

CONTRIBUTI PERVENUTI

Sommario

A) AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE	2
1. ANIP	2
2. CONSIP	3
B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA/ORDINI E COLLEGI PROFESSIONALI.....	6
1. ANCE	6
2. Confartigianato.....	11
3. Generalsoa.....	12
4. Lega Coop servizi	13
5. Unionsoa.....	16
6. OPERATORI ECONOMICI.....	17
1. Markas s.r.l.	17
7. LIBERI PROFESSIONISTI.....	17
1. Avv. Andrea Netti	17
2. Studio legale Ristuccia e Tufarelli	18

A) AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE

1. ANIP

Osservazioni al documento di consultazione relativo alle Linee guida n. 6

Il documento in consultazione, nel dare indicazioni non vincolanti alle stazioni appaltanti, al punto 2.1, afferma la rilevanza, quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice, degli "illeciti professionali gravi definitivamente accertati", tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come capacità tecnico-professionale nell'attività oggetto di affidamento.

Secondo codesta Autorità, al ricorrere di questi presupposti, ossia allorché si tratti di illeciti professionali gravi definitivamente accertati, gli stessi rilevano ai fini dell'esclusione dalla gare, a prescindere dalla natura dell'illecito (civile, penale, amministrativo).

Codesta Autorità, per quanto di interesse, individua, al punto 2.1.3, le "altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico", innovando il testo precedente delle linee guida n. 6 e stabilendo che, al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1., la stazione appaltante deve valutare i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna, "divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva", anziché con sentenza passata in giudicato, come è nel testo vigente, 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.

La modifica che codesta Autorità intende dunque introdurre attiene al carattere meramente esecutivo della sentenza di condanna per illeciti antitrust, anziché il riferimento ad una sentenza di condanna che sia passata in giudicato e, quindi, inoppugnabile.

Al riguardo, preliminarmente si osserva che non appaiono chiare le ragioni per le quali codesta Autorità ha ritenuto di modificare la previsione in oggetto, facendo riferimento non più alle sentenze passate in giudicato, ma solo a quelle esecutive.

Le modifiche introdotte dal correttivo, ragione per la quale l'ANAC si è determinata a rivedere le proprie linee guida, non impongono difatti questa variazione, essendo limitate all'art. 80 comma 10 del Codice, che introduce la data di decorrenza dell'interdizione derivante da pena accessoria a condanna penale.

Non appaiono dunque esservi ragioni per un intervento modificativo in tal senso, che peraltro si pone in contrasto con i principi generali relativi ai provvedimenti sanzionatori e le norme comunitarie e nazionali del Codice dei contratti pubblici, che impongono il carattere definitivo degli atti e provvedimenti che possono essere causa di esclusione dalle gare pubbliche, oltre che costituire un vulnus ai diritti di difesa costituzionalmente garantiti (v. art. 80, comma 1, che fa riferimento a sentenze definitive; comma 4, che fa riferimento a sentenze non più soggette a impugnazione, nonché lo stesso comma 5, lett. c), che richiama le sentenze confermate all'esito di un giudizio).

Invero, fermo restando il disvalore di condotte contrarie alla concorrenza, la modifica che si intende apportare, lungi dal garantire maggiore concorrenza ed evitare situazioni di collusione nelle gare, rischia di avere un effetto distorsivo e contrario a quello voluto, potendo causare esclusioni da gare pubbliche, anche allorquando non si ha ancora la definitività del provvedimento sanzionatorio, in quanto ancora sub iudice.

Proprio perché si percepisce la rilevanza e il disvalore sociale di condotte anticoncorrenziali, le stesse, per essere causa di esclusione dalle gare pubbliche, nel rispetto dei principi menzionati e attuati dal legislatore nazionale, devono essere dunque accertate in via definitiva, ossia essere inoppugnabili, come pure codesta Autorità prevede o, se impugate, devono essere confermate con una sentenza passata in giudicato, non potendo diversamente la stazione appaltante prenderle in considerazione come eventuali cause di esclusione dalle gare pubbliche.

Se si desse corso alla modifica proposta da codesta Autorità, si darebbe il caso che una stazione appaltante possa escludere dalle gare un concorrente, anche solo all'esito del giudizio di primo grado e in assenza di un accertamento definitivo della legittimità del provvedimento sanzionatorio, con effetti peraltro evidentemente moltiplicativi del contenzioso e tali da ingenerare incertezza negli operatori economici e ritardi negli affidamenti.

D'altra parte, come visto, è proprio codesta Autorità che correttamente pone come presupposto per la valutazione dei provvedimenti dell'AGCM quali cause di esclusione dalle gare, la circostanza che si debba trattare di illeciti professionali gravi, definitivamente accertati (punto 2.1.). Senza tener conto che il legislatore nazionale non ha recepito tra le cause di esclusione le previsioni della Direttiva 2014/24 sugli accordi intesi a falsare la concorrenza e quindi a maggior ragione una sanzione espulsiva dalle gare non potrebbe fondarsi su un accertamento non passato in giudicato.

Si consideri anche che di recente il legislatore ha stabilito (con d.lgs. n. 3 del 2017, che recepisce la Direttiva europea sulle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza) che è definitivamente accertata una violazione del diritto della concorrenza constatata da un provvedimento inoppugnabile o da una sentenza passata in giudicato e che solo in presenza di una violazione definitivamente accertata delle norme antitrust, si può ritenere assunta la prova dell'an debeat, necessaria ai fini della proposizione di una cosiddetta azione follow-on nei confronti dell'autore dell'illecito volta alla quantificazione del relativo risarcimento dei danni (art. 7). Ciò a ulteriore dimostrazione che gli effetti che si collegano ad un provvedimento antitrust sanzionatorio non possono che derivare da provvedimenti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato

Non si ravvisano, dunque, per quanto osservato, le ragioni a fondamento della modifica che si propone al punto 2.1.3.1. n. 1 del documento posto in consultazione, laddove si fa riferimento ai provvedimenti dell'AGCM "confermati con sentenza esecutiva"; mentre si ravvisano ragioni a fondamento del mantenimento della originaria previsione delle Linee guida, che fa riferimento ai provvedimenti dell'AGCM "confermati con sentenza passata in giudicato".

Si chiede pertanto che venga mantenuta quest'ultima dizione, in quanto rispettosa dei principi menzionati e delle previsioni di legge.

2. CONSIP

Si invia come richiesto un contributo in merito al documento in consultazione avente ad oggetto l'aggiornamento delle "Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016".

Rispetto al suddetto documento vengono svolte le seguenti considerazioni.

In merito al paragrafo I "Ambito di applicazione" (cfr. anche par. III "Ambito soggettivo")

Al punto 1.3 del paragrafo I codesta Autorità prevede che i motivi di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) devono essere presi in considerazione anche "in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento". Tale previsione richiama quanto previsto dall'art. 89 co. 3 del Codice, che impone la sostituzione degli ausiliari per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

A questo proposito, al fine di assicurare una maggiore esaustività alla definizione dell'"Ambito soggettivo" delle presenti linee guida, si suggerisce di ampliare il par. III, dedicando una sezione agli altri soggetti – in primis l'ausiliario – in relazione ai quali i gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) assumono rilevanza.

