

Prot. n.109/18

All' **Autorità Nazionale Anticorruzione**

Via M. Minghetti, 10 - 00187 Roma

Alla cortese attenzione dei Preg.mi:

Presidente Dott. Raffaele Cantone

Cons. Michele Corradino

Prof.ssa Ida Angela Nicotra

Prof. Francesco Merloni

Prof.ssa Nicoletta Parisi

**e p.c.**

**Alla Cabina di Regia di cui all'art. 212 del Codice degli appalti**

Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Piazza Colonna, 370

00187 Roma

**Oggetto:** istanza di revisione ai sensi dell'art. 213, comma 2, D.lgs. 50/2016 delle Linee Guida n. 6 recanti *“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”*

Egregio Presidente, Egregi Consiglieri,

la scrivente Associazione Nazionale Cooperative di Produzione, Lavoro e Servizi (in sigla “Legacoop Produzione e Servizi”) riunisce operatori economici (imprese, professionisti, cooperative di lavoratori, consorzi ed altri enti a partecipazione cooperativa) che svolgono la loro attività nei settori delle costruzioni, dell'impiantistica, dei servizi di progettazione e ingegneria, dei beni culturali e dei servizi alle pubbliche amministrazioni e alle imprese.

Sulla base delle prime esperienze maturate dagli associati, Legacoop Produzione e Servizi intende segnalare a codesta Spett.le Autorità Nazionale Anticorruzione e, per conoscenza, alla Cabina di Regia del nuovo Codice dei contratti pubblici alcune significative criticità emerse nell'applicazione delle Linee Guida n. 6 recanti

**Sede Nazionale**

Via G.A. Guattani, 9 - 00161 Roma  
Tel. 06 84439300/521  
segreteria@produzione-servizi.coop

**Uffici di Bologna**

Viale Aldo Moro, 16 - 40127 Bologna  
Tel. 051 509751  
segreteria.bologna@produzione-servizi.coop

*“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, letto. c) del Codice”, approvate con deliberazione n. 1293 del 16 novembre 2016 e aggiornate con delibera del Consiglio n. 1008 dell’11 ottobre 2017.*

Ad avviso di chi scrive, tali criticità rendono opportuna e auspicabile un’anticipazione della verifica degli obiettivi sottesi alle Linee Guida in esame, da effettuarsi attraverso lo strumento della **Verifica di Impatto della Regolazione (di seguito VIR)** di cui al DPCM 15 settembre 2017, n. 169 e al Regolamento ANAC del 27 novembre 2013.

Come noto, l’applicabilità degli strumenti di controllo della qualità della regolazione (consultazione pubblica, AIR e VIR) anche agli atti di regolazione flessibile dell’ANAC, tra cui le linee guida, è stata espressamente prevista dall’art. 213, comma 2, D.lgs. 50/2016, ed è stata ampiamente valorizzata in sede di parere consultivo del Consiglio di Stato reso sulle prime linee guida (parere n. 1767 del 2.08.2016). In quella sede, la Commissione speciale ha insistito *“sulla necessità di guardare oltre l’atto normativo, poiché il buon esito di una riforma amministrativa è strettamente condizionato dalla relativa fase attuativa, che, nella specie, rappresenta un necessario elemento di completamento”*. In particolare, il Consiglio di Stato ha richiamato la necessità della VIR *“ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione. Anche su tale profilo, si invita l’ANAC a compiere uno sforzo per una effettiva attuazione di tale strumento, anch’esso necessario a compensare il cd. “Gap democratico” e a integrare il principio di legittimità procedimentale”*.

Recependo il disposto dell’art. 213, comma 2, del Codice e le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato, le Linee Guida fino ad oggi approvate sono state previamente poste in consultazione pubblica e sono state accompagnate dalla relazione AIR. In particolare, nella relazione AIR delle Linee guida n. 6, l’Autorità ha fissato gli obiettivi dell’intervento regolatorio previsto dall’art. 80, comma 13, nel *“garantire l’adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e certezza per gli operatori economici. L’obiettivo perseguito è rappresentato dal conseguimento di benefici concreti in termini di riduzione dei tempi e dei costi di espletamento delle gare e di riduzione del contenzioso sulle cause di esclusione”*. In merito al controllo sull’efficacia di tali disposizioni, la relazione ha inoltre stabilito che *“le valutazioni in ordine all’effettivo perseguimento degli obiettivi attesi verrà effettuata in sede di VIR, prevista a un anno dall’entrata in vigore delle linee Guida, presumibilmente attraverso la somministrazione a un campione di Responsabili del Procedimento delle stazioni appaltanti di un apposito questionario che consentirà di valutare in concreto l’utilità delle indicazioni fornite, individuando possibili spazi di miglioramento”*. In effetti, l’obiettivo della VIR, secondo l’art. 2 del DPCM 169/2017, è proprio quello di *“fornire, attraverso un percorso trasparente di valutazione, un supporto informativo, basato sull’evidenza empirica, in merito alla perdurante utilità, all’efficacia e all’efficienza di norme vigenti di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, al fine di confermare o correggere le politiche adottate, proponendo interventi di integrazione, modifica o abrogazione”*.

Rispetto al termine di un anno dall'entrata in vigore delle Linee Guida n. 6, si rappresenterà nel prosieguo l'opportunità di **avviare il procedimento di VIR già a distanza di un semestre dall'entrata in vigore** delle stesse, stante la loro particolare rilevanza ed innovatività. In effetti, le Linee Guida in esame ineriscono strettamente alla fase di scelta del contraente e alle regole di accesso al mercato degli operatori economici, la cui corretta disciplina è decisiva per l'attuazione delle finalità pubblicistiche a cui è protesa l'individuazione del "miglior" contraente. L'accesso al mercato dipende, infatti, primariamente dall'operato delle stazioni appaltanti, alle quali è rimessa la verifica del controllo dei requisiti di cui all'art. 80 D.lgs. 50/2016.

Rispetto al precedente art. 38, comma 1, lett. f) del D.lgs. 163/2006, l'art. 80 comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, ha ampliato la nozione di grave illecito professionale, la quale, secondo le indicazioni fornite dal parere reso dal Consiglio di Stato, 3 novembre 2016, n. 2286, *"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. Stato, Sez. V, 21.07.2015, n. 3595), ma anche in fase di gara"*.

