

Nuovo Codice degli Appalti D.Lgs n. 50/2016 come modificato dal Correttivo

I requisiti di ordine generale, le linee Guida Anac n. 6 e il documento di gara unico europeo (DGUE)

Giorgia Ammendolea

*Area Legale Contratti Lavoro
Assimpredil Ance
Lodi, 9 febbraio 2018*

Requisiti di ordine generale e DGUE

Requisiti di
affidabilità e
di moralità



Requisiti
di ordine
generale

Requisiti
tecnico
professionali
economico-
finanziari



Requisiti
di ordine
speciale

Requisiti di ordine generale

finalità

Accertare che l'operatore economico non si trovi in situazioni che potrebbero minare le necessarie qualità morali, indispensabili per assumere commesse pubbliche.

Preordinati a garantire l'affidabilità morale e professionale degli oe, riguardano tutte le tipologie contrattuali sia sopra che sottosoglia e gli appalti nei settori speciali, nonché tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di appalti pubblici, **dai subappaltatori**, alle singole imprese in ati, alle imprese ausiliarie in caso di avvalimento.

Articolo 80
comma 1:
motivi di esclusione



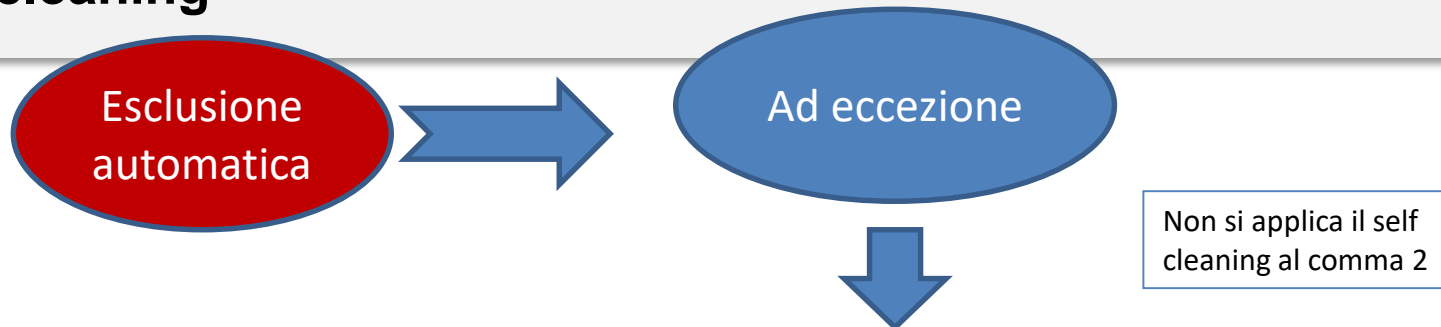
Elenco specifico di reati per condanne penali definitive, (sentenza definitiva, decreto penale di condanna irrevocabile, sentenza di applicazione della pena ex 444 cpp), analitica individuazione dei reati – art. 57 direttiva 2014/24

Esclusione
automatica

g) ogni altro delitto da cui derivi, quale **pena accessoria**, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;

Manca un riferimento di carattere generale e residuale che permetta alle stazioni appaltanti di valutare, in ogni caso, i precedenti penali riguardanti fattispecie che incidano sulla moralità professionale

Self cleaning



7. Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al **comma 1**, limitatamente alle ipotesi in cui la **sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi** ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al **comma 5**, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.
8. Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso della procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.

Ma come avviene questo self cleaning?

L'oe deve dimostrare di aver adottato, entro il termine per la presentazione delle offerte, misure sufficienti a comprovare la sua affidabilità ed integrità. Tali misure concorrono (eventualmente insieme ad altri fattori atti a definire la **GRAVITA'** quali la tipologia della violazione, le circostanze di fatto, gli effetti sanzionatori, il lungo tempo trascorso o l'assenza di recidive) .