In merito al paragrafo II "Ambito oggettivo"

Al punto 2.1 del paragrafo II codesta Autorità prevede che rilevano le condanne esecutive per alcuni reati elencati nel prosieguo del documento. In proposito si osserva quanto segue:

- si chiede conferma che la locuzione “condanne esecutive” si riferisce a pronunce definitive e, in tale ipotesi, si suggerisce di sostituire tale locuzione con la seguente: “condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale”, anche al fine di garantire una maggiore coerenza rispetto alle previsioni di cui all’art. 80, comma 1, del D.Lgs. 50/2016;

- con riferimento all’elenco di reati ritenuti rilevanti ai fini della sussistenza del motivo di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), si suggerisce di precisare con maggiore dettaglio l’ambito soggettivo di tali reati, specificando se, anche tenuto conto delle indicazioni fornite al paragrafo III “Ambito soggettivo”, i medesimi assumano rilevanza se compiuti dai soggetti di cui all’art. 80, comma 3, del D.lgs. 50/2016 e specificando se rilevino, ai fini della valutazione di “affidabilità professionale” dell’operatore economico, i soli reati che siano stati commessi nel contesto organizzativo del medesimo operatore economico, con esclusione di quelli commessi, invece, al di fuori del “contesto” della società;

- nell’ambito dell’elenco dei reati rilevanti, sono menzionati anche i “reati previsti dal d.lgs. 231/01”. In proposito si chiede preliminarmente di confermare se tali reati siano quelli c.d. “presupposto” indicati nella menzionata normativa. In tal caso, stante l’elevato numero e l’ampia varietà di reati contemplati dal D.lgs. 231/01, si suggerisce di delimitare la rilevanza ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) esclusivamente a quelli effettivamente idonei a mettere in dubbio l’integrità o l’affidabilità dei concorrenti ai fini della partecipazione a procedure ad evidenza pubblica e dell’esecuzione di contratti pubblici. Nell’individuazione dei reati di cui al D. Lgs. 231/01 effettivamente rilevanti ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 50/2016, si suggerisce altresì di valutare ed eventualmente fornire indicazioni in merito alle possibili sovrapposizioni con altre previsioni di cui all’art. 80 (i.e. art. 80, comma 1, lettera b-bis) con riferimento alle false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile; art. 80, comma 5, lett. a), con riferimento ai reati ambientali o all’omicidio colposo e alle lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro);

- sul piano meramente formale, si suggerisce di inserire apposito puntamento (es. 2.2) laddove si intraprende l’elencazione dei reati rilevanti, al fine di separarla dal punto 2.1 che contiene previsioni di carattere generale e che in quanto tale viene richiamato in vari passaggi del documento.

Al punto 2.1.2. (“Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara”) del paragrafo II codesta Autorità fa riferimento ad una serie di condotte - che integrano gravi illeciti professionali - poste in essere dall’operatore nello svolgimento della procedura di gara. In proposito si osserva quanto segue:

- si suggerisce di fornire indicazioni in merito alle modalità operative e temporali di valutazione dei gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara e soprattutto delle eventuali misure di self-cleaning adottate dai concorrenti, specificando, in particolare, quando debbano essere riscontrati gli illeciti nonché quando e come debbano essere adottate le misure di self-cleaning, affinché possano essere tenuti in considerazione dalla stazione appaltante nell’ambito della specifica gara. Si suggerisce altresì di coordinare le previsioni di cui al presente punto con quelle di cui al successivo punto 7.2 del paragrafo VII “le misure di self-cleaning”, ai sensi del quale “l’adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte”;

- si chiede altresì di confermare che le condotte indicate al punto 2.1.2, possano assumere rilevanza anche se poste in essere, dal medesimo operatore, nell’ambito di procedure di gara diverse da quella in relazione alla quale viene effettuata la valutazione. Ove si confermasse questa interpretazione, si chiede di chiarire i rapporti tra la suddetta causa di esclusione e il motivo di esclusione di cui all’art. 80, co. 5, lett. f-ter). In base alla lettera f-ter), infatti, parrebbero assumere rilevanza solo quelle condotte dalle quali sia derivata l’iscrizione nel casellario informatico tenuto dall’Osservatorio ANAC e limitatamente al periodo di iscrizione nel casellario stesso;

- si suggerisce in ogni caso di fornire indicazioni in merito ad eventuali sovrapposizioni tra le condotte descritte al punto 2.1.2.3 del documento in consultazione e la nuova fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis, del D.Lgs. 50/2016, introdotta dal D.Lgs. 56/2017.

Al punto 2.1.3.1 (“Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico”) del paragrafo II, al n. 1, si fa riferimento ai provvedimenti AGCM divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva. In proposito si osserva quanto segue:

- laddove si fa riferimento alla locuzione “gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”, si chiede conferma che la medesima si riferisca anche alle pratiche commerciali scorrette;

- con riferimento alla precisazione “aventi effetti sulla contrattualistica pubblica”, si chiede conferma che l'individuazione di tali effetti debba essere svolta dalla stazione appaltante esclusivamente mediante l'analisi delle premesse e comunque dei contenuti dei provvedimenti dell'AGCM, delimitando pertanto l'ambito degli effetti da prendere in considerazione a quelli espressamente individuati dalla menzionata Autorità. In proposito si osserva che una tale lettura appare idonea a garantire certezza nell'individuazione delle situazioni effettivamente rilevanti, limitando i dubbi interpretativi ed evitando ricostruzioni diversificate da parte delle stazioni appaltanti e le disparità di trattamento che ne conseguirebbero nei confronti degli operatori economici;

- sarebbero utili elementi maggiori per la delimitazione della nozione di “medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”, specificando se la stessa debba essere intesa in senso lato ovvero strettamente riferita alla specifica prestazione oggetto di affidamento. In proposito, potrebbero essere trasfuse e implementate in questa sede le considerazioni già svolte da codesta Autorità nell'ambito della Delibera n. 296 del 29 marzo 2017. In tale occasione, in particolare, suggerendo di tenere conto, ai fini dell'individuazione del mercato oggetto del contratto da affidare, della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 740 del 20 febbraio 2017, codesta Autorità sembrerebbe aver sposato la tesi per cui occorre “aver riguardo al 'mercato rilevante' ai fini di cui all'art. 101 TFUE, ossia all'ambito economico interessato dall'illecito anticoncorrenziale addebitato in concreto alle imprese”;

- con riferimento all'”oggetto del contratto da affidare”, già menzionato al punto precedente, si chiede altresì di confermare che i provvedimenti AGCM possano non essere tenuti in considerazione, ai fini delle verifiche in merito alla sussistenza del motivo di esclusione in argomento, qualora afferenti a prestazioni che, seppur ricomprese nell'oggetto del contratto da affidare, nell'ambito del medesimo rivestano una rilevanza assolutamente minoritaria.

In merito al par. IV “I mezzi di prova adeguati”

Al punto 4.2 del paragrafo IV si specifica che la verifica circa la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) è condotta dalle S.A. mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, co. 10, del Codice, ma che qualora la S.A. venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel casellario possa comunque tenerne conto ai fini delle valutazioni di competenza.

