

Linee guida 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 di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice'

Consiglio di Stato - Parere n. 2042 del 25 settembre 2017 (Adunanza della Commissione speciale del 14 settembre 2017)

Premesso e considerato:

1. E' all'esame di questo Consesso l'aggiornamento delle linee guida dell'ANAC n. 6 del 2016, emanate ai sensi dell'art. 80, comma 13, 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 possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice", al fine di tenere conto delle modifiche apportate dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Le stesse sono pervenute corredate di lettera di accompagnamento a firma del Presidente dell'ANAC, di relazione illustrativa e dei contributi pervenuti all'ANAC.

Il Consiglio di Stato, con apposita commissione speciale, ha reso il parere n. 2286/2016 del 3 novembre 2016 e, con delibera del 16 novembre 2016, l'Autorità ha emanato dette linee guida, oggetto del presente aggiornamento.

2. Giova evidenziare che l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "motivi di esclusione", reca l'elenco dei cc.dd. requisiti di carattere generale (o di idoneità morale) che devono possedere sia i concorrenti che i subappaltatori.

Esso, al pari del previgente art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, reca l'elenco di molteplici requisiti la cui mancanza costituisce "motivo di esclusione".

Tra essi, viene qui in rilievo la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), consistente nel "grave illecito professionale".

In particolare, è testualmente previsto che la stazione appaltante esclude l'operatore economico quando essa "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.

Tra questi rientrano:

- 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 l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

3. Come già indicato nel precedente parere del 3 novembre 2016, nella nuova disciplina la previsione ha una portata molto più ampia rispetto a quella contenuta nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 in quanto, da un lato, non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, dall'altro non fa riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

Occorre altresì ribadire, quanto alla natura giuridica delle linee guida in discorso, quanto espresso nel precedente parere, vale a dire che, avuto riguardo alle tipologie delle stesse previste dalla legge delega e al contenuto dell'art. 80, comma 13, è da ritenere che appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante.

4. La Commissione, in via preliminare, rileva che lo schema di provvedimento trasmesso dall'ANAC non contiene un testo a fronte della disposizione di legge con evidenza delle parti innovate, né una rappresentazione grafica delle parti delle linee guida introdotte, modificate o espunte.

Tale circostanza determina la necessità di una lettura comparata integrale del testo previgente e del nuovo testo sia della legge che delle linee guida, sicché sarebbe auspicabile che, nel richiedere il parere del Consiglio di Stato su novelle di precedenti linee guida, l'ANAC trasmettesse un documento con la evidenziazione di quanto innovato.

Inoltre, pur non trattandosi di linee guida vincolanti, appare comunque opportuno rendere di immediata evidenza per gli operatori quali siano in concreto le parti del testo modificate, se del caso utilizzando appositi accorgimenti grafici.

Sui singoli punti delle linee guida, si osserva quanto esposto dai punti seguenti.

5. L'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 prevede diverse tipologie di motivi di esclusione.

In particolare, il comma 1 dispone l'esclusione automatica, senza alcun tipo di apprezzamento discrezionale, della stazione appaltante in caso di condanna definitiva, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per taluni reati specificamente indicati.

In tali casi, come in altre fattispecie descritte nello stesso art. 80, l'attività della stazione appaltante si presenta come totalmente vincolata, dovendo solo accertare l'oggettiva presenza del presupposto previsto dalla norma per procedere all'esclusione dell'operatore economico dalla gara.

Diversamente, l'ipotesi di esclusione per "grave illecito professionale", di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza del presupposto in presenza del quale deve essere disposta l'esclusione debba essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità.

In altri termini, se l'esclusione per grave illecito professionale costituisce atto vincolato, l'accertamento del relativo presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante.

Infatti, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici.

Di talché, è solo la valutazione della stazione appaltante che potrà ritenere sussunta la fattispecie concreta nel concetto di grave illecito professionale descritto in astratto dalla norma.

Orbene, nel par. 2.2 dello schema di linee guida, l'ANAC ha specificato che, "in particolare", rilevano come "illeciti professionali gravi" di cui al par. 2.1 – e, quindi, devono essere valutati dalle stazioni appaltanti ai fini dell'esclusione dalle gare – le condanne esecutive per determinati reati, indicati a titolo esemplificativo.

In tale indicazione non sono contemplati i reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355, 356 c.p., i quali, invece, erano indicati nei paragrafi 2.1.2.5, 4.3, 4.4 e 4.5 delle precedenti linee guida.

In proposito - fermo restando che la condanna con sentenza definitiva, il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o la sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per taluno di questi delitti determina l'automatica esclusione dell'operatore economico dalla gara, nel senso che la stazione appaltante non può compiere alcuna autonoma valutazione, ma deve senz'altro procedere all'esclusione ai sensi della lett. b) del richiamato primo comma dell'art. 80 - sarebbe opportuno specificare che la condanna non definitiva per taluno di questi reati può acquisire rilevanza quale "illecito professionale grave" e, quindi, come motivo di esclusione ai sensi ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c). Va da sé che, nell'ipotesi di condanna non definitiva, la stazione appaltante, in assenza dell'automatismo esistente ove la condanna sia definitiva, deve valutare se il fatto sia tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico e, in ragione di tale valutazione, deve motivare adeguatamente l'eventuale esclusione dalla gara.

Pertanto, si suggerisce di aggiungere un capoverso ulteriore al par. 2.2 delle linee guida, che potrebbe avere il seguente tenore:

"Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo

restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b), del codice”.

6. L'art. 80, comma 5, lett. c), indica tra le fattispecie concrete che possono dare luogo ad un grave illecito professionale “il 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 delle procedure di selezione”.

