

AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA 16 novembre 2016

Linee guida n. 6, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati a 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». (Delibera n. 1293). (16A09046)

(GU n.2 del 3-1-2017)

Premessa

L'art. 80, comma 13, del decreto legislativo 18.4.2016 n. 50 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. Sulla base della predetta disposizione l'Autorita' ha predisposto le 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, lettera c) del Codice».

Al fine di pervenire all'individuazione dei mezzi di prova adeguati, l'Autorita' intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Cio' nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici.

Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non da' luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lettera c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi.

I. Ambito di applicazione

1.1 L'art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lettera c) si applica agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5) e, ai sensi dell'art. 136 del Codice, ai settori speciali quando l'ente aggiudicatore e' un'amministrazione aggiudicatrice.

1.2 Se l'ente aggiudicatore non e' un'amministrazione aggiudicatrice, le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere iscritti in un sistema di qualificazione o che richiedono di partecipare alle procedure di selezione possono includere i motivi di esclusione di cui all'art. 80, alle condizioni stabilite nel richiamato art. 136.

1.3 I motivi di esclusione individuati dall'art. 80 del codice e, per quel che qui rileva, il suo, comma 5, lettera c) sono presi in considerazione anche:

a) ai fini della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, comma 4);

b) ai fini dell'affidamento dei contratti ai subappaltatori e della relativa stipula (art. 80, comma 14);

c) in relazione all'impresa ausiliaria nei casi di avvalimento (art. 89, comma 3);

d) ai fini della partecipazione alle gare del contraente generale (art. 198).

1.4 Le cause di esclusione previste dall'art. 80 del codice e, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lettera c) non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o della legge 31 maggio 1965, n. 575, e affidate a un custode o amministratore giudiziario o finanziario, se verificatesi nel periodo precedente al predetto affidamento (art. 80, comma 11).

II. Ambito oggettivo

2.1 Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del codice gli illeciti professionali gravi tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.

2.1.1 Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto

2.1.1.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1 la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio;

b) la condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie ai sensi degli articoli 103 e 104 del Codice o della previgente disciplina.

2.1.1.2 Detti comportamenti rilevano se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali.

2.1.1.3 In particolare, assumono rilevanza, a titolo esemplificativo:

1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;

2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;

3. l'adozione di comportamenti scorretti;

4. il ritardo nell'adempimento;

5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;

6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuita dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;

7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 decreto legislativo 163/06);

8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 102, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 decreto legislativo 163/06).

2.1.1.4 Nei casi più gravi, le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto possono configurare i

reati di cui agli articoli 355 e 356 codice penale Pertanto, al ricorrere dei presupposti previsti al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati su richiamati, qualora contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80. Comma 5, lettera c). I provvedimenti di condanna definitivi per detti reati configurano, invece, la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 1, lettera a) del codice.

2.1.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara

2.1.2.1. Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

2.1.2.2. Rilevano, a titolo esemplificativo:

1. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine:

1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione;

1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione;

1.3 all'attribuzione dei punteggi.

2. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine:

2.1 al nominativo degli altri concorrenti;

2.2 al contenuto delle offerte presentate.

3. Acquisita, inoltre, rilevanza, al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza.

2.1.2.3. Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1 posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e il parametro della colpa professionale. Rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo:

1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;

2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;

3. l'omissione di informazioni in ordine 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.

2.1.2.4. Assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti

contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice.

2.1.2.5. Nei casi piu' gravi, i gravi illeciti professionali posti in essere nel corso della procedura di gara possono configurare i reati di cui agli articoli 353, 353-bis e 354 del codice penale. Pertanto, al ricorrere dei presupposti previsti al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati su richiamati. I provvedimenti di condanna definitivi per detti reati configurano, invece, la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 1, lettera a) del codice.

2.1.3 Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrita' o l'affidabilita' dell'operatore economico

2.1.3.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente:

1. i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

2. i provvedimenti sanzionatori divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorita' nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorita' o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorita', abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.