A questo proposito, si suggerisce di disciplinare le conseguenze della mancata segnalazione da parte dei concorrenti, in sede di partecipazione, della sussistenza di fattispecie che potrebbero rilevare ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), anche eventualmente in linea con un recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale “la completezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali è, già di per sé, un valore da perseguire, laddove consente, anche in omaggio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile, perché – al di là dell'elemento soggettivo sottostante – falsa, deve ritenersi, in quanto tale, lesiva degli interessi tutelati dall'ordinamento in materia di procedure ad evidenza pubblica, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara” (TAR Campania, sez. I, n. 2598/2017), nonché

mediante il coordinamento con la previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del D.Lg. 80/2016, introdotta dal D.Lgs. 57/2017.

In merito al par. V "Rilevanza temporale"

In primo luogo si chiede di chiarire se nel paragrafo in argomento venga in rilievo una causa "interdittiva" alla partecipazione o - come sembrerebbe dal complesso del paragrafo 5 in cui si fa espresso riferimento alla necessità da parte della stazione appaltante di "valutare l'incidenza del tempo trascorso con riferimento alla gravità (...)" - un elemento sottoposto alla valutazione da parte della Stazione appaltante al fine di verificare l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

Con riferimento alle ipotesi di "accertamento definitivo, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna" si chiede di fornire indicazioni in merito alle modalità di individuazione delle fattispecie rientranti in tale previsione, al fine di garantire una uniformità di trattamento di situazioni simili da parte delle Stazioni Appaltanti.

B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA/ORDINI E COLLEGI PROFESSIONALI

1. ANCE

A seguito dell'entrata in vigore del decreto correttivo del codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 56/2017, ed in particolare dell'innovazione apportata al comma 10 dell'articolo 80, l'Autorità ha ritenuto opportuno aprire una nuova consultazione sulle Linee Guida in oggetto, chiedendo agli stakeholders di esprimersi sulle parti del Documento che sono state oggetto di modificazione.

Al riguardo occorre preliminarmente osservare che, come già rilevato in sede di osservazioni sulla prima stesura della linea guida in esame, necessità primaria sia quella di avere un'esatta individuazione delle fattispecie che rilevano ai sensi della lettera c) del comma 5.

Ciò al fine di dare certezza alle stazioni appaltanti in sede di verifica, oltreché delle imprese in sede di partecipazione alla gare. Non è infatti accettabile in termini di certezza del diritto, oltre che di semplificazione delle procedure e riduzione del contenzioso su cui si basa tra l'altro l'istituto del DGUE, una formula quale quella che si legge al punto 4.2. della linea guida, secondo la quale "La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente

Genericità ed astrattezza della previsione non può certo ritorcersi a danno dell'intero sistema, in particolare delle imprese che rischiano esclusioni dalle gare per false o incomplete dichiarazioni per circostanze del tutto irrilevanti riaprendo un problema che il nuovo Codice aveva fortunatamente chiuso in ordine alle fattispecie rilevanti ai sensi dell'odierno comma 1 dell'art.80 (che contrariamente alla vecchia lett.c) dell'art.38, comma 1 del Codice De Lise, oggi riporta la lista dei reati rilevanti).

La linea Guida deve, dunque, anzitutto operare tale elencazione tassativa anche per l'ipotesi dei gravi illeciti professionali di cui alla lettera c del comma 5 dell'art.80.

Secondo aspetto preliminare e conseguente al primo riguarda il fatto che nell'individuazione delle fattispecie rilevanti occorre evitare di riproporre temi già affrontati e regolati in altra parte dello stesso art.80. Diversamente rileverebbe un'ipotesi di violazione della legge primaria da parte della linea guida.

L'esempio può essere fatto (anche in questo caso in modo peraltro generico) per il richiamo alle fattispecie di cui al d.lgs 231/01 recato nel nuovo punto 2.1. in quanto la fattispecie che dà rilievo a tale disposizione (la 231) è già regolato entro precisi limiti dalla lettera f) dello stesso comma 5 dell'art.80.

In altri termini se il legislatore ha inteso dare rilievo alle condanne 231 nei termini e con i limiti previsti dalla lettera f) è illegittimo allargarne contenuti e portata in sede di linea guida. Stesso ragionamento vale, evidentemente, per i reati tributari (combinato disposto dagli artt. 1 e 4 dell'art.80).

Terzo punto riguarda il chiarimento della portata del comma 10, con riferimento alle modifiche introdotte in sede di correttivo, posto che affatto chiaro è l'individuazione delle fattispecie alle quali ci si riferisce nel momento in cui il legislatore si esprime con le parole ..."ove non sia intervenuta sentenza di condanna". Non è chiaro se si voglia dire ove non sia ancora intervenuta sentenza di condanna oppure laddove si verta in tema di procedimenti dove non vi sia tecnicamente prevista una condanna.

In quest'ottica non può peraltro sfuggire che, la ragione dell'aggiornamento della linea guida sia proprio legata a detto aggiornamento legislativo, che, quindi, al di là della già evidenziata esigenza di indicare tassativamente le fattispecie rilevanti, dovrebbe in principio chiarire l'esatta portata della nuova previsione di legge.

Ultimo, ma solo in ordine di elencazione, è il tema del chiarimento di alcune espressioni utilizzate dal testo proposto per la nuova linea guida che rischiano di seminare pericolosi dubbi ed incertezze operative.

Ed infatti, alla luce del chiaro riferimento contenuto al punto 2.1 che parla di illeciti professionali gravi definitivamente accertati, riferimento peraltro sempre richiamato nel cappello dei punti 2.1.1, 2.1.2. e 2.1.3., vengono poi utilizzate, non solo nel testo, ma anche nella relazione, formule quali "sentenza esecutiva" o "condanne esecutive" che sembrano porre in dubbio il principio basilare delle res judicata definitiva.

Tanto premesso, ulteriore serie di problemi riguarda la disciplina del subappalto, di cui si dirà oltre.

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

Prima di entrare nel merito dei singoli paragrafi del Documento di Consultazione, si rendono opportune alcune precisazioni relative alla RELAZIONE ILLUSTRATIVA, nella quale sono presenti alcuni errori formali ed imprecisioni, che, come tali, è opportuno correggere.

In primo luogo, nella Relazione si chiarisce che le motivazioni che hanno determinato la riapertura della consultazione sono riconducibili alla necessità di uniformare le indicazioni fornite in precedenza sul "grave illecito professionale" - di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) - alla modifica apportata dal decreto correttivo al comma 10 del medesimo articolo 80. Per effetto di tale innovazione, infatti, il legislatore ha chiarito che le fattispecie riconducibili a tale ipotesi astratta di esclusione, per essere rilevanti, devono essere oggetto di un accertamento definitivo.

Ciò premesso, tuttavia, all'interno della Relazione sono presenti alcune indicazioni incoerenti con tale presupposto di partenza. Infatti, da alcuni passaggi, confermati poi anche nel corpo centrale del Documento, l'Autorità talvolta collega la "definitività" dell'accertamento "all'esecutività" del provvedimento che accerta il fatto.

Tale collegamento, tuttavia, non ha una valenza generale.

