di cose, dovranno essere oggetto di futuri aggiornamenti, in modo da allinearle all'attuale disposto normativo.

Peraltro, già in occasione dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 56/2017, recante, com'è noto, disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016), l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva ritenuto opportuno procedere all'aggiornamento delle Linee Guida predette, incidendo anche sull'impianto “231” delle aziende interessate alla partecipazione a gare d'appalto, posto che le suddette Linee Guida ANAC, come, più in generale, l'art. 80 del Codice appalti complessivamente considerato, appaiono in stretta connessione rispetto a quanto previsto dal D.lgs. 231/2001 sotto il profilo della richiesta di rispetto di determinati requisiti di trasparenza e virtuosità da parte degli enti/operatori economici.

Inoltre, detta correlazione rileva anche per l'importanza che assumono i Modelli organizzativi (MOG) nel contesto delle cd. misure di “*self cleaning*”, cui fanno riferimento indiretto sia l'art. 80, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, sia le citate Linee Guida ANAC n. 6 (cfr. paragrafo VII, punto 7.3, pag. 10 ove, in particolare, vengono indicati “*modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”, senza richiamare espressamente i MOG 231 o il D.lgs. 231/2001).

2. Riferimenti diretti e indiretti al D.lgs. 231/2001. Come accennato, nell'art. 80 del Codice si individuano le cause di esclusione dell'operatore economico per carenza dei c.d. requisiti generali dalle procedure d'appalto o di concessione e si prevede, altresì, la possibilità, in determinate ipotesi, di evitare la predetta esclusione dimostrando di aver risarcito o di essersi impegnati a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (c.d. misure di *self cleaning*, di cui all'art. 80, comma 7, D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.).

Più in dettaglio, l'articolo 80 del Codice degli appalti, al comma 5, reca l'elenco di particolari ipotesi di esclusione dalle procedure e concessioni nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia,

nonché, ai sensi dell'art. 136 del Codice, nei settori speciali qualora l'ente aggiudicatore sia un'amministrazione aggiudicatrice, disponendo che le stazioni appaltanti escludano dalla partecipazione alla procedura d'appalto gli operatori economici che si trovino in una delle situazioni successivamente elencate dalla lettera a alla lettera m del medesimo comma 5, anche laddove riferite ad un subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 del Codice.

Tra le cause di esclusione rilevano, in particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, quelle indicate dalla novellata lettera c (su cui sono intervenute le suddette Linee Guida n. 6, ai sensi di quanto previsto dall'art. 80, comma 13, del Codice⁶⁴), aventi ad oggetto i c.d. "gravi illeciti professionali".

Infatti, l'art. 80, comma 5, lettera c del Codice, dopo le modifiche apportate dal c.d. "DL semplificazioni", dispone che *"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: [...] 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"*.

Le citate Linee Guida n. 6, dettate al fine di *"fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle [a quelle che erano] fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza"* delle stazioni appaltanti, chiariscono, innanzitutto, che gli illeciti professionali, accertati con provvedimento esecutivo, per costituire motivo di esclusione dell'operatore economico devono essere tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente (intesa come moralità professionale), o la sua affidabilità.

A mente delle suddette Linee Guida, costituisce ipotesi riconducibile ai gravi illeciti professionali, tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'ente/operatore economico, la presenza di condanne - anche non definitive - per taluni reati, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento, ai sensi del medesimo art. 80, e, segnatamente, dei relativi commi 1 e 2, del Codice.

Tra i suddetti reati, elencati a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo di tutte le fattispecie astrattamente configurabili, il cui accertamento, anche con provvedimento non definitivo, può configurare elemento idoneo a far ritenere integrato il "grave illecito professionale", sono annoverati i seguenti:

- l'abusivo esercizio di una professione;
- i reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
- i reati tributari ex D.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio;
- i reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- i reati previsti dal D.lgs. 231/2001.

