



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2016

NUMERO AFFARE 01888/2016

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Linee guida ANAC *“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”*

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la nota n. 0143348 del 3 ottobre 2016, pervenuta in pari data, con cui l'ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;
Esaminati gli atti e udito il relatore, presidente Rosanna De Nictolis;

Premesso e considerato

1. Sono all'esame di questo Consesso le linee guida dell'ANAC emanate ai sensi dell'art. 80, c. 13, d.lgs. n. 50/2016 recanti *<<indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice>>*.

Le stesse sono pervenute corredate di lettera di accompagnamento a firma del Presidente dell'ANAC, dell'AIR e dei contributi pervenuti all'ANAC a seguito della consultazione pubblica che ha preceduto l'elaborazione delle linee guida.

2. Giova premettere che l'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, rubricato "*motivi di esclusione*" reca l'elenco dei c.d. requisiti di carattere generale (o di idoneità morale) che devono possedere sia i concorrenti che i subappaltatori.

Esso, al pari del previgente art. 38, d.lgs. n. 163/2006, reca l'elenco di molteplici requisiti, la cui mancanza costituisce "motivo di esclusione".

Tra essi, viene qui in rilievo la causa di esclusione di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), consistente nel "*grave illecito professionale*".

In particolare è testualmente previsto che la stazione appaltante esclude l'operatore economico "*quando 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*".

Tra questi rientrano:

- *le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;*
- *il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;*
- *il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;*
- *ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

Nella previgente disciplina si dava rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con la medesima stazione appaltante, e, dall'altro lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi

mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse stazioni appaltanti [Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245].

Nella nuova disciplina la previsione ha una portata molto più ampia, in quanto, da un lato, non si opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, e, dall'altro lato, non si fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale, ma, più in generale, all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente [Cons. St., V, 21.7.2015 n. 3595], ma anche in fase di gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante).

Peraltro, già una parte della giurisprudenza formatasi nella previgente disciplina aveva dato una lettura allargata dell'"errore professionale", ritenuto comprensivo di qualsiasi comportamento scorretto che incidesse sulla credibilità professionale dell'operatore, e non soltanto delle violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartenesse tale operatore [Cons. St., IV, 11.7.2016, n. 3070].

3. Si richiede che l'illecito professionale sia grave, e tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del concorrente, e ne viene fornita una prima casistica, suscettibile di implementazione con linee guida dell'ANAC. La casistica deve ritenersi esemplificativa e non tassativa.

In particolare, l'art. 80 c. 13, dispone che *“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)".

4. Quanto alla natura giuridica di tali linee guida, questo Consesso si limita a richiamare i propri precedenti pareri sullo schema di codice e sulle linee guida in tema di OEPV, SIA e RUP. Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e al contenuto del citato art. 80, c. 13, è da ritenere che quelle ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti.

Siffatta natura giuridica emerge da molteplici dati esegetici:

- a) l'art. 80, c. 5, lett. c), recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale, e, fissando una causa di esclusione dalle gare, reca una disciplina completa e autoesecutiva;
- b) l'art. 80, c. 13, prevede le linee guida come "facoltative", e dunque quale strumento non necessario per l'operatività della norma primaria, come tale diverso dalle disposizioni di esecuzione o attuazione;
- c) l'art. 80, c. 13 indica con chiarezza la finalità di tali linee guida, che è quella di "garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti".

5. Sotto il profilo contenutistico, l'art. 80 c. 13 individua i confini delle linee guida stabilendo che esse hanno ad oggetto:

- a) l'indicazione casistica delle "significative carenze" nell'esecuzione di un precedente contratto;
- b) quali sono i mezzi di prova "adeguati" per dimostrare le cause di esclusione elencate nel citato art. 80, c. 5, lett. c).

Come già osservato, l'art. 80, c. 5, lett. c), non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, e le significative carenze nell'esecuzione contrattuale sono solo uno dei molteplici illeciti professionali elencati nella disposizione, peraltro in modo esemplificativo e non tassativo.

L'art. 80 c. 13 demanda alle linee guida di individuare la casistica non di tutti gli illeciti professionali, ma solo di quello consistente nella significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto.

Per altro verso, però, lo stesso art. 80, c. 13 demanda alle linee guida di indicare i “mezzi di prova adeguati”, per dimostrare la sussistenza di qualsivoglia illecito professionale, e non solo di quello consistente nel pregresso significativo inadempimento.

6. Le linee guida elaborate dall'ANAC hanno consapevolmente un perimetro più esteso rispetto a quello fissato dall'art. 80, c. 13.

Invero, nella elaborazione delle linee guida, come si afferma nella lettera di accompagnamento, si è reso necessario, al fine di individuare i mezzi di prova adeguati, “*specificare e chiarire le fattispecie esemplificative individuate in via generica nella norma e (...) fornire indicazioni interpretative e operative anche sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti?*”.

Come si legge sempre nella citata lettera di accompagnamento “*dette indicazioni, anche se non strettamente richieste ai sensi dell'art. 80, comma 13 (...) si pongono come propedeutiche alla definizione dei mezzi di prova adeguati*”.