Pertanto, al fine di evitare situazioni di incertezza, che potrebbero indurre talune amministrazioni a considerare rilevanti provvedimenti esecutivi non definitivi, si suggerisce di modificare sia la Relazione che il Documento di Consultazione facendo sempre riferimento, in modo chiaro, alla irrevocabilità/inoppugnabilità dei provvedimenti di accertamento.

In secondo luogo, occorre evidenziare che la Relazione, per quanto concerne le sentenze di condanna, fa riferimento, come mezzo di prova, al certificato integrale dei carichi pendenti (pag. 2, ultimo capoverso). Tale riferimento appare errato, in quanto quest'ultimo, per definizione, riporta provvedimenti di condanna non

definitivi; pertanto, va sostituito con il richiamo al certificato integrale del casellario giudiziale che, peraltro, è correttamente richiamato all'interno del Documento di consultazione (paragrafo 4.2 lettera b).

Infine, si segnala che i paragrafi individuati quali oggetto di modifica, rispetto alle precedenti Linee Guida, attraverso l'eliminazione del richiamo alle sentenze di condanna non definitive, risultano richiamati in modo errato. I richiami corretti sembrerebbero essere i seguenti: 2.1.1.4; 2.1.2.5; 4.1; 4.3, lettera b); 4.4

Infine, si rende necessario formulare alcune osservazioni in merito all'applicazione della causa di esclusione in relazione al subappaltatore.

L'articolo 80, comma 5, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti escludano dalla partecipazione un operatore economico in presenza di una delle situazioni descritte, anche riferita ad un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6.

Il dettato normativo non è particolarmente chiaro, e potrebbe essere interpretato nel senso che l'eventuale presenza di un grave illecito professionale in capo al subappaltatore indicato in gara, comporti l'esclusione anche del concorrente principale.

Tale interpretazione, anzitutto, risulterebbe essere in contrasto con il disposto della lettera rrr), art. 1, comma 1, della legge delega, che prevede, esclusivamente, la sostituzione del subappaltatore, in caso di accertamento della sussistenza di motivi di esclusione a suo carico.

In secondo luogo, appare particolarmente critica, sotto diversi profili.

Anzitutto, va considerato che il concorrente non è nella condizione di poter verificare, prima della partecipazione, la presenza di illeciti professionali in capo al subappaltatore da indicare e, dunque, non può rispondere, in prima persona, per fatti illeciti commessi da un terzo, sui quali peraltro non è in grado di esercitare alcun controllo. Inoltre, va ricordato che in gara il concorrente deve indicare una terna di subappaltatori e pertanto, l'eventuale inidoneità di un subappaltatore, non andrebbe comunque ad incidere sulla qualificazione del concorrente principale, essendo quest'ultima garantita dalla presenza di altri due possibili subappaltatori.

Peraltro, l'articolo 105, comma 12, sia pure con qualche ambiguità, sembrerebbe ammettere la possibilità di sostituire il subappaltatore che incorra in un motivo di esclusione, precisando che "L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80". La norma si riferisce all'affidatario, lasciando intendere un riferimento alla fase esecutiva del contratto di appalto. Tuttavia, poiché il primo momento della verifica sui requisiti è quello della gara, appare possibile ritenere che la possibilità di sostituzione sia effettuabile anche in gara.

Infine, si consideri che l'art. 89, comma 3 del codice consente al concorrente che partecipi alla gara utilizzando i requisiti di un'impresa ausiliaria di sostituire la stessa ove la stazione appaltante riscontri in capo a quest'ultima l'assenza dei necessari requisiti, generali o speciali. Pertanto, se tale possibilità di sostituzione è consentita nei casi di avvalimento, nei quali la qualificazione del concorrente dipende dall'impresa ausiliaria, "a fortiori" tale possibilità dovrebbe essere consentita nel caso dell'indicazione della terna, pena un'ingiustificata ed irragionevole disparità di trattamento.

Tutto ciò considerato, sarebbe opportuno che nelle Linee Guida venisse definitivamente chiarito che la causa di esclusione riguardante il grave illecito professionale trova applicazione anche nei confronti del subappaltatore indicato in gara, ma con effetti che non impattano sul concorrente, il quale potrà sostituirlo con un nuovo nominativo ovvero avvalersi degli altri due nominativi indicati.

II. AMBITO OGGETTIVO

Paragrafo 2.1

L'Autorità ha ritenuto opportuno esplicitare, a titolo esemplificativo, alcuni reati che possono configurarsi come gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio l'integrità/moralità del concorrente. Tuttavia, i reati citati non sempre appaiono tipicamente connessi all'esercizio dell'attività imprenditoriale edile.

Va evidenziato, infatti, che la causa di esclusione in oggetto non implica una valutazione complessiva sulla "moralità" del concorrente, genericamente considerata, bensì l'accertamento di fatti che costituiscano un grave illecito commesso nell'esercizio dell'attività professionale, dal quale derivi la compromissione del rapporto fiduciario con l'amministrazione. Pertanto, nell'individuazione delle fattispecie rilevanti, non dovrebbe guardarsi ad illeciti che attengano genericamente all'esercizio dell'attività imprenditoriale, in quanto questi sono già considerati nell'ambito di altri motivi di esclusione dell'articolo 80.

Piuttosto, dovrebbe guardarsi allo specifico comparto di attività in cui il soggetto esercita la professione, con una doverosa differenziazione tra i diversi settori dei lavori, dei servizi e delle forniture. Si tratta, infatti, di ambiti di attività professionale caratterizzati da specifiche peculiarità, delle quali non può non tenersi conto, anche ai fini dell'individuazione di eventuali situazioni di grave illecito professionale.

Pertanto, in primo luogo, sarebbe opportuno, differenziare le fattispecie rilevanti, in funzione del comparto di attività in cui il soggetto opera.

In ragione di ciò, con riferimento al comparto dei lavori edili, non sembra opportuno prevedere tra le fattispecie rilevanti alcuni reati, citati nel Documento, in quanto connessi al generico esercizio dell'attività imprenditoriale e non riguardanti specificamente l'attività edile. Si tratta, in particolare, dei delitti contro l'industria e il commercio, dei reati fallimentari, dei reati tributari e reati societari. Questi reati possono rilevare soltanto laddove comportino, quale pena accessoria, un'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, come previsto al comma 1, lett. g), dell'articolo 80, a chiusura della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

A tale riguardo, con riferimento ai reati urbanistici (di cui alla lett. d) sarebbe opportuno specificare più compiutamente quelli che possono assumere carattere significativo. In particolare, si dovrebbero richiamare espressamente quelli di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

Va, inoltre, evidenziato che il riferimento ai reati previsti dalla L. 231/2001 appare eccessivamente generico e, quindi, suscettibile di ampliare il novero delle cause di esclusione ben oltre i confini tracciati dalla direttiva 2014/24/UE, all'art. 57, oltrepassando i livelli minimi di regolazione richiesti dalle direttive europee, con possibile violazione del divieto di gold plating.