Si tratta di una nozione che è stata definita a *"fattispecie aperta"* (TAR Lazio Roma, Sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119), ovvero un tipico *"concetto giuridico indeterminato"* (in questo senso si è espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 2042/2017 reso sulla bozza di Linee Guida aggiornata al correttivo), in quanto il legislatore non ha tipizzato le ipotesi di esclusione facoltativa, ma ha rimesso l'individuazione del fatto produttivo di effetti giuridici alla valutazione discrezionale dell'interprete (la stazione appaltante). L'utilizzo di tale tecnica legislativa, tuttavia, se da un lato consente maggiore flessibilità, dall'altro espone all'intrinseco pericolo di un cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa, mancando il parametro legislativo che definisca *ex ante* i limiti all'esercizio del potere. È evidente che in un sistema quale quello attuale, in cui ancora il numero delle stazioni appaltanti è elevato, nonostante gli obiettivi del Codice di riduzione delle stesse, il rischio di un'applicazione disomogenea dell'art. 80, comma 5, lett. c), è elevato, con conseguente pregiudizio per gli operatori economici che ingiustamente possono subire gli effetti di un'applicazione schizofrenica della norma da parte delle stazioni appaltanti.

Non si può, poi, negare che l'attività di accertamento che deve essere svolta dalle stazioni appaltanti sia particolarmente complessa, in quanto alle stesse è richiesto di effettuare valutazioni che ordinariamente spetterebbero al giudice o al legislatore. L'eventuale decisione errorea della stazione appaltante pregiudica irreparabilmente l'operatore e può comportare una responsabilità della stessa amministrazione, come espressamente previsto dal considerando 101 della direttiva 2014/24/UE, ove si prevede che *"l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione errorea"*.

Di fronte al quadro appena descritto, è evidente che le indicazioni rese dall'Autorità nelle Linee Guida costituiscano uno strumento di chiusura e garanzia del sistema, in quanto le stesse consentono di tutelare sia le amministrazioni aggiudicatrici, alle quali devono essere fornite indicazioni sufficientemente dettagliate per un uso proporzionato e ragionevole delle ipotesi di esclusione facoltativa, sia gli operatori economici. Si ritiene, ad avviso della scrivente Legacoop Produzione e Servizi, che le indicazioni fornite dall'Autorità, pur non potendo tipizzare in tassativo ed esaustivo la fattispecie del grave illecito professionale, potrebbero tuttavia realizzare gli obiettivi prefissati ove fornissero, per un verso, regole sufficientemente precise agli operatori e alle amministrazioni e, per

altro verso, evitassero di estendere eccessivamente il novero delle condotte che possono integrare un mezzo di prova del grave illecito professionale. Una latitudine troppo estesa della nozione di “grave illecito professionale”, infatti, potrebbe condurre le stazioni appaltanti ad un uso sproporzionato ed illogico delle cause di esclusione facoltativa, in danno al principio di libera concorrenza e massima partecipazione. Inoltre, l’ampliamento delle condotte che possono essere sintomatiche del grave illecito professionale sembrerebbe porsi in contrasto con i livelli minimi di regolazione richiesti dalle direttive europee, in violazione dal divieto di *gold plating*.

Alla luce di tali osservazioni, nonché delle più precise criticità che si esporranno in riferimento ai singoli mezzi di prova elencati nelle Linee Guida attualmente vigenti, si suggerisce l’opportunità di avviare fin da subito il procedimento di VIR, al fine di esaminare l’efficacia delle indicazioni fornite dell’Autorità. Stante la portata generale degli effetti delle Linee Guida sulle procedure di gara e soprattutto sulla selezione degli offerenti, appare altresì opportuno che l’Autorità coinvolga in questo processo tutti gli operatori del settore e non solo i RUP delle stazioni appaltanti, come inizialmente prospettato in sede di AIR. Ciò anche in considerazione del fatto che la VIR è innanzitutto uno strumento di partecipazione pubblica, che mira a valorizzare l’esperienza applicativa delle disposizioni e l’effettività degli obiettivi raggiunti da parte di tutti i soggetti interessati.

Sul piano metodologico, con la presente istanza si esporranno per un verso gli elementi di maggiore criticità riscontrati nell’applicazione in concreto delle Linee guida da parte degli operatori associati alla scrivente Legacoop e per altro verso si formuleranno delle proposte che, ad avviso di chi scrive, potranno essere di ausilio per l’individuazione di possibili spazi di miglioramento del testo delle Linee Guida, onde pervenire ad una revisione delle stesse all’esito del procedimento di VIR.

\*\*\*

***I. Sulla rilevanza assegnata ai “provvedimenti esecutivi” quali mezzi di prova dell’illecito professionale ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c).***

### **Criticità**

Entrando nel merito delle principali criticità delle Linee Guida n. 6, appare opportuno muovere da una delle previsioni che, ad avviso di chi scrive, rischia di estendere maggiormente la latitudine applicativa della nozione di grave illecito professionale, a discapito della certezza del diritto e del legittimo affidamento degli operatori a non essere esclusi dalle procedure di evidenza pubblica per fatti che non siano effettivamente idonei a dimostrarne l’inaffidabilità.

Il paragrafo 2.1. delle Linee Guida, nel definire quali cause di esclusione rilevano ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), individua “*gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo*”, “*a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell’illecito*”. Si tratta di una previsione non presente nella prima versione delle Linee Guida, approvata con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, ed inserita a seguito della revisione del documento successiva all’entrata in vigore del D.lgs. 56/2017.

Ad avviso della scrivente Legacoop Produzione e Servizi, l’accertamento di un illecito civile, penale o amministrativo attraverso un provvedimento meramente esecutivo e non ancora definitivo non può considerarsi effettivamente sintomatico di un grave illecito professionale, in quanto la situazione che verrebbe valutata da parte

dell'ente appaltatore sarebbe suscettibile di modifica all'esito dell'accertamento giudiziale e quindi andrebbe a fotografare un momento della vita dell'impresa che non può considerarsi ancora indicativo di una condotta antiprofessionale. Occorre, infatti, ricordare che nella nozione di **provvedimenti esecutivi** di illeciti professionali gravi sono da ricomprendersi tutte le pronunce giurisdizionali non ancora passate in giudicato, con le quali sia stato accertato un illecito civile, amministrativo o penale, i provvedimenti amministrativi immediatamente esecutivi, perché ad esempio non ancora contestati in sede giudiziaria. Le imprese rischiano, quindi, di essere escluse dalle gare senza che sia stata accertata l'effettiva colpevolezza per il fatto contestato, con conseguente grave compressione dei principi costituzionali di cui all'art. 24 e 27 Cost., nonché dei principi di rilievo europeo della libera concorrenza, massima partecipazione e *par condicio*. L'attribuzione di carattere probatorio del grave illecito professionale a condotte non ancora definitivamente accertate rischia di sovvertire, ad avviso di chi scrive, il principio di "presunzione di innocenza" in una sorta di "presunzione di colpevolezza", in danno alla certezza delle regole. Inoltre, l'individuazione di fattispecie che possono condurre all'esclusione dell'offerente dalle procedure di gara ha una portata gravemente afflittiva, sicché può configurare l'ampia qualifica di "pena" ai sensi degli artt. 6 e 7 CEDU. Ciò in quanto la Corte EDU ha riconosciuto che la nozione di pena si può estendere a tutti i provvedimenti che presentino "*un significativo grado di stigma*" (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 novembre 2016, caso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*) e non solo a quelli di rilievo penalistico. La natura *latu senso* sanzionatoria e gravemente afflittiva dei provvedimenti di esclusione da una procedura di gara rende quindi gli stessi assoggettati ai principi generali declinati dalla Corte EDU in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, con l'effetto che il provvedimento sanzionatorio (l'esclusione per grave illecito professionale) deve essere adottato nel rispetto dei principi generali di riserva di legge, di determinatezza e tassatività, nonché di irretroattività elaborati dalla Corte.

