

Documento di consultazione

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.

1. Premessa

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 (di seguito «Codice») prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». La norma individua alcune fattispecie esemplificative ritenute idonee ad incidere sul rapporto fiduciario che deve sussistere tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'impresa esecutrice, quali le carenze significative nell'esecuzione di precedenti contratti; 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 ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

L'art. 80, comma 13, del Codice prevede che l'ANAC, con proprie linee guida da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione in esame oppure individuare quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini della medesima disposizione.

Sulla base delle previsioni citate, l'Autorità ha predisposto il seguente documento di consultazione, contenente le linee guida volte a favorire l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti nelle valutazioni di competenza. A tal fine, intende specificare e circostanziare le fattispecie esemplificative individuate in via generica dalla norma, identificare, sempre a titolo esemplificativo, ulteriori fattispecie rilevanti e specificare i mezzi di prova ritenuti adeguati a comprovare la sussistenza della causa ostativa in esame.

Agli *stakeholders* è richiesto di far pervenire osservazioni, suggerimenti, proposte utili alla formulazione di indicazioni interpretative e operative utilizzabili dalle stazioni appaltanti per le valutazioni di competenza. In particolare, si chiede di esprimere il proprio punto di vista sulle fattispecie rilevanti individuate a titolo esemplificativo nel presente documento e sui mezzi di prova ritenuti idonei a comprovarne la ricorrenza, indicando eventuali, ulteriori fattispecie considerate idonee ad incidere sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante e i mezzi di prova ritenuti adeguati.

2. Ambito di applicazione

L'art. 80, comma 5, del Codice ha unificato in un'unica previsione quanto previsto dall'art. 57, comma 4, lett. g) h) i) della direttiva 2014/24. La disposizione si applica ai settori ordinari e, in forza del richiamo contenuto nell'art. 133, alle amministrazioni aggiudicatrici dei settori speciali; tuttavia, considerata la rilevanza della norma, si ritiene che lo stesso debba applicarsi anche agli altri enti aggiudicatori. Inoltre, i motivi di esclusione individuati sono presi in considerazione anche ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, comma 4), nonché per la valutazione dell'affidabilità dell'impresa ausiliaria (art. 89, comma 3) e del contraente generale (art. 198). Gli stessi, invece, non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o della legge 31 maggio 1965, n. 575, e affidate a un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento (art. 80, comma 11).

3. Situazioni rilevanti ai fini dell'esclusione

I comportamenti rilevanti ai fini dell'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice devono essere gravi, illeciti (quindi contrari a norme giuridiche di natura civile, penale o amministrativa) e idonei ad intaccare l'integrità o l'affidabilità del concorrente o di un suo subappaltatore. Si ritiene che la fattispecie in esame debba ricomprendere motivi di esclusione che incidono sull'integrità e affidabilità dell'operatore economico e che non costituiscono già autonome cause di esclusione.

Ferma restando la rilevanza di comportamenti illeciti di natura civile e amministrativa, nella fattispecie devono essere ricompresi la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena per reati commessi nell'esercizio della professione che siano idonei a incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto esecutore, quali:

1. l'abusivo esercizio di una professione;
2. i delitti contro la fede pubblica (es. falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico);
3. i reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
4. i reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio, i reati ambientali.

Tali fattispecie, infatti, non sono più previste, espressamente, quali autonome cause di esclusione, stante la mancata riproduzione del disposto dell'art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/06 nella parte in cui attribuiva rilevanza alla condanna per reati in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Sul punto si evidenzia che i reati ai quali consegue l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 32-quater c.p. costituiscono già autonoma causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. f) del Codice.

In linea generale, rilevano le sentenze definitive o i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e le sentenze di applicazione della pena. Tuttavia, non si può non tener conto di quanto recentemente disposto dall'art. 32 del d.l. 90/2014 che previsto l'adozione di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione che si applicano

anche in pendenza di procedimento. Quindi, l'adozione di tali misure da parte del Presidente dell'Anac dovrebbe essere tenuta in considerazione al fine di valutare l'integrità morale del concorrente.