Giova anche rammentare che il Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici, in relazione a tale previsione aveva osservato: “*Va riponderato il comma 13, (...). In particolare, dovrebbe essere specificato che tali linee guida si limitano ad indicazioni meramente esemplificative e che esse non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle stazioni appaltanti, ovvero fornire una sorta di ‘catalogo chiuso’ di cause di esclusione (catalogo che, secondo l'id quod plerumque accidit, si presterebbe agevolmente a comportamenti elusivi ed opportunistici, sortendo un effetto di fatto opposto rispetto a quello auspicato). A tal fine, dopo le parole “da parte delle stazioni appaltanti” si potrebbero inserire le seguenti: “e comunque in via non esaustiva,”.*”

Tale osservazione non è stata accolta nel testo finale. Tuttavia, sia dalla circostanza che lo stesso codice fornisce una elencazione esemplificativa di illeciti professionali, sia dalla circostanza che le linee guida in materia hanno natura non vincolante e funzione promozionale di buone prassi, si evince che le linee guida individuano gli illeciti professionali in modo non tassativo ma solo esemplificativo. In tal senso dispongono espressamente le linee guida oggetto del presente parere, lasciando alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalle linee guida, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

Attesa, poi, la natura non vincolante delle linee guida in esame, e considerato il potere generale dell'ANAC, ai sensi dell'art. 213, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, di adottare linee guida con funzione di orientamento delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, non è dubitabile che le presenti linee guida possano andare oltre lo stretto perimetro delimitato dall'art. 80, c. 13, tanto più che la individuazione casistica di illeciti professionali diversi dal significativo pregresso inadempimento è strumentale alla corretta individuazione dei mezzi di prova adeguati di tali illeciti.

Non sarebbe infatti logicamente definibile il mezzo di prova di un illecito, se non si stabilisse prima di quale illecito si sta trattando.

Appare in conclusione corretta l'opzione di individuare una casistica allargata di illeciti professionali.

7. In relazione al “par. I – Ambito di applicazione”, si osserva quanto segue.

7.1. Il paragrafo relativo all'ambito di applicazione è formalmente riferito all'art. 80, c. 5, lett. c), ma riguarda, in realtà l'intero art. 80, indicando i settori e i soggetti cui si riferiscono le cause di esclusione.

L'intero paragrafo potrebbe essere omissis in quanto meramente ripetitivo di norme di legge, e esulante dall'ambito necessario delle linee guida di cui all'art. 80, c. 13.

7.2. Tuttavia, ove si opti per mantenerlo, esso necessita di alcune integrazioni e correzioni al fine di non ingenerare equivoci.

Anzitutto, va chiarito che l'art. 80, c. 5, lett. c) non ha un ambito applicativo diverso dalle restanti ipotesi dell'art. 80.

Pertanto, nel par. 1.1. le parole "*L'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice si applica*", vanno sostituite con "*L'art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c), si applica*".

Inoltre il par. 1.1., nel fare riferimento ai settori ordinari e speciali, è incompleto, dovendosi precisare che l'art. 80 si applica anche alle concessioni, nonché a tutti i settori soggetti al codice, senza differenza di soglia.

Ancora, nel par. 1.3., nell'indicarsi gli ambiti in cui rileva il possesso dei requisiti dell'art. 80, è stato omesso il subappalto.

7.3. Infine, questa Commissione speciale rileva che le linee guida delimitano correttamente, in base alla fonte primaria vigente, l'ambito applicativo dell'art. 80 nei settori speciali, con la distinzione tra amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, quale risulta dall'art. 136 del codice.

Infatti, con una inversione di rotta rispetto al codice del 2006, il d.lgs. n. 50/2016 rende facoltativa l'applicazione dell'art. 80, nei settori speciali, da parte degli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

E tuttavia questa Commissione ritiene doveroso sollecitare una riflessione ulteriore del Governo su tale aspetto, in sede di decreto correttivo del codice. Invero, una doverosità della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 in capo agli operatori economici nei settori speciali, anche da parte di enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, assicurerebbe una maggiore trasparenza e moralizzazione di tale ambito di mercato. Lungi dall'essere un ingiustificato *gold plating* rispetto al minimo comunitario, sembrerebbe una migliore attuazione del

principio di legge delega che per i settori speciali ha prescritto “*puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati?*” (art. 1, lett. h), legge delega).

7.4. Per quanto esposto, i par. 1.1., 1.2. e 1.3. possono essere sostituiti come segue:
“1.1. L’art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c), si applica ai settori ordinari, sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5), e alle concessioni di lavori e servizi (art. 164, commi 2 e 4).

1.2. I motivi di esclusione di cui all’art. 80 del codice, e, segnatamente, per quel che qui rileva, del suo comma 5, lett. c), sono presi in considerazione anche:

- a) in relazione ai subappaltatori (art. 80, comma 14);
- b) ai fini dell’attestazione di qualificazione per i lavori pubblici (art. 84, comma 4);
- c) in relazione alle imprese ausiliarie nei casi di avvalimento (art. 89, comma 3);
- d) in relazione al contraente generale (art. 198, comma 1, lett. a).

1.3. Le norme e i criteri oggettivi per l’esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione e le norme e i criteri oggettivi per l’esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l’innovazione devono includere i motivi di esclusione di cui all’art. 80, quando l’ente aggiudicatore è un’amministrazione aggiudicatrice, e possono includere detti motivi di esclusione, quando l’ente aggiudicatore non è un’amministrazione aggiudicatrice, alle condizioni stabilite dall’art. 136 del codice”.

Infine, nel par. 1.4., per le ragioni già esposte, le parole “*Le cause di esclusione previste dall’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice non si applicano*” vanno sostituite con le parole ““*Le cause di esclusione previste dall’art. 80 del codice, e, segnatamente, per quel che qui rileva, dal suo comma 5, lett. c), non si applicano*”.

8. In relazione al “*par. II- Ambito oggettivo, subparagrapho 2.1.1. - Significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto*”, si osserva quanto segue.

