



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### **Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50**

recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

**Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016**

**Aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017**

**Modificate con deliberazione del Consiglio n. .... del .....**

**Relazione Illustrativa**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### **1. Premessa**

Il Consiglio dell'Autorità, con deliberazione n. 1293 del 13 novembre 2016 ha adottato le linee guida n. 6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017 il testo in vigore è stato aggiornato alle modifiche normative intervenute.

Il primo periodo di applicazione delle linee guida in argomento ha fatto registrare alcune criticità, come dimostrano numerose segnalazioni pervenute all'Autorità, contestualmente allo sviluppo di un notevole contenzioso sull'applicazione della norma con ben due richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea. Per tali motivi, l'Autorità ha ritenuto opportuno dedicarsi ad un approfondimento volto a individuare i temi maggiormente critici in vista di una possibile revisione delle linee guida. A tal fine, sono stati coinvolti gli stakeholder che avevano provveduto a segnalare elementi di criticità, per acquisire maggiori informazioni utili alle valutazioni di competenza.

In particolare, sono state svolte le audizioni di ANCE e Legacoop, inoltre, sono state acquisite le note di ANIP, AGCM, Consip, Consorzio Coarco su specifiche problematiche derivanti dall'applicazione delle linee guida in esame.

### **2. Le criticità segnalate**

L'ANCE ha offerto le seguenti indicazioni:

1. I fatti rilevanti quali potenziali illeciti professionali devono essere connessi ad accertamenti di tipo definitivo, ossia desumibili da sentenze di condanna definitive ovvero da provvedimenti amministrativi irrevocabili e inoppugnabili. Tale necessità discende dall'esigenza di assicurare agli operatori economici le necessarie garanzie in termini di certezza del diritto e rendere possibile un'applicazione della disciplina sull'illecito professionale coerente con le indicazioni del legislatore comunitario. In tal modo, si evita che possano essere adottati provvedimenti di esclusione dalla gara nei confronti di soggetti che, a distanza di tempo - anche notevole - ottengano il riconoscimento giudiziale dell'infondatezza dei fatti contestati o delle penali applicate (CGA n. 575/2017; Cons. Stato, sez. V, n. 279/2018). Conseguentemente, l'annotazione dei fatti rilevanti nel casellario deve indicare l'eventuale presenza di provvedimenti di impugnazione per evidenziare la non definitività dell'illecito e l'obbligo dichiarativo del concorrente è limitato ai soli provvedimenti definitivi inseriti nel casellario.
2. Occorre eliminare la rilevanza, quali illeciti professionali, dei «comportamenti scorretti» in quanto indicati in modo troppo generico, nonché del ritardo nell'adempimento che, se non ha dato luogo alla risoluzione contrattuale non può assurgere a grave illecito.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

3. È necessaria l'indicazione tassativa dei fatti e dei comportamenti rilevanti quali potenziale illecito professionale, così da eliminare situazioni di incertezza e supportare efficacemente le stazioni appaltanti nel corretto esercizio della discrezionalità amministrativa.
4. Occorre eliminare il riferimento «ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche», in quanto l'art. 80, comma 5, lettera c) prevede che l'illecito professionale vada accertato, esclusivamente, nei confronti «dell'operatore economico» e non anche nei confronti dei singoli soggetti ad esso appartenenti. Solo il comma 3 dell'art. 80 sposterebbe il rilievo delle fattispecie escludenti dall'o.e. alle persone fisiche che al suo interno svolgono determinati ruoli, ma limitatamente ai motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 2 (condanne definitive per reati gravi, situazione antimafia).
5. Con riferimento ai subappaltatori, occorre prevedere che l'accertamento di gravi illeciti professionali a carico del subappaltatore nelle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, comporta l'impossibilità di sottoscrivere il contratto di subappalto. In tal caso, il concorrente potrà sostituire il subappaltatore con un nuovo nominativo ovvero avvalersi degli altri due nominativi indicati.
6. Occorre eliminare il riferimento ai provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente, all'1% dell'importo del contratto, atteso che la recente giurisprudenza ha chiarito che l'applicazione di penali disposta unilateralmente dalla S.A. può assumere rilevanza, quale indice di criticità *ex lege*, solo se risulti soddisfatto il requisito della definitività o conferma giurisdizionale, che la norma espressamente impone per la risoluzione anticipata (CGA sentenza n. 575/2017). Inoltre, è inaccettabile considerare rilevanti penali di importo irrisorio, pari all'1%.
7. È necessario eliminare il riferimento ai comportamenti astrattamente idonei e attribuire rilevanza ai soli comportamenti definitivi idonei a porre in dubbio l'integrità o la moralità inseriti nel casellario informatico tenuto dall'Autorità.
8. La decorrenza del periodo di interdizione deve coincidere con l'annotazione del fatto definitivamente accertato nel casellario informatico. Per espressa previsione dell'art. 57, comma 7, ultimo periodo della direttiva 2014/24/UE, il periodo di interdizione dalle gare per illecito professionale non può mai esorbitare i 3 anni, mentre l'interdizione fino al massimo di 5 anni è prevista solo nelle ipotesi di esclusione più gravi, legate alle sentenze definitive, di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo 57, corrispondenti a quelle indicate al comma 1 dell'art. 80 del Codice.

