

Appalti

Videomessaggio intimidatorio al funzionario della Pa? L'impresa va esclusa dalla gara

di Roberto Mangani

27 Novembre 2023

Consiglio di Stato: si tratta di un metodo per influenzare l'andamento della gara

NT+ Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

L'invio a un funzionario della stazione appaltante – che svolge anche la funzione di Segretario della commissione giudicatrice – di un videomessaggio a carattere intimidatorio costituisce condotta in grado di influenzare indebitamente il processo decisionale nell'ambito della procedura di gara. Di conseguenza, è legittimo il provvedimento di esclusione del concorrente che abbia posto in essere tale condotta, riconducibile a un'ipotesi di grave illecito professionale. È altresì legittima l'annotazione operata dall'Anac nel proprio casellario informatico, che vi ha proceduto sulla base della non manifesta infondatezza della notizia trasmessa dalla stazione appaltante tenuto conto che il requisito della utilità della notizia comporta un onere motivazionale attenuato nell'ipotesi di grave illecito professionale.

Sono questi i principi affermati dal [Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2023, n. 9791](#), con una pronuncia che interviene in relazione a una fattispecie che desta particolare interesse in quanto offre la rappresentazione di una modalità – il ricorso a un videomessaggio – del tutto peculiare con cui il concorrente può tentare di influenzare l'andamento della gara, che si ricollega al possibile utilizzo di strumenti di natura digitale.

Il fatto

L'Agenzia del Demanio aveva bandito una gara per l'affidamento del servizio di verifica della vulnerabilità sismica e altre attività su alcuni immobili di proprietà dello Stato. Nel corso della procedura veniva inviato a un funzionario della stazione appaltante – che era anche Segretario della commissione giudicatrice – un videomessaggio digitale a carattere intimidatorio da un numero telefonico riconducibile all'utenza di un concorrente.

La stazione appaltante disponeva quindi l'esclusione del concorrente e trasmetteva la notizia all'Anac che a sua volta procedeva ad annotare la stessa sul proprio Casellario informatico, riscontrando un'ipotesi di grave illecito professionale. L'impresa esclusa ricorreva al giudice amministrativo richiedendo l'annullamento del provvedimento di annotazione dell'Anac. A fondamento di tale richiesta veniva contestata l'inadeguatezza dell'istruttoria e la carenza di motivazione, sia in relazione alla mancata valutazione delle osservazioni presentate dall'impresa sia rispetto all'effettiva utilità della notizia.

Il Tar Lazio respingeva il ricorso. Secondo il giudice di primo grado l'Anac avrebbe adeguatamente appurato in sede istruttoria la non manifesta infondatezza della notizia, nel momento in cui costituiva dato incontestato che il videomessaggio proveniva da un'utenza in dotazione all'impresa concorrente. Quanto alla verifica in merito all'utilità della notizia, l'onere motivazionale si doveva ritenere alleggerito trattandosi di un'ipotesi di grave illecito professionale, che per sua natura implica un grado ridotto di accertamento. Contro la sentenza di primo grado il concorrente ha proposto ricorso davanti al Consiglio di Stato.

L'influenza indebita sul processo decisionale

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, confermando la decisione del Tar. Il giudice di appello ricorda come l'annotazione disposta dall'Anac ai sensi dell'articolo 213, comma 10, del D.lgs. 50/2016 prende le mosse dal provvedimento di esclusione disposto e comunicato dalla stazione appaltante, che configura un'ipotesi di tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stessa stazione appaltante.

La motivazione adottata dall'Anac a sostegno dell'annotazione deve ritenersi adeguata. Per giungere a questa conclusione il Consiglio di Stato sviluppa una serie di argomentazioni tra loro concatenate.

In primo luogo è incontestato che il videomessaggio è stato recapitato da un'utenza riconducibile al concorrente escluso. Inoltre, il contenuto dello stesso non lasciava adito a dubbi in merito al suo carattere intimidatorio: conteneva infatti delle esplicite allusioni a collegamenti tra l'impresa prima classificata in graduatoria e la

criminalità organizzata, sottolineando le conseguenze pregiudizievoli che potevano derivarne anche per i funzionari coinvolti nel procedimento di gara.

Sulla base di questo assunto, l'Anac ha espressamente preso posizione e motivato il suo provvedimento, sottolineando che l'utenza da cui è stato inviato il videomessaggio coincideva con quella che l'impresa concorrente aveva indicato in fase di gara e che la procedura non era ancora arrivata alla fase dell'aggiudicazione, il che rendeva del tutto plausibile il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, con specifico riferimento all'esclusione del concorrente che risultava primo in graduatoria. Né risulta accoglibile la considerazione avanzata dall'impresa esclusa secondo cui l'Autorità non avrebbe adeguatamente valutato la possibile violazione del proprio sistema informatico, per cui l'invio del videomessaggio – ancorché proveniente da una propria utenza – sarebbe avvenuto a sua insaputa.

Questa obiezione incontra infatti due limiti. Il primo è di tipo procedurale, nel senso che la stessa non era stata avanzata dall'impresa nell'ambito del procedimento di annotazione svolto dall'Anac, che quindi non ne aveva potuto tenere conto, non potendosi quindi configurare alcun vizio dell'istruttoria sotto questo profilo. A ciò si aggiunga, dal punto di vista sostanziale, che l'impresa non ha fornito alcuna evidenza documentale del presunto attacco informatico subito, il che è sufficiente a giustificare la valutazione di non manifesta infondatezza della notizia rispetto all'annotazione nel casellario informatico.

