



Proposte di linee guida dell'ANAC: 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

Premessa

Le Linee guida in esame sono state adottate dall'ANAC in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 80, co. 13 del decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 (*di seguito* Codice). **Attraverso esse sono precisati i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione e individuate quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini dell'esclusione.**

Come si segnala, tanto nella nota di trasmissione alle Camere quanto nella relazione AIR, l'Autorità, nell'individuazione dei mezzi di prova adeguati a dimostrare l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto, ha ritenuto non solo di specificare le fattispecie esemplificative individuate in via generica dalla norma del Codice, ma anche di fornire indicazioni interpretative e operative sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti. Dette indicazioni, quindi, anche se non strettamente richieste ai sensi dell'art. 80, co. 13, del Codice, si pongono come propedeutiche alla definizione dei mezzi di prova adeguati e si giustificano nell'ottica di assicurare, come richiesto dall'art. 80, co. 13, del Codice la promozione dell'efficienza, della qualità dell'azione amministrativa e della omogeneità dei procedimenti amministrativi e di favorire lo sviluppo delle migliori pratiche (...).

L'art. 80, co. 13 del Codice prevede che l'ANAC - al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti - con linee guida da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice possa precisare:

- quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione, da parte della stazione appaltante, che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità e da costituire, ai sensi dello stesso art. 80, co. 5, lett. c), circostanze di esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto.
- quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo co. 5, lett. c), vale a dire siano rilevanti ai fini della determinazione di esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura di appalto.

Nel merito **le Linee guida si compongono di una premessa e dei seguenti sette paragrafi:**

- il **paragrafo I**, relativo all'ambito di applicazione;
- i **paragrafi II e III**, che definiscono rispettivamente l'ambito oggettivo e soggettivo;
- il **paragrafo IV**, dedicato ai mezzi di prova adeguati;
- il **paragrafo V**, che definisce il tempo di rilevanza delle condotte illecite;
- il **paragrafo VI**, relativo ai criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali;
- il **paragrafo VII**, in materia di misure *self cleaning*.

Struttura e contenuto

I. Ambito di applicazione

Nel **paragrafo I**, si richiama l'**ambito di applicazione** delle cause di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), del Codice.

Tale disposizione si applica:

- ai settori ordinari;
- ai settori speciali quando l'ente aggiudicatore è un'amministrazione aggiudicatrice (ex art. 136 del

Codice)

Si ricorda che la menzionata lett. c) prevede che le stazioni appaltanti escludano dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico qualora riescano a dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Delle fattispecie che configurano siffatti illeciti professionali la medesima lett. c) presenta un elenco esemplificativo.

Se l'ente aggiudicatore non è un'amministrazione aggiudicatrice, i motivi di esclusione previsti dall'art. 80 per i settori ordinari possono applicarsi alle selezioni relative agli appalti nei settori speciali; in particolare i motivi di esclusione di cui all'art. 80 possono essere inclusi nelle norme e nei criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione e nelle norme e nei criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione dei candidati e degli offerenti nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione.

I motivi di esclusione individuati dall'art. 80, co.5, lett. c), sono presi in considerazione anche nelle seguenti disposizioni del Codice:

- l'art. 84, co. 4, il quale, alla lett. a), dispone che i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro debbano attestare l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80;
- l'art. 89, co. 3, il quale prevede che - nell'ipotesi in cui l'operatore economico intenda avvalersi delle capacità di altri soggetti per soddisfare i requisiti richiesti in relazione a un determinato appalto - la stazione appaltante proceda a verificare 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. A seguito della verifica, la stazione appaltante 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;
- l'art. 198, il quale, nel disciplinare le norme di partecipazione alla gara del contraente generale, prevede che il soggetto aggiudicatore abbia facoltà di richiedere, per le singole gare, che l'offerente dimostri l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80; prevede, altresì, che la verifica di sussistenza dei requisiti generali sia sempre espletata nei confronti dell'aggiudicatario.

In conformità a quanto disposto dall'art. 80 co. 11 del Codice **le cause di esclusione** di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), **non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca** ai sensi dell'art. 12-sexies del decreto-legge n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 356 del 1992, o della legge n. 575 del 1965, **e affidate a un custode o amministratore giudiziario o finanziario, se verificatesi nel periodo precedente al predetto affidamento.**

Si osserva che la legge n. 575 del 1965, recante "Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere", è stata abrogata dall'art. 120, co. 1, lett. b), del decreto legislativo n. 159 del 2011 (cd."Codice antimafia") e che il sequestro e la confisca sono attualmente disciplinati rispettivamente dagli articoli 20 e 24 del suddetto decreto legislativo.

