

Le novità nelle nuove Linee guida n. 6/2016 sul “grave illecito professionale”

15 Novembre 2017

Le nuove Linee Guida, che entreranno in vigore **a partire dal 22 novembre p.v e** pertanto, in conformità a quanto sancito dall'articolo 213, comma 17-bis del Codice, troveranno applicazione nelle procedure di gara bandite a partire da tale data, ovvero, in caso di assenza di bando, laddove gli inviti a presentare offerta siano trasmessi a partire da tale termine hanno introdotto alcune novità rilevanti.

IL TESTO DELLE LINEE GUIDA 6 AGGIORNATO E' REPERIBILI [QUI](#)

AMBITO OGGETTIVO DI RILEVANZA

Anzitutto, l'Autorità specifica che le fattispecie rilevanti quali **gravi illeciti professionali**, possono avere **natura civile, penale ed amministrativa, e devono essere accertati con provvedimento esecutivo**.

Tuttavia, il concetto di esecutività cui si riferisce l'Autorità non presuppone, necessariamente, la definitività del provvedimento di accertamento. Infatti, viene precisato che possono rilevare come gravi illeciti professionali, salvo che non configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla gara, anche le **condanne non definitive per alcuni tipi di reati**, tra i quali vengono menzionati, a titolo esemplificativo:

- **l'abusivo esercizio della professione**
- **i reati fallimentari** (bancarotta semplice e fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da inserire nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito)
- **i reati tributari ex art. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio**
- **i reati urbanistici (di cui all'art. 44, comma 1, lett b) e c) T.U. 380/2001)**
- **i reati previsti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001**

Inoltre, possono rilevare anche le condanne non definitive per:

- **turbativa d'asta** (353 c.p.)
- **turbativa del procedimento di scelta del contraente** (354 c.p.),
- **astensione dagli incanti** (354 c.p.)
- **inadempimento di contratti di pubbliche forniture** (355 c.p.)
- **frode nelle pubbliche forniture** (356 c.p.)

Eventuali condanne definitive per questa ultima serie di reati, comporta l'automatica esclusione dalla gara ai sensi del comma 1 dell'art. 80, senza alcun margine di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante

Con riferimento alle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (par. 2.2.1), viene precisato che la **risoluzione anticipata può rilevare** se non contestata in giudizio ovvero **confermata all'esito di un giudizio con provvedimento esecutivo**.

Per quanto riguarda le condotte poste in essere nello svolgimento della procedura di gara (par. 2.2.2), è chiarito che possono rilevare, quale grave illecito professionale:

- gli accordi con altri operatori economici tesi a falsare la concorrenza, a condizione che siano **oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati**.
- la presentazione di informazioni false o fuorvianti, suscettibili di influenzare la decisione sull'ammissione, l'esclusione o l'aggiudicazione della gara, ovvero l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura, se commessi con dolo o colpa grave e volti a ingenerare nell'amministrazione un erroneo convincimento ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La valutazione deve essere effettuata dalla stazione appaltante tenendo conto della rilevanza e gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa, e del parametro della colpa professionale. L'Autorità precisa che, in ogni caso, **la presentazione di documenti o dichiarazioni non veritiere, determinerà l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 1, lettera f-bis (false dichiarazioni)**, senza, quindi, margini di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

Per quanto riguarda le altre situazioni potenzialmente idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore economico (par. 2.2.3), si precisa che i **provvedimenti di condanna dell'AGCM** (Autorità Garante della Concorrenza e Mercato) **per pratiche commerciali scorrette** e quelli **sanzionatori comminati dall'ANAC e iscritti nel Casellario**, possono rilevare, quale illecito professionale grave, se **esecutivi**.

I MEZZI DI PROVA ADEGUATI

Tra le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini della relativa iscrizione nel Casellario Informatico, e che quindi possono essere rilevare ai fini della valutazione del grave illecito professionale, sono stati inseriti, dalle Linee Guida Aggiornate, anche i **provvedimenti di applicazione delle penali, di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto**.

