

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE
DELL'IMPRESA NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE
TRANSNAZIONALE".

Roma, 14-15 febbraio 2020

IVAN DEMURO

Il self cleaning

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I requisiti di affidabilità dell'operatore economico. - 3. Le conseguenze della non affidabilità. - 4. Il *self cleaning*. - 4.1 La dissociazione. - 4.2. La riorganizzazione. - 5. La previsione del rischio di non affidabilità... anche da parte degli *stakeholder*.

1. Premessa.

L'individuazione della controparte contrattuale della pubblica amministrazione, a differenza dei contratti tra privati, non è libera in quanto, al fine di garantire il principio di parità di trattamento, è vincolata al rispetto di una procedura di selezione competitiva tra i potenziali contraenti. Inoltre a questa procedura competitiva potranno partecipare solamente coloro che sono in possesso di determinati requisiti di idoneità professionale e di moralità predeterminati. Il tutto al fine di garantire l'affidabilità della prestazione o del servizio effettuato e destinato alla

pubblica amministrazione o alla collettività per soddisfare un bisogno di interesse pubblico¹.

L'«operatore economico», cioè quel soggetto che, semplificando, può partecipare alle gare pubbliche, dovrà rispettare predeterminati requisiti soggettivi e oggettivi al fine di potere svolgere la sua attività a favore della pubblica amministrazione². Si tratta di aspetti che attengono sia la “storicità” dell'attività esercitata sia l'organizzazione interna dello stesso strumentali a garantire la prestazione anche in termini di professionalità, affidabilità e moralità.

Tra i soggetti che possono essere considerati operatori economici le società senza dubbio presentano una rilevanza maggiore non solo in termini numerici ma anche a causa della loro complessità gestoria nonché della struttura organizzativa che non potrà non tenere in considerazione le peculiarità che si evidenzieranno in seguito.

2. I requisiti di affidabilità dell'operatore economico.

Come in precedenza accennato l'operatore economico, oltre a dovere possedere determinati requisiti (*attinenti e proporzionati*) strumentali a garantire l'idoneità professionale per la partecipazione alla gara d'appalto bandita da un soggetto pubblico, non deve integrare una delle fattispecie

¹ Per una approfondita analisi sull'argomento si rinvia a R. DE NICTOLIS, *Appalti e concessioni*, Torino, 2020, p. 670 ss.; per una sintesi si rinvia a A. IACOPINO, *Requisiti di idoneità professionale*, in *L'amministrativista. Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*.

² La definizione di operatore economico, recependo il percorso della giurisprudenza europea, è prevista dalla *lettera p* dell'art. 3 del Codice dei contratti ed è considerato tale «una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea d'impresе, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi». Per le diverse configurazioni dell'operatore economico R. DE NICTOLIS, *Appalti e concessioni*, cit., p. 618 ss.; S. TRANQUILLI, *Operatore economico*, in *L'amministrativista. Il portale sugli appalti e i contratti pubblici*.

previste dall'art. 80 del *Codice dei contratti pubblici* (D.lgs 18 aprile 2016, n. 50, di seguito "**Codice dei contratti**").

Tale disposizione individua i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o ad una concessione.

L'elencazione delle cause di esclusione determina implicitamente, in positivo, anche l'individuazione dei requisiti di idoneità e soprattutto di moralità che l'operatore economico deve possedere per poter partecipare alle procedure ad evidenza pubblica ed eventualmente per gestire il servizio o realizzare l'opera oggetto di gara.

L'esclusione dell'operatore economico, in estrema sintesi, raggruppando i motivi, può derivare: (i) da fattispecie di rilevanza penale, definitivamente accertate, integranti specifici ed individuati reati da parte di soggetti apicali (imprenditori individuali, soci illimitatamente responsabili, amministratori, direttori tecnici, legali rappresentanti)³; (ii) da violazioni, definitivamente accertate, relative al pagamento delle imposte o dei contributi previdenziali⁴; (iii) dalla "non affidabilità" dell'operatore economico⁵.

Quest'ultima ("non affidabilità" dell'operatore economico), a differenza degli altri motivi di esclusione (sub *i* e sub *ii*), che sono individuabili e accertati oggettivamente, deve essere accertata dalla stazione appaltante.

La non affidabilità dell'operatore economico è desumibile dal comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti che, come accennato, attribuisce alla

³ L'elencazione delle diverse fattispecie è contenuto nei commi 1-3 dell'art. 80, Codice dei contratti.

⁴ Art. 80, comma 4, Codice dei contratti.

⁵ Art. 80, comma 5, Codice dei contratti.

(motivata) discrezionalità delle stazioni appaltanti la sua valutazione che potrà estendersi e riguardare anche un suo subappaltatore⁶.

Tra i motivi di esclusione previsti quelli che presentano maggiori difficoltà di individuazione, e quindi una maggiore discrezionalità e onere motivazionale, sono senza dubbio quelli discendenti dalla *lettera c* del comma 5 in ragione dei quali la stazione appaltante ai fini dell'esclusione deve dimostrare «*con mezzi adeguati che l'operatore economico, o un subappaltatore, si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*»⁷.

Nella stessa *lettera c*, modificata rispetto alla formulazione originaria e integrata con *bis, ter, quater* che suddividono e integrano la previsione iniziale⁸, sono indicate alcune ipotesi che, oltre al generale grave illecito professionale, potrebbero integrare un motivo di esclusione quali *il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante ..., il fornire ... informazioni false o fuorvianti ... ovvero omettere le informazioni dovute nonché le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione o l'aver commesso un grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato giudizialmente*. Pare corretto ritenere che l'elenco di questi motivi di esclusione possa non essere considerato esaustivo o tassativo soprattutto perché il riferimento

⁶ Tale disposizione prevede che «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti disposizioni, anche riferita a un suo subappaltatore...*».

⁷ Sugli oneri motivazionali a carico della stazione appaltante da ultimo TAR Piemonte, sez. I, 11 novembre 2019, n. 1180, che ritenuto che un comportamento idoneo ad integrare un illecito professionale, anche se accertato, «*deve essere scrutinato dalla stazione appaltante non alla luce della sua gravità intrinseca ma in relazione allo specifico oggetto dell'appalto, con un giudizio prognostico che... guarda al futuro, ossia all'affidabilità ed integrità dell'operatore economico in relazione alla specificità del servizio da affidare ...*».

⁸ Le modifiche sono state apportate dall'art. 5, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito nella L. 11 febbraio 2019, n. 12 e dall'art. 1, comma 21, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito nella L. 14 giugno 2019, n. 55.

(generale) ai gravi illeciti professionali previsto dalla lettera c può essere considerata una fattispecie aperta⁹.

3. *Le conseguenze della non affidabilità.*

La carenza dei requisiti di affidabilità e moralità in capo all'operatore economico hanno delle conseguenze non solo sulla gara dalla quale lo stesso potrebbe essere escluso ma anche (e soprattutto) sulla sua idoneità futura a contrarre con la pubblica amministrazione.

Ciò in quanto il comma 10 e 10-bis dell'art. 80 del Codice dei contratti stabiliscono quale ulteriore conseguenza per l'operatore economico, che è incorso in alcune delle fattispecie indicate nei commi precedenti dello stesso articolo, un'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione. Tale divieto può avere una durata variabile (da perpetua a tre anni) in relazione alla causa di esclusione integrata¹⁰.

⁹ Sulla non tassatività dei motivi di esclusione anche la giurisprudenza che ha avuto modo di affrontare la questione (Consiglio di Stato, sez. III, 11 giugno 2019, n. 3908; TAR Toscana, 12 dicembre 2019, n. 1693) nonché le Linee guida n. 6 dell'ANAC (recanti «Indicazioni dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», consultabili sul sito www.anticorruzione.it; per un commento delle stesse si rinvia a L. MAZZEO-L. DE PAULI, *Le linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app.*, 2, 2018, p. 155 ss.) che espressamente ritiene le stesse esemplificative, riconoscendo alle stazioni appaltanti di attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida (p. 3) e contestualmente individua «Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico» (p. 7) non presenti nell'elenco di cui alla lettera c).

¹⁰ Nello specifico è previsto, al comma 10, che «Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura di appalto o concessione è: a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'art. 317-bis, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, settimo comma, del codice penale; b) pari a sette anni nei casi previsti dall'art. 317-bis, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta la riabilitazione; c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo sia intervenuta la riabilitazione»; mentre al comma 10-bis si prevede che «Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata principale. Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente

In caso di integrazione di una delle fattispecie penali la durata decorre dalla sentenza definitiva di condanna mentre nelle ipotesi di cui alle fattispecie previste dal comma 5 dell'art. 80 in questione il termine (di tre anni) decorre dall'adozione del provvedimento di esclusione ovvero, in caso di giudizio, dal passaggio in giudicato della sentenza¹¹.

Occorre evidenziare la distinzione tra la causa di esclusione e l'interdizione dal contrarre con la pubblica amministrazione.

Si tratta, come è evidente, di due situazioni differenti in quanto l'esclusione riguarda un caso concreto ben individuato e cioè la specifica gara nell'ambito della quale sono emersi i motivi di esclusione imputabili ad un partecipante.

L'interdizione a contrarre riguarda la futura attività dell'operatore economico che abbia integrato una delle fattispecie previste ai commi 1 e 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti e che conseguentemente non potrà offrire prestazioni o servizi a favore della pubblica amministrazione.

È importante osservare che il divieto di contrarre non necessariamente discende da una precedente esclusione. Ciò in quanto l'esclusione potrebbe anche non esserci stata poiché l'operatore economico potrebbe avere integrato una delle fattispecie previste in un arco temporale nel quale non era per lo stesso "pendente" alcuna selezione competitiva¹².

alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso».

¹¹ In argomento Consiglio di Stato, Sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895, in *Urb. e app.*, 6, 2029, p. 795, ss, con commento di A. AMORE, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" ed il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*.

¹² Qualche dubbio interpretativo potrebbe porsi in considerazione della formulazione letterale del comma 10-bis dell'art. 80 Codice dei contratti nella parte in cui, per determinare il termine di durata iniziale dell'interdizione, richiama la «*data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione*». Questo potrebbe far propendere a ritenere che, ai fini dell'interdizione a contrarre, sia sempre necessaria una precedente esclusione. Tale interpretazione però potrebbe essere superata evidenziando che in caso di contestazione in giudizio, non necessariamente dell'esclusione ma della fattispecie che potrebbe determinarla, il termine decorre dal passaggio in giudicato della sentenza che avverta una delle fattispecie di cui al comma 5.

Un'ulteriore distinzione importante da tenere in considerazione riguarda il fatto che l'interdizione dal contrarre è la conseguenza di un accertamento definitivo (o non contestato) della fattispecie e quindi, come è ovvio, sussisterà effettivamente alla fine dell'iter processuale necessario per compiere tale accertamento che, come è noto, non è sicuramente di breve durata.

L'accertamento definitivo non è invece il necessario presupposto per tutti i motivi di esclusione.

Questo infatti è necessario per i motivi di esclusione che si potrebbero definire "automatici", cioè quelli nei quali non è prevista né è possibile una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante in quanto i motivi discendono da fatti oggettivi (*rectius*: accertati). Ciò infatti avviene qualora l'esclusione derivi dall'integrazione di fattispecie penali o dal mancato pagamento delle imposte o dei contributi previdenziali. In queste situazioni la stazione appaltante non potrà che prendere atto di quanto già il legislatore ha ritenuto "grave" e quindi di ostacolo a consentire la partecipazione alla gara.

Non è invece richiesto un accertamento definitivo per le ipotesi di esclusione derivanti dalla "non affidabilità" dell'operatore economico¹³.

In queste infatti, concentrando l'attenzione sulla lettera c) del comma 5, sarà onere della stazione appaltante dimostrare *con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.*

¹³ Lo stesso comma 10-bis citato specifica che nelle more del giudizio di accertamento di una delle fattispecie di cui al comma 5 la stazione appaltante deve in ogni caso tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza dei presupposti per l'esclusione. In argomento A. AMORE, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali"*, cit., 809.

L'esclusione quindi potrebbe essere decisa anche se il grave illecito professionale è in corso di accertamento a condizione che si dimostri, quindi si provi, la dubbia integrità o affidabilità dell'operatore economico¹⁴.

Senza entrare in questa sede in merito alle diverse graduazioni che potrebbero sussistere relativamente alle diverse cause di esclusione, è evidente che l'operatore economico nei cui confronti è in corso di accertamento una situazione che potrebbe integrare un motivo di esclusione, potrebbe trovarsi in una condizione di potenziale rischio di continuità aziendale. Questo rischio sarà proporzionalmente maggiore in relazione all'entità (in termini non solo quantitativi) dei rapporti contrattuali in essere con la pubblica amministrazione e in ragione della rilevanza che ha l'attività nei confronti di questa rispetto alla rimanente attività sociale svolta a favore di soggetti privati. Ciò in quanto, come è facilmente intuibile, il potenziale rischio di esclusione potrebbe incidere negativamente sullo svolgimento (presente e) futuro dell'attività sociale derivando da ciò un'incertezza dalla quale potrebbe discendere una difficoltà oggettiva di valutare la continuità anche da parte dei terzi.