Il d.lgs. n. 56/2017, nell'ambito del comma 5 dell'art. 80, ha inserito la lett. f-bis), in ragione della quale le stazioni appaltanti escludono “l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”.

La differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico.

6.1. Il par. 4.2 delle linee guida in esame stabilisce, tra l'altro, che “la mancata segnalazione di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento comporta l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del codice”.

L'utilizzazione di un concetto giuridico indeterminato nelle linee guida, quale la mancata segnalazione di “situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione” potrebbe far sorgere perplessità negli operatori su quali siano le situazioni da dichiarare per non incorrere nella sanzione espulsiva.

Pertanto, valuti l'ANAC se sia il caso di ancorare la fattispecie di cui alla lett. f-bis) ad omissioni di circostanze facilmente e oggettivamente individuabili quali, ad esempio, le sentenze di condanna per qualunque tipo di reato.

Inoltre, l'omessa dichiarazione di altri provvedimenti, sebbene in via astratta anch'essi idonei a porre in dubbio l'integrità e l'affidabilità del concorrente, potrebbe essere fatta rientrare nel campo di applicazione del comma 5, lett. b), e, quindi, essere rimessa alla concreta valutazione della stazione appaltante.

6.2. Si segnala, infine, che, nello stesso par. 4.2, la parola “inserite” va sostituita con “inseriti”, riferendosi a “provvedimenti”.

7. Il par. 6.1 delle linee guida prevede che l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato.

I commi 7 e 8 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, stabiliscono la facoltà per l'operatore economico di provare l'adozione di misure di cd. self cleaning che, ove dalla stazione appaltante ritenute sufficienti, determinano la non esclusione dalla procedura d'appalto.

Una recente giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192) ha specificato, tra l'altro, che il ricorso al contraddittorio e, quindi, la valutazione delle misure di self cleaning, presuppone il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, per cui, in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.

Pertanto, valuti l'ANAC se sia il caso di chiarire nelle linee guida come le misure di self cleaning si configurano a seguito della violazione, da parte dell'operatore economico, del principio di leale collaborazione con l'amministrazione.

8. Il d.lgs. n. 56/2017, ha novellato l'art. 83, comma 10, del codice aggiungendo la frase "e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna".

La previsione di legge appare sostanzialmente conforme a quanto statuito in sede europea dall'art. 57, comma 7, della direttiva 26 febbraio 2014 n. 2014/24/UE.

Infatti, la novella legislativa nazionale, al pari della norma europea, individua in "tre anni dalla data del fatto in questione" il periodo massimo di esclusione per l'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali e non abbia adottato misure di self cleaning per dimostrare la sua affidabilità se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva.

Analogamente, la norma nazionale fissa in tre anni la durata della incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, vale a dire del periodo di esclusione, "decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo" ove non sia intervenuta sentenza di condanna.

Il denominatore comune alle due ipotesi, europea e nazionale, è costituito dall'assenza di una sentenza di condanna che fissi la durata dell'incapacità e dal limite di tre anni in cui l'esclusione può essere disposta.

Diversamente, da un punto di vista letterale, la norma europea, come dies a quo dei tre anni, fa riferimento alla data "del fatto", mentre la norma nazionale al suo "accertamento definitivo".

La previsione introdotta del correttivo ha tenuto conto del parere di questo Consiglio di Stato del 30 marzo 2017 n. 782, con cui si è evidenziata la necessità di ancorare la decorrenza del triennio ad un momento preciso, specificando che la "data del fatto" non assicura tale esigenza, "in quanto identiche violazioni compiute da due imprese lo stesso giorno, per fattori del tutto casuali, potrebbero anche venire alla luce in momenti differenti, il che conseguentemente finirebbe per limitare ingiustificatamente il triennio, per alcuni e non per altri, per tutto il periodo che va dalla commissione del fatto alla sua rilevanza nell'ambito del medesimo procedimento".

8.1. Peraltro, da un punto di vista sistematico, l'individuazione del dies a quo del triennio può ritenersi coincidente laddove la "data del fatto" sia intesa come data del fatto "definitivamente accertato", tanto più che la norma nazionale è applicabile solo ove non sia intervenuta sentenza di condanna, definitiva o non definitiva.

Inoltre, occorre ritenere che la parte della norma incidente sulla fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), sia esclusivamente quella introdotta dal correttivo, atteso che la restante parte della disposizione fa riferimento ad ipotesi di sentenze di condanna definitiva per le quali è prevista la pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, le quali, ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. g), costituiscono motivo automatico di esclusione.

8.2. Pertanto, si suggerisce di modificare il par. 5.1 delle linee guida nel seguente modo:

“La durata del motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del codice, per l'ipotesi in cui non sia intervenuta sentenza di condanna, è stabilita dal comma 10 dello stesso articolo ed è fissata in tre anni, decorrenti dalla data del definitivo accertamento del fatto, durante i quali la stazione appaltante deve tener conto del motivo stesso ai fini della propria valutazione discrezionale circa la sussistenza del presupposto per procedere all'esclusione dalla gara dell'operatore economico”.

9. Il par. 8.1 dispone che le linee guida, aggiornate al d.lgs. n. 56/2017, entrano in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Tuttavia, l'art. 213, comma 17-bis, introdotto dal d.lgs. n. 56/2017, stabilisce che le linee guida ANAC, di regola, acquistano efficacia il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella GURI e che, in casi di particolare urgenza, l'entrata in vigore non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella GURI.

Pertanto, il par. 8.1, in assenza di particolare urgenza, dovrà essere riformulato prevedendo l'ordinaria vacatio di quindici giorni.

P.Q.M.

esprime parere favorevole con le osservazioni di cui in motivazione.