Assume altresì rilievo, quale illecito professionale grave, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. ossia la turbativa d'asta, le frodi o gli inadempimenti nelle forniture pubbliche⁶⁵.

Il richiamo ai reati presupposto 231, testé riportato, costituisce occasione per osservare, più in generale, che l'art. 80 del Codice appalti, complessivamente inteso, in connessione con le citate

⁶⁴ Art. 80, comma 13, Codice appalti: *"Con Linee Guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)"*.

⁶⁵ Si rammenti tuttavia che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione, in forza di quanto disposto dall'art. 80, comma 1, lettera b), Codice appalti.

Linee Guida ANAC n. 6, evidenzia l'importanza ivi assegnata al Decreto 231, quale assetto normativo cui fare riferimento per la realizzazione di un mercato degli operatori economici gestito all'insegna della massima trasparenza e della lotta alla corruzione e all'illegalità; parametri, questi ultimi, che costituiscono il *leitmotiv* di tutta la più recente legislazione e regolamentazione del settore pubblico/amministrativo, ove spesso si assegna alla presenza di un MOG 231 un valore di garanzia del rispetto dei suddetti parametri ⁶⁶.

In particolare, i riferimenti al D.lgs. 231/2001 sono contenuti, in primo luogo, nelle suddette Linee Guida ANAC n. 6, aventi ad oggetto le ipotesi riconducibili ai gravi illeciti professionali, di cui al comma 5, lettera *c*, dell'art. 80 del Codice.

Possiamo individuare un rinvio esplicito, nel citato richiamo dei reati presupposto 231 tra gli illeciti penalmente rilevanti, contenuti nell'elenco esemplificativo sopra riportato, che, se accertati con provvedimento esecutivo (anche non definitivo), possono costituire indice della presenza, nell'operatore economico coinvolto, di un "grave illecito professionale". Rileviamo, inoltre, un richiamo indiretto, non esplicito, benché inequivoco nella sostanza, al MOG 231 e alle ipotesi esimenti *ex* D.lgs. 231, di cui si evidenzia la rilevanza per quanto concerne la configurazione delle condotte riparatorie (c.d. misure di *self cleaning*, su cui si dirà meglio *infra*), che, qualora valutate positivamente dalla stazione appaltante, possono consentire all'operatore coinvolto, che le abbia adottate, di evitare l'esclusione dalla procedura di gara a causa della presenza di gravi illeciti professionali di cui sia reso responsabile.

I riferimenti al D.lgs. 231/2001 sono contenuti, in secondo luogo, nell'ambito del medesimo art. 80, comma 5, Codice appalti, lettera *f*, quale ipotesi a sé stante di possibile esclusione dalle procedure di gara, qualora, a seguito dell'accertamento giudiziale di un reato presupposto 231, sia stata comminata la specifica sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera *c*), del D.lgs. 231/2001 (ovvero, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio).

L'art. 80, comma 5, lettera *f*, del Codice appalti (lettera che, nell'ambito dell'art. 80 citato, contiene l'unico richiamo esplicito e diretto al D.lgs. 231/2001) dispone, infatti, che "*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: [...] f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*" (Testo unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro).

Ciò posto, si tenga conto che il riscontro da parte della stazione appaltante della presenza di una sanzione interdittiva 231 potrebbe essere considerata, indirettamente, anche quale segnale di mancanza di affidabilità e moralità professionale dell'ente/operatore economico, nell'ambito delle valutazioni discrezionali che la stessa ha facoltà di svolgere, *ex* art. 80, comma 5, lettera *c*, del Codice, circa la sussistenza di un grave illecito professionale.

