

23 Nov 2017

## **Appalti, guida Anac alla valutazione dei «gravi illeciti professionali»**

Luca Leone e Paola Conio

Anche dopo l'introduzione del soccorso istruttorio e la riforma dei contratti pubblici, i motivi di esclusione dalle gare (complice anche la maggiore discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti) si confermano tra le maggiori cause di ricorso e fonte di giurisprudenza.

Una particolare rilevanza, da questo punto di vista, assume senza dubbio il motivo di esclusione previsto al comma 5, lett. c) dell'art. 80, ovvero l'espulsione conseguente alla dimostrazione, a cura della stazione appaltante, dell'intervenuta commissione, da parte dell'operatore economico di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità".

### **GRAVE ILLECITO (IL CODICE)**

Come ben sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere reso sull'aggiornamento delle linee guida n. 6 dell'ANAC, 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" la causa di esclusione in commento ha una portata molto più ampia di quanto non l'avesse nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, sia perché abbraccia i comportamenti tenuti non solo in fase di esecuzione contrattuale ma anche in fase di gara, sia perché non opera più alcuna distinzione tra rapporto professionale intercorso con la medesima stazione appaltante o con altre amministrazioni, sia perché è estesa anche al subappaltatore.

Alle stazioni appaltanti viene rimesso dalla norma il delicato compito di accertare, attraverso una valutazione comunque discrezionale (ma non arbitraria) se si sia realizzato o meno il presupposto che, secondo la legge, obbliga necessariamente all'esclusione, ovvero l'intervenuta commissione da parte dell'operatore economico di un grave illecito professionale tale da incidere, rendendola dubbia, sulla sua affidabilità o integrità. Tale concetto, tuttavia, è indeterminato e si potrà ritenere concretamente realizzato solo attraverso la valutazione condotta dalla stazione appaltante nel caso specifico.

**LA NORMA DEL CODICE** indica, come fattispecie rientranti nella variegata casistica dell'illecito professionale:

- le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
- 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 suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero omettere le informazioni dovute per il corretto svolgimento della procedura di selezione.

### **LE LINEE GUIDA N. 6**

L'art. 80 comma 13 ha previsto che, con linee guida, L'Anac potesse precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lett. c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).

Come osservato dal Consiglio di Stato, la natura meramente eventuale delle linee guida in questione le rende ascrivibili al novero di quelle non vincolanti. Non vi è dubbio, comunque, che le stesse costituiscano un utilissimo strumento di orientamento per l'attività delle stazioni appaltanti.

ANAC aveva esercitato la facoltà attribuitale dalla norma approvando, ad ottobre del 2016, le linee guida n. 6. Tuttavia, il decreto correttivo del codice contratti, entrato in vigore a maggio scorso, modificando, tra gli altri, il comma 10 dell'art. 80 in tema di durata della sanzione interdittiva della partecipazione alle gare pubbliche, ha offerto il destro all'Autorità per operare una revisione e aggiornamento delle linee guida, anche per tener conto delle osservazioni e delle richieste di chiarimento che erano pervenute successivamente all'adozione delle stesse, nonché (si ritiene), anche per tener conto degli orientamenti giurisprudenziali che, nel frattempo, hanno

iniziato a delinearsi sul tema.

### **L'AGGIORNAMENTO**

Su suggerimento del Consiglio di Stato, l'ANAC ha enfatizzato graficamente, in carattere grassetto, quali siano state le modifiche apportate rispetto alla formulazione originaria delle linee guida e anche la relazione di accompagnamento – che elenca i punti variati e le ragioni della modifica – costituisce un utile supporto per una celere comparazione dei due testi.

### **AMBITO OGGETTIVO**

La prima significativa novità la si incontra nel capitolo II "Ambito oggettivo", il cui incipit è risultato notevolmente ampliato. Viene precisato che l'accertamento che senza dubbio rileva quale causa di esclusione ai sensi del citato comma 5 lett. c) è quello avvenuto con "provvedimento esecutivo", il che significa non necessariamente definitivo, atteso che anche le sentenze non definitive sono esecutive ove non sospese. Inoltre, viene precisato che l'illecito rileva a prescindere dall'ambito (civile, penale, amministrativo) nel quale sia stato commesso.

Il testo aggiunto è interessante anche perché prende in considerazione un aspetto delicato, costituito dalla linea di confine tra la causa di esclusione in commento – per la cui operatività concreta è necessaria un'attività valutativa da parte della stazione appaltante – e altre cause di esclusione pure previste dall'art. 80, che operano invece in via del tutto automatica.

Su invito del Consiglio di Stato, è stato quindi precisato che eventuali condanne comminate per i reati di cui agli artt. 353 (turbata libertà degli incanti), 353-bis (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), 354 (astensione dagli incanti), 355 (inadempimento di contratti di pubbliche forniture) e 356 (frode nelle pubbliche forniture), le quali, se definitive, costituiscono motivo automatico di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b), ove non definitive potrebbero ugualmente costituire la base per l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione di cui alla lettera c). In tali casi, l'operatività della causa di esclusione non sarà automatica, ma la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare se il fatto commesso sia tale dal rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico e, dunque, concreti quel "grave illecito professionale" cui fa riferimento la lettera c).