Lo stesso rischio potrebbe anche essere accentuato se si considera che alcune stazioni appaltanti inseriscono nel bando di gara, quindi nella *lex specialis*, una risoluzione del contratto sottoscritto qualora l'operatore

¹⁴ A conferma di ciò si può richiamare TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 12106, che ha confermato la revoca dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante che, in esito alla verifica dei requisiti generali di partecipazione ripetuta prima della stipula del contratto, ha accertato che l'operatore economico aggiudicatario aveva ommesso di comunicare all'amministrazione la sentenza di condanna non definitiva per turbativa d'asta pronunciata, successivamente all'aggiudicazione, nei confronti del socio e procuratore con poteri di rappresentanza della società. Tale omissione non ha consentito alla stazione appaltante di valutare in modo complessivo la moralità e la professionalità dell'operatore economico. Negli stessi termini TAR Lazio, Roma, Sez. III, 28 gennaio 2020, n. 1139.

economico aggiudicatario integri in pendenza di contratto una delle fattispecie di cui all'art. 80 in questione¹⁵.

Da ciò dovrebbe discendere che l'integrazione di una delle fattispecie di cui all'art. 80 Codice dei contratti rappresenta una situazione che potrebbe determinare, in relazione alla "dipendenza" dell'attività sociale dalla pubblica amministrazione, un rischio di continuità aziendale ben superiore rispetto all'entità della semplice sanzione propria della violazione di una delle fattispecie di cui all'articolo in questione.

4. Il *self cleaning*

Questo potenziale rischio di continuità aziendale potrebbe essere ridotto o, meglio, gestito attraverso l'attuazione di quanto stabilito dal comma 7 dell'art. 80 del Codice dei contratti. In questo infatti è indicata una possibile "difesa" e quindi una possibile gestione del rischio in questione.

È previsto infatti che l'operatore economico, ma anche il subappaltatore, che si trovi(no) in una delle situazioni di cui al comma 1 ovvero abbia(no) integrato uno dei reati ivi previsti¹⁶, o si trovi(no) nella situazione di cui al comma 5 (avendo integrato un grave illecito professionale o una delle altre fattispecie previste) possa(no) *«provare di avere risarcito o di essersi impegnato*

¹⁵ In proposito nei capitolati dei contratti d'appalto inizia ad essere presente la clausola di risoluzione del seguente tenore: «L'ente appaltante, ai sensi dell'art. 1456 del Codice Civile, può procedere alla risoluzione del contratto d'appalto senza che l'appaltatore possa pretendere risarcimenti o indennizzi di alcun genere nei seguenti casi: ... la perdita dei requisiti di ordine generale e professionale di cui all'art. 80 D.Lgs 50/2016». A conferma della necessaria sussistenza dei requisiti di professionalità anche dopo l'aggiudicazione TAR Lezio, Roma, Sez. I, 14 gennaio 2020, n. 384, che, richiamando anche altri precedenti (Consiglio di Stato, Ad. Pl., 20 luglio 2015, n. 8) ribadisce il principio per cui «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità».

¹⁶ 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

a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di avere adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».

Si tratta delle misure del c.d. *self cleaning* attraverso le quali l'operatore economico può dimostrare, nonostante il reato o l'illecito professionale, la sussistenza della propria integrità morale e affidabilità e quindi il superamento della situazione impeditiva della non affidabilità.

Alla base del *self cleaning* vi è, in primo luogo, il risarcimento del danno causato o l'impegno a risarcire lo stesso. A questo aspetto di carattere risarcitorio, che presuppone la quantificazione del danno, se ne aggiunge uno di carattere organizzativo o meglio a carattere riorganizzativo volto, come è espressamente previsto, a prevenire l'integrazione di ulteriori reati o illeciti che possano integrare il venir meno dell'affidabilità dell'operatore economico, determinando, come avviene anche nell'ambito del D. lgs. 231/2001, una riduzione degli effetti e delle conseguenze del reato o dell'illecito professionale posto in essere¹⁷.

Nell'ambito del *self cleaning* l'operatore economico dovrà dimostrare che sono state individuate le criticità, anche organizzative, che hanno determinato l'integrazione della fattispecie (reato o illecito) e che contestualmente si è proceduto ad una (ri)organizzazione strumentale ad evitare il rischio di re-integrazione della stessa nonché la prevenzione di ulteriori reati o illeciti professionali.

Questa riorganizzazione dovrà necessariamente essere reale ed effettiva e non di semplice facciata. L'operatore economico dovrà cioè dimostrare

¹⁷ L'art. 12, comma 2, D.lgs. 231/2001 prevede infatti una riduzione della sanzione in capo all'ente qualora questo, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, abbia «... risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso» e contestualmente sia «... stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

che si è realmente dissociato dal contesto che ha determinato l'integrazione del reato o dell'illecito professionale e che tale contesto è stato superato anche attraverso una riorganizzazione.

Mancando tali elementi (dissociazione e riorganizzazione) il *self cleaning* non potrà essere considerato attuato e quindi non potrà venir meno la non affidabilità.

La valutazione in merito all'effettività del *self cleaning* è in capo alla stazione appaltante alla cui (motivata) discrezionalità è subordinata l'esclusione dalla gara¹⁸.

È evidente che, in considerazione delle diverse fattispecie che possono dar luogo alla non affidabilità dell'operatore economico, solo nel caso concreto sarà possibile valutare e verificare tanto la dissociazione quanto la riorganizzazione.

Sul punto, non essendo ipotizzabile un'elencazione neanche esemplificativa, si può prendere spunto dalle pronunce della giurisprudenza¹⁹, dalle Linee Guida n. 6 dell'ANAC nonché da alcune decisioni dell'AGCM in merito al *self cleaning* derivante da illecito professionale riconducibile alla violazione della disciplina antitrust²⁰.

¹⁸ A conferma della rilevanza del *self cleaning* nelle procedure di gara ed in particolare nella valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico si può segnalare che un'importante stazione appaltante (CONSIP s.p.a.) ha espressamente previsto (nell'ambito del bando di gara pubblicato il 12 dicembre 2019 relativo a «*Accordo quadro avente ad oggetto i servizi di Facility Management per i Grandi Immobili in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, alle istituzioni universitarie pubbliche e agli enti ed istituti di ricerca*») tra i *Requisiti Generali* che tra le dichiarazioni da inserire nel DGUE (Documento Gara Unico Europeo) devono essere indicati anche eventuali illeciti professionali e che «*Al ricorrere di fattispecie rilevanti e nel caso siano state adottate misure di self-cleaning, dovranno essere prodotti tutti i documenti pertinenti (ivi inclusi a titolo meramente esemplificativo gli eventuali provvedimenti di condanna) al fine di consentire alla stazione appaltante ogni opportuna valutazione*».

¹⁹ In argomento tra le più recenti si possono richiamare Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367; Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 22 marzo 2019, n. 3894; Tar Piemonte, Sez. I, 11 novembre 2019, n. 1118.

²⁰ Nello specifico si tratta del *Provvedimento n. 27646* del 17 aprile 2019 relativo alla *Gara CONSIP FM4 (I-808)* attraverso il quale l'AGCM ha riconosciuto e valutato positivamente l'attività di *self cleaning* posta in essere da un operatore economico coinvolto (per la seconda volta) in un illecito professionale.

4.1. *La dissociazione*

In primo luogo occorre partire dall'aspetto dissociativo e soprattutto dall'individuazione della situazione o, più in generale, del contesto dal quale ci si dovrà dissociare.

Il contesto è rappresentato dai fatti che hanno integrato il reato o il grave illecito professionale riconducibile ad un momento precedente rispetto a quello della contestazione degli stessi ai fini dell'esclusione e del divieto a contrarre.

È evidente che tali fatti saranno imputabili alla società e quindi, soggettivamente, a coloro che hanno agito per conto di questa o meglio agli apicali individuati dall'art. 80 del Codice dei contratti per quanto riguarda l'integrazione dei reati e ai soggetti non individuati astrattamente per quanto riguarda i gravi illeciti professionali di cui al comma 5 dello stesso articolo. Questi ultimi potranno però essere individuati nel concreto in base ai criteri ordinari di imputazione dell'attività sociale nell'ambito dell'organizzazione interna.

Da ciò discende che, *in primis*, il *self cleaning* dovrebbe essere soggettivo.

La società cioè dovrà dissociarsi dai soggetti che hanno integrato o contribuito ad integrare il reato o l'illecito professionale.

È evidente che, non essendo la dissociazione «*un istituto giuridico codificato nelle sue modalità di rappresentazione, essa può avere legittimamente luogo in svariate forme, a condizione che essa risulti esistente, univoca e completa*»²¹.

Si dovrà trattare quindi di una dissociazione effettiva e reale che non lasci dubbi in merito alla valutazione negativa del reato o dell'illecito posto

²¹ Così CdS, Sez. V, 20 settembre 2018, n. 5753.

in essere e dei soggetti che con il loro comportamento lo hanno realizzato o hanno concorso a realizzarlo.

Sarà quindi necessario in primo luogo individuare tali soggetti per poi dissociarsi effettivamente dagli stessi.

I soggetti potrebbero essere individuati nei componenti degli organi sociali ed eventualmente (anche) in altri che ricoprono delle funzioni aziendali nell'ambito dell'organizzazione che sono coinvolte nell'integrazione della fattispecie che ha determinato il (potenziale) venir meno dell'affidabilità.

Per quanto riguarda la dissociazione nei confronti dei componenti degli organi sociali occorre precisare che, come evidenziato in precedenza, la carenza di affidabilità potrebbe discendere da una situazione non ancora accertata giudizialmente ma in fase di accertamento in ragione della quale la stazione appaltante non considera (motivandone le ragioni) affidabile l'operatore economico²². È importante tenere in considerazione il fatto che l'eventuale accertamento della responsabilità (civile o penale) non è il presupposto della dissociazione ma è, come si illustrerà in seguito, una conseguenza della stessa.

La dissociazione, in primo luogo, consiste nella sostituzione dei componenti dell'organo amministrativo ai quali sia astrattamente imputabile il reato o l'illecito²³.

²² CdS, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367, cit., richiamando la costante, consolidata e prevalente giurisprudenza, ha confermato l'esclusione di un concorrente da una gara motivando che «... non è, infatti, indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del dlgs. N. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati».

²³ La sostituzione degli organi sociali quale presupposto della dissociazione dalla quale trarre un "beneficio" non rappresenta una novità se si considera che il terzo comma dell'art. 2409 c.c. in forza del quale il tribunale, ricevuta la denuncia, non avvia l'ispezione e sospende il procedimento «se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti

Pare corretto ritenere che nonostante un'astratta possibile graduazione dell'imputabilità, dovuta eventualmente all'attribuzione di deleghe gestorie e conseguenti differenziazioni in termini di responsabilità, una dissociazione non completa o meglio non nei riguardi di tutti i componenti dell'organo sociale potrebbe non essere considerata idonea dalla stazione appaltante al fine di ritenere la società (ri)affidabile.

Ciò in quanto, è bene ribadire, è necessario distinguere l'accertamento della responsabilità, che può avere anche una differenziazione soggettiva, dalle conseguenze in termini di non affidabilità della società. Quest'ultima infatti, non richiedendo un preventivo accertamento giudiziale, discende da una motivata decisione della stazione appaltante che, dovendo valutare (quasi in modo sommario) la situazione, potrebbe non essere in grado di fare una differenziazione soggettiva.

È evidente che una dissociazione parzialmente soggettiva potrebbe non essere considerata sufficiente e quindi rendere più complesso, ma anche più "debole" rispetto agli altri concorrenti interessati a sostenere l'incompletezza del *self cleaning*, il giudizio positivo sull'affidabilità²⁴.

A ciò si aggiunga che la dissociazione (effettiva ed univoca) dovrà essere una scelta o se si preferisce una precisa volontà della società volta ad interrompere i rapporti con i componenti dell'organo amministrativo e non la conseguenza di una scelta di questi di presentare le dimissioni. In tal caso infatti il comportamento della società (prendere atto delle dimissioni)

*di adeguata professionalità, che si attivino senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle». La discontinuità determina quindi una "sospensione" del procedimento ex art. 2409 c.c. affidando ai nuovi organi sociali il compito di accertare e superare le criticità denunciate e quindi superare la situazione di (sospette) gravi irregolarità gestorie. Sul punto S. VANONI, *Denuncia al tribunale*, Milano, 2017, p. 142 ss.*

²⁴ Naturalmente in relazione alle peculiarità del caso concreto potrebbe essere sufficiente anche una dissociazione parzialmente soggettiva a condizione che si dimostri alla stazione appaltante l'estraneità dei soggetti non revocati.

potrebbe non essere considerato dissociativo non avendo, salvo quanto si evidenzierà in seguito, creato un “distacco” critico sull’operato degli amministratori che hanno determinato la non affidabilità²⁵.

