



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Linee guida*

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.

**Relazione AIR**

## Sommario

I. Il quadro normativo di riferimento.....	3
II. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità .....	3
III. La procedura di consultazione pubblica .....	4
IV. Contributi pervenuti .....	4
1. Premessa .....	4
2. Ambito oggettivo.....	5
2.1 <i>Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto</i> .....	5
2.2 <i>Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara</i> .....	6
2.3 <i>Ulteriori situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico</i> .....	6
3. Ambito soggettivo .....	8
4. I mezzi di prova adeguati .....	9
5. Ambito temporale .....	10
6. Le misure di self-cleaning.....	11

## **I. Il quadro normativo di riferimento**

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 (di seguito «Codice») prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». La norma individua alcune fattispecie esemplificative ritenute idonee a incidere sul rapporto fiduciario che deve sussistere tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'impresa esecutrice, quali le carenze significative nell'esecuzione di precedenti contratti; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

L'art. 80, comma 13, del Codice prevede che l'ANAC, con proprie linee guida da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione in esame e individuare quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini della medesima disposizione.

## **II. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità**

Sulla base delle previsioni citate, l'Autorità ha ritenuto di intervenire in materia con la predisposizione delle linee guida 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». Al fine di addivenire all'individuazione dei mezzi di prova adeguati, l'Autorità, ha specificato e circostanziato le fattispecie esemplificative individuate in via generica dalla norma e fornito indicazioni interpretative e operative anche sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti, nel rispetto della discrezionalità riconosciuta alle stesse nello svolgimento delle valutazioni di competenza. Ciò anche nell'ottica di assicurare la corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni codicistiche, garantendo l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e certezza per gli operatori economici. L'obiettivo perseguito è rappresentato dal conseguimento di benefici concreti in termini di riduzione dei tempi e dei costi di espletamento delle gare e di riduzione del contenzioso sulle cause di esclusione. Sul punto, si evidenzia che, già in vigore dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/06, era stata positivamente sperimentata l'efficacia delle indicazioni fornite dall'Autorità in merito alla valutazione dell'incidenza delle sentenze di condanna sulla moralità professionale del concorrente in termini deflattivi del contenzioso. Pertanto, data l'affinità delle fattispecie, si auspica che anche le indicazioni fornite con riferimento alle valutazioni di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice possano sortire il medesimo effetto. Si evidenzia che, al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella verifica della sussistenza delle cause ostative rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, l'Autorità ha anticipato, rispetto all'emanazione del Regolamento sul funzionamento dell'Osservatorio di cui all'art. 213, comma 8, del Codice, l'introduzione di specifici obblighi informativi a carico delle stazioni appaltanti, prevedendo che le stesse debbano comunicare, oltre alle esclusioni disposte ai sensi della disposizione in esame, anche i provvedimenti di risoluzione anticipata, di applicazione delle penali,

di escussione delle garanzie e le condanne emesse in relazione a contratti dalle stesse affidati. In tal modo, introducendo obblighi informativi che, poiché già previsti nella previgente normativa, non impattano in misura eccessiva sulle amministrazioni destinatarie, si assicura l'adeguata pubblicità dei provvedimenti di esclusione, agevolando la verifica della sussistenza delle cause ostative e garantendo il rispetto dei principi di certezza, pubblicità e trasparenza.

Le valutazioni in ordine all'effettivo perseguimento degli obiettivi attesi verrà effettuata in sede di VIR, prevista a un anno dall'entrata in vigore delle Linee guida, presumibilmente attraverso la somministrazione a un campione di Responsabili del Procedimento delle stazioni appaltanti di un apposito questionario che consentirà di valutare in concreto l'utilità delle indicazioni fornite, individuando possibili spazi di miglioramento. Contestualmente si procederà anche alla valutazione dell'impatto delle nuove previsioni in termini di oneri informativi a carico delle stazioni appaltanti. Si evidenzia che non si è proceduto in tale sede ad una vera e propria analisi dei costi, data la relativa esiguità peraltro compensata dai vantaggi conseguibili in termini di certezza e celerità delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti.