Oltre alle fattispecie su indicate, deve essere attribuita rilevanza ad ogni comportamento contrario al principio di buona fede tenuto nel corso di una procedura contrattuale e ad altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come ad esempio, l'adozione nei confronti dell'operatore economico di provvedimenti di condanna, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica. Non rientrano tra le fattispecie rilevanti, i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativi agli impegni assunti dagli operatori economici, nell'ambito di procedimenti antitrust.

Assumono rilevanza anche i provvedimenti sanzionatori comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, c. 13, nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.

4. Le fattispecie esemplificative individuate dal Codice

4.1 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.

L'art. 80, comma 5, prevede tra le ipotesi esemplificative che possono giustificare l'esclusione dell'operatore economico dalla gara, le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni. La norma, non introducendo alcuna precisazione sul punto, deve essere interpretata nel senso di ricomprendere anche le carenze significative riscontrate nell'esecuzione di contratti stipulati con altre amministrazioni da cui sia possibile evincere comportamenti idonei ad intaccare l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.

Rientrano nella fattispecie le ipotesi di inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte e l'accertamento, in occasione dell'esecuzione di precedenti contratti, di *notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti* (Considerando 101 della direttiva 2014/24), 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. Rilevanza deve essere attribuita anche all'ingiustificato e grave ritardo nell'adempimento e al grave errore professionale nell'esecuzione della prestazione.

Una condizione imposta dalla norma ai fini della rilevanza del comportamento è rappresentata dal fatto che il provvedimento risolutivo non deve essere stato contestato in giudizio oppure, se contestato, deve

essere stato confermato all'esito del giudizio medesimo. La conferma in giudizio deve derivare da una sentenza passata in giudicato, ravvisandosi, nell'intenzione del legislatore, la volontà di attribuire rilevanza a situazioni definitivamente accertate, al fine di evitare la proliferazione del contenzioso. Riguardo, invece, alle «*altre sanzioni*» cui la norma fa riferimento, rientrano nella fattispecie tutti i rimedi azionabili dalla stazione appaltante in conseguenza dell'inadempimento della prestazione quali, ad esempio, la richiesta di risarcimento del danno l'escussione di cauzione o fideiussione nei casi previsti dall'art. 103 del Codice oppure l'applicazione di penali. Atteso che il comportamento rilevante deve essere grave e la carenza deve essere significativa, l'applicazione di penali deve rilevare soltanto se l'importo complessivo delle stesse superi un determinato ammontare che potrebbe essere indicato in una percentuale del valore dell'appalto, ad esempio il 10%.

Per quanto concerne l'individuazione dei mezzi di prova adeguati a dimostrare la sussistenza della causa ostativa, fermo restando l'obbligo per il concorrente di procedere all'autodichiarazione del requisito mediante compilazione del DGUE, si deve distinguere tra le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto stipulato con la stessa amministrazione che bandisce la gara, dalle ipotesi riferite all'esecuzione di contratti stipulati con altre amministrazioni. Nel primo caso, la sussistenza della causa ostativa potrà essere accertata mediante la consultazione della documentazione già esistente presso la medesima amministrazione. Con riferimento alle carenze nell'esecuzione accertate da altre stazioni appaltanti, si ritiene di poter mutuare le indicazioni fornite dall'Autorità con la determinazione n. 1/2010 prevedendo che le stesse possano risultare dall'annotazione del conseguente provvedimento di esclusione nel casellario dell'Autorità oppure essere accertate con qualsiasi mezzo di prova e, quindi, risultare anche da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale e da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o resi noti attraverso altre modalità.

Si ritiene utile, nelle linee guida, richiamare l'attenzione delle stazioni appaltanti sul fatto che, ai fini della valutazione dell'idoneità del comportamento a configurare una causa di esclusione, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, come accade per l'esercizio del potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine all'idoneità della carenza accertata a far venir meno la fiducia della stazione appaltante nell'impresa. Si rammenta che tale potere, in quanto discrezionale, è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Consiglio di Stato sez. V, 25/2/2015 n. 943).

L'esclusione dell'operatore economico per il ricorrere della fattispecie in esame deve seguire alla formale contestazione degli addebiti con le garanzie del contraddittorio e deve essere adeguatamente motivata.