La dissociazione dovrebbe riguardare anche l’organo di controllo in quanto l’integrazione di un reato o di un illecito imputabile all’organo gestorio potrebbe denotare, nell’ottica di un giudizio di affidabilità da parte della stazione appaltante, una carenza di controllo che, presumibilmente, se svolto correttamente avrebbe potuto impedire il compimento del reato o dell’illecito.

Sul punto però è opportuno evidenziare che occorre tenere presente, ai fini dell’effettiva dissociazione, anche la differente disciplina che caratterizza la revoca dei due organi sociali.

Infatti per quanto riguarda la revoca dell’organo gestorio, a prescindere dal sistema di *governance* adottato, la dissociazione presuppone il “risultato” (*rectius*: revoca). Ciò in quanto l’assemblea dei soci o, eventualmente in caso di sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza hanno tra le proprie competenze il potere di revoca dell’organo gestorio e quindi la dissociazione effettiva presuppone necessariamente la revoca.

La revoca dell’organo gestorio potrebbe determinare la necessità di valutare la stessa in termini di giusta causa ai fini della sussistenza in capo agli amministratori del diritto al risarcimento del danno la cui reale

²⁵ A conferma di ciò si può richiamare la pronuncia del CdS, Sez. V, 20 settembre 2018, n. 5753, cit., che in presenza dell’arresto del presidente del consiglio di amministrazione (nonché direttore tecnico) per reati riconducibili ad un motivo di esclusione (riferito alla disciplina precedente rispetto all’art. 80 in vigore, ovvero riconducibile all’art. 38 del d.lgs. 163/2006) e alla “dissociazione” da parte della società (consortile) mediante la sospensione dello stesso dalle cariche sociali e poi dal rapporto di lavoro ha ritenuto «*che tali iniziative del Consorzio non presentavano alcun effettivo valore aggiunto rispetto alle iniziative autonomamente già assunte dallo stesso... il quale aveva predisposto già (in data precedente) le dimissioni irrevocabili da tutte le cariche sociali. Pertanto, l’intervento assunto alcuni giorni dopo dal Consorzio risultava intempestivo e inidoneo a determinare un’effettiva dissociazione rispetto alle condotte contestate*».

sussistenza dovrà essere accertata giudizialmente e naturalmente varierà in relazione all'illecito professionale presuntivamente integrato²⁶.

Diversamente, per quanto riguarda dell'organo di controllo occorrerà distinguere tra i diversi sistemi di *governance*. Nel sistema monistico e in quello dualistico il "risultato" della revoca è nella disponibilità/possibilità della società in quanto rientrante tra i poteri dell'assemblea, per cui l'effettività della dissociazione presuppone anche in questo caso la necessaria revoca. Nel sistema tradizionale invece la revoca del collegio sindacale è subordinata, ai sensi dell'art. 2400, comma 2, c.c., alla sussistenza di una giusta causa e all'approvazione da parte del tribunale. È evidente quindi che la dissociazione in questo caso non possa essere valutata in termini di "risultato" (effettiva revoca) ma di "impegno" da parte della società a porre in essere tutto quanto nella sua disponibilità per dissociarsi ovvero deliberare in assemblea la revoca motivando la giusta causa sulla ipotetica carenza di controllo per non aver impedito l'integrazione del reato o dell'illecito imputabile agli amministratori. L'eventuale non approvazione da parte del tribunale della revoca non potrà essere imputabile alla società, salvo un'oggettiva e palese carenza di motivazione della giusta causa, alla quale quindi non potrà essere imputata dalla stazione appaltante una non dissociazione.

La dissociazione soggettiva dagli organi sociali non potrà limitarsi alla sola revoca degli stessi ma dovrà, a conferma della effettiva volontà di prendere le distanze rispetto al comportamento posto in essere, tenere conto del fatto che l'integrazione del reato o dell'illecito professionale discende

²⁶ Il diritto al risarcimento del danno potrebbe sussistere in quanto il *self cleaning*, come evidenziato, non ha quale presupposto un preventivo accertamento del reato o dell'illecito professionale e dell'eventuale responsabilità derivante. Niente esclude infatti che dall'accertamento giudiziale non risulti una responsabilità degli amministratori o di tutti gli amministratori rendendo difficile l'integrazione della giusta causa che, in ogni, caso non è da escludere dovendosi procedere ad una valutazione del caso concreto.

senza dubbio da un comportamento non corretto imputabile alla società e conseguentemente agli amministratori. Ci si troverà quindi in presenza di un atto di *mala gestio* imputabile agli amministratori. Questo, a prescindere dalle esigenze di dissociazione, dovrebbe rappresentare la naturale conseguenza dell'operato corretto dei nuovi organi sociali che, nominati in sostituzione dei precedenti a cui è stata imputata la causa da cui discendeva la non affidabilità, dovrebbero agire per chiedere l'accertamento giudiziale della *mala gestio* e quindi dovrebbero esercitare l'azione di responsabilità. L'esercizio dell'azione di responsabilità seguirà i criteri "normali" per quanto riguarda le eventuali graduazioni della stessa tra i diversi componenti degli organi sociali e tra gli organi sociali.

È importante evidenziare che, a differenza di quanto ordinariamente potrebbe accadere in relazione all'esercizio dell'azione di responsabilità, che rappresenta pur sempre una (motivata) scelta di carattere gestorio, in presenza di una *mala gestio* dalla quale è derivata (o potrebbe derivare) la non affidabilità dell'operatore economico l'esercizio dell'azione di responsabilità è senza dubbio da inserire nell'ambito della dissociazione e quindi nell'ambito del *self cleanig*. Ciò determina che l'azione di responsabilità non avrà solo una funzione risarcitoria ma avrà una rilevante importanza anche in merito alla continuazione dell'attività sociale.

La dissociazione quindi potrebbe non essere considerata completa ed effettiva e conseguentemente la società potrebbe non essere considerata (nuovamente) affidabile qualora non abbia esercitato l'azione di

responsabilità²⁷ o la abbia esercitata tardivamente rispetto alla presentazione dell'offerta alla gara²⁸.