### **III. La procedura di consultazione pubblica**

L'Autorità ha posto in consultazione pubblica il documento recante «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», con modalità aperta, mediante pubblicazione sul proprio sito istituzionale in data 16/6/2016, assegnando un termine di 15 giorni per l'invio dei contributi. Nel corso della consultazione pubblica sono pervenuti n. 34 contributi da parte di pubbliche amministrazioni e società pubbliche, associazioni di categoria, ordini professionali, operatori economici e liberi professionisti. Il testo delle Linee guida è stato sottoposto al parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni Parlamentari. Il Consiglio di Stato ha reso il parere n. 2286/2016 in data 3/11/2016. Di tale parere si è tenuto conto nella predisposizione del testo finale delle Linee guida così come indicato in dettaglio con riferimento alle specifiche questioni.

### **IV. Contributi pervenuti**

#### **1. Premessa**

##### **Osservazioni pervenute**

Con riferimento all'oggetto delle Linee guida è stato ipotizzato un **eccesso di delega** in quanto l'art. 80, comma 12, demanda all'Autorità soltanto la possibilità di precisare quali mezzi di prova considerare adeguati ovvero quali carenze nell'esecuzione di precedenti contratti siano significative.

Inoltre, è stata evidenziata la necessità di prevedere cause di esclusione tassative al fine di evitare l'adozione di comportamenti non omogenei da parte delle stazioni appaltanti.

##### **Opzione scelta**

L'individuazione dei mezzi di prova adeguati non poteva prescindere dall'esatta definizione delle cause di esclusione, pertanto l'Autorità ha provveduto a fornire indicazioni interpretative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici attraverso l'esplicazione delle fattispecie individuate dal codice e

L'individuazione dei criteri da seguire nella valutazione della rilevanza delle cause di esclusione. Ciò non ha comportato l'introduzione di nuove e/o ulteriori ipotesi ostative alla partecipazione alle gare rispetto a quelle previste dal Codice. In ogni caso, si rammenta che l'art. 213, comma 2, del Codice attribuisce all'ANAC il potere di adottare linee guida al fine di garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, soprattutto al fine di favorire l'adozione di comportamenti omogenei, pertanto, la legittimazione dell'Autorità ad intervenire in materia non è posta in dubbio. Inoltre, ragioni di organicità, omogeneità e completezza, rendono opportuno fornire tutti i chiarimenti ritenuti necessari in relazione ad una determinata fattispecie con un unico documento, evitando duplicazioni. Si evidenzia che le fattispecie enucleate nel documento sono riportate a titolo meramente esemplificativo e che la valutazione in ordine alla rilevanza ostativa di ciascuna circostanza è rimessa in via esclusiva alla stazione appaltante in quanto alla stessa spetta verificare, caso per caso, la sussistenza degli elementi soggettivi e oggettivi della fattispecie e l'incidenza della stessa sull'integrità o sull'affidabilità del concorrente in rapporto allo specifico contratto da affidare.

## 2. Ambito oggettivo

### 2.1 Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto

#### Osservazioni pervenute

Alcuni operatori ritengono che l'espressione "**precedente contratto**" debba intendersi riferita ad un rapporto contrattuale con la stessa amministrazione che bandisce la gara, in analogia a quanto previsto dall'art. 38, lett. f) del d.lgs. 163/06.

Con riferimento alle "**altre sanzioni**", alcuni soggetti intervenuti hanno evidenziato che le stesse devono costituire sanzioni accessorie a condanne definitive e non rilevare come fatti in sé considerati. Dello stesso avviso alcuni *stakeholders* che hanno rilevato come la previsione della rilevanza di fattispecie quali la richiesta di risarcimento del danno, l'escussione della cauzione o della fideiussione nei casi previsti dall'art. 103 del Codice, l'applicazione delle penali rischi di attribuire rilevanza a fattispecie che preludono alla risoluzione quando la stessa risoluzione rileva solo se non contestata in giudizio.

Altri hanno chiesto di esplicitare che le carenze devono essere persistenti, come previsto dalla direttiva e quindi sia necessaria la reiterazione e di limitare la rilevanza ostativa a fattispecie definitive anche con riferimento alle sanzioni.

Molti operatori hanno espresso preoccupazione in ordine al riferimento all'importo percentuale della penale in quanto nella prassi accade frequentemente che anche per semplici ritardi vengano applicate penali pari al 10% dell'importo del contratto.