8.1. Nel par. 2.1.1. si legge che *“i comportamenti gravi e significativi”* rilevano *“se sono sintomatici di persistenti carenze professionali nell’esecuzione di prestazioni contrattuali”*.

L’art. 80 c. 5, lett. c), codice fa riferimento alle *“significative carenze”*, non anche alle carenze *“persistenti”*.

L’art. 57, par. 4, lett. f), direttiva 2014/24, fa riferimento a *“significative o persistenti carenze”*.

E’ allora chiaro che per il diritto comunitario l’inadempimento non deve essere contemporaneamente significativo e persistente, potendo essere alternativamente significativo o persistente.

A sua volta il codice laddove fa riferimento solo alla *“significativa carenza”* include implicitamente anche l’ipotesi di inadempimento persistente, ossia reiterato, che è tuttavia solo uno dei casi di inadempimento significativo, ma non esaurisce l’intera casistica. Infatti anche un inadempimento singolo, non reiterato, può essere da solo *“significativo”* se di particolare gravità.

Pertanto, le linee guida non possono affermare che ai fini della significatività del pregresso inadempimento, occorre necessariamente che lo stesso sia *“persistente”*, vale a dire reiterato.

Si suggerisce pertanto sostituire la locuzione *“detti comportamenti rilevano se sono sintomatici di persistenti carenze professionali”* con *“detti comportamenti rilevano se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali”*.

8.2. L’art. 80, c. 5, lett. c), in combinato con il c. 13, codice, demanda alle linee guida il solo compito di individuare la casistica delle significative carenze nell’esecuzione di precedenti contratti; ma indica già in modo compiuto e tassativo un indice di riconoscimento delle *“significative carenze”*, ancorato agli effetti giuridici che si sono prodotti, e che sono i seguenti: *“risoluzione anticipata del contratto, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero una condanna al*

risarcimento del danno o l'applicazione di altre sanzioni". Possono essere considerate come "altre sanzioni", l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta.

Se, pertanto, in relazione ad un pregresso contratto, non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata "definitiva" perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale "inadempimento contrattuale" non assurge, per legge, al rango di "significativa carenza".

Si tratta, evidentemente, di una semplificazione "a fini probatori", in quanto se non si sono prodotti tali effetti tipizzati, è ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato "significativo".

La scelta del legislatore italiano, di tipizzare gli effetti giuridici al fine di stabilire quando un inadempimento contrattuale assurge al rango di "grave illecito professionale" è in linea con la giurisprudenza della C. giust. UE secondo cui l'illecito professionale è causa di esclusione solo quando abbia connotati di oggettiva gravità [C. giust. UE, sez. III, 13 dicembre 2012 C-465/11].

Il compito delle linee guida è pertanto solo quello di individuare le "significative carenze", non anche quello di individuare ulteriori "effetti giuridici" di esse, rispetto a quelli tipizzati dalla legge.

Ne deriva che nel par. 2.1.1.2. va espunto l'inciso "*oppure abbiano dato luogo a modifiche o varianti non previste nei documenti iniziali di gara*" fattispecie che non può assumere rilevanza come "effetto giuridico" della significativa carenza, ma semmai come comportamento integrante di per sé stesso l'illecito professionale, sempre che la modifica o variante sia l'effetto di un errore professionale imputabile all'esecutore. Invece l'inciso, oltre ad aggiungere un effetto giuridico a quelli

previsti dalla legge, è generico, in quanto non ogni modifica o variante è imputabile all'esecutore.

E' pertanto opportuno che nel par. 2.1.1.2. si distinguano gli "effetti giuridici" delle significative carenze, dalle condotte che sono "significative carenze".

Il tema delle modifiche o varianti va affrontato tenendo conto delle ipotesi in cui esse si verificano ai sensi del vigente art. 106 codice e del previgente art. 132, codice del 2006 (atteso che, dovendosi, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c), valutare i pregressi inadempimenti, per un certo numero di anni avranno rilevanza i contratti stipulati in base al d.lgs. n. 163/2006), e quando esse sono imputabili all'esecutore.

A titolo di mero suggerimento e spunto di riflessione, una possibile riscrittura del par. 2.1.1.2 potrebbe essere la seguente:

<<2.1.1.2. Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) codice assumono rilevanza "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione" quando hanno prodotto come effetto giuridico:

a) la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio;
b) ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad "altre sanzioni". Per "altre sanzioni" possono intendersi l'applicazione di clausole penali o l'incameramento di garanzie di esecuzione, ai sensi degli artt. 103 e 104 del codice o della previgente disciplina.

Costituiscono "significative carenze", a titolo esemplificativo, le seguenti condotte, sempre che abbiano i requisiti di "grave illecito professionale":

- 1) l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;*
- 2) le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;*
- 3) il ritardo nell'adempimento;*
- 4) l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;*
- 5) l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;*

6) nei contratti misti di progettazione ed esecuzione l'omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106, comma 2, codice, o della pregressa disciplina (art. 132, d.lgs. n. 163/2006);

7) negli appalti di progettazione e concorsi di progettazione, l'omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106, comma 2, codice, o della pregressa disciplina (art. 132, d.lgs. n. 163/2006);

8) l'adozione di comportamenti scorretti.”

8.2. In relazione a tale tipologia di grave illecito professionale, si deve poi rilevare che nei casi più gravi l'inadempimento contrattuale può costituire reato ai sensi degli artt. 355 e 356 c.p., e in tal caso la condanna definitiva è causa di esclusione in base all'art. 80, c. 1, codice, che annovera espressamente tali fattispecie delittuose alla lett. b).