La Legacoop ha segnalato l'opportunità di intervenire sui seguenti aspetti:

1. Rilevanza dei provvedimenti esecutivi: le imprese rischiano di essere escluse dalle gare senza che sia stata accertata l'effettiva colpevolezza per il fatto contestato, con conseguente grave compressione dei principi costituzionali di cui all'art. 24 e 27 Cost., nonché dei principi di rilievo europeo della libera concorrenza, massima partecipazione e *par condicio*. L'attribuzione di carattere probatorio del grave illecito professionale a condotte non ancora definitivamente accertate rischia di sovvertire il principio di "presunzione di innocenza" in una sorta di "presunzione di colpevolezza", in danno alla certezza delle regole. L'associazione chiede quindi di attribuire



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- rilevanza ai soli provvedimenti di condanna definitivi o, in subordine, di limitare la rilevanza ostativa ai soli provvedimenti non definitivi di natura penale.
2. Eliminare il paragrafo 2.2., ivi compresa la previsione di cui all'ultimo punto relativa ai reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p. In via subordinata, eliminare il riferimento ai reati di cui alle lett. da a) ad e). In via ulteriormente subordinata, eliminare la lett. e) (i reati di cui al D.lgs. 231/2001), o di restringere il campo di applicazione del D.lgs. 231/2001 ai soli reati che attengano al grave illecito professionale.
  3. Attribuire rilevanza ai provvedimenti definitivi di risoluzione contrattuale ed eliminare la rilevanza ostativa delle penali. In subordine, considerare rilevanti le penali di importo superiore al 10% dell'importo contrattuale, oppure in via subordinata, ad un importo progressivo in base al fatturato globale dell'impresa.
  4. Eliminare la rilevanza ostativa dell'inadempimento che non abbia condotto alla risoluzione contrattuale e dei comportamenti scorretti in quanto non suscettibili di assurgere alla gravità richiesta.
  5. Attribuire rilevanza ostativa agli illeciti antitrust definitivamente accertati posti in essere dopo l'entrata in vigore del codice. Ciò in ossequio al principio di irretroattività delle norme afflittive sancito dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria (Corte Cost., 4.06.2010, n. 196; Cons. Stato, Sez. V, 26.09.2013, n. 4752; TAR Lazio Roma, Sez. III-ter, 21.01.2013, n. 682; Cons. Stato, Sez. VI, 20.10.2014, n. 516; Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 V, e Kafkaris, § 140; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, IV Sezione, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia). L'illecito antitrust, infatti, in vigore del d.lgs. 163/06 non era previsto come causa ostativa alla partecipazione. Eliminare il riferimento alle "pratiche commerciali scorrette" non solo perché ipotesi non riconducibile alla contrattualistica pubblica, come invece richiesto dalla norma, ma anche perché legata a condotte poste in essere nell'ambito di rapporti di consumo, ovvero ai rapporti tra imprese, aventi una rilevanza solo privatistica.
  6. Eliminare l'estensione dell'ambito soggettivo del grave illecito professionale alle persone fisiche. L'art. 80, comma 5, lett. c) definisce l'ambito di applicazione all'operatore economico. Inoltre, l'estensione alle persone fisiche sembrerebbe rimandare in modo improprio all'ambito di applicazione del D.lgs. 231/2001, in base al quale l'ente è responsabile "per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)" (art 5). Diversamente dal sistema di responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. 231/2001, però, mancherebbe il presupposto che i reati siano stati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Inoltre, il Codice prevede espressamente all'art. 80, comma 5, lett. f) che nel caso di applicazione di sanzione interdittiva ai sensi dell'art. 9, comma 2, lett. c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 tale situazione rilevi come causa escludente, per cui l'estensione della nozione di grave illecito professionale alle persone fisiche sembrerebbe colpire le ulteriori



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

condotte dell'imprenditore persona fisica sanzionate dal d.lgs. 231/2001 che non determinano una sanzione interdittiva.

