

13/2016

Consultazioni

Consultazione Anac

**Dimostrazione delle cause di esclusione ex art 80, comma 5, lettera c
del codice dei contratti pubblici (gravi illeciti professionali)**

Risposta di Assonime

L'articolo 80, comma 13, del Codice dei contratti pubblici prevede che "con linee guida l'Anac (...) può 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, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)".

Nella bozza di linee guida sottoposta a consultazione l'Anac dà attuazione a quanto richiesto dal comma 13, soffermandosi sui mezzi di prova (paragrafo 4 del documento di consultazione) e sulle carenze da considerare significative (paragrafo 3.1).

Inoltre, in aggiunta a quanto previsto dal Codice, nel documento di consultazione viene fornita un'interpretazione delle varie fattispecie sostanziali che costituiscono per l'operatore economico "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" (art. 80, comma 5, lettera c), con riferimento alle ipotesi indicate nella norma e ad altre situazioni potenzialmente rilevanti.

Rispetto al documento di consultazione, che appare nel complesso ben strutturato, teniamo a sottolineare l'importanza del richiamo al criterio di proporzionalità come principio guida, per le stazioni appaltanti, nella valutazione dei comportamenti posti in essere dalle imprese ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle procedure di appalto. Questo criterio infatti è quello che sulla base della giurisprudenza nazionale e europea consente di trovare l'equilibrio tra l'esigenza di affidabilità degli operatori e quella di assicurare la massima partecipazione alle gare.

A nostro avviso, il documento dovrebbe indicare più chiaramente che il principio di proporzionalità deve essere seguito non solo nella fase in cui si tratta di escludere o meno i soggetti che hanno presentato una domanda di partecipazione o un'offerta sulla base del documento di gara unico europeo, ma anche nella fase precedente, di definizione del bando di gara ad opera della stazione appaltante.

Infatti, se le cause di esclusione riconducibili a "gravi illeciti professionali" vengono identificate dall'Anac sulla base di categorie formali delineate in modo molto ampio, rinviando di fatto la verifica di pertinenza e di proporzionalità a un successivo vaglio da parte delle stazioni appaltanti, il risultato può essere quello di scoraggiare indebitamente la partecipazione alla gara restringendo così la concorrenza. E'

importante che già nei bandi di gara il novero delle cause di esclusione attinenti ai gravi illeciti professionali venga puntualmente circoscritto.

A questo riguardo, suggeriamo di riconsiderare il paragrafo 2 del documento di consultazione, che identifica le situazioni rilevanti ai fini dell'esclusione, in modo che (ferme restando le violazioni che hanno una tale gravità da costituire autonome cause di esclusione), i comportamenti illeciti di natura civile e amministrativa e i reati commessi nell'esercizio della professione enumerati a titolo esemplificativo a pagina 3 nonché gli illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica siano considerati ammissibili, come cause di esclusione, unicamente quando siano "idonei a incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico". Rilevano, in proposito, la natura e le caratteristiche del comportamento illecito in concreto realizzato e la sua inerenza rispetto al rapporto contrattuale che l'amministrazione intende porre in essere. Per alcune fattispecie l'idoneità a intaccare il rapporto fiduciario andrà peraltro valutata anche in relazione ai profili soggettivi, in particolare all'effettiva consapevolezza dell'illiceità della condotta da parte dell'impresa che l'ha posta in essere.

Dal punto di vista di una stazione appaltante, ad esempio, vi è una diversa incidenza sull'affidabilità dell'operatore tra il caso in cui questi abbia partecipato ripetutamente a cartelli con una chiara connotazione dolosa e il caso in cui sia incorso in una violazione delle regole di concorrenza in ragione di un mero scambio di informazioni o di un accordo la cui valenza restrittiva non è pacifica.

Per le pratiche commerciali scorrette, che vengono menzionate come ipotesi di grave illecito professionale nel documento di consultazione, non è chiaro quali siano le fattispecie che, nel rispetto dei principi di pertinenza e proporzionalità, possono rilevare sul rapporto fiduciario nell'ambito della contrattualistica pubblica. Dato che l'elenco fornito nelle linee guida dell'Anac ha una funzione esemplificativa, va valutato se mantenere il riferimento a questa categoria di violazioni.

Analogamente a quanto previsto ai fini dell'attribuzione del rating di legalità, non dovrebbero essere contemplate tra gli illeciti che determinano l'esclusione dalle procedure di appalto le violazioni antitrust per le quali, in seguito alla collaborazione prestata dall'impresa nell'ambito di un programma di clemenza nazionale o europeo, l'autorità di concorrenza competente ha concesso l'immunità o la riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria.

Non sembra strettamente necessario indicare espressamente che i casi di procedimenti antitrust conclusi con impegni non rientrano tra le fattispecie rilevanti ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle procedure, in quanto come noto nei casi di decisioni con impegni l'autorità di concorrenza non effettua un accertamento della violazione.

Sulla base delle considerazioni esposte, suggeriamo di riformulare il secondo e il quinto capoverso del paragrafo 2 (pag. 3) come segue:

a) secondo capoverso

"Nella fattispecie devono essere ricompresi la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena per reati commessi nell'esercizio della professione quali:

1. l'abusivo esercizio di una professione;
2. i delitti contro la fede pubblica (es. falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico);
3. i delitti contro l'industria e il commercio;
4. i reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
5. i reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i reati ambientali;

qualora siano idonei a incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico."

b) quinto capoverso

"Possono costituire gravi illeciti professionali anche violazioni di natura civile e amministrativa. Può essere attribuita rilevanza ad ogni comportamento contrario al principio di buona fede tenuto nel corso di una procedura contrattuale e ad altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come ad esempio illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica accertati con provvedimento di condanna divenuto inoppugnabile o confermato con sentenza passata in giudicato, qualora tali comportamenti siano idonei a incidere in maniera sostanziale sul rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l'operatore economico. Non rientrano tra le fattispecie rilevanti

i casi di applicazione del diritto antitrust in cui l'autorità di concorrenza competente non ha importato o ha ridotto la sanzione amministrativa pecuniaria in seguito alla collaborazione prestata dall'impresa nell'ambito di un programma di clemenza nazionale o europeo”.