



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 231

DEL 4 marzo 2020

OGGETTO: Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Agenzia Regionale Sardegna Ricerche – Procedura aperta telematica per l'affidamento, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di assistenza e supporto alla gestione degli spazi del Complesso Manifattura Tabacchi Cagliari – Importo a base di gara: Euro 316.982,00 – S.A.: Agenzia Regionale Sardegna Ricerche.

PREC 36/2020/S

Grave illecito professionale – Illecito antitrust – Misure di *self cleaning* – Valutazione rimessa in via esclusiva alla stazione appaltante.

Ai sensi dell'art. 80, comma 8, del Codice (conformemente al considerando n. 102 e all'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE), spetta in via esclusiva alla stazione appaltante valutare in concreto non solo se sussista un motivo di esclusione di un operatore economico, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), ma anche se le misure di *self cleaning* adottate da tale operatore siano idonee e sufficienti a ristabilire la sua integrità o affidabilità professionale. La *ratio* di tale previsione è ravvisabile nella circostanza che solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento.

Art. 80, commi 5, lett. c), 7 e 8 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 3821 del 17 gennaio 2020, con la quale l'Agenzia Regionale Sardegna Ricerche - prendendo atto della dichiarazione sostitutiva presentata da CNS Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. con la quale veniva resa edotta la stazione appaltante dell'adozione di due provvedimenti sanzionatori adottati dall'AGCM per avere posto in essere intese restrittive della concorrenza in contrasto con l'art. 101 TFUE nell'ambito di due diverse gare indetta da Consip S.p.A., contestualmente informando la S.A. di avere *medio tempore* adottato misure di cd. *self cleaning* - ha rappresentato all'Autorità di considerare “gravi” gli illeciti professionali commessi dalla società, ma di non essere “*nelle condizioni di valutare se le misure adottate siano sufficienti a non escludere il concorrente secondo quanto previsto dal comma 8 dell'articolo 80 del D.Lgs. 50/2016 o se i reati e gli illeciti commessi prevalgono, per la gravità degli stessi, rispetto alle misure di self cleaning adottate e si debba disporre l'esclusione dalla gara*”;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. 13999 del 19 febbraio 2020;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti, in particolare la memoria di CNS acquisita al prot. n. 15585 del 25.02.2010, nella quale è stata preliminarmente eccepita l'asserita inammissibilità dell'istanza in quanto il quesito atterrebbe ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, e, nel merito, è stata contestata la riconducibilità degli illeciti antitrust alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, nonché rilevato l'asserito decorso del periodo di rilevanza temporale dei due illeciti, ritenendo in ogni caso dirimenti per dimostrare l'affidabilità dell'operatore sia le misure di *self cleaning* dallo stesso adottate (*in primis* il completo rinnovamento della *governance*) sia la recente attribuzione del cd. rating di legalità, con provvedimento dell'AGCM del 22 maggio 2019;

PREMESSO che, diversamente da quanto sostenuto dalla società controinteressata, l'illecito anticoncorrenziale rientra tra le condotte valutabili in chiave espulsiva dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del vigente Codice, come "grave illecito professionale". Come evidenziato dall'Autorità nelle Linee Guida n. 6 (aggiornate al d.lgs. n. 56/2017) "*rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, 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*". Tale disposizione, come noto, ha ampliato, rispetto alla previgente disciplina contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006, il novero delle fattispecie riconducibili nell'ambito dell'illecito professionale estendendolo anche alle condotte che intervengono in fase di gara (cfr. parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, 3 novembre 2016, n. 2286; Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5704). In ragione della natura ampia ed indeterminata della nuova previsione, le Linee Guida (par. 2.2.3.1) individuano tra le situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico "*i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna 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*"; in presenza di tali provvedimenti, le stazioni appaltanti devono valutare le condotte oggetto di accertamento da parte dell'AGCM, tenendo presente che l'eventuale esclusione del concorrente non può essere una conseguenza automatica del provvedimento sanzionatorio, ma può essere disposta solo all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore interessato previa concreta valutazione degli elementi indicati nel par. 6.1 e ss. delle Linee guida (gravità dell'illecito, circostanze fattuali, tipologia della violazione, conseguenze sanzionatorie, tempo trascorso ed eventuali recidive, il tutto avendo specifico riguardo all'idoneità della condotta di incidere sul corretto svolgimento del contratto d'appalto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'affidamento);

CONSIDERATO che circa la riconducibilità dell'illecito anticoncorrenziale alla fattispecie del grave illecito professionale (sebbene con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006), la Corte di Giustizia UE, con ordinanza del 4 giugno 2019 (C-425/18) ha rilevato che "*la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che stabilisca che un operatore ha violato le norme in materia di concorrenza, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave commesso da tale operatore. Di*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

conseguenza, la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18". La Corte di Giustizia ha, tuttavia, delimitato l'ampiezza della nozione dell' "errore grave" stabilendo che esso: a) "si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico...che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità"; b) può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato; c) deve essere accertato, in conformità al principio di proporzionalità, all'esito di "una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico" e "non può comportare l'esclusione automatica" dello stesso (sulle violazioni antitrust si veda anche CGUE, 18 dicembre 2014, C-470/13). La riconducibilità dell'illecito antitrust alla nozione ampia di grave illecito professionale è stata accolta anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020 n. 1381; Id., sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158; TAR Lazio, Roma, sez. III-Quater, 22 dicembre 2017, n. 12640, quest'ultima pronunciata nei confronti dell'odierna controinteressata);

RILEVATO che, nel caso di specie, l'Agenzia Regionale Sardegna Ricerche ha dichiarato di avere effettuato la propria valutazione discrezionale e di avere reputato "gravi" gli illeciti antitrust commessi da CNS nell'ambito di precedenti gare pubbliche, pur non avendo specificato le motivazioni addotte alla base della valutazione. Con riferimento al profilo della rilevanza temporale dei due provvedimenti sanzionatori, la valutazione della stazione appaltante dovrà essere svolta, *ratione temporis*, secondo le coordinate tracciate dall'art. 80, comma 10-bis del d.lgs. n. 50/2016 (come di recente modificato dall'art. 1 del d.l. n. 32/2019 cd. Decreto Sblocca-cantieri), vale a dire considerando che, in caso di contestazione in giudizio del provvedimento dell'AGCM i tre anni di rilevanza temporale massima della fattispecie potenzialmente escludente decorrono "dalla data di passaggio in giudicato della sentenza", fermo restando che (come previsto dall'ultimo periodo del menzionato comma), anche in pendenza del giudizio, la stazione appaltante potrà motivatamente valutare la condotta ed eventualmente escludere l'operatore. Ciò comporta che il primo provvedimento AGCM n. 25802 del 22.12.2015 è tuttora valutabile in chiave escludente dalla S.A., in quanto la sentenza con cui è stata accertata la legittimità del provvedimento antitrust è passata in giudicato a luglio 2019 (essendo stata pubblicata il 5.07.2019, la pronuncia della Corte di Cassazione che ha respinto il ricorso del Consorzio); invece, il secondo provvedimento AGCM n. 27646 del 17.04.2019 è tutt'ora *sub iudice* e con l'ordinanza cautelare del TAR Lazio n. 4906/2019 non ne è stata *tout court* sospesa l'esecutività (ma solo il pagamento della sanzione pecuniaria), per cui anche in pendenza del giudizio non è precluso alla stazione appaltante di desumere da tale provvedimento elementi idonei a ritenere non affidabile l'operatore ai fini dell'ammissione alla procedura;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 80, comma 7, del Codice (conformemente al considerando n. 102 e all'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE), un operatore economico intenzionato a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, deve essere ammesso a dimostrare di essersi, per un verso, adoperato per l'eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prevenire, *pro futuro*, la commissione di ulteriori reati o illeciti. Il considerando n. 102 della citata direttiva specifica che tali misure di cd. *self cleaning* consistono in “*misure riguardanti il personale e l’organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, misure adeguate per la riorganizzazione del personale, attuazione di sistemi di rendicontazione e di controllo, creazione di una struttura di audit interno per verificare la conformità e adozione di norme interne di responsabilità e di risarcimento*”. Le Linee Guida ANAC n. 6 (par.7.3) precisano 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: 1. l’adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; 2. l’adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; 3. la rinnovazione degli organi societari; 4. l’adozione e l’efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l’affidamento a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; 5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell’esclusivo interesse dell’agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di controllo*”;

TENUTO CONTO che le misure che CNS ha dichiarato (pagg. 2-3 dell’informativa in atti) di avere adottato per dimostrare la propria affidabilità professionale sono astrattamente riconducibili alla categoria del *self cleaning* come in precedenza delineata;

CONSIDERATO che l’art. 80, comma 8, del Codice (disponendo testualmente “*se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l’operatore economico non è escluso dalla procedura d’appalto...*”) demanda espressamente alla stazione appaltante la valutazione relativa alla idoneità e sufficienza delle suddette misure per dimostrare l’integrità o l’affidabilità dell’operatore. Anche l’Autorità (al par. VII delle Linee Guida n. 6) ha precisato che “*le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l’operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata*” e che “*la stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell’ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l’Amministrazione*” (sul carattere discrezionale della valutazione della S.A. cfr. sentenza della CGUE, 24 ottobre 2018, C-124/17, nella quale con riferimento alla valutazione di un provvedimento *antitrust* viene precisato che “*l’amministrazione aggiudicatrice può richiedere a tale operatore economico che fornisca elementi di carattere fattuale, atti a dimostrare che le misure di cui si avvale sono effettivamente idonee a evitare il ripetersi del comportamento censurato, tenuto conto delle particolari circostanze in cui dette violazioni sono state commesse*”; sulla valutazione delle S.A. si vedano anche le sentenze di Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158 e del 24 gennaio 2019, n. 598);

RITENUTO, pertanto, che spetti in via esclusiva alla stazione appaltante valutare le singole misure di *self cleaning* adottate da CNS (menzionate nell’analitica dichiarazione presentata in sede di gara e ad essa allegata) e che l’Autorità non possa sostituirsi alla stazione appaltante. Sotto tale profilo, anche la Corte di Giustizia (24 ottobre 2018, C-124/17, punto 23) ha precisato che “*spetta a quest’ultima [amministrazione*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

aggiudicatrice] *valutare non solo se sussista un motivo di esclusione di un operatore economico, ma anche se, eventualmente, tale operatore economico abbia effettivamente ristabilito la sua affidabilità*” (cfr. anche la Delibera dell’Autorità n. 266 del 14 marzo 2018);

CONSIDERATO che, infatti, la valutazione relativa alla idoneità e alla sufficienza delle misure adottate dall’operatore economico va necessariamente effettuata caso per caso dalla stazione appaltante, previo contraddittorio con l’operatore, e non può essere demandata ad un soggetto diverso né può essere svolta *ex ante*, ad esempio, ritenendo automaticamente dirimente il fatto che altre Amministrazioni abbiano consentito all’operatore di essere affidatario di nuovi contratti ovvero di continuare a svolgere quelli in essere oppure la circostanza che l’AGCM abbia ritenuto idonei i modelli organizzativi *ex d.lgs. n. 231/2001* ai fini del rilascio del rating di legalità. D’altra parte, la *ratio* della previsione della prerogativa esclusiva della stazione appaltante è ravvisabile nella circostanza che solo quest’ultima è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l’appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, in quanto le misure adottate non sono considerate sufficienti (in ragione dell’oggetto e delle caratteristiche tecniche dell’affidamento nonché dell’interesse perseguito attraverso quest’ultimo) ai fini dell’ammissione ad una specifica procedura di gara.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei termini di cui in motivazione, che spetti in via esclusiva alla stazione appaltante valutare in concreto non solo se sussista un motivo di esclusione di un operatore economico, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, ma anche se le misure di *self cleaning* adottate da tale operatore siano idonee e sufficienti, ai sensi dell’art. 80, comma 8, del Codice a ristabilire la sua integrità o affidabilità professionale.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2020

Il Segretario Rosetta Greco