



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 296 del 29 marzo 2017

Oggetto: Consip s.p.a. – provvedimento AGCM n. 25802 del 22.12.2015, pubblicato sul Bollettino n. 50 del 25.01.2016 - partecipazione degli o.e. interessati dal provvedimento a gare successive alla “gara per l’affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli istituti scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della pubblica amministrazione” - richiesta di parere.

AG 9/2017/AP

Art. 38, comma 1, let. f) d.lgs. 163/2006 . art. 80, comma 1, let. c) d.lgs. 50/2016

E’ demandata alla stazione appaltante la potestà di valutare il possesso del requisito di cui alla lettera f) dell’art. 38 d.lgs. 163/2006 e, quindi, la gravità degli illeciti professionali commessi dall’impresa, al fine di stabilire *ex ante* se il comportamento tenuto dalla stessa sia tale da far venir meno il requisito dell’affidabilità ad assumere le obbligazioni conseguenti all’eventuale aggiudicazione della gara.

La disciplina recata dall’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 50/2016, in relazione al c.d. grave illecito professionale, introduce nel quadro delle cause di esclusione rilevanti novità che incidono in maniera sostanziale sulle modalità con le quali la stazione appaltante è chiamata a valutare l’affidabilità professionale del concorrente. Sulla base della disciplina transitoria dettata dall’art. 216 del d.lgs. 50/2016, le previsioni dell’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice non trovano applicazione alle gare indette prima della sua entrata in vigore, le quali restano disciplinate dal d.lgs. 163/2006 e dal relativo regolamento attuativo.

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l’appunto dell’Ufficio Precontenzioso e Pareri;

Considerato in fatto

Con nota pervenuta in data 10 febbraio 2017 ed acquisita al prot. n. 22134, Consip s.p.a. ha inoltrato all’Autorità un’istanza di parere in ordine alla partecipazione del Consorzio CNS e di Manutencoop Facility Management s.p.a. a gare successive alla “gara per l’affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli istituti scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della pubblica amministrazione”, in relazione alla quale l’Autorità Garante della concorrenza e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

del mercato ha accertato, a carico delle suindicate imprese, la realizzazione di una intesa anticoncorrenziale, con provvedimento n. 25802 delle 22 dicembre 2015, confermato dal TAR Lazio.

A tal riguardo la società istante rappresenta di aver provveduto alla risoluzione delle Convenzioni stipulate con i suindicati operatori economici (Manutencoop Facility Management s.p.a. e RTI costituito da CNS, Kuadra s.p.a., Exitone s.p.a.), sia sulla base del richiamato provvedimento dell'AGCM, sia sulla base delle dichiarazioni rese dagli stessi operatori nel corso della procedura di gara, nonché di specifiche clausole contrattuali. Rappresenta, altresì, di aver provveduto a segnalare all'Anac il mendacio commesso dalle stesse imprese per aver dichiarato di non aver realizzato intese nella gara, nonché le predette risoluzioni contrattuali. A seguito di ciò, i medesimi operatori hanno impugnato sia la decisione del TAR Lazio, sia le risoluzioni contrattuali sopra indicate.

Consip rappresenta al riguardo che la documentazione di gara, prevedeva – oltre alla dichiarazione dei concorrenti di non aver realizzato intese nella gara – anche la previsione (par. 6 disciplinare) per cui in caso di accertamento dell'intesa «la Consip s.p.a. si riserva la relativa valutazione, anche ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera f) del d.lgs. 163/2006 e dell'articolo 68 r.d. n. 827/1924, al fine della motivata esclusione dalla partecipazione delle successive procedure di gara in dette dalla Consip ed aventi il medesimo oggetto della presente gara».

Pertanto, dovendo la società valutare nelle *successive gare* aventi il medesimo oggetto, l'applicabilità dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, la stessa chiede all'Autorità se l'evoluzione normativa confluita nell'art. 80, co. 5, del d.lgs. 50/2016, avente parametri diversi da quelli individuati nella *lex specialis* (pubblicata in vigenza del d.lgs. 163/2006) debba intendersi come innovativa o interpretativa del previgente art. 38, comma 1, lett. f). Conseguentemente chiede se il riferimento a “gare...aventi il medesimo oggetto della presente gara” (nella specie pulizia delle scuole) debba essere inteso come riferito a gare aventi ad oggetto i servizi di pulizia, anche se non in via esclusiva, con conseguente inapplicabilità a gare che non comprendano tale oggetto. Nel caso in cui l'Autorità ritenga che le indicazioni contenute nelle linee guida n. 6/2016 in ordine al “medesimo mercato oggetto del contratto” trovino applicazione anche nel caso di specie, Consip chiede di chiarire se le gare cui hanno preso parte gli o.e. indicati siano tutte riferibili al “medesimo mercato” oggetto della gara di pulizie nelle scuole; chiede inoltre di indicare gli elementi utili per l'individuazione dell'ambito corretto di operatività della previsione.