Infine, si segnala che le fattispecie rilevanti dovrebbero essere individuate dall'ANAC in modo tassativo e non esemplificativo, proprio al fine di rispondere pienamente alla finalità delegata dal Codice alle Linee Guida Anac, che è quella di garantire omogeneità di applicazione da parte delle stazioni appaltanti. Peraltro, non può non evidenziarsi che un margine di discrezionalità troppo ampio nella considerazione delle fattispecie rilevanti da parte delle amministrazioni, potrebbe impattare direttamente sul contenuto delle dichiarazioni che il concorrente deve rendere in sede di gara, determinando episodi inconsapevoli di dichiarazioni incomplete, causate dall'assenza di chiarezza sulle fattispecie rilevanti, con il rischio della contestazione di un falso in gara.

Paragrafo 2.1.1

Nel menzionare la fattispecie delle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto" viene effettuata una elencazione esemplificativa che, in alcuni punti, pecca di eccessiva genericità. In particolare, secondo detta elencazione, assumerebbero rilevanza, a titolo esemplificativo, anche "l'adozione di comportamenti scorretti" e "il ritardo nell'adempimento".

Il riferimento alla c.d. “adozione di comportamenti scorretti”, appare viziata da eccessiva indeterminatezza ed idonea ad allargare eccessivamente il perimetro applicativo della norma e dei poteri sanzionatori della stazione appaltante.

Perplessità suscita anche il richiamo al “ritardo nell’adempimento”, in quanto risulta potenzialmente idoneo a determinare un allargamento eccessivo del perimetro di applicazione della norma e dei poteri sanzionatori della stazione appaltante. Infatti, o il ritardo è tale da determinare la risoluzione del contratto e, quindi, l’indicazione è del tutto pleonastica, ovvero se il ritardo non ha determinato la risoluzione perché, a seguito della comunicazione degli addebiti da parte della stazione appaltante, l’impresa appaltatrice ha posto rimedio, il medesimo non può assumere rilevanza quale causa escludente.

Infine, risulta, errato il richiamo all’art.102, comma 2 contenuto nel punto sub 8 “negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell’art. 102, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06)”. Il riferimento è all’art.106, comma 2.

Paragrafo 2.1.2.2

Con riferimento all’ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio» si menziona, tra i possibili comportamenti sanzionabili, anche la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

Anche in tal caso, l’indicazione risulta viziata da eccessiva genericità ed idonea, pertanto, ad allargare eccessivamente il perimetro di applicazione della norma.

In conformità con l’orientamento giurisprudenziale consolidato in materia, occorre precisare che deve trattarsi di circostanze oggettivamente e specificamente idonee ad incidere sulla regolarità della procedura, debitamente accompagnate dall’indicazione, a cura della stazione appaltante, dei precisi elementi di prova della sussistenza di tali situazioni. Sarebbe pertanto auspicabile che l’ANAC provvedesse all’individuazione tassativa anche di tali mezzi di prova.

Occorre, cioè, evitare che venga attribuita rilevanza, ai fini dell’esclusione dalla gara, a mere circostanze di fatto o a semplici elementi di contatto, inidonei a condizionare la regolarità dello svolgimento della gara.

IV. I MEZZI DI PROVA ADEGUATI

Paragrafo 4.2

Per quanto riguarda i mezzi di prova, attraverso i quali le stazioni appaltanti devono accertare la sussistenza di eventuali fattispecie rilevanti, viene confermato il riferimento, già presente nelle precedenti Linee Guida, alle annotazioni inserite nel Casellario Informativo ed al certificato integrale dei carichi pendenti, per le condanne penali.

Inoltre, viene previsto che, se la stazione appaltante viene a conoscenza di cause ostative non ancora inserite nel Casellario, ne tiene conto ai fini delle valutazioni di sua competenza, previa idonee verifiche in ordine all’accertamento della veridicità.

Tale possibilità finisce per attribuire alla stazione appaltante i più ampi poteri discrezionali nella verifica e nella dimostrazione dell’illecito.

Ciò, appare in contrasto con la finalità stessa assegnata dal comma 13, dell’art. 80 alle Linee Guida, tesa a garantire omogeneità applicative da parte delle amministrazioni, e contrario al principio di tassatività delle prove

di cui all'art.60 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 86 del Codice dei contratti 8 (così anche parere CDS 3/11/2016 sulle linee guida n.6 . punto 12.1)

Inoltre, tale incondizionata apertura ai mezzi di prova utilizzabili, mette in grave difficoltà i concorrenti che, dovendo dichiarare nel DGUE fatti e circostanze non ben definiti e non oggettivamente comprovabili, rischiano di omettere informazioni considerate rilevanti e passibili di denuncia di dichiarazioni mendaci.

V. RILEVANZA TEMPORALE

Paragrafo 5.1

Viene previsto che la decorrenza del periodo di interdizione - come stabilito dal comma 10 dell'art. 80 - consegue all'accertamento definitivo dell'illecito professionale. La rilevanza ostativa non viene più fatta decorrere dalla data di annotazione nel Casellario informatico, come nella versione originaria, ma dalla data di esecutività del provvedimento.

Tale data, che assume rilevanza centrale nel sistema, non risulta sempre di immediata individuazione né vi provvedono in alcun modo le linee guida e la relazione.

E' opportuno, pertanto, che il documento in consultazione rechi indicazione di tale momento, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie che non configurano ipotesi di reato, ma illecito civile o amministrativo ovvero integrano gravi comportamenti nello svolgimento delle procedure di gara.

Che questo rappresenti un punto centrale è testimoniato anche dal fatto che le prime pronunce della giurisprudenza amministrativa vertono proprio intorno alla individuazione del presupposto della definitività dell'accertamento. (Tar Salerno 2/01/2017 n. 1989; Tar Lecce 22/12/2016 n. 1935; Consiglio di Stato, sez. V, 27/04/2017 n. 1955)

2. Confartigianato

In merito alla Linea Guida n. 6 si osserva quanto segue

L'art. 80 al comma 1 ed al comma 2 individua in maniera esaustiva e completa le tipologie di reati, che costituiscono motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di appalto o concessione. Tali reati debbono intendersi in maniera esaustiva e tassativa e non deve essere ammessa una interpretazione estensiva degli stessi.

Il comma 3 del medesimo articolo 80 individua i soggetti nei confronti dei quali deve essere accertata la presenza di sentenze definitive o decreti penali di condanna individuati ai commi 1 e 2.

In particolare riferimento a tali soggetti, si ritiene utile che le linee guida forniscano un dettaglio dei soggetti sottoposti a controllo, chiarendo in particolare quali siano le casistiche dei componenti del "consiglio di amministrazione", del "consiglio di direzione" e del "consiglio di vigilanza" e più in particolare se tali soggetti siano sottoposti al controllo anche se privi di delega. Si chiede inoltre di chiarire quali siano le persone che hanno "poteri di direzione o di vigilanza" o "muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo" e se tali poteri debbano risultare da delega scritta o anche da semplici poteri di fatto.

I seguenti commi 4 e 5 individuano ulteriori cause di esclusione che assumono rilevanza qualora sono riportati dagli "operatori economici".

Appare innanzitutto indispensabile che la linea guida chiarisca se tali fattispecie assumono rilevanza solo nel caso in cui siano riportate dagli operatori economici (come appare evincersi dal dettato normativo) oppure se anche

per i commi 4 e 5 dell'art. 80 si debba valutare la posizione di tutti i soggetti individuati dal comma 3, tra i quali, si evidenzia, rientrano anche i soggetti "cessati dalla carica nell'ultimo anno".