Inoltre, è stato chiesto di precisare se l'applicazione di sanzioni rilevi solo se avviene da parte della stessa stazione appaltante procedente o, in caso contrario, se assumano rilevanza anche se la s.a. che ha applicato le penali di importo complessivo superiore al 10% abbia deciso di non risolvere il contratto.

#### Opzione scelta

L'art. 57 della direttiva 24/2014 prevede l'esclusione "se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente

contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili”. Dal dato testuale si evince più chiaramente che la fattispecie include anche precedenti rapporti contrattuali con stazioni appaltanti diverse da quella che indice la gara. Si evidenzia, inoltre, che anche il Codice previgente, all’art. 38, comma 1, lett. f) individuava come causa ostativa, oltre alla circostanza della grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, anche la commissione di un errore grave nell’esercizio dell’attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

Con riferimento alle “altre sanzioni”, si evidenzia che le fattispecie individuate dalla norma sono soltanto esemplificative. Pertanto, non è precluso alla stazione appaltante di prendere in considerazione, al fine di valutare l’affidabilità del concorrente, fattispecie di inadempimento che hanno comportato, non una risoluzione anticipata non contestata o una condanna giudiziale, ma, ad esempio, l’applicazione di penali o l’escussione di garanzie, ferma restando la necessità che i gravi illeciti posti in essere siano sintomatici di significative carenze nell’esecuzione di precedenti contratti. Diversamente opinando non si comprenderebbe il senso del comma 13 dell’art. 80 che consente all’Autorità di precisare quali carenze siano significative ai fini del comma 5, lett. c) del medesimo articolo. Sul punto si specifica che, come correttamente evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere reso sulle Linee guida in esame, anche un inadempimento singolo può essere da solo significativo se riveste particolare gravità e adempimenti che, da soli, non assurgerebbero a carenze significative, possono divenire gravi se reiterate nel tempo e sintomatiche di carenze strutturali.

## ***2.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara***

### **Osservazioni pervenute**

Un operatore ha chiesto di specificare che l’omissione degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85 non configurano ipotesi di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c). In tal caso, infatti, stante le previsioni dell’art. 83, comma 9, del Codice, l’esclusione non conseguirebbe all’accertamento dell’omissione, ma soltanto all’inutile decorso del termine assegnato dalla stazione appaltante per la sanatoria o la mancata dimostrazione del requisito. Alcuni soggetti hanno chiesto di precisare le ipotesi concrete ascrivibili alla fattispecie in esame.

### **Opzione scelta**

Con riferimento alla prima osservazione, è stato specificato che l’omissione di informazioni rileva, a titolo esemplificativo, se attiene alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall’offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l’offerta appaia anormalmente bassa. Sono state accolte le richieste pervenute con individuazione alcune fattispecie esemplificative.

## ***2.3 Ulteriori situazioni idonee a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità dell’operatore economico***

### **Osservazioni pervenute**

Alcuni soggetti intervenuti alla consultazione ritengono che l'individuazione quale cause di esclusione di **ipotesi delittuose diverse da quelle previste dall'art. 80, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016** appaia di dubbia legittimità, in quanto non in linea con la legge delega e con il divieto di *gold plating*. Altri *stakeholders* ritengono che cause di esclusione non previste dal diritto nazionale possano essere validamente applicate solo se espressamente indicate negli atti di gara dalla stazione appaltante. Di contrario avviso altri soggetti, i quali riconoscono la possibilità dell'individuazione di reati ulteriori ed anzi ritengono che questi debbano assumere rilevanza anche in assenza di una condanna definitiva, evidenziando che, diversamente, si incorrerebbe nel paradosso di attribuire rilevanza ad una denuncia per turbativa d'asta e ad una condanna definitiva per la stessa ipotesi di reato, ma non ad una condanna in primo grado. A conferma di tale assunto, è stato evidenziato che già in vigore del d.lgs. 163/06 il Consiglio di Stato nella sentenza, sez. V, 20/11/2015 n. 5299 aveva affermato che: “La legge non esclude che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini della sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla precedente lettera c). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato alternativamente o cumulativamente, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lettera c e lettera f), non rinvenendosi nel sistema contrattualistico pubblico alcun divieto alla sussumibilità delle fattispecie di reato nella categoria del grave errore professionale e, per converso, alcuna riserva del penalmente sensibile alla categoria della moralità professionale strettamente intesa. Ne discende che ciò che rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, è solo che un determinato fatto, quantunque avente qualificazione penale, possa essere forma di manifestazione di un grave errore professionale, prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato, come è invece previsto dalla precedente lett. c)”.

Sono stati posti dubbi sulla rilevanza dei provvedimenti ex **art. 32 d.l.90/2014**, in quanto ciò apparirebbe incoerente con il disposto dell'art. 80, comma 11, che consente alle società o imprese sottoposte a sequestro o confisca ai sensi della legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli artt. 20 e 24 del D.lgs. 159/2011 di poter partecipare alle gare laddove affidate ad un custode o ad un amministratore giudiziario o finanziario. Inoltre, è stata contestata la rilevanza delle **pratiche commerciali scorrette**, in quanto comporterebbe un'illegittima estensione dell'ambito di applicazione e una duplicazione sanzionatoria dal momento che le stesse rilevano già per l'attribuzione del rating. Altri osservatori hanno chiesto di attribuire rilevanza ai soli provvedimenti adottati con riferimento al medesimo settore della procedura di gara (analogo mercato).

### Opzione scelta

Su indicazione del Consiglio di Stato, l'Autorità ha specificato che alcuni illeciti professionali possono configurare ipotesi di reato e, in tal caso, rileveranno ai fini dell'esclusione dalle gare nonostante non sia ancora intervenuta una sentenza definitiva di condanna. È il caso dei reati previsti dagli artt. artt. 353 bis, 353 bis, 354, 355 e 356 del c.p. In tali ipotesi, la stazione appaltante dovrà valutare l'incidenza del reato sull'integrità o sull'affidabilità del concorrente se è intervenuta una sentenza di condanna non definitiva risultante dal certificato dei carichi pendenti. Sul punto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la previsione non comporti l'ampliamento del novero delle cause di esclusione, perché si tratta di titoli di reato espressamente contemplati dall'art. 80, comma 1, lett. b) e di condotte integranti i gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice. La previsione introduce un onere ulteriore

a carico delle Stazioni appaltanti che saranno tenute ad acquisire il certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del codice al fine di accertare la presenza di sentenze di condanna non definitive per i reati su elencati. Inoltre, per i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p., le stazioni appaltanti dovranno acquisire anche il provvedimento di condanna al fine di verificare che contenga uno degli effetti tipizzati dall'art. 80 del codice (es. condanna al risarcimento del danno). Nella consapevolezza della particolare onerosità delle verifiche necessarie ad accertare la presenza di carichi pendenti, l'Autorità ha specificato che detta verifica andrà effettuata soltanto nel caso in cui il concorrente dichiari la sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi oppure la stazione appaltante acquisisca in qualsiasi modo notizia della presenza di carichi pendenti o vi siano indizi in tal senso. Tali adempimenti potranno essere semplificati con l'entrata in vigore della Banca dati nazionale degli operatori economici prevista dall'art. 81 del codice.

Con riferimento ai provvedimenti ex art. 32 del d.l. 90/2014, sono stati condivisi i dubbi espressi al riguardo e si è provveduto a escludere gli stessi dal novero delle cause di esclusione.

Sono state accolte le osservazioni formulate in merito alla limitazione della rilevanza delle pratiche commerciali scorrette ai fatti posti in essere in un mercato analogo a quello relativo al contratto da affidare.

### 3. Ambito soggettivo

#### Osservazioni pervenute

Molti *stakeholders* hanno chiesto precisazioni in ordine all'incidenza della causa ostativa che riguarda il **subappaltatore** sull'esclusione del concorrente, contestando la previsione normativa che non consente la semplice sostituzione del subappaltatore indicato nella terna, anche in considerazione della differente disciplina prevista per il caso dell'avvalimento. Altri soggetti hanno contestato la previsione secondo cui la causa ostativa in esame rileva se riferita ai **soggetti** che in qualsiasi modo agiscono per conto dell'impresa.

#### Opzione scelta

Il Consiglio di Stato ha avanzato dubbi sulla compatibilità con le direttive della previsione dell'art. 80, comma 1, del codice nella parte in cui prevede l'esclusione del concorrente in caso di carenza dei requisiti di partecipazione in capo al subappaltatore indicato nella terna, invitando l'Autorità ad adottare una interpretazione comunitariamente orientata della disposizione e, quindi, a consentire la sostituzione del subappaltatore nel caso di accertata carenza dei requisiti di partecipazione. La disposizione in argomento pone numerosi problemi interpretativi e la risoluzione delle criticità emerse necessita di interventi interpretativi significativi che coinvolgono più disposizioni (art. 80, commi 1 e 5, art. 105, comma 12, art. 89). Inoltre, il Consiglio di Stato ha segnalato la problematica al Governo per sollecitare una modifica normativa. Ciò posto, l'Autorità ha ritenuto di non fornire, con linee guida non vincolanti, indicazioni interpretative non conformi alla normativa vigente che potrebbero creare confusione in sede applicativa con possibile disparità di trattamento tra gli operatori economici.



Riguardo all'individuazione dei soggetti, è stato previsto che la causa di esclusione rilevi se riferita all'operatore economico (il che avviene quanto trattasi di fatti imputati allo stesso direttamente - es. risoluzione, applicazione di sanzioni, ecc.) oppure ai soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del Codice (quando trattasi di reati). Il novero dei soggetti è stato circoscritto rispetto a quanto indicato nel documento di consultazione al fine di evitare difficoltà, da parte delle stazioni appaltanti, nella contestazione degli addebiti e nella verifica del possesso del requisito.

#### **4. I mezzi di prova adeguati**

##### **Osservazioni pervenute**

Alcuni soggetti hanno evidenziato che esigenze di celerità e di economicità del procedimento di gara ostano alla possibilità di prevedere l'attivazione, sempre e comunque, a cura della stazione appaltante, di un sub-procedimento in contraddittorio con l'operatore, finalizzato ad accertare se lo stesso abbia o meno adottato misure idonee a prevenire la commissione di ulteriori illeciti o reati, dovendosi escludere il contraddittorio in tutte le ipotesi di risoluzione in danno del contratto disposte da parte della stessa Amministrazioni aggiudicatrice per grave negligenza dell'operatore ovvero le eventuali pronunce di condanna passate in giudicato emanate nei confronti dell'operatore medesimo per reati che incidono sulla moralità professionale.

Altri hanno chiesto di porre l'accento sull'onere motivazionale incombente in capo all'Amministrazione.

È stato chiesto, altresì, di prevedere che, qualora i requisiti necessari ad ottenere la certificazione del rating d'impresa siano soddisfatti, la Stazione appaltante non debba anche provvedere ad effettuare i controlli di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice, dovendosi questi considerare assorbiti in quelli già effettuati dall'Autorità per la concessione del rating stesso.

##### **Opzione scelta**

Le indicazioni fornite in ordine ai mezzi di prova tengono conto del disposto dell'art. 81 del codice che individua, quale unica modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti di carattere generale, l'acquisizione dei documenti probatori mediante la Banca dati nazionale degli operatori economici e, nel periodo transitorio necessario alla sua istituzione, mediante il sistema AVCPASS. Al fine di rendere operativo il sistema di verifica, è stato richiesto alle stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità, per il relativo inserimento nel casellario informatico, l'adozione dei provvedimenti idonei ad incidere sul possesso del requisito. Con riferimento ad altre informazioni che, nell'immediato, non possono trovare inserimento nel casellario (es. provvedimenti penali di condanna non definitivi), sono state indicate modalità di accertamento provvisorie, nelle more dell'entrata in vigore del decreto previsto dall'art. 81, comma 2, del codice.

Non è stato ritenuto opportuno prevedere casi di esenzione dall'obbligo di garantire il contraddittorio con il concorrente, atteso che, avvenendo la contestazione nell'ambito del procedimento di affidamento, non è richiesto l'avvio di un nuovo procedimento, ma soltanto l'obbligo di contestare i fatti e concedere un termine per eventuali osservazioni.

L'obbligo di motivazione è stato precisato con riferimento agli elementi di cui la stazione appaltante deve tener conto nelle valutazioni di competenza.

Non è stata accolta la proposta di considerare effettuata la verifica del possesso dei requisiti per le imprese in possesso del rating di legalità, in quanto i requisiti non coincidono integralmente e vanno controllati al momento della presentazione della domanda e al momento dell'aggiudicazione al fine di verificare che non siano sopraggiunti motivi di esclusione.