III. Ambito soggettivo

3.1 I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice.

Ai fini della partecipazione alla gara, la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lettera c) del Codice in capo:

- all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica;

- ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche;

- al subappaltatore nei casi previsti dall'art. 105, comma 6, del Codice.

IV. I mezzi di prova adeguati

4.1 Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'Autorita', ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice:

a. i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del codice;

b. i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto, di applicazione delle penali e di escussione delle garanzie;

c. i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale e i provvedimenti penali di condanna non definitivi, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati.

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del

codice.

4.2 La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutte le notizie 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.

4.3 Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 81, comma 2, del codice:

a. la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lettera c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice;

b. la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 e 356 codice penale è effettuata mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza.

4.4 La verifica della sussistenza dei carichi pendenti deve essere effettuata dalle stazioni appaltanti soltanto nel caso in cui venga dichiarata la presenza di condanne non definitive per i reati di cui agli articoli 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. oppure nel caso in cui sia acquisita in qualsiasi modo notizia della presenza di detti provvedimenti di condanna o vi siano indizi in tal senso.

4.5 In caso di provvedimento non definitivo di condanna per i reati di cui agli articoli 355 e 356 c.p., nelle more dell'implementazione della banca dati degli operatori economici, la stazione appaltante deve acquisire il provvedimento e verificare che lo stesso contenga la condanna al risarcimento dei danni o altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lettera c) del codice.

4.6 Le verifiche riguardanti gli operatori economici di uno Stato membro sono effettuate mediante accesso alle banche dati o richiesta dei certificati equivalenti, contemplati dal sistema e-certis. Gli operatori non appartenenti a Stati membri devono produrre, su richiesta della stazione appaltante, la certificazione corrispondente o, in assenza, una dichiarazione giurata in cui si attesta che i documenti comprovanti il possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del codice non sono rilasciati o non menzionano tutti i casi previsti.

Le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del Codice i provvedimenti dalle stesse adottati e i provvedimenti di condanna emessi in sede giudiziale con riferimento ai contratti dalle stesse affidati idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti.

L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del Codice.

Gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante utilizzo del modello DGUE, tutte le notizie inserite nel Casellario Informatico gestito dall'Autorità astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità'.

V. Rilevanza temporale

5.1 In caso di sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 80, comma 5, lettera c) del codice il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento.

5.2 La stazione appaltante deve valutare l'incidenza del tempo

trascorso con riferimento alla gravita' del comportamento tenuto in concreto dal concorrente, alla tipologia di contratto da affidare e alle modalita' di esecuzione dello stesso.

5.3 Il periodo rilevante deve essere conteggiato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione dell'avviso o del bando di gara. Resta ferma la rilevanza dei fatti commessi tra la pubblicazione dell'avviso o del bando e l'aggiudicazione.

VI. I criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali

6.1 L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato.

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

1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrita' e affidabilita';

2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrita' o sull'affidabilita' dell'operatore economico in considerazione della specifica attivita' che lo stesso e' chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare;

3. l'esclusione non sia tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

6.3 Il requisito della gravita' del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneita' dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato.

6.4 La valutazione dell'idoneita' del comportamento a porre in dubbio l'integrita' o l'affidabilita' del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

6.5 Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento agli elementi indicati ai precedenti punti 6.2, 6.3 e 6.4.

VII. Le misure di self-cleaning

7.1 Ai sensi dell'art. 80, comma 7, del codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico e' ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrita' e affidabilita' nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

7.2 L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte. Nel DGUE l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate.

7.3 Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito:

1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacita' professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attivita' formative;

2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualita' delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;

3. la rinnovazione degli organi societari;

4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di

quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento;

5. la dimostrazione che il fatto e' stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo.

VIII. Entrata in vigore

8.1 Le presenti Linee guida entrano in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Approvata dal Consiglio nella seduta del 14 dicembre 2016

Il Presidente: Cantone