Appare determinante che la linea guida entri nel merito di una possibile individuazione delle fattispecie del comma 5 lettera A) che appaiono rappresentare i casi più problematici per le imprese, laddove assumono rilevanza la presenza di "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché gli obblighi di cui all'art. 30, comma 3" segnatamente "obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X".

Appare inoltre opportuno che la linea guida chiarisca se l'operatore economico sia tenuto a dichiarare OGNI precedente penale che in qualche modo assuma rilevanza ai fini di una valutazione del precedente penale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero se l'operatore possa limitarsi a dichiarare solamente quei precedenti penali che rivestano i caratteri della GRAVITA'

Al paragrafo V. Rilevanza temporale:

In particolare riferimento alla rilevanza temporale si ritiene indispensabile che la linea guida si attenga alle scadenze temporali indicate dal comma 10: cinque anni, se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria; è pari alla durata della pena principale se questa è di durata inferiore a cinque anni.

Appare indispensabile che la linea guida chiarisca in maniera inequivocabile che tali termini temporali assumono rilevanza anche in riferimento agli obblighi dichiarativi degli operatori economici, con la conseguenza che precedenti penali particolarmente "datati" non devono essere dichiarati, in quanto non possono essere valutati dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini dell'ammissione all'appalto.

In maniera difforme, non si comprende perché i reati di cui al comma 1 e 2 dovrebbero assumere rilevanza solamente entro i termini temporali del comma 10 mentre le violazioni di cui al comma 5 – che appaiono meno gravi – dovrebbero avere valenza temporale più lunga.

Si propone inoltre l'eliminazione del punto 5.2.

Il mancato riferimento all'arco temporale potrebbe generare una situazione caotica non facilmente gestibile e discriminante per gli Operatori Economici interessati: sovente per la partecipazione alle gare questi devono sostenere anche ingenti costi (si pensi ad esempio ai costi di progettazione nel caso delle gare affidate con il criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa) e tale circostanza potrebbero scoraggiare ancora di più la partecipazione al mercato pubblico da parte delle Micro e Piccole Imprese.

Con riferimento al punto 7.1 (Capitolo VII. Le misure di self-cleaning) si evidenzia che nelle condizioni di esclusione esemplificate al punto 2.1.1.3 è fondamentale che l'esclusione dell'operatore economico per il ricorrere delle fattispecie in esame, deve seguire alla formale contestazione degli addebiti con le garanzie del contraddittorio e deve essere adeguatamente motivata.

3. Generalsoa

2.1.1 SIGNIFICATIVE CARENZE NELL'ESECUZIONE DI UN PRECEDENTE CONTRATTO

paragrafo 2.1.1.3. punto 4:

4. il ritardo nell'adempimento (deve essere grave tale da pregiudicare il contenuto della prestazione e non di modesta entità)

2.1.3 ALTRE SITUAZIONI IDONEE A PORRE IN DUBBIO L'INTEGRITA' O L'AFFIDABILITA' DELL'OPERATORE ECONOMICO

2.1.3.1.

Come rilevato dal Consiglio di Stato in sede consultiva nel parere n. 2286 l'irrogazione di una sanzione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non può consolidare alcuna fattispecie escludente tra quelle previste dall'art. 80 comma 5 lett. c) laddove discorre di "altre sanzioni".

Non si discosta dal parere del Massimo Consesso di GA anche TAR Campania Salerno 2 gennaio 2017 n. 10.

Si ritiene che il ravvisare nei provvedimenti dell'AGCM una delle fattispecie escludenti di conio normativo aumenterebbe il contenzioso, contrastando con le finalità stesse del nuovo Codice .

IV. I CRITERI DI VALUTAZIONE DEI GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

I criteri indicati ed in particolare il riferimento alla specifica prestazione affidata al concorrente, quale canone di valutazione delle stazioni appaltanti, conferma l'inapplicabilità di tale causa di esclusione alla qualificazione Soa.

Vale a dire che impedire la qualificazione Soa per la sussistenza di un grave illecito professionale è abnorme rispetto alla esclusione da una specifica gara (in linea con i criteri relativi nel paragrafo in esame) fatta salva la eventuale mancata attribuzione della qualificazione nella specifica tipologia di lavori/categoria alla quale il grave illecito professionale si riferisce.

4. Lega Coop servizi

Con riferimento al documento di consultazione relativo alle Linee guida n. 6 contenente integrazioni al documento approvato dal Consiglio dell'ANAC con Delibera n. 1293 del 16/11/2016 e resesi necessarie a seguito delle modifiche apportate all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 dal D.Lgs. n. 56/2017 ("Decreto Correttivo"), si segnala l'introduzione di una nuova condizione posta dalle linee guida messe in consultazione affinché alcune cause ivi citate rilevino ai fini dell'esclusione del concorrente. Detta condizione è quella della "esecutività della condanna", introdotta al punto 2.1 ed al punto 2.1.3.1. delle citate linee guida.

Tuttavia, in considerazione:

- dei principi informativi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016;
- di quanto esposto nella Relazione illustrativa delle linee guida in argomento redatta dalla Autorità medesima;
- dell'elaborazione giurisprudenziale fornita sia dal supremo consesso amministrativo nazionale che dalla Corte di Giustizia UE in ordine alla possibilità che il provvedimento potenzialmente esclusivo possa avere efficacia;

tale nuova condizione non si ritiene giustificabile.

Per chiarezza espositiva si riportano i citati punti delle Linee guida n. 6 poste in consultazione.

II. Ambito oggettivo

2.1 Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi definitivamente accertati, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini

dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito. In particolare, rilevano le condanne esecutive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo:

a. abusivo esercizio ..(...).

2.1.3.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente:

1. i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva, 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.

2. i provvedimenti sanzionatori divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che

In particolare, con riferimento ai provvedimenti di condanna assunti dall'AGCM, il punto 2.1.3.1. precisa – appunto – che gli stessi possono assumere rilievo se “divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza esecutiva”.

In altri termini, in base alla modifica proposta, il provvedimento di condanna dell'AGCM potrebbe assumere rilievo anche laddove ne sia affermata la legittimità con una sentenza di primo grado avente efficacia esecutiva (come le sentenze del TAR ai sensi dell'art. 33 c.p.a.) non ancora passata in giudicato e suscettibile di riforma nei successivi gradi di giudizio.

Questa modifica non appare condivisibile per una pluralità di concorrenti ragioni:

(i) In primo luogo, la modifica appare contrastante con la novella all'art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50/2017 introdotta dal recentissimo d.lgs. n. 56/2017, recante “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”, nonché con il punto 5.1 della stessa bozza di aggiornamento delle Linee Guida.

In entrambi i casi, infatti, si prevede che la rilevanza temporale di una delle fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2017 ai fini dell'eventuale interdizione dalle gare venga individuata in un arco temporale di tre anni “decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo”.

E' evidente che il nuovo art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50/2017 (così come, del resto, il punto 5.1. della bozza delle Linee Guida) presuppone che la fattispecie rilevante sia stata accertata in via “definitiva”, e cioè con un provvedimento rimasto inoppugnato oppure, ove contestato in giudizio, con una sentenza evidentemente passata in giudicato.