Inoltre, viene chiarito che le autodichiarazioni rese dai concorrenti ai fini della partecipazione alla gara, mediante il modello DGUE, devono avere ad oggetto **tutti i provvedimenti astrattamente idonei a configurare la causa di esclusione in esame, anche se non ancora inseriti nel Casellario Informatico**.

Infatti, precisa l'Autorità, la valutazione sulla rilevanza della condotta illecita è rimessa in via esclusiva alla stazione appaltante e, quindi, l'operatore economico non può operare alcun filtro in ordine alle notizie da dichiarare. La falsa attestazione della insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione e l'omessa dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante, comporta l'esclusione dalla gara per dichiarazione non veritiera, ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del Codice.

Infine, viene precisato che, fino alla attivazione della Banca Dati Centralizzata gestita dal MIT, la verifica sulla sussistenza della causa di esclusione in esame è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al Casellario Informatico dell'Autorità, ovvero mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti, per quanto riguarda le condanne non definitive.

Tuttavia, la stazione appaltante che venga a conoscenza della sussistenza di una causa ostativa non inserita nel Casellario Informatico, ne tiene comunque conto, ai fini delle valutazioni di competenza, prelieve idonee verifiche finalizzate all'accertamento della veridicità dei fatti. La fattispecie ostativa, infatti, si configura con **l'accertamento del fatto e non con l'annotazione dello stesso nel Casellario Informatico che, quindi, non riveste natura costitutiva ma di semplice pubblicità**

notizia.

RILEVANZA TEMPORALE

Rispetto al testo previgente delle Linee Guida, la durata dell'interdizione alla partecipazione alle gare viene definita più chiaramente, essendo medio tempore intervenuta, per effetto del decreto correttivo 5672017, la modifica al comma 10 dell'art. 80.

Pertanto, secondo l'Autorità, l'interdizione è pari a :

- **5 anni, se la sentenza di condanna non fissa la durata della pena accessoria (in questo caso, l'Autorità dimentica di specificare che, ai sensi della norma del Codice, la sentenza di condanna deve essere definitiva)**
- alla durata della pena principale, se questa è di durata inferiore a 5 anni
- 3 anni, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna

IL GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE IN SEDE SOA

Viene introdotto un nuovo paragrafo nelle Linee Guida Aggiornate, che contiene alcune indicazioni alle SOA, da seguire nella valutazione del grave illecito professionale in sede di qualificazione.

In particolare, si precisa che le SOA accertano, in relazione alla qualificazione richiesta, la presenza di gravi illeciti professionali imputabili all'impresa, ed incidenti sulla sua integrità/moralità, consultando il Casellario Informatico dell'Autorità.

Valutano, altresì, l'idoneità di eventuali misure di self-cleaning, purché queste siano adottate dall'impresa entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Le misure, inoltre, vanno indicate dall'operatore economico nel contratto di attestazione.

LE MISURE DI SELF-CLEANING

L'Autorità precisa che le misure di self-cleaning - che, ai sensi dell'art. 80 comma 7, possono consentire ad un soggetto che incorra nei motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 5, di essere comunque ammesso alla gara dalla stazione appaltante- devono essere adottate dall'operatore economico entro il termine di presentazione dell'offerta e vanno indicate all'interno del DGUE.

L'Amministrazione valuta l'idoneità di tali misure in contraddittorio con l'operatore economico e la decisione assunta in merito deve essere adeguatamente motivata.

Viene, infine, specificato che, in caso di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione, quest'ultima deve valutare le misure di self-cleaning con il massimo rigore.

Tale ultima precisazione, sembra derivata da una recente sentenza del Consiglio di Stato, in cui si è ribadito che, in presenza di dichiarazioni non solo mendaci, ma anche reticenti del concorrente, l'amministrazione può prescindere dalla valutazione delle misure di self-cleaning, procedendo all'automatica esclusione dalla gara (CdS sentenza Sez. III, 5/9/2017 n. 4192).