Proseguendo nell'esame delle indicazioni fornite dalle Linee Guida ANAC n. 6, occorre evidenziare che la stazione appaltante è chiamata a effettuare un'approfondita e motivata ponderazione delle circostanze idonee a configurare un grave illecito professionale dell'operatore economico; inoltre, le Linee Guida precisano che anche gli organismi di attestazione, ai fini delle valutazioni di loro competenza, previste dall'art. 84, comma 4, lettera *a*) del Codice, devono accertare - mediante consultazione del casellario informatico - la presenza di gravi illeciti professionali, imputabili

⁶⁶ Si vedano, ad esempio, i richiami al MOG 231 contenuti nel recentemente modificato D.lgs. 159/2011 (c.d. Codice antimafia), nonché nella delibera ANAC n. 1134 dell'8 novembre 2017, recante «*Nuove Linee Guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*».

all'impresa, e sono chiamati a valutarne la rilevanza e l'idoneità ad incidere sull'integrità e/o sulla moralità della stessa, in relazione alla qualificazione richiesta.

3. L'adozione delle misure di *self cleaning*. A fronte della sussistenza di circostanze idonee a giustificare una motivata esclusione dalle procedure di aggiudicazione di un appalto o di una concessione, l'art. 80 del Codice, al comma 7, consente come già accennato, all'ente/operatore economico di dimostrare l'adozione di c.d. misure di *self cleaning*.

Prevede, infatti, il suddetto art. 80, comma 7, che *“Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1 [provvedimenti definitivi che attestino la sussistenza di reati particolarmente gravi, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione, come definita per le singole fattispecie di reato], o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”*.

Pertanto, come precisato nelle Linee Guida ANAC n. 6, assume rilievo l'idoneità delle *“misure di self-cleaning”*⁶⁷ (su cui *infra*) che siano state eventualmente adottate dall'ente allo scopo di dimostrare la propria integrità e affidabilità, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione⁶⁸.

La valutazione della stazione appaltante circa la congruità di tali misure deve essere effettuata in contraddittorio con l'operatore economico; tuttavia, come precisato nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4192 del 2017, detto contraddittorio si rende opportuno se l'operatore economico si è dimostrato leale e trasparente, rendendo dichiarazioni veritiere e non omissive circa la presenza di *“situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali”*, con inclusione, quindi, anche degli eventi negativi per la propria realtà operativa⁶⁹.

Si tenga conto, infatti, che, secondo le richiamate Linee Guida, la stazione appaltante deve valutare con il massimo rigore le misure di *self-cleaning* adottate qualora si sia verificata la *“violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione”* (cfr. pag. 11 delle Linee Guida n. 6).

La decisione assunta dalla stazione appaltante all'esito del suddetto contraddittorio deve, quindi, essere adeguatamente motivata. In merito a tale motivazione, rileva quanto previsto dall'art. 80, comma 8, Codice appalti, secondo il quale *“Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico”*.

⁶⁷ Come indicato all'art. 80, comma 7, del Codice.

⁶⁸ Come da nota che precede, in forza di quanto disposto dall'art. 80, comma 7, del Codice e nei limiti ivi previsti.

⁶⁹ In tal senso, la citata sentenza del Consiglio di Stato, n. 4192 del 2017, ha osservato che, nel caso discusso, l'operatore economico era stato condannato *“per truffa continuata ai danni dello Stato, sanzionando oltre all'amministratore unico e ai dirigenti apicali, anche la stessa società, con l'applicazione della sanzione interdittiva del divieto di contrarre per un anno con la pubblica amministrazione;*

- tale condanna avrebbe dovuto essere dichiarata consentendo alla stazione appaltante di valutarla, atteso che riguardava proprio l'attività professionale svolta dalla società;

- per le clausole di esclusione di cui alla lettera c), comma 5, dell'art. 50 del D.lgs. n. 50/2016, vige la regola secondo la quale la gravità dell'evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali, non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza;

- l'aver taciuto le circostanze in questione ha dunque impedito, da un lato, una valutazione completa sull'affidabilità e l'integrità morale del candidato e, d'altro lato, è stata sintomatica di una condotta non trasparente e collaborativa della concorrente, sicché risulta violato il principio di leale collaborazione con l'Amministrazione”. Pertanto, conclude il Consiglio di Stato, *“nessun contraddittorio doveva essere instaurato (...)”*.