7. Con riferimento all'ipotesi che la causa ostativa in esame colpisca un subappaltatore indicato nella terna, occorre seguire l'indicazione fornita dal Consiglio di Stato secondo cui "quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni".
8. Eliminare il riferimento a "tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente", sostituendolo con "i provvedimenti e le condotte indicate nelle presenti Linee Guida".
9. La rilevanza temporale dell'interdizione legata alla data di accertamento del fatto, in luogo della data dell'accertamento definitivo, oltre a porsi in contrasto con la previsione di cui all'art. 80, comma 10, introduce nel sistema un elemento di incertezza, non solo perché la data di accertamento del fatto non risulta di immediata individuazione, ma anche perché si rischierebbe di duplicare la durata del periodo interdittivo, facendosi decorrere i 3 anni dalla data dell'accertamento del fatto ai sensi delle linee guida e poi i cinque anni di interdizione dalla data della condanna definitiva.

L'ANIP ha osservato che:

1. Le linee guida n. 6 scardinano il meccanismo impostato dal legislatore che ancora il meccanismo espulsivo all'accertamento definitivo del fatto e alla rilevanza aziendale-imprenditoriale del comportamento illecito, con violazione del divieto di gold plating e del principio di tassatività.
2. La rilevanza temporale dell'illecito deve essere ricondotta al triennio decorrente dall'accertamento definitivo del fatto, in conformità a quanto previsto dall'art. 80, comma 10, del codice.
3. La previsione della rilevanza, ai fini dell'iscrizione nel casellario di provvedimenti di applicazione di penali di importo superiore all'1% del valore del contratto è illogica, atteso che la soglia di rilevanza della penale è sempre stata ricondotta al di sopra del 10% e, inoltre, non tiene conto del fatto che sovente l'applicazione di penali è fonte di contenziosi a causa del non corretto svolgimento, da parte delle stazioni appaltanti, del procedimento di applicazione, il cui esito è rimesso alla mera e completa discrezionalità del committente pubblico. Pertanto, ove si ritenga necessario mantenere la soglia, la stessa dovrebbe essere uniformata a quella di matrice giurisprudenziale e l'iscrizione nel casellario dovrebbe essere prevista soltanto per le penali non contestate in giudizio o confermate in via definitiva all'esito di un giudizio.

L'AGCM è intervenuta con specifico riferimento alla rilevanza ostativa degli illeciti antitrust. In particolare, condividendo la scelta di prevedere la specifica fattispecie come causa ostativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, in conformità al diritto comunitario e nazionale, rappresenta le criticità che conseguono alla scelta di attribuire rilevanza ostativa ai provvedimenti esecutivi. In particolare, ha evidenziato il possibile contrasto con l'art. 80, comma 5, che individua il *dies a quo* del periodo interdittivo



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

nell'accertamento definitivo del fatto e con la giurisprudenza comunitaria che ha sancito la compatibilità con gli artt. 49 e 56 TFUE 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 (causa C-470-13). Con riferimento alle misure di *self-cleaning* evidenzia che tra gli elementi valutabili possono assumere rilievo la sostituzione del management responsabile dell'illecito (anche accompagnato dall'avvio di azioni di responsabilità nei confronti dello stesso), la dotazione di efficaci programmi di *compliance*, nonché l'adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l'accertamento dell'illecito o che consentano l'accertamento di altri illeciti. Infine, ha espresso perplessità riguardo alla previsione della rilevanza ostativa dei provvedimenti di condanna per pratiche commerciali scorrette, atteso che tale tipologia di violazione non appare configurare un illecito professionale riferibile alla contrattualistica pubblica.

Consip ha chiesto chiarimenti sulla definizione di «medesimo mercato del contratto da affidare» riferita agli illeciti antitrust, ipotizzando tre possibili interpretazioni applicate ai servizi di supporto e consulenza per l'esercizio e lo sviluppo della Funzione di Sorveglianza e Audit dei programmi cofinanziati dall'Unione Europea. In particolare, ritiene che il medesimo mercato potrebbe essere interpretato nel senso di:

- investire tutte le attività nelle quali operano gli operatori sanzionati e pertanto l'intero contesto merceologico di riferimento e quindi, nel caso di specie, coinciderebbe con quello dei “servizi di supporto e consulenza” genericamente intesi;
- investire solo alcune delle attività in cui operano gli operatori sanzionati (ossia attività aventi un contenuto affine anche se non esattamente coincidente con quelle della gara in cui è stata accertata l'Intesa), e quindi, nel caso di specie, coincida con quello dei “servizi di supporto e di assistenza tecnica per l'utilizzo in generale dei c.d. fondi strutturali”;
- identificarsi specificamente con il concetto di “mercato rilevante” individuato nei provvedimenti sanzionatori dell'AGCM e quindi, nel caso di specie, coinciderebbe con quello dell'”attività di supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della Funzione di Sorveglianza e Audit dei programmi cofinanziati dall'Unione Europea”.

Altra problematica segnalata dal Consorzio Coarco riguarda la circostanza che l'annotazione dell'esclusione dalla gara per gravi illeciti, anche quando dipenda da risoluzioni contrattuali in fase di contestazione, comporta la possibilità di essere esclusi dalle gare con provvedimenti che sono annotati nel casellario delle imprese e vengono valutati da altre stazioni appaltanti ai fini di altre e successive esclusioni. Il Consorzio ha chiesto quindi di valutare la possibilità di non procedere alle annotazioni delle successive esclusioni.

### **3. Il parere del Consiglio di Stato e gli arresti della giurisprudenza**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di linee guida, ha affermato che nei casi più gravi, le «significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto possono costituire reato ai sensi dell'art. 355 (inadempimento di contratti di pubbliche forniture) e 356 (frode nelle pubbliche forniture) del c.p. e in tal caso, la condanna definitiva è causa di esclusione in base all'art. 80, comma 1, ma la condanna non definitiva, che non rileva ai sensi dell'art. 80, comma 1, può rilevare ai sensi del comma 5, lett. c), il che può accadere se essa contenga una condanna al risarcimento del danno ossia uno degli effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c)».

Parte della giurisprudenza ha negato la possibilità, per la stazione appaltante, di escludere dalla gara l'operatore economico quando non ricorra una delle ipotesi esemplificate nella seconda parte dell'art. 80, comma 5, lett. c). In particolare, è stato affermato che, quando, in relazione alle gravi carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, con la stessa o con altra stazione appaltante, non si siano prodotti gli effetti giuridici della risoluzione anticipata "definitiva" (perché non contestata ovvero confermata in giudizio) o dell'applicazione di sanzioni (penali, risarcimento, incameramento della garanzia), è preclusa all'amministrazione ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2017 n. 1955; T.a.r. per la Sicilia, 3 novembre 2017, n. 2511; T.a.r. per la Puglia, sez. III, 18 luglio 2017, n. 828; T.a.r. per la Puglia, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 1480; T.a.r. per la Puglia – Lecce, III, 22 dicembre 2016, n. 1935; T.a.r. per la Calabria, I, 19 dicembre 2016, n. 2522, nonché da ultimo T.a.r. per la Campania – Napoli, sez. V, 12 ottobre 2017, n. 4781 e T.a.r. Palermo, 17 novembre 2017, n. 2511).

Il Tar per la Campania, sez. IV, con ordinanza 13 dicembre 2017, n. 5893, dubitando della compatibilità della lettura della norma data da questa giurisprudenza con i principi e il diritto dell'Unione, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE della seguente questione pregiudiziale: «se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57 comma 4 lettere c) e g) di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lettera c) del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di *self cleaning* volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione».

Il Consiglio di Stato, per contro, ha sostanzialmente confermato quanto espresso nel parere reso sullo schema di linee guida, sia con riferimento alla natura meramente esemplificativa delle fattispecie enucleate dalla norma, sia in merito alla qualificazione come mezzo di prova del grave illecito del provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento, prima che esso sia passato in giudicato.

In particolare, La Commissione speciale ha affermato che il pregresso inadempimento rileva a fini escludenti, qualora assurga al rango di «grave illecito professionale», tale da rendere dubbia l'integrità e



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

L'affidabilità dell'operatore economico, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati. Pertanto, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione della portata di pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto questi effetti specifici; in tale eventualità, però, i correlati oneri di prova e di motivazione sono ben più rigorosi ed impegnativi rispetto alle ipotesi esemplificate nel testo di legge e nelle linee guida (Cons. St. n. 4192/2017; n. 2353/2018).

