

NOTA

Aggiornamento Linee Guida Anac 6 in materia di grave illecito professionale

Il Consiglio di Stato è stato investito dall'ANAC, con nota del 28 settembre scorso, di esprimere un parere sulle Linee Guida 6, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice", già una prima volta aggiornate alla luce del decreto correttivo n. 56/2017.

Il parere è stato reso con Atto 2616 del 13 novembre scorso che, per espressa indicazione del Supremo Consesso, ***"deve intendersi interlocutorio, in attesa dei chiarimenti richiesti"***, per **quanto concerne** la parte della Linea Guida relativa ai **mezzi di prova adeguati**.

Al riguardo, infatti, il Consiglio di Stato ha rilevato l'inopportunità dell'avvenuta abrogazione dell'intero Capito IV, contenente l'elencazione degli obblighi di comunicazione posti a carico delle stazioni appaltanti. Abrogazione motivata dall'Anac, nella Relazione Illustrativa, con la superfluità di tale indicazione, alla luce dell'adozione del Regolamento sul Casellario Informatico dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato, richiamandosi a considerazioni già formulate nel primo parere espresso sulle Linee Guida 6 (parere n. 2286/2016), evidenzia come il tema dei mezzi di prova adeguati abbia carattere cruciale ai fini della dimostrazione di un eventuale grave illecito professionale e, pertanto, debba essere adeguatamente approfondito dall'ANAC, la cui delega in materia è stata, peraltro conferita con specifico riferimento a tale profilo.

Ciò premesso, nel condividere le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato sulla questione dei mezzi di prova, si osserva quanto segue.

Il capitolo IV, come modificato dalle Linee Guida, non riporta più l'indicazione secondo la quale gli operatori economici ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento sono tenuti a dichiarare mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità. Tuttavia, continua a permanere l'indicazione secondo la quale ***"La stazione appaltante che venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostantiva non inserita nel Casellario Informatico, ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, previe idonee verifiche dei fatti"***.

Pertanto, nonostante l'eliminazione del riferimento ai fatti "astrattamente idonei", continua a permanere in capo ai concorrenti un elevato livello di astrattezza circa le situazioni da dichiarazione, considerato che le stazioni appaltanti hanno la possibilità di considerare quale causa ostantiva a titolo di illecito professionale, anche di fatti non ancora iscritti in Casellario.

Tale previsione espone i concorrenti alle gare ad una situazione di forte incertezza che potrebbe determinare involontarie omissioni o incompletezze dichiarative, con conseguenti esclusioni dalla gara a titolo di falso.

Inoltre, finisce per attribuire un potere eccessivamente discrezionale alle pubbliche amministrazioni che, anche in considerazione della perdurante assenza di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, potrebbe essere esercitato in modo irragionevole e sproporzionato, con il rischio di forte contenzioso in gara.

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)

In altri termini, è indispensabile, in termini di certezza del diritto oltre che di semplificazione delle procedure e riduzione del contenzioso, cui peraltro tende l'istituto del DGUE, una puntuale indicazione dei mezzi di prova per la dimostrazione della sussistenza dell'illecito professionale.

Pertanto, ne consegue che dovrebbe essere espressamente indicato nella Linea Guida n. 6 che:

1) in attesa che venga attivata la Banca Dati gestita dal MIT di cui all'art. 81 del Codice, i mezzi di prova utilizzabili dalle stazioni appaltanti, cui grava l'onere della prova, per accertare la sussistenza di un grave illecito professionale devono essere esclusivamente tratti dal Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice.

2) conseguentemente, non può essere mai contestato il falso dichiarativo – oltre all'illecito – laddove l'amministrazione accerti fatti rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) non inseriti nel predetto Casellario.

Roma, 26 novembre 2018