COMMENTO ANCE

Il testo aggiornato delle Linee Guida solleva perplessità, laddove consente alle stazioni appaltanti di considerare rilevanti anche fatti non definitivamente accertati ovvero non iscritti nel Casellario Informatico dell'Autorità.

Infatti, se, da un lato, viene ribadito il principio generale secondo il quale gli illeciti professionali, di qualunque natura siano (civile, penale ed amministrativa), debbono sempre essere accertati con provvedimenti esecutivi, dall'altro lato, si riconoscono come potenzialmente rilevanti anche le sentenze di condanna non definitive, per una serie numerosa di reati, provvedimenti giurisdizionali, cioè, privi di esecutività.

Ciò comporta, quindi, che un'impresa soccombente nel primo grado di giudizio per tali reati, possa essere espulsa da una procedura di gara, per un lungo periodo di tempo (3/5 anni), a prescindere da una eventuale impugnativa del provvedimento stesso.

In tal modo, risultano ridotti gli spazi di tutela delle aziende e, soprattutto, viene compresso il principio costituzionale sulla presunzione di innocenza, in forza del quale nessuno può essere considerato colpevole - e scontarne le conseguenze - in assenza di una condanna definitiva.

Peraltro, l'elencazione esemplificativa dei reati potenzialmente rilevanti, appare ampia e generica, in quanto le fattispecie delittuose considerate rilevanti non sono state distinte a seconda del settore di attività professionale in cui opera il soggetto, tenuto conto che la norma si applica, oltreché ai lavori, anche a servizi e forniture. Ne risulta che alcune ipotesi, non tipicamente connesse con l'esercizio dell'attività professionale edile (ad esempio, i delitti contro l'industria e il commercio) quanto, piuttosto, con quella imprenditoriale generalmente intesa, potrebbero rilevare anche come illeciti professionali negli appalti di lavori. In questo modo, le amministrazioni finirebbero per disporre di un amplissimo potere di valutazione discrezionale, che - anche in considerazione della perdurante assenza del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti - potrebbe essere esercitato in modo irragionevole o sproporzionato dalle amministrazioni, con il rischio di alimentare forte contenzioso in fase di gara.

Inoltre, particolarmente delicata appare anche la possibilità, riconosciuta alle stazioni appaltanti, di prendere in considerazione fatti e circostanze non ancora iscritti nel Casellario Informatico; ciò, soprattutto a fronte dell'obbligo, posto a carico dei concorrenti, di dichiarare in sede di DGUE ogni fatto e circostanza astrattamente idonea a rilevare come illecito professione grave.

In questo modo, le imprese possono essere esposte ad una situazione di forte incertezza, potendo incorrere, inconsapevolmente, in dichiarazioni incomplete, cui far conseguire l'esclusione dalla gara a titolo di falso.

Tutto ciò considerato, **l'Ance sta adottando le opportune iniziative volte a sensibilizzare le istituzioni affinché la fattispecie del grave illecito professionale sia ricondotta a fatti accertati in via definitiva e, quindi, oggetto di sentenze di condanna definitive ovvero di provvedimenti amministrativi irrevocabili e inoppugnabili, come risultanti dal Casellario presso l'ANAC.** Posizione, questa, sostenuta dall'associazione sin dalla fase della consultazione sulle linee guida.

Ciò posto, in attesa delle auspiccate modifiche, **si raccomanda alle imprese, in sede partecipazione alle gare, la massima prudenza**, formulando dichiarazioni il più possibile complete ed esaustive, con indicazione di tutte le informazioni necessarie a dimostrare l'insussistenza di rischi sulla propria affidabilità/integrità nello svolgimento dell'attività professionale, al fine di evitare contestazioni e conseguenti esclusioni, anche comminate a titolo di falso.

