

STUDIO AMMINISTRATIVISTI

AVV. GIOVANNI VALERI

AVV. LUISA FONTI
AVV. VALERIO VALERI
AVV. ALFREDO STOPPA
AVV. SERGIO GOSTOLI
AVV. FRANCESCO SEMENTILLI
AVV. SIMONE ATTIANESE
AVV. GIULIA GIANNINI
AVV. FRANCESCA COLALEO

Roma 13.11.2017

Oggetto: Linee guida n. 6 dell'ANAC di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti *"Indicazioni 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"*.

Invio di seguito una breve nota relativa al contenuto della deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017 con la quale l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha adottato le modifiche alle Linee guida n. 6, di attuazione dell'art. 80. Comma 5, lett. c), d. lgs, 18 aprile 2016, n. 50 (c. d. Codice dei contratti pubblici) come modificato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

* * *

1. Le linee guida dell'ANAC hanno efficacia generale e vincolante nel contesto delle gare pubbliche sia per gli operatori economici che per le stazioni appaltanti essendo l'Autorità preposta al settore dei contratti pubblici con funzioni anche di regolazione, con la funzione di integrare le previsioni del Codice.

2. Le linee guida n. 6 intervengono a chiarire e disciplinare l'attuazione di una delle cause di esclusione degli operatori economici dalle gare pubbliche di appalto e concessione. Trattasi in particolare dell'ipotesi secondo la quale la stazione appaltante dimostri che l'operatore economico o il suo subappaltatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Il verificarsi di una delle ipotesi indicate dall'ANAC non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, bensì obbliga la stazione appaltante a compiere la valutazione sulla gravità o meno della circostanza ricadente sull'operatore economico e solamente se ritiene la gravità effettiva

ne dispone l'esclusione dalla gara. La valutazione si svolge in contraddittorio con l'operatore economico.

3. Rilevano quali possibili cause di esclusione gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito, tali da rendere da un lato dubbia l'integrità del concorrente intesa come moralità professionale o dall'altro lato la sua affidabilità intesa come reale capacità tecnico professionale ai fini dello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.

4. In particolare, con riferimento ai profili civili la stazione appaltante è tenuta a valutare il comportamento tenuto dall'operatore economico durante l'esecuzione di altri contratti pubblici, anche stipulati con altre amministrazioni. Sono elementi sintomatici da un lato la risoluzione anticipata del contratto non contestata in giudizio o confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio e dall'altro lato la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni, ad esempio l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie provvisoria e/o definitiva.

Con riferimento ai profili amministrativi rilevano gli illeciti compiuti dall'operatore economico durante la procedura di gara a danno della stazione appaltante e/o degli altri concorrenti al fine di soddisfare abusivamente propri interessi personali e, in particolare, 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 e/o l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Con riferimento ai profili penali sono considerati illeciti professionali gravi altresì le condanne penali, anche di primo grado, per una serie di reati fra i quali rientrano, a titolo esemplificativo:

- Abusivo esercizio di una professione;
- Reati fallimentari;
- Reati tributari, societari, i delitti contro l'industria e il commercio,
- Reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1, lett. b) e c), T.U. edilizia con riferimento agli affidamenti di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;

- Reati previsti dalla normativa sulla responsabilità amministrativa dell'ente nascente da reato commesso dai suoi amicali (d. lgs. 231/2001);
- Alcuni delitti contro la pubblica amministrazione.

5. La presenza della possibile causa di esclusione deve sussistere in capo:

- All'operatore economico quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica;
- Quando i comportamenti sono riferibili esclusivamente alle persone fisiche (es. le sentenze di condanna penale) al titolare o al direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; al un socio o al direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; ai soci accomandatari o al direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, ai membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, al direttore tecnico o al socio unico persona fisica, ovvero al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio, nonché nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'operatore economico non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata;
- Al subappaltatore nel caso di appalti sopra soglia comunitaria o, indipendentemente dal valore economico, qualora riguardino attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa.

6. La maggiore novità della modifica di ottobre 2017 riguarda la previsione di sentenze penali di condanna già di primo grado quali cause di esclusione – se considerate dalla stazione appaltante gravi con riferimento alla gara – mentre in passato non si dubitava del fatto che le condanne penali avessero rilevanza come causa di esclusione solamente se definitive.

In realtà, le condanne penali non definitive esaminate si aggiungono all'autonoma causa di esclusione consistente nella condanna, in questo caso definitiva, a carico dei soggetti apicali dell'operatore economico indicati sopra per una serie di reati più gravi che solo con riferimento ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione (turbativa d'asta e della libera scelta del contraente; astensione dagli incanti e inadempimento o frode nei

contratti di pubbliche forniture). In questo caso, tra l'altro, l'esclusione è automatica, non rimessa alla valutazione della stazione appaltante.

7. Gli operatori economici sono tenuti ad indicare nella busta amministrativa tutte le notizie astrattamente idonee a ad alterare la loro integrità o affidabilità professionale pena la commissione di falsa dichiarazione o la produzione di falsa documentazione, circostanza che costituisce un'autonoma causa di esclusione.

8. Da ultimo si segnala che l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti volte a dimostrare la propria integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di una possibile causa di esclusione (c. d. misure di *self – cleaning*) e la stazione appaltante è tenuta a valutarle, in contraddittorio con l'operatore economico, e assumere infine una decisione adeguatamente motivata.

* * *

Cordiali saluti.

Avv. Giovanni Valeri



131117-anac-circ