A tal riguardo l'istante sottolinea che i predetti o.e. hanno partecipato a gare indette dalla stessa società, in vigenza del d.lgs. 163/2006, aventi ad oggetto: i soli servizi di pulizia, seppur riferiti ad ambiti diversi (pulizie caserme, pulizie enti del servizio nazionale sanitario), servizi integrati comprensivi anche della pulizia (facility management uffici e musei), servizi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

diversi dalla pulizia (servizi integrati di energia, multiservizio integrato energia per la sanità, servizio luce).

Altra questione sollevata dalla richiedente riguarda l'applicabilità della clausola del disciplinare sopra riportata, in relazione alla non definitività dell'accertamento dell'illecito professionale nella gara *de qua*. A tal proposito si evidenzia che nel previgente assetto normativo (art. 38, co. 1, lett. f) d.lgs. 163/2006), tale definitività dell'accertamento non era richiesta, posto che la risoluzione dell'appalto doveva essere valutata dalla SA anche se ancora *sub iudice*. La società chiede quindi di chiarire, in ordine alle previsioni dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016, avente parametri diversi dal citato art. 38, se le stesse debbano intendersi come innovative o interpretative di tale ultima norma e, in tal caso, se la stessa debba ritenere rilevante ai fini della valutazione sull'esclusione, la risoluzione contrattuale solo in presenza di inoppugnabilità o di giudicati e se la stessa debba valutare – quale autonoma causa di esclusione ex art. 38, co.1, lett. f) anche l'eventuale provvedimento di accertamento dell'intesa, confermato con sentenza passata in giudicato.

La Consip chiede inoltre all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità o meno a procedure indette prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, delle misure di *self cleaning* di cui all'art. 80, co. 7 del Codice, indicando le misure ritenute idonee a dimostrare l'integrità e l'affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

Ulteriore questione rappresentata dall'istante attiene agli effetti della segnalazione all'Anac del mendacio sulle dichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara e di stipula del contratto, riguardanti l'assenza di concentrazione anticoncorrenziale e la conseguente risoluzione contrattuale. In particolare la società chiede se la segnalazione di tali circostanze possa essere valutata congiuntamente, dando luogo ad un'unica sanzione (annotazione ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. h d.lgs. 163/2006, con conseguente iscrizione nel casellario ai fini dell'esclusione dalle gare).

Infine, un ultimo quesito posto da Consip riguarda la formulazione della specifica clausola presente negli atti di gara dalla stessa predisposti, secondo la quale in caso di accertamento dell'intesa nella restrittiva nella gara, "la Consip s.p.a. si riserva la relativa valutazione, anche ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera f) del d.lgs. 163/2006 e dell'articolo 68 r.d. n. 827/1924, al fine della motivata esclusione dalla partecipazione delle successive procedure di gara in dette dalla Consip ed aventi il medesimo oggetto della presente gara". A tal riguardo è stato chiesto se risulta condivisibile che nelle gare di futura pubblicazione sia eliminata o modificata tale clausola e quale possa essere la formulazione migliore della stessa in termini di contenuto e sanzioni applicabili in caso di sua inosservanza.

Su tutte le questioni illustrate, la Consip s.p.a. chiede all'Autorità di esprimere avviso rappresentando l'urgenza del caso.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno osservare in via preliminare che sulla base della disciplina transitoria dettata dall'art. 216 del d.lgs. 50/2016, le gare indette prima della sua entrata in vigore restano disciplinate dal d.lgs. 163/2006 e dal relativo regolamento attuativo.

Come precisato nel Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, infatti, "le disposizioni del 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss".

Dunque i quesiti formulati dalla società istante, riferiti a gare i cui bandi sono stati pubblicati in vigore del citato d.lgs. 163/2006, devono essere esaminati alla luce della disciplina ivi recata e delle relative pronunce dell'Autorità dettate in relazione alla stessa.