(ii) L'interpretazione testé proposta è anche l'unica conforme ai principi generali di ragionevolezza, logicità e proporzionalità. Se fosse confermata la proposta di modifica contenuta nella bozza delle Linee Guida, infatti, si avrebbe l'effetto paradossale che, da un lato, l'operatore colpito da un provvedimento sanzionatorio AGCM potrebbe esser escluso dalle gare fin dalla pubblicazione di una sentenza di primo grado non ancora definitiva (in quanto suscettibile di impugnazione e quindi di riforma); dall'altro, ai fini della decorrenza del triennio di rilevanza temporale della fattispecie escludente, il dies a quo previsto dal legislatore sarebbe quello dell'“accertamento definitivo” (ai sensi dell'art. 80 comma 10 d.lgs. 50/2016), derivante appunto dal formarsi della res iudicata.

In tal modo, il provvedimento sanzionatorio AGCM potrebbe dar luogo all'esclusione dell'operatore dalle gare pubbliche per un periodo ben maggiore rispetto al triennio previsto dall'art. 80, comma 10, d.lgs. 50/2016, poiché finirebbe per poter essere valutato dalle stazioni appaltanti fin dalla pubblicazione della sentenza di primo grado avente efficacia esecutiva e, dunque, anche in assenza di un “accertamento definitivo”.

(iii) Alle di per sé dirimenti considerazioni che precedono si aggiunge, come sopra accennato, un richiamo alla più recente giurisprudenza nazionale nonché alla giurisprudenza comunitaria.

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di soffermarsi sulla causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, interpretata anche alla luce delle corrispondenti previsioni della direttiva 2014/24/UE (e in particolare dell'art. 57 e del considerando 101), affermando che la causa di esclusione in questione “ha carattere facoltativo” e che le fattispecie ad essa riconducibili possono ritenersi integrate “solo in presenza di una decisione giurisdizionale definitiva” (cfr. Sez. V, 27.4.2017, n. 1955, in relazione a fattispecie di risoluzione contrattuale contestata in giudizio e non ancora accertata con sentenza passata in giudicato).

Merita, poi, segnalare la decisione della Corte di Giustizia con cui si è affermato che “gli artt. 49 TFUE e 56 TFUE non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che esclude la partecipazione a una procedura di gara d'appalto di un operatore economico che abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda” (Corte di Giustizia, 18.12.2014, causa C-470/13, Generali).

In particolare, detta pronuncia:

(a) è stata resa in sede di rinvio pregiudiziale, affrontando la questione circa la compatibilità con il diritto comunitario di specifiche previsioni legislative di uno Stato membro che attribuivano rilevanza all'infrazione al diritto della concorrenza ai fini della partecipazione alle gare pubbliche;

(b) ha precisato che una simile normativa nazionale potrebbe essere bensì compatibile con il diritto comunitario, ma sul presupposto (ovvero a condizione), chiaramente espresso, che tale infrazione sia stata “constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato”.

In altri termini, la giurisprudenza comunitaria considera condizione imprescindibile il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa dell'infrazione alla normativa in materia di tutela della concorrenza perché la stessa possa assumere rilievo ai fini della esclusione dalle gare pubbliche, intendendosi in tal modo subordinare l'applicazione di siffatta sanzione alla definitività dell'accertamento dell'infrazione.

Pare inoltre incontrovertibile che l'inoppugnabilità o l'accertamento in via definitiva della circostanza che costituisce causa escludente, in quanto principio generale, debba necessariamente essere applicato pure alle circostanze prese in esame nei sopra riportati punti 2.1 e 2.1.3.1. n. 2, inerenti rispettivamente alle condanne penali ed ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'ANAC.

Anche per tali fattispecie, l'utilizzo dell'espressione “condanne esecutive” contrasta con i principi generali informativi delle condizioni che il legislatore (e anche la stessa ANAC), ha posto quale fondamento della possibilità o, in alcuni casi, dell'obbligo per la stazione appaltante di escludere il concorrente.

Infatti e come in precedenza già accennato:

- “Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art.444 del codice di procedura penale (...) per uno dei seguenti reati (...)” (art. 80 c. 1 D.lgs n. 50/2016);

- “Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi ...(..)” (art. 80 c. 4 D.lgs n. 50/2016);

- “Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna.” (art. 80 c. 10 D.lgs n. 50/2016 già citato)

Non si ritiene possano esservi dubbi che il legislatore, anche in materia di pubblici appalti, ha espressamente subordinato - in linea generale - l'efficacia della causa escludente all'oggettiva circostanza che detta causa deve essere accertata in modo definitivo e ciò anche in coerenza con i principi regolanti il nostro ordinamento giuridico.

Per quanto sopra è pacifico che il D.lgs. n. 50/2016, come modificato dal D.Lgs n. 56/2017, nella parte in cui regola l'esclusione dell'operatore economico, è informato dal principio generale secondo il quale la sanzione (sia essa l'esclusione dalla gara o il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione), opera solo ed esclusivamente nel caso in cui sia intervenuto un accertamento definitivo della circostanza da cui consegue la sanzione medesima.

E' poi di tutta evidenza che tale principio generale deve regolare anche le linee guida regolatrici della materia.

A conferma di ciò si esprime la stessa Autorità, laddove ha ritenuto opportuno evidenziare (nella propria Relazione illustrativa alle linee guida n. 6 aggiornate al D.lgs n. 56/2017), che nelle nuove linee guida sono state eliminate le “previsioni contenute nei paragrafi 2.1.1. e 2.1.2, come pure le disposizioni i cui ai punti 4.2, lett b), 4.3 e 4.4 attinenti alla verifica della sussistenza dei provvedimenti di condanna non definitivi”.

Per completezza espositiva si rammenta che in detti paragrafi si imponeva alla stazione appaltante di valutare anche i provvedimenti di condanna NON definitivi.

Logica conclusione degli oggettivi elementi qui evidenziati non può che essere la conseguente modifica dei citati paragrafi 2.1 e 2.1.3.1. delle linee guida poste in consultazione, modifica che di seguito si espone anche in considerazione della circostanza che il permanere in dette linee guida delle condizioni oggetto dei rilievi sopra svolti potrebbe esporsi ai rilievi di violazione della normativa interna e dei principi di diritto eurounitario richiamati.

5. Unionsoa

Le linee guida, al punto 1.3., prevedono che “I motivi di esclusione individuati dall'art. 80 del codice e, per quel che qui rileva, il suo, comma 5, lett. c) sono presi in considerazione anche: a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, comma 4). Tuttavia le stesse linee guida , nella parte VI “Criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali”, danno però indicazioni solo con riferimento alle Stazioni appaltanti, legando la valutazione da effettuare ai fini dell'esclusione alla specifica attività e prestazione che l'operatore economico è chiamato a svolgere, all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato. (rif. 6.2, 6.3, 6.4).

Nessuna indicazione viene data alle SOA che, da un lato non possono fare riferimento ad una specifica gara, dall'altro - in caso di diniego dell'attestazione - inibirebbero ab origine la possibilità dell'impresa di affrontare le valutazioni di ogni singola Stazione appaltante, con sicuro danno per il concorrente.