Occorre poi considerare che ove si riconduca il grave illecito a fattispecie non ancora definitivamente accertate, ancor più alto è il rischio per le amministrazioni aggiudicatrici di pervenire a decisioni erranee, essendo le stesse in questo caso chiamate a svolgere una vera e propria attività "paragiurisdizionale" di sostituzione al giudice nell'accertamento della verifica della colpevolezza dell'offerente che evidentemente fuoriesce dai compiti spettanti all'amministrazione. La decisione erronea, peraltro, come già rilevato nella parte introduttiva, può determinare, una responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti degli operatori, come riportato dal considerando 101 della direttiva 2014/24/UE. Secondo la direttiva, infatti, il diritto nazionale può consentire che la stazione appaltante tragga elementi di prova anche prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, ma in questi casi "*l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea*". Si tratta di un profilo che, secondo l'opinione dello scrivente, dovrebbe comunque essere ampiamente valorizzato nelle Linee Guida, al fine di rendere le amministrazioni edotte dei rischi di un uso sproporzionato delle ipotesi di esclusione facoltativa dalle gare.

Peraltro, va evidenziato che in altri paesi europei, come ad esempio la Germania, si è scelto di individuare il grave illecito professionale solo nelle sentenze definitive di condanna, stante l'elevato grado di incertezza

nell'attribuzione di carattere sintomatico dell'inaffidabilità dell'offerente a situazioni ancora non definitivamente accertate (come ad esempio in Germania, vedi art. 123 e 124 del “*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*”).

Infine, occorre rappresentare che il riferimento ai provvedimenti meramente esecutivi di accertamento sembrerebbe porsi in contrasto con la previsione di cui all'art. 83, comma 10, D.lgs. 50/2016 che lega all'accertamento definitivo del fatto la decorrenza del termine per l'interdizione dalle gare, affermando di conseguenza la necessità che i fatti escludenti abbiano carattere definitivo.

## **Proposta**

Alla luce di tutto quanto esposto, si suggerisce a codesta Autorità di eliminare il riferimento ai “*provvedimenti esecutivi*”, sostituendolo con quello delle “*pronunce definitive di condanna passate in giudicato*” “*a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito*”.

In via subordinata, si ritiene che debba essere almeno escluso il richiamo agli illeciti di natura civile o amministrativa, che appare evidentemente troppo afflittivo per le imprese, a discapito del principio di proporzionalità, ragionevolezza e logicità, non essendo idoneo a fornire la prova di un effettivo disvalore professionale dell'operatore economico, che configuri il presupposto per l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c). D'altra parte, sia per quanto riguarda gli illeciti in sede civile (quali ad esempio il risarcimento del danno derivante dall'inesatta esecuzione contrattuale o dall'inadempimento) che per i provvedimenti amministrativi (ad esempio il provvedimento di esclusione da altra procedura di evidenza pubblica) le Linee Guida già individuano le possibili fattispecie che rilevano quali indici del grave illecito professionale, con la conseguenza che quella in esame rischia di essere una ripetizione dai contorni malcerti di fattispecie meglio individuate in altri punti dell'atto normativo.

## ***II. Sulla rilevanza attribuita alle “condanne non definitive” per tutte le ipotesi di reato di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del punto 2.2. delle Linee guida.***

### **Criticità**

Il punto 2.2. prevede che “*rilevano le condanne non definitive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo*”. Nel rinviare per tutte le considerazioni che attengono alla non definitività dell'accertamento a quanto già riportato nel paragrafo I di cui sopra, valide anche rispetto a questa previsione, sussiste un ulteriore profilo di criticità, ravvisato dagli operatori economici associati alla Legacoop Produzione e Servizi.

La disposizione in esame elenca una pluralità di reati che non rientrano tra le ipotesi per le quali l'art. 80, comma 1, prevede una causa di esclusione automatica. Si tratta, anche in questo caso, di una previsione particolarmente afflittiva per le imprese, in quanto è evidente che le amministrazioni aggiudicatrici, di fronte ai reati elencati nel paragrafo 2.2. delle Linee Guida, procederanno con ogni probabilità ad un'esclusione automatica dell'operatore, senza una previa valutazione dell'effettiva gravità della condotta.

Esemplificando, non si può fare a meno dal rappresentare l'ampiezza del riferimento a "tutti" i reati previsti dal D.lgs. 231/2001, nel quale sono ricomprese fattispecie non attinenti con il grave illecito professionale, quali ad esempio i maltrattamenti in famiglia. Inoltre molte altre fattispecie di reato elencato nel D.lgs. 231/2001 sono già ricomprese nell'elenco delle altre ipotesi delittuose prese in considerazione, quali ad esempio i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio o i reati ambientali, con conseguente irrilevanza del generico richiamato a tutti i reati di cui al D.lgs. 231/2001.

Nel parere n. 1503/2017, il Consiglio di Stato aveva affrontato sotto un'altra prospettiva la possibilità di assumere come mezzo di prova del grave illecito professionale la condanna non definitiva resa in sede penale e si era fatto promotore di una specifica disposizione, poi effettivamente inserita nella versione da ultimo promulgata delle Linee Guida, ai sensi della quale aveva proposto che rilevassero ai fini della valutazione rimessa alla stazione appaltante "*taluno dei reati degli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356, fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del Codice*". La ratio è evidentemente un'altra, poiché i reati elencati dall'art. 80, comma 1, sono stati ritenuti già dal legislatore indicativi di una condotta antiprofessionale e quindi il riferimento a tali fattispecie, anche ove sia intervenuta una condanna ancora non definitiva, può trovare una giustificazione sul piano normativo, anche rispetto a questa previsione sarebbe opportuno chiarire nelle Linee Guida la necessità di evitare qualsiasi automatismo da parte delle stazioni appaltanti nell'escludere l'operatore che versi in tale situazione, dovendo le stesse effettuare sempre una valutazione scrupolosa dei presupposti di inaffidabilità e motivare l'eventuale provvedimento di esclusione in modo rigoroso, per scongiurare i pericoli di genericità o indeterminatezza della valutazione.

## **Proposta**

Si propone di eliminare il paragrafo 2.2., ivi compresa la previsione di cui all'ultimo punto relativa ai reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p..