La questione appare dirimente rispetto alla soluzione delle molteplici problematiche sollevate da Consip, atteso che rispetto alle previsioni dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, le intervenute disposizioni dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016 apportano significative novità in ordine alle modalità con le quali la stazione appaltante è chiamata a valutare gli illeciti professionali degli o.e. che partecipano a gare d'appalto, nonché in ordine al più specifico ambito dei comportamenti incidenti sulla moralità professionale delle imprese concorrenti.

In particolare, mentre nella previgente disciplina si dava rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con la medesima stazione appaltante e, dall'altro lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse stazioni appaltanti [Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245], il citato art. 80, comma 5, lett. c), del Codice prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che 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 affidabilità¹. Dunque, la disciplina dettata dall'art. 80 ha una portata molto più ampia del previgente art. 38, in quanto, da un lato, non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante e dall'altro non fa riferimento solo alla

¹Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico 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. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

negligenza o errore professionale ma, più in generale, all'illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, ed include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente, ma anche in fase di gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante) (in tal senso, parere del Consiglio di Stato n. 2286/2016)².

La norma conferma tuttavia la valutazione discrezionale in capo alla stazione appaltante delle situazioni che incidono sull'affidabilità dell'operatore economico, ai fini dell'eventuale esclusione dello stesso dalla gara.

E tra tali situazioni - come sottolineato nelle linee guida n. 6/2016 dell'Anac - rientrano (oltre quelle tipizzate dalla norma) anche «i 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 e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare» (par. 2.1.3).

In tale provvedimento è stato altresì sottolineato che l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato e che la rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità.

L'Autorità ha osservato al riguardo che ai sensi dell'art. 80, comma 7, del Codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione; l'adozione delle misure di *self-cleaning* deve intervenire entro il termine fissato per la presentazione delle offerte. Le linee guida indicano al riguardo gli elementi che possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito.

Da quanto sinteticamente osservato emerge, quindi, che la disciplina recata dall'art. 80, comma 5 lett. c), del Codice, in relazione al c.d. grave illecito professionale, introduce nel quadro delle cause di esclusione, delle rilevanti novità che incidono in maniera sostanziale sulle modalità con le quali la stazione appaltante è chiamata a valutare l'affidabilità professionale del concorrente.

² L'art. 80 dispone in conformità all'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, par. 4, lett. c) e g), che nel disciplinare le ipotesi di "gravi illeciti professionali" e di "carenze nell'esecuzione" (analoghi ai concetti di "errore grave" e di "negligenze e malafede" utilizzati dal legislatore interno) specifica ora che esse devono riguardare un precedente contratto d'appalto o un contratto di appalto con un ente aggiudicatore senza alcuna "separazione tra l'ipotesi in cui le stesse si siano verificate nei confronti della medesima o di una diversa stazione appaltante, rispetto a quella nei cui confronti sorge il relativo obbligo dichiarativo" (Cons. di Stato, V, n. 1412/2016).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Le disposizioni introdotte dal d.lgs. 50/2016, anche perché dettate in attuazione delle nuove direttive appalti e concessioni (dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), non possono ovviamente essere ritenute “interpretative o innovative” delle previsioni del d.lgs. 163/2006 - ed in particolare dell’art. 38 - nel senso indicato nella richiesta di parere di Consip, ma le stesse costituiscono un *nuovo* assetto normativo di settore, in quanto tali applicabili - come sopra osservato - esclusivamente alle gare indette successivamente all’entrata in vigore del predetto d.lgs. 50/2016 (art. 216).

Conseguentemente i quesiti formulati da Consip, tutti riferiti a gare indette precedentemente all’entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, devono essere esaminati alla luce del previgente assetto normativo, con particolare riferimento alle disposizioni dell’art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006.

A tal fine, occorre richiamare preliminarmente tale ultima disposizione normativa, la quale contempla l’esclusione dalle gare d’appalto degli operatori economici «che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso *grave negligenza o malafede* nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un *errore grave* nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

In relazione a tale disposizione normativa, l’Autorità ha chiarito che la fattispecie del grave inadempimento contrattuale rileva come causa di esclusione ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006 che rimette alle stazioni appaltanti il potere di accertare discrezionalmente la sussistenza e la gravità dell’inadempienza imputabile all’impresa concorrente (Anac Parere n. 37 del 08/03/2012, prec 281/11/L, parere 25 febbraio 2010 n. 42; parere 23 aprile 2008 n. 122). L’esclusione dalla gara non ha carattere sanzionatorio, ma è viceversa prevista a presidio dell’elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico. A tal fine, non è necessario che vi sia stata una precedente risoluzione del rapporto formalmente pronunciata ai sensi dell’art. 136 del Codice, *né occorre il definitivo accertamento giudiziale* in ordine all’inadempimento contrattuale, essendo sufficiente la *valutazione in concreto operata in sede amministrativa* dalla stazione appaltante sui fatti imputabili all’impresa (determinazione 12 gennaio 2010 n. 1).

Con parere n. 145 del 2 settembre 2015 (PREC 22/15/S) l’Autorità ha ulteriormente sottolineato che, con riferimento alle disposizioni dell’art. 38, co. 1, lett. f), in ordine ad inadempimenti posti in essere dai concorrenti nello svolgimento di precedenti rapporti contrattuali, il legislatore ha riservato alla stazione appaltante la potestà di valutare la gravità degli stessi per stabilire *ex ante* se il comportamento tenuto da questi ultimi sia tale da far venir meno il requisito di affidabilità dell’impresa ad assumere le obbligazioni conseguenti all’eventuale aggiudicazione della gara. La valutazione della gravità dei pregressi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

inadempimenti ha comunque natura discrezionale ed è soggetta al sindacato di legittimità, nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 25 maggio 2012, n. 3078).

Con parere di Precontenzioso n. 125 del 15 luglio 2015 l'Autorità ha altresì chiarito che «per i rapporti con la stessa stazione appaltante si verte in una “grave negligenza o malafede”, mentre per i rapporti con altri soggetti rileva “un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale”; ciò che rileva a detti fini è che l’errore ascritto sia espressione di un difetto di capacità professionale e che lo stesso, nella sua obiettiva rilevanza, costituisca elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico perseguiti dall’ente committente.

Anche la giurisprudenza, in coerenza con l’orientamento dell’Autorità, ha sottolineato che ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, l’esclusione può essere accertata e acclarata con qualsiasi mezzo di prova e senza la necessità di una sentenza passata in giudicato (Consiglio di Stato, n. 7104 del 4 dicembre 2006, Consiglio Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6541). Il giudizio d’esclusione trova il suo presupposto nella violazione dei doveri professionali nell’eseguire obbligazioni nascenti da precedenti rapporti contrattuali; in questi si devono rinvenire elementi di gravità tali da ritenere l’impresa non affidabile dal punto di vista tecnico-professionale, mentre le violazioni che devono essere presenti in tale comportamento, sono quelle inerenti alla correttezza ed alla buona fede; nel concetto di “violazione dei doveri professionali” deve essere ricompresa la negligenza, l’errore e la malafede, connotate dalla gravità (T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 12 dicembre 2006, n. 14212).

Dunque, il potere di accertare la sussistenza e la gravità dell’inadempimento imputabile all’impresa concorrente spetta esclusivamente alla stazione appaltante. Quest’ultima è poi tenuta a comunicare all’Autorità l’adozione del provvedimento di cui all’art. 38, comma 1, lett. f) e l’Autorità, come sottolineato nella determina n. 1/2008 “...procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel Casellario informatico, salvo il caso che consti l’inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l’inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante”³.

Sulla base delle considerazioni che precedono e con riferimento ai quesiti formulati da Consip, può osservarsi quanto segue.

³Ai sensi dell’art. 8 del d.p.r. 207/2010, nel casellario informatico istituito ai sensi dell’articolo 7, comma 10, del d.lgs. 163/2006, sono inseriti i dati indicati alle lettere da a) a dd), tra i quali (lett. p) gli “episodi di grave negligenza o errore grave nell’esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempimenti contrattuali, anche in riferimento all’osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, comunicate dai soggetti di cui all’articolo 3, comma 1, lettera b)”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

In particolare si rappresenta che in relazione al provvedimento adottato dall'AGCM n. 25802/2015 nella gara oggetto della presente istanza di parere, è intervenuta la decisione del Consiglio di Stato n. 740 del 20 febbraio 2017, con la quale il supremo consesso di giustizia amministrativa ha respinto l'appello proposto dal consorzio CNS per la riforma della sentenza del TAR Lazio n. 10303/2016, confermando quindi il provvedimento della AGCM sopra indicato.