II. Ambito oggettivo

Il **secondo paragrafo** delle Linee guida è dedicato all'**ambito oggettivo**.

Secondo quanto indicato nelle Linee guida **rientrano tra le cause di esclusione**, di cui al predetto art. 80, co. 5, lett. c) del Codice, **gli illeciti professionali gravi che rendano dubbia l'integrità del concorrente o sotto il profilo della moralità professionale o con riguardo alla sua affidabilità relativa alla capacità tecnico professionale di poter realizzare l'attività oggetto dell'affidamento.**

A tale riguardo la stazione appaltante deve avere cura di valutare la presenza di **significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti** stipulati anche con altre pubbliche amministrazioni. Tra gli elementi che vengono indicati tra quelli che assumono particolare rilevanza probatoria vi è la risoluzione anticipata di altri contratti, imputabile all'esecutore.

In particolare le Linee guida segnalano:

- l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
- la carenza del prodotto o del servizio fornito;
- il ritardato adempimento e l'adozione di comportamenti scorretti;
- la presenza di errori professionali nell'esecuzione della prestazione.

La stazione appaltante dovrà inoltre tenere in considerazione la presenza di eventuali gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara. A tal fine la stazione stessa dovrà valutare l'esclusione del concorrente qualora siano stati adottati comportamenti tali da alterare in

maniera significativa e illecita la *par condicio* tra i concorrenti.

A titolo esemplificativo le Linee guida individuano:

- gli atti tesi, in modo non equivoco, a influenzare le decisioni della stazione appaltante con riguardo, in particolare all'adozione di provvedimenti di esclusione e all'attribuzione dei punteggi;
- i comportamenti tesi a ottenere informazioni in merito ai nominativi degli altri partecipanti o al contenuto delle offerte presentate;
- il raggiungimento di accordi con altri operatori in modo da falsare la concorrenza nell'ambito della procedura competitiva.

Dovranno inoltre essere censurati i comportamenti dolosi o affetti da colpa grave tesi a ingenerare nell'amministrazione un convincimento erroneo.

Anche in questo caso le Linee guida citano, a titolo esemplificativo:

- la presentazione di informazioni fuorvianti in merito al possesso di requisiti per la partecipazione;
- la produzione di informazioni false.

Più in generale si precisa che assumono una certa rilevanza, comunque, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per dolo o colpa dell'affidatario con la conseguente escussione della garanzia.

Per quanto attiene, invece, **l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico**, la stazione appaltante, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, dovrà valutare la presenza di illeciti professionali gravi sia in merito alla moralità professionale del concorrente sia con riguardo alla capacità reale di poter realizzare la prestazione oggetto di affidamento.

In particolare la stazione appaltante dovrà tenere conto:

- dei provvedimenti di condanna definitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in merito a pratiche commerciali scorrette o a gravi illeciti antitrust;
- dei provvedimenti sanzionatori comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, co. 13 del Codice.

III. Ambito soggettivo

La verifica dell'assenza della causa ostativa di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice - relativa ai gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico - va effettuata da parte della stazione appaltante con riferimento ai diversi soggetti considerati, prevedendosi:

- con riferimento all'operatore economico, nel caso di gravi illeciti professionali riferibili direttamente allo stesso quale persona giuridica;
- con riferimento ai soggetti di cui all'art. 80, co. 3, del Codice quando i comportamenti ostativi siano riferibili esclusivamente a persone fisiche;

I soggetti individuati dall'art. 80, co. 3 del Codice sono i seguenti:

- titolare o direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
 - socio direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
 - soci accomandatari o direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
 - membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza, ovvero soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
 - direttore tecnico o socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza, in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.
- con riferimento al subappaltatore nei casi del citato art. 105, co. 6, del Codice. Per le fattispecie di cui a tale articolo, l'accertamento della sussistenza di una delle cause ostative previste nei confronti di un subappaltatore comporta l'esclusione del concorrente.

Si ricorda che la disposizione citata dispone che è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, nel caso dei contratti sopra soglia e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. Si prevede, inoltre, che nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche nei contratti sotto soglia.

IV. I mezzi di prova adeguati

Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'ANAC, ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico:

- i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice;
- i provvedimenti anche non definitivi, nonché i relativi esiti:
 - di risoluzione anticipata del contratto,
 - di escussione delle garanzie,
 - di applicazione delle penali e
- i provvedimenti di condanna emessa in sede giudiziale con riferimento ai contratti dalle stesse affidati.

In caso di mancato adempimento a tale obbligo di comunicazione si prevede l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213 co.13 del Codice.

Il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è istituito presso l'Osservatorio ed è gestito dall'ANAC. Tale casellario oltre a contenere tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'art. 80 (motivi di esclusione), garantisce il collegamento con la Banca dati nazionale degli operatori economici.