In via subordinata si propone di eliminare il riferimento ai reati di cui alle lett. da a) ad e).

In via ulteriormente subordinata, si propone di eliminare la lett. e) (i reati di cui al D.lgs. 231/2001), o di restringere il campo di applicazione del D.lgs. 231/2001 ai soli reati che attengono al grave illecito professionale.

### ***III.1 Sulle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto: in particolare sulla mera esecutività della risoluzione anticipata del contratto e dell'applicazione delle penali quali elementi sintomatici del grave illecito professionale***

#### **Criticità**

**III.1.1.** Al punto 2.2.1. le Linee Guida specificano quali sono le "*significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto*" che possono integrare la fattispecie richiamata dall'art. 80, comma 5, lett. c).

Tra i fatti ritenuti indicativi di un grave illecito professionale, le Linee Guida comprendono anche i "*comportamenti gravi e significativi nell'esecuzione di precedenti contratti anche stipulati con altre amministrazioni che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente*": "a) la risoluzione anticipata

*non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio"; b) la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni quali l'applicazione delle penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina".*

Si prende atto che anche nelle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto si è scelto, nell'ultima versione delle Linee Guida approvata a seguito del correttivo, di trarre elementi indiziari del grave illecito professionale dai "provvedimenti esecutivi". Si richiamano quindi integralmente le osservazioni di cui sopra, in merito alla problematica identificazione del grave illecito professionale in fatti non ancora definitivamente accertati, stante l'eccessiva afflittività di tale mezzo di prova e la contrarietà dello stesso rispetto al principio di non colpevolezza fino alla definitività della pronuncia passata in giudicato nonché al diritto di difesa giurisdizionale.

La necessità di un accertamento definitivo della risoluzione contrattuale è stata ad esempio rilevata dal TAR Milano, Sez. IV, sentenza 3 febbraio 2018, n. 323, con la quale il TAR ha rilevato che *"non sussistono i presupposti per l'esclusione di una ditta dalla gara, ex art. 80, comma 5, lett. c) e comma 6, d.lgs. 50/2016, nel caso in cui sia stata disposta la risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, ove tale risoluzione non abbia carattere di definitività"*.

**III.1.2** Vi sono tuttavia alcuni ulteriori profili di criticità che meritano di essere segnalati rispetto all'esemplificazione proposto da codesta Autorità.

In primo luogo, tra i comportamenti ritenuti significativi di carenze nell'esecuzione contrattuale si fa riferimento alla lett. b) anche *"alla condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione delle sanzioni o l'escussione delle garanzie"*.

Per quanto riguarda la condanna al risarcimento del danno si suggerisce l'opportunità anche in questo caso di legare l'accertamento del mezzo di prova alla condanna *"definitiva"* al risarcimento del danno, in modo da attribuire valore probatorio solo a situazioni definitivamente accertate.

**Appare altresì eccessivamente afflittivo e non sufficientemente determinato il riferimento all'applicazione delle penali**, come fatto al quale si attribuisce un disvalore tale da condurre ad una causa di esclusione facoltativa da una gara.

Il riferimento alle penali contenuto nel paragrafo 2.2.1.1. va letto congiuntamente alla previsione di cui al paragrafo IV, punto 4.1., ove sono elencati dei fatti che le stazioni appaltanti devono comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informativo di cui all'art. 213, comma 10. Tra questi mezzi di prova si fa riferimento alla lett. c) ai *"provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto"*.

La previsione di cui al punto 2.2.1.1. e quella di cui al punto 4.1. danno luogo ad un sistema di ipotesi escludenti particolarmente penalizzante per le imprese, che rischiano di essere escluse per fatti di portata evidentemente minima e non indicativi di un'effettiva incapacità nell'esecuzione di un precedente contratto da parte dell'impresa. La sproporzione emerge sotto due punti di vista: in primo luogo il riferimento alle penali non può dirsi effettivamente sintomatico di un grave illecito professionale, in considerazione del fatto che l'erogazione di una

penale non impedisce la prosecuzione contrattuale; in secondo luogo appare palesemente abnorme il riferimento alla soglia dell'1% dell'importo contrattuale, calcolato non solo singolarmente ma anche come somma di penali di importo inferiore che possono essere applicate nel medesimo contratto. Si consideri, esemplificando, che nell'ambito di un contratto del valore di €1.000.000,00, sarebbe sufficiente l'erogazione di penali, anche cumulativamente considerate, pari a € 1.000 per determinare l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC e configurare un mezzo di prova adeguato a comprovare un "grave illecito professionale". Si tratta di un mezzo di prova che contrasta evidentemente con quell'indicazione fornita nel considerando 101 della direttiva 2014/724/UE secondo la quale le stazioni appaltanti "*dovrebbero poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza **notevoli mancanze** per quanto riguarda obblighi sostanziali*", mentre "*lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali*".

### **Proposta**

Si propone di espungere dal punto 2.2.1.1. lett a) il riferimento alla lett. a) ai "*provvedimenti esecutivi*", sostituendolo con quello dei "*provvedimenti definitivi accertati con sentenza passata in giudicato all'esito di un giudizio*". In secondo luogo si propone di inserire nella lett. b) l'inciso alla "*condanna definitiva al risarcimento del danno*", nonché di eliminare del tutto il riferimento alle penali.

Tale previsione va analogamente eliminata dal paragrafo 4.1. lett. c).

In via subordinata si propone di modificare la soglia in presenza della quale la penale rileva come fatto sintomatico della carenza nell'esecuzione di un precedente contratto e va quindi comunicata da parte della stazione appaltante ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC. A tal proposito si propone di legare la penale alla soglia del 10% dell'importo contrattuale, oppure in via subordinata ad un importo progressivo in base al fatturato globale dell'impresa.

### **III.2. Sulle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto: in particolare "l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte", "l'adozione di comportamenti scorretti" e "il ritardo nell'adempimento"**

**III.2.1.** Proseguendo nell'esame delle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, al punto 2.2.1.3. si attribuisce rilevanza ad una pluralità di situazioni, individuate a titolo meramente esemplificativo.

Alcune delle ipotesi, ad avviso di chi scrive, presentano un elevato grado di astrattezza e genericità, che rende difficile l'accertamento in concreto da parte della stazione appaltante ed espone, conseguentemente, l'operatore economico al rischio di esclusione dalle gare per fatti non sintomatici di una notevole mancanza.

Tra tali ipotesi ritenute significative si segnala in particolare:

- al numero 1) "*l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte*". Rispetto a tale situazione, la genericità della previsione deriva dall'assenza di un'effettiva contestazione di addebito da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, attraverso la quale l'inadempimento sia stato contestato e accertato. Se

l'inadempimento è significativo, infatti, lo stesso diventa causa di risoluzione contrattuale e di risarcimento del danno, che rappresentano ipotesi in cui la causa di esclusione appare delineata con maggiore precisione e dunque coerente con il concetto di "notevole mancanza" al quale viene attribuito rilievo dalla direttiva.