## 5. Ambito temporale

### Osservazioni pervenute

Con riferimento al tempo di rilevanza delle condotte illecite, molti osservatori hanno proposto di considerare periodi temporali di durata diversa compresa tra 6 mesi e 3 anni. Altri hanno chiesto la precisazione del momento da prendere in considerazione come *dies a quo*, essendo in dubbio se rilevi i) il momento in cui è stato commesso l'illecito, ii) il momento in cui è stato emesso il relativo provvedimento sanzionatorio/di condanna ovvero iii) il momento in cui tale provvedimento sia divenuto definitivo.

Alcuni operatori hanno chiesto di attribuire rilevanza soltanto ai fatti verificati in **epoca successiva all'entrata in vigore del nuovo codice** dei contratti, in applicazione del principio sancito all'art. 11 delle c.d. preleggi e all'art. 25, comma 2 della Carta costituzionale. Ciò permetterebbe agli operatori economici di strutturare dei processi di monitoring interni idonei a tracciare puntualmente le fattispecie che si delineeranno a seguito pubblicazione delle linee guida. Altri soggetti hanno evidenziato l'impossibilità di attribuire rilevanza a situazioni che prima non ne avevano (es. penali) per le quali l'operatore economico non aveva ritenuto opportuno sollevare contestazioni proprio in considerazione della loro rilevanza limitata al caso concreto.

### Opzione scelta

Con riferimento alla decorrenza degli effetti delle condotte ostantive previste dall'art. 80, comma 5, lett. c, del codice, le Linee guida, in assenza di indicazioni normative, hanno individuato il *dies a quo* nell'annotazione del fatto nel casellario informatico. Ciò al fine di offrire alle stazioni appaltanti uno strumento di verifica che garantisca celerità, trasparenza, pubblicità e contenimento dei costi. Detta soluzione è stata adottata sulla base dell'interpretazione della previsione della Direttiva (che indica come periodo massimo di rilevanza tre anni dalla «data del fatto») come riferita al verificarsi della fattispecie prevista dalla norma che, per come descritta, deve ritenersi una fattispecie di natura complessa. Essa infatti è costituita dal fatto in senso stretto (carezza significativa nell'esecuzione/tentativo di influenzare le decisioni della s.a./presentazione di informazioni false) e dall'effetto che consegue alla verifica operata dalla parte della stazione appaltante (incidenza sull'integrità o affidabilità del concorrente/sentenza di condanna/ecc.). Infatti, le cause di esclusione descritte dall'art. 80, comma 5, lett. c) non operano in via automatica, ma sono collegate ad un'obbligatoria e discrezionale valutazione rimessa unicamente alla stazione appaltante e come tale non sindacabile neanche dal giudice

amministrativo se non sotto il profilo della manifesta illogicità e ragionevolezza (cfr. Cons. St. Sez. V, 16 agosto 2010 n. 5725, Sez. VI, 28 luglio 2010, n. 5029, 27 gennaio 2010 n. 296).

Ciò ha portato a ritenere che il fatto (inteso in senso di fattispecie) si realizzi al verificarsi di entrambi gli elementi suindicati. La fattispecie verrebbe quindi a configurarsi soltanto all'esito dell'accertamento, da parte della stazione appaltante, della sussistenza dei presupposti previsti dalla norma. Inoltre, l'Autorità ha ritenuto che esigenze di garanzia del diritto di difesa imponessero la contestazione del fatto all'interessato e l'avvio di un procedimento in contraddittorio, mentre, esigenze di trasparenza e pubblicità richiedessero l'inserimento della notizia nel casellario informatico. Ciò anche in considerazione del fatto che gli effetti conseguenti all'accertamento della sussistenza della causa ostativa sono molto rilevanti per le imprese, precludendo la partecipazione delle stesse alle procedure di gara fino a tre anni. Si evidenzia che l'annotazione nel casellario non impone l'accertamento definitivo del fatto, se non quando espressamente richiesto dalla norma (risoluzione anticipata), e pertanto prevede, fatta salva la sospensione dell'annotazione, nel caso di sospensione cautelare del provvedimento all'esito di impugnativa, e la relativa cancellazione, nel caso di accoglimento del ricorso giudiziario nel merito.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che questa soluzione, pur mossa da un lodevole intento, fosse allo stato priva di base normativa e ha espresso dubbi circa la compatibilità della stessa con la direttiva europea, dovendosi intendere il riferimento ivi contenuto alla data del fatto come riferito all'accadimento storico dell'illecito professionale. Pertanto, ha ritenuto opportuna la segnalazione al Governo sul punto, invitando lo stesso a colmare la carenza con un intervento normativo.