Le stazioni appaltanti dimostrano la sussistenza delle cause di esclusione, autocertificata dagli operatori economici mediante l'utilizzo del Documento di Gara unico Europeo (**DGUE**), mediante la consultazione del suddetto Casellario.

L'art. 85 del Codice prevede che, al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettino il DGUE che consiste in un'autodichiarazione aggiornata, da utilizzarsi come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in ordine all'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 e al possesso dei requisiti speciali di partecipazione.

L'autocertificazione relativa alla sussistenza delle cause di esclusione deve avere ad oggetto tutte le notizie inserite nel Casellario Informatico gestito dall'ANAC 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.

V. Rilevanza temporale

Nel caso in cui sussistano le cause ostative di cui all'art. 80, co.5, lett. c), le Linee guida prevedono che **il periodo di esclusione dalle gare non possa comunque superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico**. La fissazione del periodo di rilevanza in concreto è poi rimessa alle singole stazioni appaltanti, le quali dovranno provvedere caso per caso in dipendenza della:

- gravità del comportamento;
- relativa incidenza sull'integrità e affidabilità del concorrente
- particolare tipologia del contratto da affidare.

Il periodo rilevante deve essere conteggiato a ritroso a partire dalla pubblicazione dell'avviso o del bando di gara.

VI. I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali

La sussistenza dei presupposti per l'esclusione dalla gara deve essere valutata- in ogni caso- in contraddittorio con l'operatore economico interessato.

Nell'AIR allegata si sottolinea come l'ANAC non abbia ritenuto di accogliere le richieste di alcuni dei soggetti consultati, volti ad introdurre casi di esenzione dall'obbligo di garantire il contraddittorio.

La rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che:

- il provvedimento di esclusione sia idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto da parte di soggetti dotati di integrità e affidabilità;
- l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare;
- l'esclusione non sia tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e sia disposta all'esito di una valutazione che operi un giusto contemperamento degli interessi in gioco.

Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento sia al requisito della gravità del fatto illecito che alla valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente.

Per quanto attiene al **requisito della gravità del fatto illecito**, esso deve essere valutato con riferimento 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.

La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata

con riferimento alle circostanze dei fatti, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

VII. Le misure di *self-cleaning*

L'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, ai sensi dell'art. 80, co. 7, del Codice.

Si ricorda che tale disposizione prevede specifiche ipotesi di riammissione alla gara in relazione all'entità delle pene inflitte o per il comportamento collaborativo o risarcitorio dell'operatore economico condannato.

L'adozione delle misure di *self-cleaning* deve intervenire entro il termine per la presentazione delle offerte, come chiarito anche nella Relazione Air.

Nel DGUE (vedi *supra*) l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.

Sono idonee ad evitare l'esclusione le seguenti misure:

1. L'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti anche con attività formative.
2. L'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni con interventi organizzativi, strutturali e/ o strumentali.
3. Il conseguimento di affidamenti successivi conclusi positivamente con il rilascio di attestato di regolare esecuzione;
4. L'adesione a rimedi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali.

Si ricorda che gli artt. 205 e ss. del Codice disciplinano i seguenti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: l'accordo bonario (artt. 205 e 206); la costituzione del collegio consultivo tecnico (art. 207); la transazione (art. 208), l'arbitrato (art. 209); la camera arbitrale presso l'ANAC e i pareri di pre-contenzioso dell' ANAC (artt. 210 e 211).

5. La rinnovazione degli organi societari;

6. L'adozione e l'efficace attuazione di modelli organizzativi e gestionali idonei alla prevenzione di reati della specie di quello verificatosi, nonché l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo del compito di vigilare su funzionamento e osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento.

Il tenore della disposizione potrebbe essere chiarito posto che la formulazione non definisce se le misure previste debbano concorrere al fine della valenza del self cleaning.

7. La dimostrazione che il fatto sia stato commesso nell'esclusivo interesse della gente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione o che non vi sia stata omissione o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

La disposizione fa inoltre riferimento - nell'ambito dell'idoneità ad evitare l'esclusione - alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnati formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito.

Si osserva, al riguardo, anche alla luce delle considerazioni riportate nella Relazione Air, che le Linee guida non chiariscono se tale misura costituisca una generale misura di self-cleaning ovvero se essa debba concorrere alle specifiche misure indicate dalla disposizione in esame.

Senato: Dossier n. 406

Camera: Documentazione e ricerche n. 270

21 novembre 2016

Senato	Servizio Studi del Senato Ufficio ricerche nei settori ambiente e territorio	Studi1@senato.it - 066706-2451	 SR_Studi
Camera	Servizio Studi Dipartimento Ambiente	st_ambiente@camera.it - 066760-9253	 CD_ambiente