4.2 Tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio

Tra i comportamenti rilevanti ai fini dell'esclusione per l'ipotesi esemplificativa in esame rientrano i comportamenti, adottati nel corso della procedura di affidamento bandita dall'amministrazione aggiudicatrice, 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. I comportamenti posti in essere nel corso di procedure di gara bandite da altre

stazioni appaltanti rileveranno se e in quanto hanno comportato l'esclusione dalla gara e risultano dal casellario informatico dell'Autorità.

Con riferimento ai tentativi subiti, rilevano, a titolo esemplificativo, il tentativo di influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'adozione di provvedimenti di esclusione oppure all'attribuzione dei punteggi, il tentativo di ottenere informazioni in ordine al nominativo degli altri concorrenti o al contenuto delle offerte da questi presentate, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza. Si tratta di azioni che, pur non possedendo tutti i presupposti necessari a configurare il reato di turbata libertà degli incanti (che rileva quale causa di esclusione autonoma ai sensi del comma 1, lett. a) dell'art. 80), sono considerate idonee a intaccare la moralità del concorrente. Al fine di acquisire rilevanza, deve trattarsi di atti idonei diretti in modo non equivoco ad influenzare il processo decisionale della stazione appaltante o ad ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio.

Con riferimento alle fattispecie che possono valere quali tentativi di condizionamento o di acquisizione di informazioni riservate, si ritiene che nella relativa individuazione debba essere assicurato il necessario contemperamento tra l'interesse a garantire l'integrità e affidabilità del concorrente e la necessità che l'esclusione dalla gara consegua all'adozione di comportamenti certi e comprovati nel loro verificarsi, che si rivelino gravi e rilevanti e, nel contempo, siano idonei, in concreto, a inficiare la fiducia della stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico. A tal fine si ritiene che l'esclusione debba conseguire soltanto nei casi in cui, alla segnalazione dei fatti da parte dei soggetti direttamente coinvolti o di soggetti che, comunque, ne abbiano conoscenza, sia seguita, da parte dell'Amministrazione, una formale denuncia alla competente autorità giudiziaria oppure, se il fatto non configura un'ipotesi di reato, sia intervenuta la formale contestazione degli addebiti con le garanzie del contraddittorio. Diversamente, si rischierebbe di attribuire una discrezionalità troppo elevata alle stazioni appaltanti con conseguente rischio di incremento del contenzioso.

Per quanto attiene all'elemento psicologico, il comportamento deve essere connotato dalla volontaria e consapevole intenzione di influenzare la formazione della volontà della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate, al fine di conseguire un indebito vantaggio correlato alla procedura di gara. Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento alla sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie contestata.

4.3 Fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

La condotta descritta comprende comportamenti tenuti nel corso dell'espletamento della procedura di gara bandita dall'amministrazione aggiudicatrice. I comportamenti tenuti in occasione di procedure di selezione svolte da altre amministrazioni rileveranno, anche in questo caso, se ed in quanto hanno comportato l'esclusione dalla gara e risultino dal casellario informatico gestito dall'Autorità. Le informazioni false ricomprese nella fattispecie in esame non devono riguardare requisiti generali o speciali di partecipazione, altrimenti si avrebbe una sovrapposizione con la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 12. Inoltre, le condotte rilevanti possono anche configurare ipotesi di reato (es. falsa

attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità o su qualità personali proprie o di altri - art. 495 c.p.; falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - art. 483 c.p.). Le informazioni fuorvianti, volte a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della gara, potrebbero, invece, avere ad oggetto anche i requisiti di partecipazione, oltre a qualsiasi altra informazione rilevante ai fini del corretto svolgimento della gara. Si ritiene che anche in questa ipotesi, a comprova della sussistenza del comportamento indebito, sia necessaria la formale segnalazione da parte del soggetto che presiede la gara, cui deve seguire, da parte della stazione appaltante, la presentazione di formale denuncia all'Autorità giudiziaria oppure, per i comportamenti che non configurano un'ipotesi di reato, la formale contestazione degli addebiti con le garanzie del contraddittorio.