Al contrario, il mero "inadempimento" di una o più obbligazioni contrattuali, che non sia sfociato in una condanna al risarcimento del danno, rischia di trasformarsi in un mezzo di prova dai contorni generici, che potrebbe condurre le stazioni appaltanti ad un uso sproporzionato dei poteri sanzionatori, con conseguente lesione del legittimo affidamento dell'operatore e della certezza delle regole di partecipazione alle gare.

In tal senso si è espresso il TAR Napoli, Sez. III, con sentenze 3.05.2017, n. 2358 e 5.01.2018, n. 89, con le quali ha annullato il provvedimento escludente comminato da una stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), il quale era stato motivato da un inadempimento del concorrente, avvenuto in un settore del tutto differente rispetto a quello relativo alla gara e non sfociato in una condanna al risarcimento del danno. Nel caso di specie, infatti, le parti avevano concluso una transazione, con reciproca rinuncia alle pretese. Conseguentemente il TAR Napoli aveva escluso che potesse rilevare in sé l'inadempimento, l'obbligo risarcitorio o l'erogazione delle penali, riconoscendo che tali fattispecie non potevano dirsi idonee nel caso di specie a dimostrare l'esistenza del grave illecito professionale.

Inoltre, l'inadempimento di obbligazioni contrattualmente assunte anche con altre amministrazioni onererebbe la stazione appaltante che deve verificare il grave illecito professionale di un'attività valutativa evidentemente complessa e al di fuori degli strumenti di cui dispongono le stazioni appaltanti.

- al numero 3) si richiama "*l'adozione di comportamenti scorretti*": anche in questo caso la previsione potrebbe facilmente essere interpretata in modo troppo estensivo, in quanto il comportamento scorretto appare una fattispecie dai contorni troppo sfumati. La violazione del principio di correttezza nell'esecuzione contrattuale, quando effettivamente significativa, conduce infatti al risarcimento del danno, in quanto essa genera una responsabilità contrattuale. Anche tale fattispecie appare quindi meglio definita in altri punti del documento normativo dell'Autorità.

- al numero 4), poi, si fa genericamente riferimento al "*ritardo nell'adempimento*". Anche in questo caso corre l'obbligo di segnalare che il ritardo nell'adempimento non rileva autonomamente, ma solo come causa di risoluzione contrattuale o di risarcimento del danno. L'appaltatore, infatti, può porre rimedio al ritardo nell'adempimento nel corso dell'esecuzione, senza che tale situazione determini conseguenze irreversibili. L'attribuzione di rilievo a tale circostanza sarebbe quindi riferibile a un momento dell'esecuzione contrattuale non definitivamente accertato e non indicativo di una carenza significativa da parte dell'appaltatore.

Ad avviso di chi scrive, pertanto tutti gli esempi innanzi indicati non possono considerarsi idonei a dimostrare una significativa carenza nell'esecuzione contrattuale, in quanto attribuiscono rilevanza a situazioni dai contorni troppo indefiniti, con elevato rischio di un'applicazione disomogenea e arbitraria delle fattispecie di cui innanzi da parte delle stazioni appaltanti.

## Proposta

Eliminare dal punto 2.2.1.3 i punti 1, 3

### ***IV. Sulle altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore economico: in particolare sull'illecito Antitrust***

#### **Criticità**

**IV.1.** Il paragrafo 2.2.3.1. delle Linee Guida individua altre situazioni dalle quali è possibile trarre indizi circa l'assenza di integrità o affidabilità dell'operatore economico. In particolare al n. 1 si richiamano *“i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”*.

La previsione presenta molteplici profili di criticità, che sono stati di recente evidenziati anche dalla stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere AS1474 del 13.02.2018, reso sulle Linee Guida n. 6. In tale parere l'AGCM ha espressamente dichiarato di voler formulare alcune osservazioni *“nell'ottica di contribuire a creare un contesto di maggiore certezza giuridica per le imprese che partecipano agli appalti pubblici”*. In particolare la stessa, pur ritenendo apprezzabile la scelta di attribuire valore probatorio del grave illecito professionale agli illeciti antitrust, ha tuttavia censurato il riferimento ai provvedimenti meramente *“esecutivi”* dell'Autorità, in luogo di quelli di *“condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato”*, ai quali si faceva riferimento nella precedente versione delle Linee Guida. In particolare l'Autorità ha rinvenuto in tale passaggio la possibile violazione dell'art. 80, comma 10, D.lgs. 50/2016 che fissa la durata della causa di esclusione in tre anni dalla data del suo accertamento definitivo e che quindi presuppone l'intervento di una pronuncia passata in giudicato.

Come già innanzi rappresentato, individuare le situazioni suscettibili di integrare un illecito professionale nei provvedimenti meramente esecutivi ed ancora suscettibili di contestazione giudiziale espone l'operatore economico al rischio di essere escluso dalla procedura di gara, benché il fatto ritenuto indicativo della presunta inaffidabilità non sia ancora stato definitivamente accertato. L'AGCM ha quindi proposto di individuare la data dell'accertamento definitivo in quello *“dell'intervenuta inoppugnabilità dell'accertamento da parte dell'Autorità (nell'ipotesi di provvedimenti non impugnati) oppure nella pronuncia definitiva del giudice amministrativo in caso di impugnazione”*.

Diversamente da quanto proposto dall'Autorità, si rileva, tuttavia, che la conformità all'art. 80, comma 10, sarebbe comunque disattesa ove si precludesse l'azionabilità di un grado di giudizio, quale il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. In effetti, solo con il giudicato formale può dirsi definitivamente accertata la condotta qualificabile come grave illecito professionale e quindi è a tale elemento che deve essere ancorata la valutazione del grave illecito professionale rimessa alla stazione appaltante.