Però la condanna non definitiva, che non rileva ai sensi dell'art. 80 c. 1, può rilevare ai sensi del c. 5, il che può accadere se essa contenga una condanna al risarcimento del danno, ossia uno degli effetti tipizzati dall'art. 80, c. 5, lett. c) [in tal senso, in relazione alla previgente disciplina, Cons. St. V, 20.11.2015 n. 5299].

Né con tale ragionamento si amplia il novero delle cause di esclusione, perché si tratta di titoli di reato espressamente contemplati dall'art. 80, c. 1, lett. b) e di condotte integranti i gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c).

Le linee guida potrebbero pertanto opportunamente chiarire il rispettivo ambito di applicazione dell'art. 80, c. 1, e dell'art. 80, c. 5, lett. c), quando il grave inadempimento contrattuale abbia comportato una condanna penale, definitiva o non definitiva.

9. In relazione al paragrafo 2.1.2 “*gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara*” si osserva quanto segue.

9.1. L'ulteriore casistica contenuta nell'art. 80, c. 5, lett. c), codice prevede quattro condotte, tutte però riconducibili al *genus* turbativa di gara.

Si menzionano infatti:

- a) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante;
- b) il tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; c) il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- d) l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Le linee guida, da un lato, individuano una casistica riconducibile alle quattro fattispecie legali, dall'altro lato individuano due ulteriori ipotesi di grave illecito professionale in corso di gara, in particolare le ipotesi di *bid rigging* - ossia di accordi tra i concorrenti volti a falsare la concorrenza nella gara - e il caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, ad esso imputabile per dolo o colpa.

9.2. Sul piano sostanziale, si osserva che le linee guida configurano come grave illecito professionale l'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto colposo o doloso dell'aggiudicatario, che abbia dato luogo a incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 93.

Occorre rilevare che l'art. 93, c. 6 codice, innovando rispetto al previgente art. 75 codice del 2006, prevede l'incameramento della cauzione provvisoria in caso di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, solo se la condotta dell'aggiudicatario sia connotata da "dolo o colpa grave".

Inoltre, per l'art. 83, comma 5, lett. c), è causa di esclusione non qualsivoglia illecito professionale, ma solo il "grave illecito professionale".

Pertanto nelle linee guida non si può dare rilevanza a qualsiasi grado di colpa, ma si deve dare rilevanza solo alla colpa grave (oltre che al dolo).

Sicché, nel paragrafo 2.1.2.3. le parole “*fatto doloso o colposo*” vanno sostituite con le parole “*fatto doloso o gravemente colposo*”.

Questa Commissione non può tuttavia esimersi dal rilevare che nello schema originario del codice l’art. 93, c. 6, aveva una diversa formulazione, in linea con la previgente disciplina, prevedendo che la cauzione provvisoria coprisse la mancata sottoscrizione del contratto “*per fatto dell’affidatario*”, prescindendosi dal profilo della imputabilità a titolo di dolo o colpa grave.

La formulazione definitiva indebolisce la posizione della stazione appaltante, che potrà incamerare la cauzione provvisoria, in caso di mancata stipulazione del contratto per fatto dell’affidatario, solo se provi il dolo o la colpa grave.

La posizione della stazione appaltante è ulteriormente indebolita dalla previsione, applicabile sia alla cauzione provvisoria che a quella definitiva, della esclusione del vincolo di solidarietà tra i garanti (art. 104, c. 10), che non sembra molto coerente con il principio della garanzia a prima richiesta.

Appare doveroso segnalare tale aspetto al Governo, al fine di ulteriore riflessione in sede di decreto correttivo del codice.

9.3. Sul piano formale, appare preferibile strutturare il paragrafo 2.1.2. delle linee guida, per una migliore fruibilità da parte dei destinatari, in modo che la casistica sia riferita alle singole ipotesi di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), ovvero costituisca ulteriore casistica.

Si suggerisce pertanto la seguente riformulazione del par. 2.1.2., con modifiche puramente formali:

“2.1.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara

2.1.2.1. L’ulteriore casistica contenuta nell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice prevede quattro condotte, tutte riconducibili al genus turbativa di gara.

Si menzionano infatti:

- a) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante;*
- b) il tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; c) il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;*
- d) l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.*

La stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1., idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

2.1.2.2. Rilevano, a titolo esemplificativo:

a) quanto all'ipotesi legale de "il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante", gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine:

a.1) alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione;

a.2) all'adozione di provvedimenti di esclusione;

a.3) all'attribuzione dei punteggi.

b) quanto all'ipotesi legale de "il tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio", i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine:

b.1) al nominativo degli altri concorrenti;

b.2) al contenuto delle offerte presentate;

c) quanto all'ipotesi legale de "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", e all'ipotesi legale de "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione", i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della

partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione e il parametro della colpa professionale. Rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo:

c.1) la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;

c.2) la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;

c.3) l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

2.1.2.3. Acquista inoltre rilevanza, se integra i presupposti del punto 2.1, la sussistenza di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

2.1.2.4. Assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del codice.”.

9.4. Anche in relazione alle condotte che costituiscono turbativa di gara, si deve rilevare che esse possono dare luogo anche a illecito penale, e segnatamente a uno dei reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354 c.p., che costituiscono, se risultanti da condanne penali definitive, causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, c. 1, del codice, che annovera espressamente tali fattispecie delittuose alla lett. b). La condanna non definitiva può invece acquisire rilevanza come causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c).