Il concetto è confermato nelle sentenze nn. 1299/2018, 1955/2018 e 1104/2018 in cui si afferma che, avendo il legislatore utilizzato fattispecie tipizzanti, viene a crearsi una presunzione di prova del grave illecito che restringe l'ambito di valutazione della stazione appaltante. La circostanza che un determinato fatto specifico non rientri in una delle fattispecie tipizzanti (es. risoluzione contrattuale non contestata in giudizio) non esclude che lo stesso rientri nella fattispecie generale (grave illecito professionale) in quanto idoneo a minare l'integrità o la moralità del concorrente. In altri termini, «scomponendo la fattispecie concreta, ben può la stazione appaltante qualificare il fatto, inteso come comportamento contrattuale del concorrente, quale grave illecito professionale, dovendo tuttavia dimostrarne l'incidenza in punto di inaffidabilità, e quindi prescindendo dalla pendenza di un giudizio che viene a collocarsi all'esterno della fattispecie normativa utilizzata. Tale soluzione trova conforto, a giudizio del Collegio, oltre che nella formulazione letterale della norma, anche nella *ratio legis*; diversamente opinando, sarebbe sufficiente neutralizzare gli effetti ostativi della partecipazione mediante la semplice proposizione di una domanda giudiziale ed avvalersi della mera pendenza del relativo giudizio; tale idea renderebbe la norma, di fatto, di difficile applicazione concreta, poiché la stessa resterebbe soggetta ad una sorta di condizione potestativa in favore di chi dovrebbe invece subirla, vanificando, nel contempo, la funzione di tutela dell'interesse pubblico di estromettere concorrenti che la disposizione codicistica in scrutinio consente alla stazione appaltante, come ipotesi generale, di qualificare non affidabili, a prescindere da una presupposta verifica giudiziale».

Al riguardo, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella Sentenza n. 252/2018, ha previsto che «in caso di risoluzione per inadempimento *sub iudice*, la stazione appaltante possa disporre la causa di esclusione qualora sia in grado di constatare, con i necessari supporti probatori e con adeguata motivazione, la effettività, la gravità e la inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa e perciò, correlativamente, la mera pretestuosità delle contestazioni da questa sollevate in giudizio avverso la misura risolutoria, oltre che, naturalmente, la dubbia integrità o affidabilità del medesimo operatore economico».

Il Consiglio di Stato si è espresso anche con riferimento al contenuto delle dichiarazioni da rendere in occasione della partecipazione alla gara, precisando che «l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali, non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (sent. n. 2370/2017)». Inoltre, è stato precisato che «il contraddittorio



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

previsto nel nuovo codice degli appalti, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, e ribadito nelle Linee Guida dell'ANAC, riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale. Solo in questo caso è possibile ipotizzare un vero e proprio contraddittorio tra le parti. Non è certo ammissibile consentire alle concorrenti di nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara, e poi, ove siano state scoperte, pretendere il rispetto del principio del contraddittorio da parte della stazione appaltante. Se ciò fosse possibile, si incentiverebbe la condotta "opaca" delle concorrenti, che non avrebbero alcun interesse a dichiarare fin dall'inizio i "pregiudizi", rendendo possibile la violazione del principio di trasparenza e di lealtà che deve invece permeare tutta la procedura di gara». (sent. n. 1412/2016).

#### **4. Motivazione delle scelte adottate**

##### *1. Tassatività delle fattispecie individuate nelle linee guida*

Sulla base del dato normativo e delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, l'auspicata interpretazione delle esemplificazioni contenute nella norma e nelle linee guida come tassative sembrerebbe confermarsi come non accoglibile. Come ben evidenziato dal Consiglio di Stato, infatti, la fattispecie generale del grave illecito si configura ogni qualvolta venga adottato un comportamento che, seppur non espressamente individuato dalla norma, rientra nella fattispecie generale in quanto effettivamente e concretamente lesivo dell'affidabilità del concorrente. Le medesime considerazioni valgono per quanto concerne il ritardo nell'adempimento e il riferimento ai comportamenti scorretti. Si tratta di fattispecie tipizzate che la stazione appaltante dovrà valutare caso per caso e considerare ostative alla partecipazione quando raggiungano una soglia di gravità e significatività ritenuta congrua in ragione dello specifico contratto da affidare.