**IV.1.2.** Occorre inoltre evidenziare che un ulteriore profilo di criticità può essere individuato nel fatto che **le Linee Guida non definiscono la valenza temporale della previsione in esame e in particolare nulla prevedono**

**quanto all'irretroattività della stessa.** Ad avviso di chi scrive sarebbe invece necessario chiarire tale profilo, in quanto in assenza di un'esplicita delimitazione temporale dell'illecito antitrust quale possibile mezzo di prova del grave illecito professionale, potrebbe con facilità assistersi ad un'applicazione disomogenea della fattispecie escludente da parte delle stazioni appaltanti, con grave pregiudizio per la certezza delle regole. L'interpretazione estensiva e retroattiva della disposizione, ove fosse accolta dalle stazioni appaltanti, si porrebbe in palese contrasto con i principi costituzionali di determinatezza, tassatività e irretroattività che devono accompagnare ogni provvedimento che abbia carattere latamente sanzionatorio. Come già innanzi rilevato, infatti, l'esclusione dalla gara è un provvedimento gravemente afflittivo per l'operatore economico, che configura quindi quella nozione di "pena" che giustifica la soggezione di tale provvedimento ai principi generali elaborati dalla Corte EDU in merito agli artt. 6 e 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tali principi sono in larga parte quelli già ricavabili dall'art. 27 Cost., nonché dagli artt. 1 e 3 della l. 689/1981 per come interpretati dalla giurisprudenza costituzionale, penale, civile e amministrativa, in base ai quali è fatto divieto di estensione del perimetro applicativo delle disposizioni aventi portata afflittiva per via ermeneutica o analogica, nonché il divieto assoluto di retroattività della norma in *malam partem* (in tal senso si veda Corte Cost., 4.06.2010, n. 196; Cons. Stato, Sez. V, 26.09.2013, n. 4752; TAR Lazio Roma, Sez. III-ter, 21.01.2013, n. 682; Cons. Stato, Sez. VI, 20.10.2014, n. 516).

Il principio di irretroattività in *malam partem* è d'altra parte un corollario dei principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento, così come riconosciuto dalla Corte EDU secondo la quale l'art. 7 (della CEDU) non si limita a proibire la retroattività in *malam partem*, ma consacra il più generale principio di legalità penale, proibendo altresì l'applicazione in via estensiva o analogica di una disposizione incriminatrice a fatti anteriormente non punibili. In particolare, nella sentenza del 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, la Corte ha chiarito che *"la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti"* (*Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et décisions 1996 V, e Kafkaris, § 140*)" (Corte Europea dei diritti dell'Uomo, IV Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*). È dunque evidente che anche le indicazioni fornite dall'Autorità, essendo idonee a definire il presupposto applicativo di un provvedimento afflittivo, devono soggiacere al principio di irretroattività.

Tale irretroattività merita d'altra parte di essere espressamente chiarita in considerazione del fatto che l'attribuzione di rilievo all'illecito antitrust costituisce un'assoluta novità, sia rispetto alla nozione di grave illecito professionale delineata dall'art. 38, comma 1, lett. f), sia rispetto a quella dall'art. 80, comma 5, lett. f), che tra le ipotesi esemplificative del grave illecito professionale non ha inserito l'illecito antitrust. Il carattere fortemente innovativo della previsione è stato chiarito dalla giurisprudenza che, nel rilevare la nozione di fattispecie aperta dell'art. 80, comma 5, lett. c), ha ricordato come l'illecito antitrust non trovasse spazio nell'applicazione del precedente Codice, in assenza di una base normativa.

**IV.2.** Da ultimo, richiamando il parere consultivo dell'AGCM in merito ai possibili elementi di criticità da ravvisarsi nelle Linee Guida, si segnala che secondo la stessa Autorità non potrebbe considerarsi indicativo del grave illecito professionale l'adozione di "*pratiche commerciali scorrette*" non solo perché ipotesi non riconducibile alla contrattualistica pubblica, come invece richiesto dalla norma, ma anche perché legata a condotte poste in essere nell'ambito di rapporti di consumo, ovvero ai rapporti tra imprese, aventi una rilevanza solo privatistica.

### **Proposta**

Si suggerisce di sostituire il riferimento ai "*provvedimenti esecutivi*" dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con quello ai "*provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato*" e di eliminare il riferimento alle "*pratiche commerciali scorrette*".

Si suggerisce altresì di precisare che i provvedimenti di condanna devono essere intervenuti rispetto ad illeciti antitrust verificatisi dopo l'entrata in vigore delle Linee Guida.

## ***V. Sull'ambito soggettivo di applicazione delle Linee Guida n. 6***

### **Criticità**

**V.1.** Le Linee Guida estendono la portata applicativa delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) riferendole non solo all'operatore economico, ma anche ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, ovvero "*il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; i soci accomandatari o il direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, i membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio*". Tra i soggetti ai quali fa riferimento l'art. 80, comma 3, rientrano poi i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Ebbene, le Linee Guida n. 6 stabiliscono che il grave illecito concorrenziale possa derivare sia da fatti riferibili all'operatore economico inteso come persona giuridica, sia da comportamenti riferibili alle persone fisiche, elencate dal comma 3, che al suo interno svolgono ruoli di responsabilità.

Ad avviso di chi scrive, l'interpretazione fornita da Codesta Autorità rischia di estendere troppo la portata del grave illecito professionale, in contrasto con l'art. 80, che prevede espressamente l'applicabilità delle cause di esclusione obbligatoria di cui ai commi 1 e 2 alle persone fisiche individuate dal comma 3, mentre analoga previsione non si incontra nel comma 5, lett. c). Per di più, tale ampliamento onera le stazioni appaltanti di un'attività di indagine e verifica sulle persone fisiche che appare di difficile realizzazione in concreto e che

cagionerebbe alle stesse un ulteriore aggravio procedimentale nell'individuazione dei fatti idonei a dimostrare il grave illecito professionale.

L'art. 80, comma 5, lett. c) definisce esso stesso l'ambito di applicazione della norma e delimita l'attività di indagine per la stazione appaltante solo nei confronti dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

L'estensione della nozione del grave illecito professionale in capo alle persone fisiche sembrerebbe inoltre rimandare in modo improprio all'ambito di applicazione del D.lgs. 231/2001, in base al quale l'ente è responsabile *“per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”* (art 5). Diversamente dal sistema di responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. 231/2001, l'estensione delle cause di esclusione facoltativa anche a comportamenti delle persone fisiche appare ben più afflittiva; mentre l'art. 5 d.lgs. 231/2001 richiede che i reati siano stati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, tale limite funzionale non sarebbe presente ove si rinvenisse una causa di esclusione dell'operatore economico in una condotta delle persone fisiche che svolgono ruoli di responsabilità all'interno dello stesso.

Il Codice prevede d'altra parte espressamente all'art. 80, comma 5, lett. f) che nel caso di applicazione di sanzione interdittiva ai sensi dell'art. 9, comma 2, lett. c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 tale situazione rilevi come causa escludente, per cui l'estensione della nozione di grave illecito professionale alle persone fisiche sembrerebbe colpire le ulteriori condotte dell'imprenditore persona fisica sanzionate dal d.lgs. 231/2001 che non determinano una sanzione interdittiva.

**V.2.** Tale ragionamento è ancor più accentuato ove si includa nell'ambito soggettivo delle Linee Guida n. 6 anche il subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, nei quali è obbligatorio indicare in gara la nomina di una terna di subappaltatori.

Nella Relazione AIR l'Autorità si è soffermata su tale profilo, dando conto di una problematicità insita nella stessa formulazione dell'art. 80, comma 5, il quale include tra i soggetti ai quali si riferiscono le cause di esclusione anche i subappaltatori della terna. Sul punto il Consiglio di Stato aveva posto in rilievo una necessità di armonizzazione, alla luce della normativa europea, della previsione di cui all'art. 80, comma 5, con quella di cui all'art. 105, comma 12, ai sensi 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'art. 80”*.

Nel parere reso sulla prima versione delle Linee Guida, la Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva, in particolare, rilevato che *“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”* (parere n. 2286/2016).

In effetti, ove si interpretasse l'art. 80, comma 5, lett. c) nel senso che costituisce causa di esclusione dell'appaltatore dalla gara la sussistenza di un grave illecito professionale commesso dal subappaltatore della

terna, si imporrebbe in capo all'appaltatore un onere non solo sproporzionato ed illogico, ma anche contrastante con le previsioni del Codice e delle direttive che invece consentono la sostituzione del subappaltatore.

Il Consiglio di Stato aveva quindi suggerito all'ANAC l'opportunità di fornire un'interpretazione comunitariamente orientata, avendo la stessa l'occasione di precisare 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”*.

Non è questo l'approccio che è stato seguito nell'ultima versione delle Linee Guida, approvata a seguito dell'adozione del correttivo al Codice. Nella Relazione AIR, l'Autorità ha giustificato la propria scelta di non fornire indicazioni sul punto al fine di *“non creare confusione in sede applicativa con possibile disparità di trattamento tra gli operatori economici”*; allo stato tuttavia, è proprio la mancanza di indicazioni esegetiche agli operatori che determina insuperabili incertezze applicative sulla portata della norma e che apre la strada ad interpretazioni difformi rispetto alle regole comunitarie, che l'Autorità potrebbe evitare facendo applicazione dei poteri di regolazione ad essa spettanti.

### **Proposta**

- Eliminare il riferimento ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3;
- precisare la portata applicativa dell'art. 80, comma 5, quando riferito al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, accogliendo la formulazione prevista dal Consiglio di Stato, in base alla quale *“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”*.

### **VI. Sugli ulteriori mezzi di prova che possono configurare un illecito professionale grave**

Il paragrafo IV delle Linee guida è dedicato agli ulteriori mezzi di prova rispetto a quelli indicati a titolo esemplificativo dall'art. 80, comma 5, lett. c). Si tratta di situazioni che secondo le Linee Guida, ove intervengano, devono essere comunicate tempestivamente all'Autorità da parte delle stazioni appaltanti, ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 213, comma 2, D.lgs. 50/2016: tali situazioni sono quindi quelle che possono essere assunte come mezzi di prova anche da altre amministrazioni aggiudicatrici.

In tale elenco si ritiene che siano state inserite anche delle ipotesi eccessivamente afflittive e palesemente sproporzionate rispetto all'obiettivo di verifica dell'affidabilità ed integrità dell'operatore economico al quale affidare un appalto.

Tra questi si segnalano, in primo luogo, al punto b) *“i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto non contestati in giudizio o confermati con sentenza esecutiva all'esito di un giudizio”*. Anche in questo caso nel testo promulgato con delibera n. 10017 dell'11 ottobre 2017, si è scelto di ancorare il grave illecito professionale a fatti non ancora definitivamente accertati in sede giurisdizionale. Si ritiene che anche per gli ulteriori mezzi di prova

rispetto a quelli indicati nell'art. 80, comma 5, lett. c), stante la loro efficacia escludente, sia opportuno collegare la fattispecie solo al provvedimento di risoluzione accertato con sentenza passata in giudicato, in modo tale da non far discendere conseguenze abnormi da fatti che, in sede giudiziaria, possono essere totalmente smentiti.

Si richiamano poi in questa sede le osservazioni già svolte nel paragrafo III.11.1 di cui sopra, in merito all'eccessiva ampiezza del riferimento alle penali e, in particolare, alla soglia dell'1% dell'importo del contratto, singolarmente o cumulativamente considerate.

### **Proposta**

Si propone di sostituire il riferimento ai provvedimenti di risoluzione “*confermati con sentenza esecutiva all'esito di un giudizio*” con quello di provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto (non contestati in giudizio) “*confermati con sentenza passata in giudicato*”.

Si propone di eliminare la lett. c) in riferimento ai provvedimenti di applicazione delle penali. In via subordinata si propone di eliminare il riferimento alla soglia di rilevanza dell'1% dell'importo contrattuale, con una soglia più elevata, quale quella del 10% dell'importo contrattuale, oppure in via subordinata ad un importo progressivo della soglia in base al fatturato globale dell'impresa.

### **VI. Sugli obblighi dichiarativi delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c)**

#### **Criticità**

**VI.1.** Al punto 4.2. delle Linee Guida sono delineati gli obblighi dichiarativi che incombono sull'offerente relativamente alle cause di esclusione per grave illecito professionale, da autocertificarsi mediante utilizzo del DGUE. Secondo quanto previsto dalla disposizione “*la dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto **tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico***”. Inoltre si prevede che “*la falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione delle dichiarazioni di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f) bis del Codice*”.

Ad avviso della scrivente, anche rispetto a questa previsione le Linee Guida non offrono un parametro sufficientemente specifico alla luce del quale l'operatore economico e le stazioni appaltanti possano muoversi nel perimetro di regole certe. L'obbligo di dichiarare “*tutti i provvedimenti **astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente***” pone in capo all'operatore economico un onere totalmente indeterminato che può determinare un'ingiustificata applicazione della fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis anche nel caso di mancata dichiarazione di fattispecie totalmente irrilevanti.

La non condivisibilità della scelta operata dalle Linee Guida sul punto può desumersi dalle indicazioni fornite dalla giurisprudenza nella vigenza del precedente Codice, ove l'art. 38, comma 1, lett. f) rimetteva – come previsto anche dall'art. 80, comma 5, lett. c) – l'accertamento dell'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale alla stazione appaltante, mediante “*qualsiasi mezzo di prova*”.