Quanto alla utilità della notizia, la stessa deriva dal fatto che si tratta di una causa di esclusione esplicitamente prevista dall'articolo 80 del D.lgs. 50, la cui annotazione è funzionale a fornire alle stazioni appaltanti elementi che consentano loro di esercitare la relativa discrezionalità in merito alla valutazione dell'affidabilità del concorrente.

La continuità del Dlgs 36: il potere di annotazione dell'Anac

Il quadro delineato dalla sentenza e le conclusioni cui giunge non sono destinati a mutare a seguito dell'entrata in vigore del Dlgs 36/2023. Quest'ultimo si muove infatti su una linea di sostanziale continuità rispetto alla fattispecie del tentativo di influenza indebita sul processo decisionale della stazione appaltante.

Il Dlgs 36 ha operato una meritoria opera di sistematizzazione della disciplina delle cause di esclusione, che tuttavia non sposta i termini sostanziali della questione in relazione all'ipotesi in esame.

Nello specifico, l'articolo 80 del D.lgs. 50 prevedeva come autonoma causa di esclusione il tentativo di influenza indebita (comma 5, lettera c- bis). Il D.lgs. 36 inquadra invece tale fattispecie tra gli elementi che possono configurare l'illecito professionale grave (articolo 98, comma 3, lettera b), che a sua volta rappresenta una causa di esclusione facoltativa, che presuppone cioè una valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Nell'operare tale valutazione, la stazione appaltante dovrà tenere in considerazione la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente la sussistenza del tentativo di influenza indebita, considerati dal legislatore come mezzi di prova adeguati (comma 6, lettera b). Si tratta evidentemente di una causa di esclusione in cui è significativo il margine di valutazione discrezionale lasciato in capo alle singole stazioni appaltanti, e che è tuttavia strettamente connesso alla natura "aperta" della fattispecie in questione.

Anche sotto il profilo dell'annotazione nel casellario informatico dell'Anac il Dlgs 36 non introduce novità rispetto alla disciplina previgente. Il riferimento normativo è costituito dall'articolo 222, comma 10, che prevede l'annotazione delle notizie, informazioni e dati relativi agli operatori economici con riferimento alle cause di esclusione necessarie di cui all'articolo 94. Possono essere oggetto di annotazione anche le ulteriori informazioni che l'Anac abbia ritenuto utili sulla base dei criteri individuati nell'apposito regolamento.


Al di là delle annotazioni obbligatorie, per quelle ulteriori il criterio dirimente per valutare l'opportunità di procedervi è dunque quello della loro utilità. Sotto questo profilo si è formata nella vigenza del precedente D.lgs. 50 una ricca elaborazione giurisprudenziale, peraltro non sempre pienamente univoca.

Un principio generale sufficientemente consolidato è che l'utilità della notizia vada rapportata alla finalità di fondo cui risponde il casellario informatico, che è quella di mettere a disposizione delle stazioni appaltanti un repertorio di informazioni utili ai fini di valutare la partecipazione alle gare dei concorrenti. Di conseguenza, non può ritenersi notizia utile quella che non attenga alla capacità dei concorrenti sotto il profilo tecnico, economico e di idoneità morale (tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 giugno 2021, n. 4299; Tar Lazio, Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 2178).

In questo contesto, è stato evidenziato che nel valutare se un'informazione rientri o meno nelle notizie utili, l'Autorità non esprime una valutazione compiuta sulla rilevanza del fatto, ma verifica solo l'utilità dell'iscrizione ai fini della successiva e più approfondita valutazione che deve essere operata dalle singole stazioni appaltanti. Queste ultime mantengono infatti la loro più ampia discrezionalità nell'apprezzare l'incidenza delle notizie oggetto di annotazione ai fini della partecipazione dei concorrenti alla gara (Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659).

Tuttavia è stato altresì evidenziato che l'Anac, nel decidere se procedere o meno all'annotazione di una determinata notizia, non può esimersi dal compiere un'istruttoria, più o meno approfondita a seconda delle diverse fattispecie. E sulla base di questa istruttoria prenderà la sua decisione, che dovrà comunque essere ispirata ai canoni di

proporzionalità e ragionevolezza. Ciò anche alla luce della circostanza che le annotazioni Anac non sono mai “indolori”, in quanto rendono quanto meno più complessa la partecipazione alle gare e in ogni caso incidono sul profilo reputazionale dell'impresa che ne sia oggetto (Cons. Stato, Sez. iii, 5659/2021). Da qui l'ulteriore conseguenza, affermata con nettezza in una recente sentenza del giudice amministrativo, secondo cui il provvedimento di annotazione dell'Anac, soprattutto qualora non riguardi una fattispecie tipizzata, deve essere adeguatamente motivato in relazione alla ritenuta utilità della notizia di cui si intende dare diffusione. E il percorso motivazionale, per quanto sintetico, non può ridursi a una mera affermazione apodittica in merito alla ritenuta utilità/conferenza della notizia (Tar Lazio, 11 luglio 2022, n. 9451).

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