Per quanto concerne la valutazione dell'elemento psicologico, la norma specifica che i comportamenti in argomento possono essere originati anche da negligenza attribuendo, quindi, rilevanza alla condotta colposa, oltre che dolosa, del concorrente. Sul punto, si ritiene di poter mutuare le previsioni contenute nell'art. 80 comma 12 e, quindi, attribuire rilevanza, anche ai fini dell'imputabilità delle false dichiarazioni rese in sede di attestazione, alla colpa grave dell'operatore economico da valutarsi in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione. Per quanto attiene la valutazione dell'intensità della colpa si ritiene che, dovendo far riferimento al concetto di colpa professionale, non si possa ricollegare la colpa grave a generici comportamenti scriteriati, abnormi o grossolanamente negligenti, dovendo invece considerare sussistente la gravità del comportamento in mancanza di quelle cautele, cure o conoscenze costituenti lo standard minimo di diligenza richiesto a quel determinato professionista. Dovrebbero, pertanto, venire in rilievo, a tal fine, la qualifica professionale del soggetto, le sue specifiche competenze e attribuzioni, la qualità dell'organizzazione aziendale, atteso che la giurisprudenza ha espressamente ritenuto che all'imprenditore operante nel settore degli appalti pubblici debba essere richiesto uno sforzo volitivo e tecnico da parametrare a obiettivi canonici sociali e professionali di condotta.

Il provvedimento di esclusione deve, quindi, essere adeguatamente motivato con riferimento alla sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie contestata.

Tra le fattispecie relative all'omissione non rientrano le ipotesi di omissione degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85. In tal caso, infatti, stante le previsioni dell'art. 83, comma 9, del Codice, l'esclusione non conseguirebbe all'accertamento dell'omissione, ma soltanto all'inutile decorso del termine assegnato dalla stazione appaltante per la sanatoria o la mancata dimostrazione del requisito. Non rientrano nel caso in esame neanche le ipotesi di omessa dichiarazione della sopravvenuta carenza di elementi o requisiti richiesti dalla *lex specialis* ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione. In tal caso, infatti, l'esclusione interverrebbe per la carenza del requisito e non per l'omissione in sé considerata. La fattispecie in esame deve riguardare, necessariamente, l'omessa informazione in ordine alla sopravvenuta impossibilità di dar seguito a quanto dichiarato in sede di offerta e accertati prima della stipula del contratto.

L'omissione viene accertata nel momento in cui la stazione appaltante assume conoscenza del verificarsi del fatto che il concorrente avrebbe dovuto comunicare. Ciò potrà avvenire in occasione della verifica dei requisiti di partecipazione ai fini dell'aggiudicazione. L'omissione, per rilevare quale autonoma causa di esclusione, deve essere imputabile all'operatore economico in termini di dolo o, quanto meno, di colpa grave. Pertanto, al concorrente deve essere offerta la possibilità di fornire giustificazioni in merito ai motivi dell'omissione con le garanzie del contraddittorio. Inoltre, il provvedimento di esclusione deve

in ogni caso essere adeguatamente motivato con riferimento alla sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie contestata.

5. I mezzi di prova adeguati e i criteri di valutazione

L'art. 85 del Codice prevede che, al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettino il documento di gara unico europeo (DGUE) che consiste in un'autodichiarazione aggiornata, da utilizzarsi come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in ordine all'assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 80 e al possesso dei requisiti speciali di partecipazione. La dichiarazione avente ad oggetto la fattispecie in esame deve riguardare tutti gli illeciti professionali definitivamente accertati imputati al concorrente e tutte le sentenze di condanna passate in giudicato, i decreti di condanna definitivi e le sentenze di applicazione della pena su richiesta emesse nei suoi confronti per reati commessi nell'esercizio dell'attività professionale, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro idoneità ad incidere sull'integrità o sull'affidabilità del concorrente.

La verifica, da parte delle stazioni appaltanti, della sussistenza della causa ostativa in esame, deve essere effettuata secondo le modalità indicate dall'art. 81 e 86 del Codice e, in particolare, mediante la consultazione del casellario informatico gestito dall'Autorità che, ai sensi dell'art. 213 comma 10 del Codice, contiene tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 81. Con riferimento agli operatori economici di altri Stati Membri, si rileva che per i gravi illeciti professionali relativi ad affidamenti assoggettati alla vigilanza dell'Autorità, le verifiche sono effettuate secondo le modalità già descritte per gli operatori nazionali; per affidamenti in altri Stati membri le verifiche avvengono secondo le indicazioni disponibili nel registro online dei certificati (e-Certis). Per gli operatori extra Unione, la sussistenza della causa ostativa è accertata mediante acquisizione di un certificato rilasciato dall'autorità competente dello stato membro o, mediante dichiarazione giurata ovvero, negli Stati membri o i paesi in cui non esiste siffatta dichiarazione, da una dichiarazione solenne resa dalla persona interessata innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato nello Stato o nel paese d'origine o nello Stato o nel paese in cui l'operatore economico è stabilito.