Ebbene, in ordine a tale disposizione, il Consiglio di Stato aveva avuto modo di chiarire che **“non sussiste in capo alle concorrenti di pubbliche gare, in relazione al novero degli ‘errori professionali’ di cui all’articolo 38, comma 1, lettera f) del decreto legislativo n. 163 del 2006, un obbligo di “onnicomprensività della dichiarazione”, in base al quale il concorrente sarebbe onerato – e a pena di esclusione – di dichiarare qualunque inadempimento che abbia caratterizzato la propria vicenda professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante la più consapevole valutazione in ordine alla rilevanza di tali precedenti. Infatti, la citata disposizione, ispirata ad evidenti ragioni di sicurezza giuridica e di affidabilità dei candidati contraenti, assegna alle stazioni appaltanti specifici poteri (peraltro non tipizzati nei loro precisi contorni) per accertare l’eventuale precedente commissione di ‘gravi errori professionali’ negli appalti pubblici; ma non impone ai concorrenti un obbligo, dai contorni lati e malcerti, di dichiarare qualsivoglia inadempimento contrattuale che potrebbe, anche solo astrattamente, concretare ipotesi di ‘grave errore professionale’»** (Cons. Stato, Sez. V, 21.08.2017, n. 4051). Pertanto, mentre nel caso delle dichiarazioni sulle cause di esclusione obbligatorie la portata degli obblighi appare coincidente con la soglia di rilevanza penale (la quale è un parametro di riferimento certo), nel caso dei gravi errori professionali l’indeterminatezza della locuzione appare di ostacolo alla configurazione di un onere dichiarativo specifico, essendo indeterminabile *a priori* il novero delle inadempienze contrattuali – anche di minima entità – che possono verificarsi nel corso dell’ordinaria attività di impresa.

L’ampiezza degli obblighi dichiarativi rischia poi di svuotare di contenuto le stesse indicazioni delle Linee Guida in ordine ai fatti sintomatici del grave illecito professionale, in quanto si imporrebbe all’operatore di dichiarare qualunque evento “significativo” e non solo quelli già elencati nelle Linee guida, per i quali un giudizio di disvalore è stato condotto. Anche per le stazioni appaltanti non avrebbe più senso l’obbligo di segnalare le situazioni idonee ad essere iscritte nel casellario informatico di cui all’art. 213, comma 10, ove si richiedesse comunque all’offerente di dichiarare anche condotte che non sono state inserite nel predetto casellario.

L’ampiezza di tale dichiarazione è in effetti potenzialmente illimitata: potrebbero rilevare in questa prospettiva, ad esempio, eventuali ispezioni sul lavoro o fatti attinenti al rapporto privatistico con il subappaltatore o l’ausiliaria, non idonei a produrre effetti sulla fase esecutiva. Ancora potrebbero ritenersi suscettibile di dichiarazione anche l’eventuale applicazione di sanzioni amministrative, estinte per oblazione e dunque non più produttive di effetti. In definitiva, l’indeterminatezza dell’obbligo dichiarativo espone l’offerente al rischio di essere escluso per una dichiarazione inconsapevolmente falsa, pur non essendo stato definito *ex ante* cosa possa configurare causa di esclusione e dunque cosa debba essere dichiarato. Ciò in aperto contrasto con l’orientamento della Corte di Giustizia (Sez. VI, 2/6/2016 n. C-27/15), secondo la quale **“il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un’interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti”**.

## **Proposta**

Si propone di eliminare il riferimento a “*tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente*”, sostituendolo con “*i provvedimenti e le condotte indicate nelle presenti Linee Guida*”.

## **VII. Sulla rilevanza temporale dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente all'accertamento delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80 del Codice**

### **Criticità**

Il paragrafo V delle Linee Guida affronta il tema della rilevanza temporale dell'interdizione alla partecipazione alle procedure di affidamento conseguente all'accertamento delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c) dell'art. 80, oggetto di modifica da parte del D.lgs. 56/2017. Il punto 5.1. delle Linee Guida prevede in particolare che “*La durata dell'interdizione è pari a tre anni, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto individuata ai sensi delle presenti linee guida, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna*”.

Anche tale previsione presenta profili di forte criticità e di contrasto con l'art. 80, comma 10 del Codice e con l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE ed appare meritevole di riconsiderazione, ad avviso dello scrivente.

Mentre, infatti, l'art. 80, comma 10, fissa la durata dell'interdizione in “*tre anni decorrenti dalla data dell'accertamento definitivo*”, il punto 5.1 delle Linee guida fa riferimento alla “*data dell'accertamento del fatto individuata ai sensi delle presenti linee guida, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna*”. È evidente la difformità con la norma, la quale appare il frutto della scelta dell'Autorità di attribuire rilevanza anche ai provvedimenti esecutivi e alle condanne non definitive quali fatti idonei a dimostrare il grave errore professionale, sulla cui non condivisibilità si è già innanzi argomentato. Pertanto, dall'accoglimento delle modifiche in precedenza riportate, discenderebbe anche la necessità di una modifica di tale previsione.

La rilevanza temporale dell'interdizione legata alla data di accertamento del fatto, in luogo della data dell'accertamento definitivo, oltre a porsi in contrasto con la previsione di cui all'art. 80, comma 10, introduce nel sistema un elemento di incertezza, non solo perché la data di accertamento del fatto non risulta di immediata individuazione, ma anche perché si rischierebbe di duplicare la durata del periodo interdittivo, facendosi decorrere i 3 anni dalla data dell'accertamento del fatto ai sensi delle linee guida e poi i cinque anni di interdizione dalla data della condanna definitiva.

## **Proposta**

Sostituire il riferimento alla “*data di accertamento del fatto*” con quella della “*data di accertamento definitivo del fatto*”.

### **VIII. Sulle misure di self cleaning**

#### **Criticità**

Secondo la previsione di cui al punto 7.2. delle Linee Guida, *“l’adozione delle misure di self cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA”*.

Al pari di altre previsioni delle Linee Guida, anche quella in esame appare eccessivamente afflittiva e più rigida rispetto al del parametro normativo. L’art. 80, comma 7, del Codice introduce un limite funzionale rispetto alle misure di *self cleaning*, prevedendo che attraverso le stesse l’operatore economico deve essere in grado di *“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”*. Le Linee Guida invece attribuiscono rilievo alle sole misure che siano già state adottate entro il termine fissato per la presentazione delle domande, facendo venire meno la rilevanza di azioni finalizzate a porre rimedio a qualunque danno causato.

La previsione contenuta nelle Linee Guida sembrerebbe inoltre in contrasto con il considerando 102 della direttiva 2014/24 ove si precisa che è *“opportuno”* consentire alle imprese partecipanti di adottare misure non solo fissate *ex ante* (es. modelli organizzativi) e capaci di esimere eventuali responsabilità, ma di adottare comportamenti capaci di rimediare *ex post*, alle conseguenze di reati o violazioni significative per l’esclusione dalle gare.

In tal senso la portata della disposizione potrebbe essere meglio delimitata riprendendo sul punto quanto puntualmente disposto dall’art. 80, comma 7, D.lgs. 50/2016.

#### **Proposte**

Si propone di riformulare la previsione come segue: *“l’adozione delle misure di self cleaning, consistenti nella prova 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 deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA”*.

La scrivente Legacoop Produzione e Servizi confida che codesta Spett.le Autorità voglia prendere in debita considerazione le osservazioni innanzi riferite, adottando ogni opportuno provvedimento.

Si rimane a disposizione di essere sentiti in audizioni pubblica, ai sensi dell’art. 5 del regolamento 27 novembre 2013.

Roma, 6 aprile 2018

Il legale rappresentante