Sul punto, si potrebbero quindi confermare le indicazioni fornite nelle linee guida, specificando, se del caso, il rapporto che intercorre, nell'ambito dell'art. 80, tra fattispecie generale e fattispecie tipizzanti.

##### *2. Definitività della violazione*

Anche con riferimento alla problematica della definitività dell'accertamento del grave illecito professionale, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'accertamento definitivo costituisca una fattispecie tipizzata e che l'accertamento non definitivo fosse astrattamente idoneo a rientrare nella fattispecie generale del grave illecito e, quindi, la sua concreta rilevanza sia da valutare, caso per caso, ad opera della stazione appaltante sulla base delle circostanze e della situazione di fatto. L'obiettivo cui tendere è l'equo contemperamento tra il principio della certezza del diritto e la garanzia di affidabilità del concorrente. La definitività dell'accertamento garantisce la considerazione dei soli fatti immodificabili, evitando che un operatore economico possa subire pregiudizi irreparabili sulla base di un provvedimento suscettibile di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

annullamento. Per contro, impedisce alla stazione appaltante di tener conto di condotte, anche poste in essere in suo danno, che non rivestano il carattere della definitività. Sono noti i casi in cui, a seguito della risoluzione contrattuale per grave inadempimento dell'aggiudicatario, la stazione appaltante ha indetto una nuova gara cui lo stesso soggetto colpito dalla risoluzione - che abbia impugnato il provvedimento adottato nei suoi confronti - chiede di partecipare. In questo caso, se si aderisse all'idea che l'accertamento della violazione debba essere definitivo, la stazione appaltante non potrebbe escludere il concorrente inadempiente e rischierebbe di dovergli aggiudicare il contratto che in precedenza aveva risolto.

Per tali motivi, il Consiglio ha ritenuto di mantenere l'orientamento assunto, confermando la rilevanza ostativa dei gravi illeciti esecutivi. Tuttavia, in considerazione delle criticità emerse nell'applicazione della disposizione in esame e delle decisioni assunte sul punto dall'AGCM, ritiene opportuno introdurre un regime differenziato per i gravi illeciti che derivano da provvedimenti sanzionatori assunti dall'AGCM e dalla stessa ANAC, prevedendo che tali cause ostative assumano rilevanza se accertati in via definitiva.

### *3. Le sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001*

L'art. 9 del d.l.s. 231/2001 individua le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato in: a) sanzione pecuniaria; b) sanzioni interdittive; c) confisca; d) pubblicazione della sentenza. L'art. 80, comma 5, lett. f) del codice dei contratti pubblici individua quale autonoma causa di esclusione soltanto la fattispecie di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. 231/2001 e quindi soltanto una particolare tipologia di sanzione interdittiva che è il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. Le linee guida annoverano tra le ipotesi esemplificative del grave illecito professionale le condanne non definitive per i reati previsti dal d.lgs. 231/2001, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalle procedure di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice. Ciò posto, la presunta coincidenza tra le due fattispecie non sussiste. Il grave illecito riguarderebbe, quindi, le sanzioni diverse dal divieto di contrattare con la pubblica amministrazione che comporta, come naturale conseguenza, l'esclusione automatica.

### *4. Ambito soggettivo di applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c)*

Le contestazioni avanzate da ANCE e Legacoop sembrerebbero prive di fondamento. I requisiti di moralità sono, infatti, necessariamente riferiti alle persone fisiche che rappresentano l'ente. Inoltre, si evidenzia che l'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, nel declinare le cause di esclusione le riferisce tutte all'operatore economico, prevedendo il medesimo ambito soggettivo di applicazione per tutte le fattispecie confluite nell'art. 80.