Né con tale ragionamento si amplia il novero delle cause di esclusione, perché si tratta di titoli di reato espressamente contemplati dall'art. 80, c. 1, lett. b) e di condotte integranti i gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c).

Le linee guida potrebbero opportunamente chiarire il rispettivo ambito di applicazione dell'art. 80, c. 1 e dell'art. 80, c. 5, lett. c).

10. Il paragrafo 2.1.3. delle linee guida individua casistica ulteriore, rispetto al codice, in ordine al grave illecito professionale, desunta dagli illeciti antitrust definitivamente accertati ovvero da provvedimenti sanzionatori dell'ANAC iscritti nel casellario informatico.

Mentre i provvedimenti sanzionatori dell'AGCM acquisiscono rilevanza solo se inoppugnabili, i provvedimenti sanzionatori dell'ANAC acquistano rilevanza quando iscritti nel casellario dell'Autorità. Sarebbe opportuno circoscrivere la rilevanza ai soli provvedimenti sanzionatori dell'ANAC divenuti inoppugnabili, o quanto meno, se contestati in giudizio, non sospesi dal giudice amministrativo.

11. In relazione al *“paragrafo III- ambito soggettivo”* si segnalano una inesattezza e una questione esegetica quanto al subappaltatore.

11.1. Quanto alla inesattezza, nel riquadro in neretto che segue il paragrafo 3.2. si legge che *“la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo: (...) al subappaltatore nel caso previsto dall'art. 105, comma 6, del Codice”*.

Tale affermazione è incompleta.

L'art. 105, c. 6 del codice indica in quali casi è obbligatorio indicare sin dalla gara una terna di nomi di subappaltatori, in deroga alla regola generale secondo cui i nomi dei subappaltatori non vanno indicati in gara, essendo sufficiente che il concorrente si limiti ad indicare quali prestazioni intende subappaltare, e potendo depositare i contratti di subappalto dopo la stipula del contratto e prima dell'inizio dell'esecuzione.

A sua volta, l'art. 80, sia al c. 1, che al c. 5, prevede che le cause di esclusione di cui al c. 1 e al c. 5, comportano l'esclusione del concorrente principale anche se riferite al subappaltatore, nel solo caso dell'art. 105, c. 6, ovvero quando la terna dei subappaltatori deve essere indicata in gara.

Questo però non significa che negli altri casi di subappalto, quando la terna non va indicata in gara, la stazione appaltante non sia tenuta a verificare in capo ai subappaltatori il possesso dei requisiti di cui all'art. 80, ivi compreso quello di cui al c. 5, lett. c).

Infatti l'art. 80, c. 14, dispone che *“Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrono i motivi di esclusione previsti dal presente articolo”*.

Pertanto, la frase *“al subappaltatore nel caso previsto dall'art. 105, comma 6, del Codice”* va riformulata in uno dei seguenti modi alternativi:

“al subappaltatore ai sensi dell'art. 80, comma 14 del codice”;

ovvero

“al subappaltatore, in corso di gara nel caso previsto dall'art. 105, comma 6, del codice, ovvero dopo che è noto il nome del subappaltatore, negli altri casi di subappalto, ai sensi dell'art. 80, comma 14, del codice”.

11.2. Si segnala poi una questione esegetica delicata, che il punto 3.2. non affronta, e, anzi, la formulazione del punto 3.2. può dare luogo a ulteriori dubbi esegetici. Nel punto 3.2. si afferma che *“Nei casi di cui all'art. 105, comma 6, del Codice, l'accertamento della sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice nei confronti di un subappaltatore comporta l'esclusione del concorrente”*.

L'art. 80, c. 5, nonché l'art. 80, c. 1, prevedono che le cause di esclusione ivi previste comportano l'esclusione del concorrente principale, non solo se riguardano lo stesso concorrente principale, ma anche se riguardano un

subappaltatore, nei casi in cui è obbligatorio indicare in gara una terna di subappaltatori (art. 105, c. 6).

Si pone tuttavia un problema di coordinamento di tali previsioni con l'art. 105, c. 12, a tenore del quale *“L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.”*. Tale previsione costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali.

Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara.

Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria.

Sembrerebbe peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

Pertanto, il par. 3.2. andrebbe o integrato con i pertinenti chiarimenti esegetici, o espunto del tutto, nelle more di eventuali linee guida specifiche sul subappalto e su tale questione, ovvero di un intervento correttivo del codice.

12. Il par. IV relativo ai “*mezzi di prova adeguati*” dà luogo ad alcuni rilievi. Indubbiamente esso si colloca in un quadro normativo primario di non semplice attuazione.

12.1. Giova ricostruire il quadro normativo primario.

Quanto ai mezzi di prova del grave illecito professionale, la giurisprudenza formatasi nella disciplina previgente aveva ritenuto possibile che la stazione appaltante chiedesse ai concorrenti di dichiarare le precedenti risoluzioni contrattuali nei loro confronti, anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti, diverse da quella che ha bandito la gara [Cons. St., VI, 5.5.2016 n. 1766; Id., V, 11.4.2016 n. 1412; Id., III, 26.2.2016 n. 802; Id., V, 18.1.2016 n. 122], rientrando nel dovere di dichiarazione completa sui requisiti generali anche l'onere di indicare eventuali pregresse risoluzioni [Cons. St., V, 22.10.2015 n. 4870; Id., 19.8.2015 n. 3950; Id., V, 25.2.2015 n. 943; Id., III, 5.5.2014 n. 2289].