La predisposizione di tali misure da parte degli enti/operatori economici deve intervenire entro il termine fissato per la presentazione delle offerte oppure, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la Società Organismo di Attestazione (SOA).

Nel Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve, quindi, indicare le specifiche misure adottate.

4. Le condotte idonee ad evitare l'esclusione. Soffermandoci maggiormente nel merito, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente alla rifusione del danno causato dall'illecito, a mente delle citate Linee Guida n. 6, costituiscono condotte idonee ad evitare l'esclusione:

1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative;
2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;
3. la rinnovazione degli organi societari;
4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione, gestione e controllo (ossia, anche se non espressamente richiamati, i c.d. "MOG" di cui al D.lgs. 231/2001) idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'aver affidato a un organismo dell'ente (l'OdV), dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché di curarne l'aggiornamento;
5. la dimostrazione che il fatto illecito da cui ha tratto origine la causa ostativa è stato commesso nell'esclusivo interesse della persona fisica agente, oppure in forza dell'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi di cui al punto precedente, ovvero che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

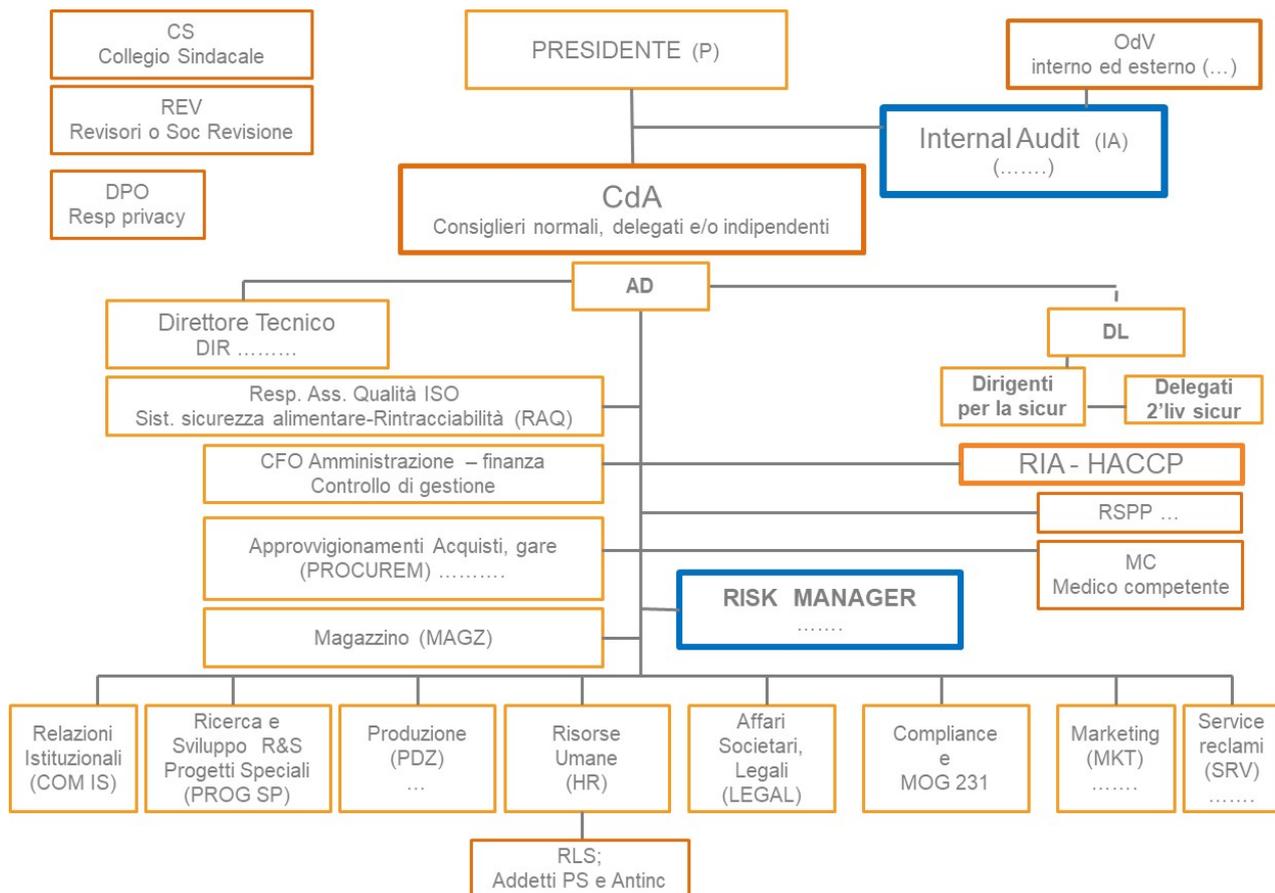
Per quanto poi attiene alle indicazioni di cui al punto 2, può reputarsi che il riferimento alla parola "organizzativo" riguardi quantomeno l'organigramma dell'ente, nel quale può esser stata posizionata - successivamente alla commissione dell'illecito - una figura di *internal audit*, prima assente, e/o una figura deputata al *risk management*; ciascuna adeguatamente collocata in organico di modo che risulti caratterizzata dal più elevato grado di indipendenza possibile.