Inoltre, tra i «*mezzi adeguati*» che la stazione appaltante deve utilizzare per dimostrare che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi comportamenti illeciti rientrano tutti gli altri strumenti idonei ad acquisire certezza della notizia, quali, ad esempio, fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale e fatti attestati da altre stazioni appaltanti o resi noti attraverso altre modalità.

Le azioni descritte nel presente documento assumono rilevanza ai fini della configurazione della causa ostativa se poste in essere da soggetti riconducibili all'impresa o comunque che agiscono nel suo interesse. Tra questi rientrano sicuramente i soggetti individuati dal comma 3 dell'art. 80 del Codice, nonché dall'art. 5 del d.lgs. 231/2001.

Nella valutazione in ordine alla rilevanza del comportamento accertato, le stazioni appaltanti devono agire nel rispetto del principio di proporzionalità, che si realizza quando ricorrono i seguenti presupposti:

- 1) idoneità al raggiungimento dello scopo: l'esclusione deve garantire che l'appalto sia eseguito da soggetti dotati di integrità e affidabilità;
- 2) necessità: l'esclusione deve basarsi sul presupposto che non è disponibile nessun altro mezzo egualmente efficace, ma che possa incidere meno negativamente nella sfera del singolo;
- 3) proporzionalità in senso stretto: l'esclusione non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e da risultargli, perciò, intollerabile e deve risultare dal giusto contemperamento degli interessi in gioco.

La valutazione dell'idoneità del comportamento ad intaccare il rapporto fiduciario tra l'amministrazione e l'operatore economico attiene all'esercizio del potere discrezionale tecnico della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Con riferimento alla determinazione del periodo durante il quale conserva rilevanza l'illecito accertato in capo al concorrente, si ritiene che la stazione appaltante debba valutare caso per caso l'incidenza del tempo trascorso, facendo riferimento alla gravità del comportamento. Tuttavia, al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, si ritiene opportuno stabilire un tempo massimo di rilevanza sia per i reati che per gli altri illeciti professionali. Nel primo caso, si potrebbe applicare il criterio stabilito al comma 10 dell'art. 80 con riferimento alla durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione e, prevedere che la commissione del reato rileva per cinque anni, se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione oppure se non è intervenuta riabilitazione; se, invece, la pena principale è di durata inferiore, la rilevanza del reato sarà pari alla durata della pena principale. Per gli altri illeciti professionali, prendendo spunto dalle indicazioni fornite dall'art. 57, par. 7, della Direttiva 2014/24, si ritiene che il periodo di esclusione non possa superare i tre anni dalla commissione dei fatti.

Il requisito della gravità deve essere valutato, non avendo riferimento al comportamento in sé considerato, bensì all'idoneità dell'azione ad incidere sulla corretta effettuazione della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrarre con l'operatore economico interessato.

L'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio in cui il concorrente potrà far valere le proprie ragioni nel rispetto del principio della partecipazione e deve essere adeguatamente motivata sia in ordine alla sussistenza dei presupposti che in ordine alla gravità dei comportamenti considerati. In particolare, l'operatore economico, ai sensi del comma 7 del medesimo articolo, 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. ai sensi del comma 7 del medesimo articolo. Al riguardo potrebbe essere considerato idoneo un impegno assunto formalmente per iscritto oppure la corresponsione di un risarcimento parziale a titolo di acconto sul maggior danno provocato.

Possono essere considerati provvedimenti idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti quelli volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative, oppure a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere

organizzativo, strutturale e/o strumentale. Le misure adottate devono essere sufficienti a dimostrare l'affidabilità dell'operatore economico nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

L'operatore economico, al fine di evitare l'operatività della causa ostativa, può sempre dimostrare, nell'ambito del procedimento di accertamento avviato alla stazione appaltante, di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; di aver affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; che le persone hanno commesso il reato agendo esclusivamente nel loro interesse oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.