Al tempo stesso va evidenziato che, non potendo essere la dissociazione solo di facciata²⁹, l'azione di responsabilità dovrà essere proseguita con coerenza e secondo i criteri ordinari e soprattutto razionali. Ciò sta a significare che la stessa non potrà essere vanificata da un'eventuale transazione successiva al suo esercizio che, se non razionalmente giustificata, potrebbe vanificare l'iniziale dissociazione. Da ciò discende che l'eventuale accordo transattivo dovrà essere impostato e valutato secondo criteri oggettivi (*fumus* dell'azione, valutazione delle reali capacità patrimoniali dei soggetti nei cui confronti è esercitata, incertezza e durata del giudizio) per evitare che possa essere considerato dalle stazioni appaltanti in termini di non affidabilità e dai *competitor* utilizzato in sede contenziosa per cercare di dimostrare la non completezza del *self cleaning* e quindi la richiesta di esclusione dell'operatore economico.

L'esercizio dell'azione di responsabilità potrebbe inoltre sopperire ad una mancata dissociazione iniziale dovuta, per ipotesi, alla presa d'atto delle dimissioni e non alla revoca degli organi sociali. In tal caso si confermerebbe la volontà dissociativa che inizialmente potrebbe non essere stata avviata per "mere" questioni temporali o mancata reale comprensione

²⁷ A tal proposito si può richiamare la pronuncia del CdS, Sez. V, 20 settembre 2018, n. 5753, cit., che ha valutato negativamente il mancato esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 2392 c.c. in quanto denota l'insussistenza «di una genuina volontà di prendere le distanze dalla condotta del Presidente e di perseguire in modo coerente le condotte (ormai manifestamente) illecite».

²⁸ Il Tar Sez. Autonoma di Bolzano, 27 agosto 2015, n. 270, ha ritenuto «fuori tempo massimo» la notifica dell'azione di responsabilità in una data successiva rispetto a quella indicata per la scadenza della presentazione delle offerte ritenendo, a conferma dell'esclusione, che «i ricorrenti non si erano ancora dissociati effettivamente dal comportamento del soggetto condannato».

²⁹ Il Tar Sez. Autonoma di Bolzano, 27 agosto 2015, n. 270, cit. evidenzia che «le azioni di dissociazione, per essere tali... devono essere effettive e non solo annunciate».

della situazione e delle conseguenze della stessa in termini di non affidabilità.

Da tutto ciò discende che l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei precedenti componenti degli organi sociali e la prosecuzione della stessa, in modo razionale e non di facciata, rappresenta uno specifico obbligo dell'organo amministrativo, che in caso di inadempimento potrà, a sua volta, essere considerato responsabile e imputabile del danno derivante dalla non affidabilità dell'operatore economico.

La dissociazione soggettiva potrebbe essere necessaria anche nei confronti di soggetti diversi rispetto ai componenti degli organi sociali che, come in precedenza accennato, potrebbero avere contribuito all'integrazione della non affidabilità.

Nell'ambito del *self cleaning* tali soggetti potranno essere destinatari di provvedimenti e misure che, nel rispetto della disciplina lavoristica, potrebbero determinare uno spostamento ad altra funzione o, eventualmente, anche alla risoluzione del rapporto lavorativo o di collaborazione.

4.2. La riorganizzazione

Il *self cleaning* è anche fondato sull'aver adottato «*provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*».

Se la dissociazione soggettiva determina una linea di demarcazione, una presa di distanza rispetto ai soggetti che hanno determinato la non affidabilità della società, è ipotizzabile che tali soggetti abbiano agito in un contesto organizzativo o meglio nell'ambito di un assetto organizzativo che non è stato in grado di prevenire la commissione del reato o dell'illecito professionale.

È evidente quindi che il *self cleaning* non possa essere solo soggettivo ma che la dissociazione riguardi anche l'assetto organizzativo nell'ambito del quale il reato o l'illecito professionale sono stati integrati e che tale contesto sia oggetto di *concreti provvedimenti* che lo rendano idoneo a *prevenire ulteriori reati o illeciti*.

La società quindi dovrà in primo luogo valutare quali sono le eventuali carenze organizzative che dovranno essere adeguate al fine di prevenire in futuro l'integrazione di altri reati o illeciti.

Astrattamente da tale analisi, che dovrebbe consistere in un *risk assessment*, potrebbe emergere che in realtà l'assetto organizzativo della società è adeguato e che i soggetti che hanno integrato il reato o l'illecito lo hanno fatto eludendo fraudolentemente il modello organizzativo³⁰. In tal caso ai fini del *self cleaning* dovrebbe essere sufficiente la dissociazione soggettiva e una dimostrazione alla stazione appaltante che l'assetto organizzativo era oggettivamente adeguato alla prevenzione del reato o dell'illecito professionale.

Qualora il *risk assessment*, la cui attendibilità tanto maggiore quanto maggiore sarà la dissociazione soggettiva³¹, evidenzi delle criticità, non solo riconducibili al reato o all'illecito professionale integrato, la società dovrà implementare uno specifico assetto organizzativo strumentale a prevenire e gestire il rischio di non affidabilità.

³⁰ Anche in questo caso uno spunto potrebbe provenire dalla disciplina del D.lgs. 231/2001 nella quale, ai sensi dell'art. 6, è possibile che l'ente non risponda qualora, adottato il modello organizzativo, «*le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione*».

³¹ È evidente infatti che se la valutazione dei rischi è svolta da soggetti in un certo qual modo riconducibili ai componenti degli organi sociali revocati l'attendibilità e l'oggettività della stessa è di dubbia credibilità tanto da porre il dubbio sull'effettività della dissociazione soggettiva. Su quest'ultimo aspetto si può segnalare che il CdS, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367, cit., ha considerato «*irrilevanti*» le misure di *self cleaning* quando l'amministratore revocato è stato sostituito dal coniuge.

La rilevanza di tale rischio e quindi l'implementazione dei relativi assetti dovrà tenere conto delle peculiarità dell'attività svolta dalla società e dell'organizzazione di partenza.

È evidente che, come per tutti gli assetti organizzativi, non sia possibile ipotizzare un'elencazione puntuale e tassativa di assetti che, inevitabilmente, dovranno partire in primo luogo dalla conoscenza e dalla informazione relativa al rischio di *non affidabilità* e alla sua gestione nonché dall'individuazione delle fasi procedurali dell'attività sociale nell'ambito delle quali il rischio è maggiormente presente.

In proposito le Linee Guida n. 6 dell'ANAC forniscono delle indicazioni in merito agli aspetti che le stazioni appaltanti potranno considerare al fine di valutare il *self cleaning* proposto dall'operatore economico nei cui confronti vi sono dei dubbi sull'affidabilità. In queste si suggerisce di valutare, oltre alla dissociazione soggettiva, se l'operatore economico nell'ambito della ri-organizzazione abbia previsto: (i) un'adeguata formazione per il personale, (ii) delle misure idonee a migliorare la qualità delle prestazioni, (iii) dei modelli organizzativi idonei a prevenire e gestire la commissione di reati (richiamando sostanzialmente i modelli organizzativi *ex d.lgs. 231/2001*)³².