Stessa cosa per gli altri reati esemplificativamente indicati al punto 2.2 delle linee guida, che potranno essere discrezionalmente apprezzati nella loro portata concreta ai fini dell'esclusione, solo ove non costituiscano già fattispecie di esclusione automatica ai sensi di altre previsioni dell'art. 80.

Più oltre, al punto 2.1.2.3, la precisazione della stessa linea di confine verrà effettuata anche con riferimento all'ipotesi del "fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione", che va tenuta ben distinta dall'ipotesi di esclusione automatica di cui alla lettera f-bis), introdotta dal correttivo al codice e concernente la presentazione nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere.

Molto interessante, anche perché si riferisce ad un aspetto già oggetto di pronunce giurisprudenziali (cfr. TAR Salerno, Sez. I, sent. n. 10 del 2/1/2017), è l'integrazione apportata al par. 2.1.2.2, con la specificazione che gli eventuali accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza potrebbero rilevare soltanto ove oggettivamente e specificatamente idonei ad incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati. In proposito era stato teorizzato (v. sent. cit.) che i comportamenti anti-concorrenziali non avrebbero mai potuto essere sussunti tra le fattispecie considerabili ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. 5 in quanto di per sé estranei al novero delle fattispecie ritenute rilevanti dal legislatore nazionale, atteso che quest'ultimo ha scelto di non recepire le ipotesi di esclusione facoltativa di cui alla lett. d) della direttiva 2014/24, relativa agli accordi intesi a falsare la concorrenza. Vi è da dire, però, che ove gli illeciti concorrenziali concretizzassero il "tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante" si rientrerebbe a pieno titolo proprio in una delle fattispecie indicate espressamente dal legislatore alla richiamata lettera c) del c. 5 dell'art. 80.

Sempre su tale tema, nonostante la posizione assunta dal TAR Salerno nella decisione sopra richiamata, ANAC ha ritenuto di confermare la possibile sussunzione – sempre previa motivata valutazione – anche della condanna inflitta dall'AGCM per pratiche commerciali scorrette o gravi illeciti antitrust tra le "altre situazioni" in grado di minare l'integrità o affidabilità dell'operatore, così come i provvedimenti sanzionatori comminati dalla stessa ANAC agli operatori economici, purché si tratti di provvedimenti di condanna esecutivi.

### **MEZZI DI PROVA**

Vengono in rilievo i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto non contestati in giudizio o confermati con sentenza esecutiva (quindi anche non definitiva) all'esito di un giudizio e i provvedimenti di escussione delle garanzie.

Inoltre, viene precisato che gli operatori economici – proprio al fine di mettere la stazione appaltante in condizione di operare quell'accertamento di rilevanza nel caso concreto che la

norma prevede - hanno l'onere di dichiarare nel DGUE tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente e che la falsa attestazione o l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate comporta l'esclusione automatica ai sensi della nuova lettera f-bis.

La stazione appaltante, previa verifica di veridicità, potrà tener conto anche di cause di esclusione non inserite nel casellario informatico.

#### **RILEVANZA TEMPORALE**

Le linee guida aggiornate chiariscono, sulla base di quanto previsto al comma 10 dell'art. 80, cje l'interdizione dalle gare è pari a 5 anni se non vi è fissazione della durata della pena accessoria nella sentenza penale di condanna, mentre se la durata è fissata in un periodo inferiore, l'interdizione dura per il medesimo periodo. Ove, invece, non vi sia stata sentenza penale di condanna, la sanzione interdittiva sarà di durata triennale, dalla data di accertamento del fatto.

#### **LE SOA**

Al capitolo VI, dedicato ai criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali, è stato inserito un paragrafo 6.6. che, tenuto conto della novellata lettera a) del c. 4 dell'art. 84 sul sistema unico di qualificazione per i lavori pubblici, precisa come gli organismi di attestazione debbano procedere ai fini di svolgere le valutazioni di competenza.

misure di self-cleaning

Le linee guida aggiornate precisano che la valutazione delle misure di self cleaning è svolta in contraddittorio con l'operatore economico e deve essere adeguatamente motivata, sottolineando che occorre applicare un particolare rigore nel caso in cui l'operatore abbia adottato le predette misure in conseguenza della violazione del principio di leale collaborazione con la Pa.

Il Consiglio di Stato, difatti, nel parere reso sulle linee guida ha segnalato una recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192) che valorizza il ricorso al contraddittorio solo nel caso in cui non risulti violato il principio di lealtà nei confronti della Pa appaltante, ritenendo quindi che dallo stesso possa prescindere l'operatore economico abbia reso dichiarazioni mendaci o reticenti.



P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved