L’illecito anticoncorrenziale nelle procedure ad evidenza pubblica

Diritto amministrativo | Procedimento amministrativo

Cristina Tonola

15 | 07 | 2021

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 15 luglio 2021, n. 5335, intervenendo in materia di contratti pubblici, ha indicato i presupposti del c.d. illecito anticoncorrenziale chiarendo se – fermo restando il generale obbligo dichiarativo precontrattuale gravante sugli operatori economici concorrenti – rilevi solo come illecito professionale idoneo a renderne dubbia l’integrità o affidabilità, ovvero anche in termini di tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante.

Come anche confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. (sentenza 4 giugno 2019, C-425), gli illeciti anticoncorrenziali possono in generale costituire figure di “*gravi illeciti professionali*”, potenzialmente idonee a compromettere l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico che se ne fosse reso colpevole – art. 80, comma 5, lettera c), D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 – e a giustificare la motivata estromissione dalla procedura (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1381; Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2020, n. 7685).

Trattandosi di condotta illecita storicamente maturata – come fatto palese, sul piano testuale, dall'uso del participio passato alla lett. c) del citato art. 80, comma 5 – fuori del contesto procedimentale evidenziale (nel quale il concorrente avrebbe solo l’obbligo dichiarativo precontrattuale di non omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura), il giudizio di concreta e specifica rilevanza, necessariamente rimesso alla stazione appaltante (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16), legittimamente è ancorato, per un verso, all’apprezzamento del contesto (relativamente al vaglio di omogeneità e pertinenza del mercato di riferimento) e, per altro verso, alla valutazione delle eventuali misure di *self cleaning* (ossia gli idonei “*provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale*” che l’impresa avesse adottato, ai sensi del citato art. 80, commi 7 e 8, cit. al fine di “*prevenire ulteriori […] illeciti*”).

Ne segue, già su un piano logico, prima ancora che positivo, che (pregresse) condotte anticoncorrenziali, ancorché successivamente sanzionate, non possono concretare anche – se non sotto l’autonomo profilo dell’omissione dichiarativa, cioè del silenzio strumentalmente serbato su informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione – ipotesi di tentata influenza indebita del processo decisionale della stazione appaltante, suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione.

Conferma di ciò appare essere la distinzione effettuata dal D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, tra le ipotesi di cui alla lett. c) e quelle di cui alla lett. c-*bis*) dell’art. 80, comma 5, cit. che poggia, tra l’altro, proprio sul presupposto che le prime evochino illeciti già commessi (sintomaticamente rilevanti a fini dimostrativi) e le seconde condotte contestuali (in quanto incidenti sul procedimento evidenziale in corso).

Ulteriore conferma è data dalla previsione della distinta fattispecie espulsiva di cui alla lett. c-*ter*), in cui si fa testuale riferimento all’illecito professionale correlato alla esecuzione di precedenti rapporti contrattuali; in tale ipotesi, non a caso, l’apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante deve soffermarsi, oltreché sulla gravità delle circostanze storicamente accertate, anche sull’incidenza del tempo trascorso.

Né a diverso intendimento può indurre la previsione di cui al comma 6 dell’art. 80, cit. che autorizza l’estromissione “*in qualunque momento*” degli operatori economici per i quali le situazioni di illecito professionale, comprensivamente evocate e senza distinzione ricomprese nel richiamato comma 5, si correlino ad atti compiuti o omessi sia “prima” che “nel corso” della procedura. Scopo della norma, peraltro, non è quello di ampliare il catalogo tipologico delle fattispecie di illecito concretanti motivo di esclusione (sotto questo profilo, infatti, si limita ad un generico e comprensivo riferimento ai commi 1, 2, 4 e 5), ma solo quello di estendere la facoltà di estromissione a “*qualunque momento della procedura*”, ancorché successivo a quello, in cui tipicamente ha modo di operare l’art. 80, del vaglio di ammissibilità delle domande di partecipazione ex art. 94, comma 1, lett. b), stesso decreto.

© Copyright 2026. All Rights Reserved • La Tribuna srl • Largo Erfurt 7 - 29122 Piacenza • Registrazione ROC 24492 •

Riferimenti Normativi:

- art. 80, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 94, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- D.L. 14 dicembre 2018, n. 135

© Copyright 2026. All Rights Reserved • La Tribuna srl • Largo Erfurt 7 - 29122 Piacenza • Registrazione ROC 24492 • Pagina 2/2