Il riferimento tuttavia riguarda anche le procedure e i protocolli istituiti ai sensi del D.lgs. 231/2001; i flussi informativi che devono stabilirsi tra le persone responsabili di funzione e l'OdV; le verifiche attuate da questo organismo, congiuntamente con la funzione di *internal audit*, ma anche autonomamente.

Tutto ciò vede un momento di grande enfasi in seno alle più recenti attività del legislatore in materia di *whistleblowing*⁷⁰, che consente - peraltro - l'integrazione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001 e i diversi interventi richiesti da ulteriori discipline.

A tal proposito si riporta di seguito la struttura di un organigramma ipotetico, nel quale risultano idealmente inserite le figure del *risk manager* e dell'*internal audit* in posizione più indipendente possibile. Quest'ultimo, peraltro, deve mantenere una linea di riporto al solo Presidente del CdA e non invece all'intero Consiglio di Amministrazione, nè dipendere dal solo AD.

⁷⁰ Il riferimento è, con tutta evidenza, alla recente Legge 30 Novembre 2017, n. 179, recante "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", in vigore dal 29 Dicembre 2018.



Un adeguato organigramma e l'adozione di Modelli organizzativi idonei, nonché la nomina di un Organismo di Vigilanza, come anche la dimostrazione che il fatto illecito è stato consumato nell'interesse esclusivo della persona fisica agente e non dell'ente, sono circostanze che scriminano eventuali responsabilità dell'ente in caso di addebiti "231", riammettendo alla procedura di gara soggetti altrimenti esclusi.

Tale disciplina consente di evidenziare come la tendenza a considerare molto rilevanti i modelli organizzativi e gestionali sia, nei rapporti tra l'ente e la Pubblica Amministrazione, molto rilevante in ambito di gare di appalto. In altri termini, il fatto che i citati Modelli non abbiano più soltanto una valenza esimente avanti l'Autorità Giudiziaria in caso di addebito "231", ma assumano anche un ruolo significativo in materia di meri appalti, sino ad assurgere - in alcuni casi - a i criteri di partecipazione⁷¹, ne rafforza il ruolo nel contesto dell'intera *governance* aziendale.

Da tali considerazioni può argomentarsi che i Modelli sono strumenti idonei a sviluppare, in seno all'azienda, non solo i valori della correttezza e della legalità, al fine di salvaguardarne una sana e prudente gestione ma -soprattutto- presidi di gestione e di controllo, fondamentali per garantire la continuità economica dell'impresa ed evitare esclusioni da gare di appalto.

* * *

⁷¹ Si rammenti il caso delle cooperative sociali e terzo settore - non *profit*, nonché la relativa determinazione ANAC. n. 32-2016.