Tale pronuncia appare utile ai fini dell'esame del primo quesito formulato da Consip. La società chiede infatti all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla previsione del disciplinare di gara (par. 6), a tenore della quale in caso di accertamento dell'intesa anticoncorrenziale nella gara «la Consip s.p.a. si riserva la relativa valutazione, anche ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera f) del d.lgs. 163/2006 e dell'articolo 68 r.d. n. 827/1924, al fine della motivata esclusione dalla partecipazione delle successive procedure di gara in dette dalla Consip ed aventi il medesimo oggetto della presente gara».

A tal riguardo l'istante – nel sottolineare che la gara nella quale è stata accertato l'illecito antitrust ha ad oggetto «servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili per gli istituti scolastici ..e per i centri di formazione della pubblica amministrazione» - chiede se per gare “aventi il medesimo oggetto” di quella in corso, debbano intendersi esclusivamente quelle aventi ad oggetto servizi di pulizia, anche se non in via esclusiva, o se a tal fine possa farsi riferimento al “mercato oggetto del contratto da affidare”, come indicato nelle linee guida n. 6/2016 dell'Autorità.

In relazione al quesito posto, nel sottolineare che esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara dalle stesse predisposti, non può che ribadirsi che le citate linee guida n. 6/2016, in quanto attuative del disposto dell'art. 80, comma 13 del d.lgs. 50/2016, riguardano esclusivamente le gare bandite in vigenza del predetto decreto legislativo.

Allo stesso modo rientra nella valutazione discrezionale della SA, da esercitarsi caso per caso alla luce delle caratteristiche del servizio da affidarsi, se la gara rientri “nel medesimo oggetto”. In tale attività ermeneutica la SA potrebbe tenere conto, tra l'altro, del disposto della sentenza del Consiglio di Stato n. 740/2017.

Si rimette, dunque, alla SA l'individuazione delle gare – cui hanno preso *successivamente* parte gli o.e. indicati e indette in vigenza del previgente Codice – in relazione alle quali può ritenersi incidente il provvedimento della AGCM in applicazione della clausola del disciplinare sopra riportata, ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006.

La predetta clausola del disciplinare, tuttavia, potrà trovare applicazione ai sensi del citato art. 38, comma 1, lett. f), esclusivamente per le successive gare anch'esse indette ai sensi del d.lgs.163/2006, dovendo invece trovare applicazione il nuovo regime delle clausole di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016, per quelle ricadenti nel suo campo di applicazione, secondo la disciplina transitoria al riguardo dettata dall'art. 216.

Con il secondo quesito Consip chiede se la clausola del disciplinare sopra richiamata trovi applicazione anche in presenza di un illecito professionale nella gara *de qua* non accertato in via definitiva.

Nel sottolineare che nel caso di specie è intervenuta la già citata decisione del Consiglio di Stato n. 740/2017, nei termini sopra indicati, si rappresenta altresì che nell'assetto normativo recato dal d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, la definitività dell'accertamento non rileva ai fini dell'art. 38, comma 1, lett. f) del Codice.

Come chiarito dall'Autorità con la determinazione n. 1/2010 sopra richiamata e dal conforme orientamento giurisprudenziale in materia, infatti, ai fini dell'esclusione dalla gara non è necessario che vi sia stata una precedente risoluzione del rapporto formalmente pronunciata ai sensi dell'art. 136 del Codice, né occorre il definitivo accertamento giudiziale in ordine all'inadempimento contrattuale, *essendo sufficiente la valutazione in concreto operata in sede amministrativa dalla stazione appaltante sui fatti imputabili all'impresa*.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza sopra richiamata ritiene che in tal caso l'esclusione può essere accertata e acclarata con qualsiasi mezzo di prova e senza la necessità di una sentenza passata in giudicato.

Inoltre, stante la chiara previsione del disciplinare di gara in ordine all'illecito antitrust [“la Consip s.p.a. si riserva la relativa valutazione, anche ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera f) del d.lgs. 163/2006 e dell'articolo 68 r.d. n. 827/1924, al fine della motivata esclusione dalla partecipazione delle successive procedure di gara in dette dalla Consip ed aventi il medesimo oggetto della presente gara)], l'accertamento dello stesso – anche in via non definitiva – può essere valutato dalla SA quale autonoma causa di esclusione, in quanto ritenuto dalla stessa incidente ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. f).