Questo valeva come “autodichiarazione”. La stazione appaltante poteva poi con ogni mezzo provare la sussistenza dell'illecito professionale secondo quanto testualmente disponeva l'art. 38, c. 1, lett. f), che menzionava “*l'errore grave nell'esercizio dell (...) attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*”.

Nel vigore del nuovo codice, occorre distinguere tra autodichiarazione, effettuata tramite il DGUE (documento di gara unico europeo), e prove che la stazione appaltante può acquisire o esigere dai concorrenti.

Nell'ambito del DGUE, è esigibile che il concorrente autodichiari l'assenza di gravi illeciti professionali, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza formatasi nel vigore del codice del 2006.

Quanto ai mezzi di prova volti a verificare la veridicità di quanto autodichiarato, occorre considerare che nel nuovo codice non opera più la atipicità dei mezzi di prova.

Invero, il codice, in linea con le direttive, reca un elenco tassativo di mezzi di prova che possono essere chiesti agli operatori economici (art. 86), e per il resto onera la stazione appaltante di cercare le prove d'ufficio, tramite la istituenda banca dati nazionale degli operatori economici (art. 81, c. 1) (e nelle more della sua istituzione tramite la banca dati AVC-Pass istituita presso l'ANAC (art. 81, c. 2; art. 216, c. 13), e, per gli operatori stranieri, tramite il sistema *e-certis* (art. 88).

E' da rilevare che l'art. 86, se indica i mezzi di prova che possono essere chiesti ai concorrenti in relazione ai requisiti generali di cui all'art. 80, c. 1, 2, 3, e 4, nulla dice sui mezzi di prova esigibili dai concorrenti in relazione ai requisiti generali di cui all'art. 80, c. 5.

Stante il principio di tassatività delle prove che possono essere chieste ai concorrenti, se ne desume che le prove dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, c. 5, possono, allo stato, essere acquisite solo d'ufficio, tramite le banche dati nazionali e tramite *e-certis*.

12.2. In tale quadro normativo primario, le linee guida:

- a) correttamente affermano che nell'ambito del DGUE il concorrente deve autodichiarare l'assenza di gravi illeciti professionali, ovvero la sussistenza di essi e di qualunque notizia che possa porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente, salva valutazione della stazione appaltante. Tanto è in linea con la pregressa giurisprudenza sopra richiamata;
- b) correttamente affermano il principio di tassatività dei mezzi di prova, non richiedibili ai concorrenti, ma solo acquisibili d'ufficio da parte delle stazioni appaltanti.

12.3. Tuttavia, le linee guida devono essere integrate sotto altri profili:

- 1) esse si limitano ad affermare che le stazioni appaltanti devono comunicare al casellario informatico ogni circostanza rilevante ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c), ad esempio i provvedimenti di risoluzione, applicazione di penali, incameramenti di

cauzioni. Ma questo è quanto occorre ad alimentare la banca dati; occorre poi prevedere che è attraverso la banca dati, e i provvedimenti rilevanti in essa inseriti, che si acquisiscono le prove ex art. 80, c. 5, lett. c); tale profilo non è affrontato nelle linee guida; inoltre, e come già rilevato, l'inadempimento contrattuale potrebbe costituire illecito penale ex artt. 355 e 356 c.p., e anche la condanna non passata in giudicato potrebbe costituire mezzo di prova, tramite il certificato dei carichi pendenti;

2) le linee guida non indicano quali sono i mezzi di prova degli illeciti professionali commessi in gara appartenenti al *genus* turbativa di gara; si limitano infatti ad affermare che le stazioni appaltanti comunicano i provvedimenti adottati ex art. 80, c. 5, lett. c). Ora, si deve osservare che l'illecito consistente nella "turbativa di gara" è rilevante come causa di esclusione non solo se commesso nella specifica gara, ma anche se commesso in gare pregresse e ovviamente, risulti provato. Come già rilevato, la turbativa di gara può anche costituire illecito penale, e sotto tale profilo, un mezzo di prova idoneo potrebbe essere il certificato del casellario giudiziario, ivi compreso il certificato dei carichi pendenti; un ulteriore mezzo di prova potrebbero essere i provvedimenti sanzionatori dell'ANAC, che infatti sono menzionati, ma nel par 2.1.3. relativo alla tipologia di illeciti, e non anche nel par. IV, relativo ai mezzi di prova.

3) le linee guida pur avendo indicato altri illeciti professionali, aggiuntivi rispetto a quelli del codice, e segnatamente gli illeciti antitrust, non indicano poi quali sono i mezzi di prova di essi. Occorre invece stabilire come le stazioni appaltanti possano utilizzare un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM quale mezzo di prova, atteso che in base al codice acquisiscono le prove tramite la banca dati nazionale degli operatori economici (e nelle more di essa tramite AVCPass), se del caso stabilendo che i provvedimenti antitrust vanno inseriti nelle banche dati utilizzabili per gli appalti pubblici;

4) infine, non è indicato, per gli operatori economici stranieri, quali sono i possibili mezzi di prova equivalenti a quelli utilizzabili per gli operatori economici nazionali, né ne è prescritta l'acquisizione tramite *e-certis*.

12.4. In conclusione, si suggerisce che le linee guida contengano:

- una più analitica elencazione dei mezzi di prova rilevanti, distinti per l'illecito "significative carenze nella pregressa esecuzione", per l'illecito "turbativa di gara", e per gli altri illeciti professionali individuati dalle linee guida;
- una indicazione più dettagliata delle banche dati attraverso cui le stazioni appaltanti acquisiscono tali mezzi di prova, ai sensi degli artt. 81, 88, 216, c. 13, codice.