Con riferimento al subappaltatore, l'Autorità ritiene opportuno un ripensamento rispetto all'orientamento sin qui adottato, anche nel bando tipo n. 2, in stretta aderenza al dato letterale della norma. Seguendo il suggerimento della Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, ritiene di poter affermare che «Con riferimento ai gravi illeciti commessi dai subappaltatori si ritiene che quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni». La previsione ha fatto emergere dubbi in merito alla legittimità della previsione sotto il profilo del difetto di proporzionalità della sanzione espulsiva, eccessivamente onerosa per le imprese. Sotto altro profilo, si evidenzia che la previsione impone al concorrente l'onere di vigilare sul possesso dei requisiti in capo al subappaltatore ed anche sul mantenimento dei requisiti dichiarati nel corso dell'espletamento della gara e fino all'aggiudicazione. Tale verifica può rilevarsi particolarmente onerosa soprattutto con riferimento ai cosiddetti requisiti mobili (es. regolarità fiscale e contributiva) con conseguente esposizione del concorrente a responsabilità per fatti indipendenti dalla sua volontà, che esulano dal suo controllo diretto. Inoltre, si consideri che l'esclusione per carenza dei requisiti del subappaltatore potrebbe essere valutata come grave illecito professionale incidente sull'affidabilità del concorrente e, quindi, generare altre esclusioni.

Sul punto, si ritiene comunque di procedere ad una segnalazione a Governo e Parlamento in merito alla necessità di intervenire sulla norma, anche nell'ambito della possibile revisione della disciplina del subappalto, al fine di eliminare alcune incongruenze. Ci si riferisce, in particolare, alla previsione della rilevanza escludente delle cause ostative riferite al subappaltatore soltanto per le fattispecie di cui ai commi 1 e 5, con esclusione delle ipotesi di cui al comma 2 (interdittiva antimafia); scelta che non appare giustificata, atteso che le ipotesi del comma 2 sono connotate da notevole gravità ed elevato disvalore sociale e il subappalto rappresenta notoriamente il veicolo privilegiato di accesso della criminalità organizzata negli appalti. Inoltre, si evidenziano incongruenze anche rispetto all'istituto dell'avvalimento, per il quale l'art. 89, comma 3, prevede che la stazione appaltante verifica se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80 e impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. La diversa disciplina dei due istituti non appare giustificata, atteso che l'avvalimento è sempre utilizzato per sopperire alla carenza di requisiti di partecipazione in capo all'operatore economico, mentre il subappalto potrebbe anche non avere tale finalità, quindi, il regime più rigoroso sarebbe più giustificato per il caso dell'avvalimento in cui l'ausiliario concorre alla dimostrazione dei requisiti.

### *5. Rilevanza ostativa delle penali*

Le linee guida n. 6/2016, al punto 2.1.1.2, prevedono che: «Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1 la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

- a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli artt. 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

Detti comportamenti rilevano se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali».

L'Autorità ritiene opportuno integrare la previsione specificando che i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno, le sanzioni e le penali rilevano se derivano da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale. Parallelamente è stata decisa l'eliminazione dell'obbligo di comunicazione delle penali di importo superiore all'1% del valore del contratto, pertanto le stazioni appaltanti saranno tenute a comunicare esclusivamente le penali che rappresentano inadempienze particolarmente gravi o dimostrative, per la loro ripetitività, di una persistente carenza professionale.

### *6. Obblighi di comunicazione*

L'adozione del Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 adottato in data 6/6/2018 rende superflua la previsione dettagliata degli obblighi di comunicazione posti a carico delle stazioni appaltanti. È stato quindi snellita la parte IV delle linee guida, mantenendo soltanto il richiamo alle disposizioni già inserite nel succitato Regolamento.

### *7. Durata del periodo di interdizione*

Attesa la previsione dell'art. 80, comma 10, del codice, introdotta con il decreto correttivo, si ritiene di poter eliminare la parte V delle linee guida che rappresenterebbe una mera ripetizione del dato normativo.

### *8. Annotazione delle esclusioni dalle gare conseguenti a successive valutazioni di gravi illeciti professionali da parte di altre stazioni appaltanti*

In merito alla possibilità di non procedere alle annotazioni delle esclusioni che dipendono da un provvedimento già annotato (in quanto ha già dato luogo ad una precedente esclusione), la questione dovrebbe essere valutata nell'ottica di un contemperamento tra le contrapposte esigenze di pubblicità e semplificazione/razionalizzazione. È vero, infatti, che, in via generale, la notizia dell'esclusione è sempre stata considerata, di per sé, notizia utile alla tenuta del casellario per esigenze di trasparenza e pubblicità, mentre, nel caso specifico dei gravi illeciti professionali, in realtà, l'informazione utile non è l'esclusione dalla gara, ma il provvedimento che ne costituisce il presupposto. Tuttavia, allo stato, non appare corretto sottrarre all'annotazione sul casellario provvedimenti di esclusione che rappresentano comunque un'informazione utile nelle valutazioni di competenza delle singole amministrazioni.