E' quindi necessario fornire tali indicazioni operative alle SOA, anche in considerazione che lo stesso punto 6.2.3 impone che: “l'esclusione non sia tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e sia disposta all'esito di una

valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata”.

6. OPERATORI ECONOMICI

1. Markas s.r.l.

Si chiede cortesemente a Codesta Spett.le Autorità di voler chiarire alcuni aspetti pratici relativi all'introduzione della lettera f-bis all'art. 80 comma 5, che dispone che le stazioni appaltanti escludono dalla gara “l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”.

In primo luogo si chiede se l'eventuale esclusione disposta ai sensi della citata disposizione normativa possa essere annoverata tra i "gravi illeciti professionali" previsti dall'articolo 80 co. 5 lett. c).

In caso affermativo, si chiede di chiarire quali siano gli adeguati mezzi di prova utilizzabili dalle stazioni appaltanti per poter disporre l'esclusione del concorrente che si sia precedentemente macchiato della violazione dell'art. 80 co. 5 lett. f). Al riguardo, si chiede di chiarire cosa si debba intendere per “documentazione”, ossia se debbano ritenersi compresi anche il progetto tecnico e l'offerta economica; inoltre, si chiede come debba distinguersi l'informazione “non veritiera” dell'informazione “falsa”; infine, si chiede che cosa si debba intendere con l'espressione “negli affidamenti di subappalti”, ovvero se il riferimento sia ai subappalti relativi alla gara in corso o ad altri subappalti precedenti.

7. LIBERI PROFESSIONISTI

1. Avv. Andrea Netti

Spett.le Autorità,

con il presente documento si intendono proporre brevi riflessioni in merito alle Linee Guida n. 6 redatte in relazione all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, avuto riguardo alla sezione "IV. I mezzi di prova adeguati" e, segnatamente, al passaggio ove si specifica che "La sussistenza della cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione [...] Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie inserite nel Casellario Informatico gestito dall'Autorità astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità".

In particolare, le nuove Linee Guida pongono in capo ai concorrenti l'onere di dichiarare tutte le notizie e tutte le iscrizioni inserite nel Casellario Informatico "astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità".

In conformità a quanto disposto dall'art. 80 comma 5 lett. c), si chiede all'Ill.ma Autorità di voler integrare il testo delle suddette Linee Guida precisando che “non debbono essere tuttavia dichiarati, in quanto non astrattamente idonei a porre in dubbio la moralità professionale dell'operatore economico, i provvedimenti di risoluzione anticipata fatti oggetto di contestazione mediante giudizio civile di accertamento negativo volto ad acclarare la carenza dei presupposti legittimanti la risoluzione disposta”.

Sul punto, si rileva, che proprio l'art. 80 comma 5 lett. c) esclude rigorosamente qualsivoglia valutazione da parte della stazione appaltante allorché la risoluzione sia stata contestata ed il relativo giudizio sia pendente, specificando che i provvedimenti de quibus possono essere presi in considerazione, ai fini dell'esclusione, unicamente nell'ipotesi in cui non siano stati oggetto di contestazione ovvero siano stati confermati in sede giudiziale (nello stesso senso, anche le stesse Linee Guida al punto 2.1.1.1 pag. 4, nonché la giurisprudenza, cfr.

Consiglio di Stato, sent. n. 1955/2017; TAR Puglia, sez. Lecce, sent. n. 1935/2016; TAR Campania, sez. Salerno, sent. n. 10/2017; TAR Calabria, sez. Catanzaro, sent. n. 2522/2016; TAR Sardegna, sez. Cagliari, sent. n. 124/2017).

In assenza dell'integrazione proposta, si potrebbe pertanto giungere ad un contrasto tra quanto previsto dalle nuove Linee Guida n. 6 ed il dettato normativo (art. 80 comma 5 lett. c)), rimettendo in capo alle stazioni appaltanti un potere valutativo di fatto escluso dalla legge.

Quanto ivi suggerito parrebbe, peraltro, trovare conforto nella Delibera n. 213 del 1 marzo 2017 (Parere PREC 14/17/S, in relazione all'art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. 50/2016), ove l'Autorità ha chiaramente specificato che "la pregressa risoluzione contrattuale contestata in giudizio e ancora pendente, non consente alla stazione appaltante di poter formulare una valutazione in termini negativi a carico dell'operatore economico interessato", escludendo dunque la necessità di dichiarare, mediante autocertificazione, i provvedimenti di risoluzione che siano stati contestati in giudizio.

L'Autorità ha, difatti, concluso "Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016, affinché la stazione appaltante possa valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, con riferimento alla risoluzione anticipata, la stessa non deve essere contestata in giudizio ovvero confermata all'esito di un giudizio, con la conseguenza che in assenza del ricorrere dei suddetti presupposti, la causa di esclusione non può dirsi operante".

Con l'auspicio che le presenti osservazioni vengano favorevolmente valutate dall'Ill.ma Autorità.

2. Studio legale Ristuccia e Tufarelli

Sarebbe utile chiarire nel testo delle linee guida, da un lato, quale parte sia da considerarsi, ai sensi dell'art. 80 comma 13, definitoria dei mezzi di prova adeguati e delle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto e, dall'altro lato, quale parte sia da considerarsi un indirizzo interpretativo di codesta Autorità.

Con riferimento al punto 2.1, occorre che l'indicazione dei reati ivi elencati come causa ostativa si traduca in una nuova valutazione da parte dell'Amministrazione circa la possibilità per il condannato di contrarre con la PA, dove questa valutazione è effettuata a monte dalla legge o spetta al giudice del processo in fase di definizione della sanzione.

Con riferimento alle Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, di cui al punto 2.1.1, sarebbe opportuno circoscrivere temporalmente le risoluzioni contrattuali [lett. a) del punto 2.1.1.1.] che la stazione appaltante deve valutare ai fini della possibile esclusione.

Stabilendo un termine (es. quinquennale, triennale, etc.) che delimiti l'incidenza delle pregresse risoluzioni, si garantirebbe ai concorrenti di non essere esposti a potenziali esclusioni su questioni particolarmente risalenti nel tempo, in armonia con i principi comunitari di apertura del mercato e con i criteri direttivi imposti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, secondo cui occorre garantire "un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti".

Per quanto riguarda la lett. b) del punto 2.1.1.1. andrebbe precisato che le condanne al risarcimento del danno o alle altre sanzioni debbano essere definitive, garanzia dovuta dal principio di certezza del diritto nei riguardi dei concorrenti e di effettiva cristallizzazione dei fatti valutabili dalle stazioni appaltanti.

La norma in tal senso è chiara nel richiedere il preventivo accertamento giurisdizionale o comunque la non impugnazione della sanzione.

Inoltre, un'applicazione della norma inclusiva delle condanne impugnate o impugnabili e sanzioni o penali non definitive tra quelle utili alla valutazione del concorrente, comporterebbe che in caso di pronuncia giudiziale con esito favorevole all'operatore precedentemente condannato/sanzionato (ad es. in caso di annullamento della sanzione), la stazione dovrebbe subire i procedimenti contenziosi per il pregiudizio subito dall'escluso.

[Ha collaborato alla redazione il dott. Antonino Castorino]