13. In relazione al "*par. V, rilevanza temporale*", si osserva quanto segue.

13.1. Le linee guida ritengono che quando sussiste una delle cause ostative di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), il periodo di esclusione non può superare i tre anni "*decorrenti dalla data dell'annotazione della notizia nel casellario informatico dell'Autorità*".

Questa soluzione, pur mossa da un lodevole intento, è allo stato priva di base normativa.

Giova considerare che, allo stato, lo stesso art. 80 codice si presenta lacunoso e necessita di correzione.

Infatti l'art. 80, c. 10, a causa di un evidente errore materiale commesso nel testo definitivo rispetto allo schema, indica la durata massima di rilevanza delle cause di esclusione solo con riferimento alle condanne penali, e non anche con riferimento alle altre cause di esclusione contemplate dall'art. 80.

Che si tratti di errore materiale si desume dal confronto con la bozza di codice, trasmessa dal MIT agli organi competenti per i pareri, in cui nell'art. 80 c. 10 era previsto che il periodo di esclusione dalle gare non superasse "*i tre anni, decorrenti dalla data del fatto, nei casi di cui ai commi 4 e 5*". Tale inciso è stato invece omesso nel testo definitivo.

Il riferimento ai tre anni decorrenti “*dalla data del fatto*” costituiva letterale recepimento della direttiva 2014/724 che, appunto, prescrive che i legislatori nazionali “*determinano il periodo massimo di esclusione*”, e che “*se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera (...) i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4*” (art. 57, par. 7, direttiva 2014/24; il par. 4 di tale art. 57 è recepito nell’art. 80, c. 5, codice; nel testo inglese della direttiva: “*date of the relevant event*”; nel testo francese della direttiva: “*date de l’èvènement*”; nel testo spagnolo della direttiva: “*fecha del hecho relevante*”; nel testo tedesco della direttiva: “*af dem betreffenden Ereignis*”).

Ora, è evidente che la lacuna del codice non può che essere colmata mediante diretta applicazione della direttiva *in parte qua*, la quale, piaccia o meno, fa decorrere i tre anni non dalla notizia del fatto, o dall’accertamento definitivo del fatto, come pure sarebbe logico e razionale, ma “*dalla data del fatto*”, ossia dell’accadimento storico (come dimostra anche l’esame comparato della versione della norma nelle varie lingue, sopra riportata), nella specie, l’illecito professionale.

Pertanto le linee guida, in difetto di una norma nazionale primaria, e a fronte di una norma comunitaria di diretta applicazione, non possono disporre in senso diverso, facendo decorrere la durata della causa di esclusione, anziché dalla data del fatto, dalla data dell’annotazione della notizia nel casellario.

13.2. Tuttavia, questa Commissione ritiene doveroso segnalare al Governo non solo la lacuna nell’art. 80, c. 10, ma anche i rischi che derivano, nel frattempo, da una applicazione diretta della direttiva, e quelli che deriverebbero da un eventuale recepimento letterale della direttiva 2014/24 *in parte qua*. Invero, la rilevanza temporale di fatti illeciti, pari a tre anni che vengono fatti decorrere dalla data del fatto, anziché dalla data del definitivo accertamento giudiziale, rischia, avuto riguardo ai tempi per un accertamento giudiziario definitivo o anche solo di primo grado, di vanificare del tutto la rilevanza del fatto illecito. Nel caso specifico

dell'illecito professionale consistente in un significativo pregresso inadempimento contrattuale, si richiede come prova che vi sia stata la risoluzione del contratto, o non contestata, o confermata in giudizio. Non è precisato se per “conferma in giudizio” si esige un giudicato o sia sufficiente una sentenza di primo grado. In ogni caso, ove si consideri che la risoluzione per grave inadempimento contrattuale, nei pubblici appalti, è disposta con atto unilaterale della pubblica amministrazione, e che tale atto unilaterale è impugnabile davanti al giudice ordinario entro il termine di prescrizione del diritto, è ben possibile che l'appaltatore impugni la risoluzione a distanza di un certo lasso temporale e che alla data di tre anni “dal fatto”, il giudizio sia ancora pendente in primo grado. Vi è così il rischio che un appaltatore responsabile di gravi inadempimenti si avvantaggi della circostanza che il suo inadempimento non viene accertato in tempo utile, diventando così irrilevante quale causa di esclusione dalle gare. Tali riflessioni inducono a ritenere che in sede di fissazione, nell'art. 80, c. 10, della rilevanza temporale degli illeciti diversi da quelli di cui all'art. 80, c. 1, il legislatore italiano potrebbe essere più severo del legislatore comunitario, ancorando il triennio di rilevanza temporale alla data non già del “fatto” ma del suo accertamento giudiziale (definitivo o, se del caso, di primo grado). Questo non esime certo dall'onere, in capo al legislatore italiano, di assicurare una giustizia celere sul contenzioso relativo alla fase di esecuzione dei pubblici appalti. E questo obiettivo è parzialmente assicurato attraverso la competenza del Tribunale delle imprese, allo stato attuale della legislazione limitatamente ai pubblici appalti di rilevanza comunitaria di cui sia parte una delle società di cui all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 168/2003 (come novellato dall'art. 2, d.l. n. 1/2012).

14. In relazione al par. VI delle linee guida, recanti “*i criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali*”, si osserva che in questa parte le linee guida esprimono principi

generali dell'azione amministrativa quanto a procedimento e provvedimento di esclusione per sussistenza di un grave illecito professionale.