Gli spunti che possono essere tratti dalle Linee Guida n. 6 dell'ANAC possono essere integrati per la gestione di uno specifico, quello dell'illecito

³² Nello specifico le Linee Guida prevedono (§ 7.3) che «Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di avere risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito: 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 e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; 5. La dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure escludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo di controllo».

anticorrenziale, dalle Linee Guida sulla *compliance* antitrust predisposte dall'AGCM³³. L'illecito antitrust, dopo alcuni dubbi interpretativi, è tra quelli che possono integrare un *grave illecito professionale* dal quale discende la non affidabilità dell'operatore economico³⁴. La violazione della disciplina antitrust nell'ambito delle procedure di gara ad evidenza pubblica è sempre più spesso oggetto di sanzioni dell'AGCM³⁵ e conseguentemente è uno di quei rischi a cui sono maggiormente esposte le società che partecipano ai pubblici appalti con la conseguente necessità di uno specifico assetto strumentale alla gestione di tale rischio.

Prendendo spunto dalle Linee Guida sulla *compliance* antitrust e traendo dalle stesse dei principi operativi di carattere generale si può osservare come sia fondamentale, oltre al rispetto di un criterio proporzionalità dell'assetto che tenga conto delle peculiarità dell'attività svolta, da un lato la "cultura" del rischio e dall'altro lato l'effettiva attuazione del programma (*rectius*: assetto) attuato.

³³ Si tratta delle Linee guida adottate dall'AGCM in data 25 settembre 2018 con *Provvedimento n. 27356* e consultabili sul sito *www.agcm.it*.

³⁴ In merito le stesse Linee guida n. 6 dell'ANAC suggeriscono (§. 2.2.3.1) alla stazione appaltante di valutare ai fini dell'esclusione anche «*i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*». In proposito si può osservare che potrebbe essere non corretto limitare la valutazione della non affidabilità derivanti da un illecito antitrust ai "precedenti" integrati nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare. È evidente infatti che se la non affidabilità deriva da un comportamento non rispettoso della disciplina della concorrenza non dovrebbe avere rilevanza il "mercato" nel quale è stato integrato. La non affidabilità dovrebbe discendere dalla "semplice" integrazione dell'illecito anticorrenziale e non anche dall'averla integrata nel medesimo mercato.

³⁵ Senza pretesa di esaustività si possono richiamare il *Provvedimento AGCM n. 25802*, del 22 dicembre 2015 relativo alla *Gara Consip Servizi di Pulizia nelle Scuole (I-785)* con il quale è stata irrogata una sanzione di euro 110 milioni; il *Provvedimento n. 27646* del 17 aprile 2019 relativo alla *Gara CONSIP FM4 (I- 808)* con il quale è stata irrogata una sanzione di euro 235 milioni; il *Provvedimento AGCM n 27993* del 12 novembre 2019 relativo alla *Gara di servizi di vilanza privata (I-821)* con il quale è stata irrogata una sanzione di euro 30 milioni. In tali provvedimenti sono state accertate dall'AGCM delle intese restrittive della concorrenza strumentali ad una ripartizione del mercato di riferimento.

5. *La prevenzione del rischio di non affidabilità... anche da parte degli stakeholder.*

Il rischio di non affidabilità delle società che partecipano ai pubblici appalti è un rischio relativamente recente sul quale, a quanto consta, non è stata riposta particolare attenzione non solo dalla dottrina ma neanche dagli operatori.

Come si è cercato di evidenziare si tratta di un rischio che ha delle potenziali conseguenze sulla continuità aziendale.

Questo determina la necessità di una sua gestione, alla stregua degli altri rischi che caratterizzano l'attività d'impresa in relazione alla natura e alle dimensioni della stessa, in via preventiva e non solo *ex post* in attuazione del *self cleaning*.

Un primo presidio per la gestione del rischio di non affidabilità potrebbe essere rappresentato da una disposizione statutaria che, ai sensi dell'art. 2378 c.c., indichi tra i requisiti di professionalità degli amministratori la non sussistenza di situazioni personali che possano determinare un motivo di esclusione ai sensi dell'art. 80 del Codice dei contratti. Tale clausola, oltre a provocare la decadenza dell'amministratore in caso di integrazione in pendenza di mandato di un reato o di un illecito professionale, potrebbe essere indicativa di una scelta programmatica della società che, per attenuare il rischio di recidiva, stabilisce che l'assunzione di una carica sociale è preclusa a coloro che hanno dei "precedenti", magari indicando anche un arco temporale di riferimento, riconducibili alle fattispecie da cui potrebbe discendere una non affidabilità della società.

L'opportunità di tale clausola potrebbe essere utile, non tanto per anticipare gli effetti delle pene accessorie derivanti dall'integrazione di un reato, ma per gli illeciti professionali che non necessariamente integrano anche un reato e che quindi non consentirebbero, salvo rari casi, di

individuare in capo al soggetto il “precedente” dal quale non discende una pena accessoria.

In proposito si potrebbe portare quale esempio, prendendo spunto da alcune situazioni non ancora adeguatamente valutate, l’integrazione di un illecito antitrust che però non integri anche il reato di *Turbata libertà degli incanti* (art. 353 c.p.) o di *Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente* (art. 353-bis c.p.).

In tal caso l’illecito antitrust integrerebbe un illecito professionale in capo all’operatore economico che attraverso il *self cleaning* potrebbe riacquistare l’affidabilità. L’attenzione sulla non affidabilità è stata sempre riposta sull’operatore economico (società) ma probabilmente è opportuno portare l’attenzione anche su coloro che hanno posto in essere il comportamento in violazione della disciplina antitrust. Tali soggetti, anche se sono stati revocati e nei loro confronti è stata esperita l’azione di responsabilità, potrebbero non avere, se non in termini reputazionali, delle ripercussioni professionali “formali” relative all’illecito integrato.

Da ciò discende che un’eventuale loro nomina quali amministratori di un altro operatore economico potrebbe non determinare in capo allo stesso delle conseguenze in termini di non affidabilità derivanti dal precedente illecito posto in essere in passato dal suo attuale amministratore.