Ovviamente tale valutazione rientra nell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante, alla quale (sola) è demandato il giudizio in ordine all'incidenza del predetto provvedimento sull'affidabilità professionale delle imprese interessate.

Il terzo quesito posto da Consip è relativo all'applicabilità, al caso di specie, della previsione dell'art. 80, comma 7, del d.lgs. 50/2016 e delle misure di *self cleaning* ivi previste. La predetta disposizione prevede, infatti, che un operatore che si trovi, tra l'altro, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 5 «è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti». Oltre al risarcimento del danno, rilevano, nell'impianto normativo, misure adottate dallo stesso operatore, che devono essere di carattere tecnico, organizzativo, o relative al personale, finalizzate a prevenire ulteriori illeciti (parere Cons. di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Stato n. 2286/2016 cit.). Nelle linee guida n. 6/2016 l'Autorità ha indicato le misure ritenute idonee a dimostrare l'integrità e l'affidabilità dell'impresa nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento.

Non può che ribadirsi, tuttavia, che la previsione dell'art. 80, comma 7, del Codice non può trovare applicazione alle gare bandite in epoca precedente alla sua entrata in vigore.

Quanto al quarto quesito relativo alle sanzioni conseguenti alla dichiarazione resa in gara dai concorrenti, in ordine all'assenza di intese restrittive, rivelatasi – a seguito dell'accertamento Antitrust – non veritiera, può osservarsi in linea generale che – come noto – sussiste l'obbligo dei partecipanti ad una gara pubblica di mettere a conoscenza la stazione appaltante delle vicende pregresse (negligenze ed errori) o dei fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni. Ciò in quanto se l'art. 38, comma 1, lett. f) stabilisce che la SA può accertare “con qualunque mezzo” l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, ciò implica l'obbligo per i concorrenti di dichiarare gli errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale. La giurisprudenza ha sottolineato al riguardo che nel caso in cui un concorrente non solo non abbia dichiarato le “gravi inadempienze”, ma abbia reso dichiarazione di senso opposto, in ordine alla insussistenza delle stesse, correttamente la SA ne dispone l'esclusione dalla gara, senza possibilità di attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 38, comma 2-bis del d.lgs. 163/2006. Ciò in quanto, tale istituto non può essere utilizzato laddove non è contestata la mancanza o l'incompletezza della dichiarazione, ma l'aver reso dichiarazione “non veritiera”. Non v'è spazio, quindi, per il soccorso istruttorio nel caso in cui la dichiarazione ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. 163/2006 è stata resa ma non corrisponde alla realtà dei fatti, con le conseguenze previste dal Codice per l'ipotesi di falsa dichiarazione (anche l'Autorità, con la determinazione 8 gennaio 2015 n. 1, ha affermato che il soccorso istruttorio non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta) (in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1412 dell'11 aprile 2016).

Quanto, infine, alla quinta richiesta di parere relativa alle modalità con le quali la clausola di cui al par. 6 del disciplinare (come sopra riportata) debba essere riformulata ai fini dello svolgimento delle future gare, nell'evidenziare che non rientra nella sfera di competenza dell'Autorità la formulazione degli atti relativi a specifiche gare per conto delle stazioni appaltanti, si rappresenta in linea generale l'opportunità di una modifica della stessa, maggiormente coerente con le previsioni dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 e con le indicazioni fornite in materia dall'Autorità con le Linee Guida n. 6/2016.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

La corretta formulazione della clausola riferita all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, potrà comunque formare oggetto di elaborazione in sede di predisposizione dei nuovi bandi-tipo, ex art. 213 del Codice, da parte dell'Autorità.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Ritiene che:

- È demandata alla stazione appaltante la potestà di valutare il possesso del requisito di cui alla lettera f) dell'art. 38 d.lgs. 163/2006 e, quindi, la gravità degli illeciti professionali commessi dall'impresa, al fine di stabilire *ex ante* se il comportamento tenuto dalla stessa sia tale da far venir meno il requisito dell'affidabilità ad assumere le obbligazioni conseguenti all'eventuale aggiudicazione della gara.
- L'Autorità non può sostituirsi alla stazione appaltante nella valutazione dell'illecito professionale ex art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, atteso che – per espressa previsione normativa – tale valutazione rientra nella competenza esclusiva della stessa SA.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 marzo 2017

Il Segretario, Maria Esposito