Si tratta di un provvedimento che implica un'attività valutativa quanto alla gravità dell'illecito, non anche quanto alla esclusione, che è doverosa, se si acclara che c'è un illecito grave.

Resta riservata alla stazione appaltante la individuazione del “punto di rottura dell'affidamento” nel pregresso e/o futuro contraente che determini il “deficit di fiducia” fondante l'esclusione [Cass., sez. un., 17 febbraio 2012 nn. 2312 e 2313].

Il provvedimento deve essere motivato e rispettare il principio di proporzionalità, da adottarsi previo contraddittorio con l'interessato; l'esclusione deve essere disposta avuto riguardo alle circostanze concrete e in considerazione dell'oggetto e delle caratteristiche dell'appalto.

Questo Consesso osserva che appare oscuro il punto 1 del par. 6.2., secondo cui *“il provvedimento di esclusione sia idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto da parte di soggetti dotati di integrità e affidabilità”*. Non è chiaro il riferimento “all'esecuzione” posto che si tratta di un provvedimento di esclusione da adottarsi nella procedura di gara. Inoltre, se uno o più concorrenti hanno commesso gravi illeciti professionali, essi vanno esclusi, a prescindere dalla circostanza che rimanga o meno in gara altro concorrente idoneo.

Si consiglia l'espunzione di tale previsione, ovvero una sua riformulazione appropriata. Verosimilmente, quel che si intende è che la valutazione degli illeciti professionali deve avere di mira l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che danno garanzie di integrità e affidabilità, e portare all'esclusione sulla base di un apprezzamento complessivo del candidato.

Deve essere inoltre espunto il par. 6.3. n. 3) a tenore del quale *“l'esclusione non sia tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e sia disposta all'esito di una valutazione che operi un giusto temperamento degli interessi in gioco”*.

Se è vero che il provvedimento di esclusione per gravi illeciti professionali implica una indubbia attività di giudizio, in ordine alla sussistenza o meno di un illecito professionale grave, il codice non richiede anche una valutazione comparativa dell'interesse pubblico alla partecipazione di soggetti affidabili e moralmente integri con l'interesse privato a partecipare alla gara.

L'attività di giudizio si deve concludere, necessariamente, o con un giudizio di sussistenza del grave illecito professionale, o di insussistenza dello stesso.

Se si accerta che sussiste, l'esito è vincolato, ed è l'esclusione dalla gara, senza margini per valutare che la misura gravi troppo sull'operatore, o non contenga un equo temperamento degli interessi in gioco.

Ciò che rileva è il rispetto del principio di proporzionalità che impone di valutare se l'illecito è grave e tale da non garantire la serietà e affidabilità del concorrente in relazione allo specifico appalto, ma tanto è già con chiarezza affermato nel par. 6.2. n. 2) delle linee guida.

15. Il par. VII reca una elencazione casistica delle misure di c.d. *self cleaning* previste dall'art. 80, c. 7, con riferimento alle specifiche condotte di ravvedimento operoso adottabili dal concorrente per evitare l'esclusione in caso di grave illecito professionale.

Giova premettere che ai sensi dell'art. 80, c. 7, un operatore che si trovi, tra l'altro, in una delle situazioni di cui all'art. 80, c. 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?”*.

Oltre al risarcimento del danno, rilevano, nell'impianto normativo, misure adottate dallo stesso operatore, che devono essere di carattere tecnico, organizzativo, o relative al personale, finalizzate a prevenire ulteriori illeciti.

Le linee guida indicano come misure di *self cleaning*, tra l'altro:

- *“il conseguimento di affidamenti successivi conclusi positivamente con il rilascio di un attestato di regolare esecuzione”* (par. 7.3. n. 3);

- *“l’adesione a rimedi di risoluzione delle controversie alternativi alla tutela giurisdizionale”* (par. 7.3. n. 4).

Così come formulate, tali previsioni appaiono prive di adeguata specificità.

La circostanza di aver conseguito successivi affidamenti conclusi con attestato di regolare esecuzione di per sé non è una misura di carattere tecnico o organizzativo, ma semmai ne è un effetto, e sempre che sia dimostrato che il conseguimento di successivi affidamenti e la loro regolare esecuzione è l’effetto di un mutato assetto organizzativo.

La mera adesione ad ADR, a sua volta, nulla dice sull’adozione di misure organizzative e tecniche, né sul rispetto delle decisioni paragiurisdizionali. Neppure, la scelta di un rimedio alternativo alla giurisdizione comprova, di per sé sola, l’integrità e affidabilità professionale.

Si ritiene, pertanto, che i punti n. 3 e n. 4 del par. 7.3. vadano espunti, o riformulati in modo più chiaro e specifico.

P.Q.M.

Nei suesposti sensi è il parere della sezione affari normativi – commissione speciale.

Ai sensi dell’art. 58, r.d. n. 444/1942 si dispone la trasmissione del presente parere al Presidente del Consiglio dei Ministri – e per esso al DAGL (dipartimento per gli affari giuridici e legislativi), al fine di segnalare:

- 1) la necessità di intervento correttivo in relazione all’art. 80, c. 10, d.lgs. n. 50/2016 (par. 13.2. del presente parere);
- 2) l’opportunità di intervento correttivo in relazione: all’art. 80, c. 1 e c. 5 in combinato con l’art. 105, c. 12 (par. 11.2. del presente parere); all’art. 93, c. 6 (par.

9.2. del presente parere); all'art. 136 in relazione all'art. 80 (par. 7.3. del presente parere).

L'ESTENSORE
Rosanna De Nictolis

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO
Gianfranco Vastarella