Il condizionale è d’obbligo in quanto è evidente che le stazioni appaltanti, anche a seguito del ricorso di altri concorrenti, nell’ambito della loro (motivata) discrezionalità potrebbero ritenere non affidabile un operatore economico la cui amministrazione sia stata affidata ad un soggetto che, in una precedente esperienza professionale, ha integrato un

illecito antitrust ritendo lo stesso portatore di una non affidabilità professionale che si ripercuoterebbe sulla società³⁶.

La clausola statutaria in precedenza ipotizzata potrebbe sia evidenziare una scelta puntuale inerente la professionalità degli amministratori sia attenuare il rischio di non affidabilità imputabile non direttamente alla società ma al *curriculum* dell'amministratore.

Da un punto di vista organizzativo la predisposizione dello specifico presidio del rischio sulla non affidabilità deve necessariamente integrarsi e coordinarsi nell'ambito dell'assetto organizzativo della società di cui farà parte integrante.

Occorre precisare che la rilevanza del rischio di non affidabilità non è solo interna ma, avendo delle potenziali conseguenze sulla continuità aziendale, ha delle inevitabili ripercussioni sugli *stakeholder*.

La sussistenza di tale presidio (non solo formale ma sostanziale) è quindi di rilevante importanza anche per gli *stakeholder*, in quanto questi potrebbero subire le conseguenze, anche finanziarie, derivanti dalla commissione del grave illecito professionale e dall'interdizione in capo all'operatore economico dal contrarre con la pubblica amministrazione.

Da ciò discende che anche gli *stakeholder* dovranno (ri-)organizzarsi al fine di valutare i rischi di integrazione di un grave illecito professionale nella controparte contrattuale da valutare anche nella prospettiva futura della società, per poi valutarne le conseguenze sulla propria attività in relazione ai rapporti con l'operatore economico.

³⁶ Per valutare questa non affidabilità "derivata" naturalmente si dovrà tenere in considerazione il contesto in cui l'amministratore con il precedente illecito andrà ad operare e soprattutto il ruolo che lo stesso andrà ad assumere nell'organizzazione della società. È evidente che qualora tale soggetto abbia poteri decisionali, quale amministratore unico o amministratore con deleghe, possa potenzialmente trasferire la non affidabilità personale sulla società. Tale potenziale trasmissione andrà in diminuzione in modo direttamente proporzionale rispetto alla sua incapacità, in termini di carenza di poteri, di determinare e/o condizionare le scelte gestorie.

A titolo esemplificativo si può evidenziare che, in ragione di quanto esposto, pare corretto ritenere che un istituto di credito che finanzia un operatore economico che opera prevalentemente con la pubblica amministrazione non potrà prescindere da una valutazione della “gestione” del rischio di non affidabilità posto in essere dallo stesso e dall’assetto organizzativo predisposto.

La stessa valutazione dovrà essere svolta sia dalle società di assicurazione che prestano le garanzie provvisorie a garanzia della sussistenza dei requisiti necessarie per la partecipazione alla gara, sia dagli eventuali altri operatori economici (a loro volta da valutare in termini di affidabilità) con i quali partecipare alla gara in forma di aggregata (*rectius*: associazione temporanea d’impresa) o attraverso un subappalto.

Da ciò discende quindi una generale necessità di valutare il rischio di “terze parti”, cioè il rischio, anche reputazionale, derivante dalla controparte contrattuale.

Questo richiede da un lato la conoscenza del rischio e dall’altro l’individuazione delle modalità attraverso le quali portare a conoscenza del valutatore l’assetto organizzativo adottato.

È evidente che entrambi gli aspetti potrebbero avere una soluzione nell’organizzazione della società o meglio nella creazione di un assetto organizzativo che, proprio nel rispetto di quanto stabilito dall’art. 2381, comma 5, c.c., sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’attività d’impresa esercitata.

La conoscenza del rischio discende dall’individuazione dello stesso e quindi da un adeguato *risk assessment*.

La comunicazione della gestione del rischio deriva dalla necessità di portare a conoscenza degli *stakeholder* e del mercato in generale l’adeguatezza dei propri assetti organizzativi che ha quale necessario

corrispondente la necessità di conoscere gli assetti organizzativi predisposti dalle “terze parti”.

Mancando uno strumento pubblicitario in tal senso, salvo nei limiti in cui le scelte organizzative possano essere indicate in linea di principio nello statuto della società, una possibile soluzione potrebbe essere quella di rilasciare (e contestualmente chiedere) una specifica dichiarazione in forza della quale, assumendosene la responsabilità, si dia conto delle modalità attraverso le quali si gestisce il rischio di non affidabilità.

È evidente che tale dichiarazione non determina la certezza che l’assetto organizzativo è adeguato, in quanto ciò potrà essere valutato eventualmente solo a posteriori quale conseguenza della non integrazione di un reato o di un illecito professionale o della non imputabilità delle conseguenze in capo alla società a causa dell’agire fraudolento di chi lo ha integrato. Questa dichiarazione però contribuisce a palesare il fatto che l’operatore economico è a conoscenza del rischio e si è organizzato per gestirlo. Sarà quindi lo *stakeholder* a valutare se le informazioni contenute nella dichiarazione dell’operatore economico siano sufficienti per una valutazione del rischio “terza parte”.

La (auto)dichiarazione inerente l’adeguatezza dell’assetto organizzativo non rappresenterebbe una novità assoluta in quanto una “garanzia” dello stesso tenore è già prevista dal nostro ordinamento nell’ambito della disciplina del trattamento dei dati personali ovvero nel c.d. GDPR (Regolamento UE 2016/679).

In questa, all’art. 28, si prevede che qualora «*un trattamento debba essere effettuato per conto del titolare del trattamento quest’ultimo ricorre unicamente a responsabili del trattamento che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell’interessato*».

Nell'ambito del contratto attraverso il quale si affida il trattamento dei dati tra il *titolare del trattamento* e il *responsabile del trattamento* quest'ultimo di obbliga espressamente a garantire la *sicurezza del trattamento* (art. 32) ovvero "garantisce" che il proprio assetto organizzativo sia rispettoso della disciplina sul trattamento dei dati personali e quindi sia *compliant* alla stessa e quindi sia adeguato.

Anche in questo caso siamo in presenza di una (auto)dichiarazione con la quale un soggetto attesta responsabilmente la propria adeguatezza organizzativa.

Pur in assenza di una specifica disposizione l'assetto relativo alla gestione della non affidabilità potrebbe essere comunicato (e richiesto) attraverso una (auto) dichiarazione attraverso la quale "sensibilizzare" il terzo in merito ad un potenziale rischio e lasciare a questo la possibilità, derivante dalla conoscenza, di richiedere dei maggiori approfondimenti in relazione allo specifico assetto.