Ciò posto, al fine di garantire certezza, nelle more dell'intervento del legislatore nazionale, l'Autorità ha ritenuto di mantenere l'indicazione contenuta nelle Linee guida, ribadendo che il periodo di esclusione per la commissione di gravi illeciti professionali non può superare i tre anni a decorrere dalla data di annotazione della notizia nel Casellario Informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento. La fissazione del periodo di rilevanza in concreto è stata rimessa alla stazione appaltanti che dovrà provvedere caso per caso in dipendenza della gravità del comportamento, della relativa incidenza sull'integrità e l'affidabilità del concorrente e della particolare tipologia di contratto da affidare. L'Autorità non ha ritenuto di dover precisare che rilevano soltanto i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore del nuovo Codice in quanto le fattispecie previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) erano già individuate dall'art. 38 co. 1, lett. c) ed f) del D.Lgs. 163/2006 e quindi rilevavano ai fini della valutazione del comportamento pregresso dell'impresa anche prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

## **6. Le misure di self-cleaning**

### **Osservazioni pervenute**

Alcuni soggetti intervenuti hanno proposto di attribuire rilevanza escludente anche agli accordi transattivi e alla corresponsione di ulteriori somme di denaro in aggiunta al pagamento delle penali contrattualizzate. Altri soggetti hanno chiesto di specificare se le azioni di *self-cleaning* devono essere state attuate prima della presentazione della domanda di partecipazione e autocertificate in sede di gara. È stato chiesto, altresì, di confermare che tale disposizione è applicabile a tutte le fattispecie di "gravi illeciti professionali" di cui all'art. 80, comma 5, ivi compresi gli illeciti penali.

Altri operatori hanno evidenziato che l'applicazione di penali e l'escussione della cauzione comportano il risarcimento integrale del danno e quindi devono essere valutate come cause esimenti e non come fattispecie ostative alla partecipazione.

### Opzione scelta

Non hanno trovato accoglimento nelle Linee guida le osservazioni in ordine alla considerazione, tra le cause esimenti, dell'adesione a rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, ritenute dal Consiglio di Stato non qualificabili tra le ipotesi di adozione di misure di carattere tecnico o organizzativo. È stato chiarito che le misure di *self-cleaning* devono essere adottate entro il termine per la presentazione delle offerte. A conferma di tale previsione, si evidenzia che lo schema di DGUE in via di approvazione richiede l'indicazione delle misure adottate. Diversamente, si consentirebbe alle imprese di perfezionare i requisiti di partecipazione durante lo svolgimento della procedura, introducendo, per il requisito in esame, una disciplina differenziata rispetto agli altri requisiti generali e speciali richiesti per la partecipazione alla gara. Inoltre, si consideri che l'impresa non potrebbe dichiarare la sussistenza del requisito al momento della presentazione della domanda se, resasi colpevole di un grave illecito professionale, non avesse già provveduto ad adottare misure idonee a dimostrare la sua affidabilità.

Con riferimento all'osservazione secondo cui l'applicazione di penali e l'escussione della cauzione, comportando il risarcimento del danno, dovrebbero essere considerate come cause esimenti anziché come cause di esclusione, si evidenzia che la *ratio* della norma è quella di consentire all'operatore economico di dimostrare la sua integrità e affidabilità nonostante si sia reso colpevole di un grave illecito professionale. A tal fine è presa in considerazione la "buona condotta" tenuta dallo stesso successivamente al compimento dell'illecito. Pertanto, l'applicazione di penali e l'escussione della cauzione, rappresentando strumenti azionabili dalla stazione appaltante in risposta ad un inadempimento e in danno dell'operatore economico inadempiente, non possono costituire, da sole, cause di esclusione della responsabilità. Possono essere valutate, invece, quali cause esimenti, l'intervenuto pagamento delle penali o l'assunzione formale di un impegno ad effettuare il pagamento medesimo.