Sono:

a) dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato a risarcire il danno;

b) previsione di specifiche attività formative per i dipendenti;

c) adozione di adeguati interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale.

d) Rinnovazione degli organi societari; adozione e attuazione di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

DGUE: documento di gara unico europeo

Fonti normative:



Articolo 59 Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio;
Lett. a.a. della Legge Delega;
Art. 85 D.Lgs 50/2016

Definizione direttiva: *il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'OE, in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in cui si attesta che il pertinente motivo di esclusione non si applica e/o il pertinente criterio di selezione è soddisfatto, e fornisce le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice.*

Finalità DGUE

semplificazione delle
procedure di gara

riduzione degli
oneri di produzione
documentale

maggiore
omogeneità delle
procedure

Quanti modelli esistono



La Commissione europea, con la pubblicazione del regolamento UE 2016/7, **del 5 gennaio 2016** ha stabilito il modello di formulario per il DGUE, corredato da apposite istruzioni. Nelle istruzioni poste a corredo del regolamento, viene attribuita agli Stati membri la facoltà di adottare Linee guida per meglio precisare l'utilizzo del DGUE nei singoli Stati.

Modello della
Commissione
Europea



Nell'esercizio di tale prerogativa il MIT ha adottato, con apposito comunicato (pubblicato in G.U. n. 170 del 22 luglio 2016, le Linee guida con cui ha fornito alle Stazioni appaltanti alcune prime indicazioni in ordine al corretto utilizzo del DGUE nell'ambito del vigente quadro normativo nazionale.

Modello
del MIT

Fonti di riferimento per la compilazione del DGUE «nazionale»

~~Comunicato Anac del 26 ottobre 2016 recante «Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del D.Lgs 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del DPR 445/2000 mediante l'utilizzo del modello di DGUE~~

Linee Guida del MIT , Comunicato pubblicato in G.U. n. 170 del 22 luglio 2016.




Comunicato Presidente Anac 8.11.2017 (post Correttivo): indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del dpr 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE.

Obbligo di utilizzo del modello DGUE (linee guida del MIT)

IL DGUE è utilizzato per tutte le procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché per le procedure di affidamento di contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato disciplinate dal Codice.

Fanno eccezione i seguenti casi per i quali l'utilizzo del DGUE è rimesso alla volontà della stazione appaltante:



Affidamento diretto di contratti di importo inferiore a 40 mila euro

Affidamento con procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, di cui all'art. 63 del Decreto 50/2016, fatta eccezione per l'ipotesi di cui al comma 2 in cui risulta obbligatorio (casi di precedente gara andata deserta o nella quale non sia stata presentata alcuna offerta appropriata)

I soggetti che devono compilare il DGUE

L'operatore economico che partecipa per proprio conto e che non fa affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione, deve compilare un solo DGUE

In caso di raggruppamento, RTI, consorzi ordinari, Reti di imprese, Geie deve essere presentato un DGUE distinto per ciascuno degli operatori economici partecipanti.

In caso di avvalimento, ciascun soggetto ausiliario deve presentare un DGUE distinto

In caso di subappalto ai sensi dell'art. 105 c, 6 del D.Lgs 50/2016 (terna), e laddove sia richiesto espressamente dal bando (linee Guida MIT), ciascun subappaltatore deve presentare un DGUE distinto. Il DGUE potrà essere utilizzato in fase esecutiva per le dichiarazioni dei subappaltatori.

Quesiti più frequenti

Nelle procedure di gara è obbligatorio richiedere il DGUE oppure la stazione appaltante può richiedere le singole dichiarazioni?

1. Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti **accettano** il documento di gara unico europeo (DGUE). (art. 85 D.Lgs. 50/2016 e art. 59 Direttiva)



Se l'OE produce il DGUE la stazione appaltante deve accettare MA non si dice se sussiste la possibilità per l'OE di scegliere tra DGUE e singole autodichiarazioni (problema soprattutto se il DGUE è carente).

In realtà se si legge il Regolamento di esecuzione del DGUE in vigore ancora prima del Codice, all'articolo 1 si stabilisce che il DGUE doveva essere **obbligatoriamente** adottato al più tardi entro il 18 aprile 2016 (termine per il recepimento delle direttive comunitarie).

Quesiti frequenti

Quali sono i soggetti che devono essere verificati ai sensi del comma 1, e 3 dell'art. 80? ambito soggettivo di applicazione del motivo di esclusione attinente alla presenza di condanne penali (comunicato Anac 8.11.2017)

L'articolo 80 comma 3 del D.Lgs 50/2016 individua i soggetti nei cui confronti opera la causa di esclusione prevista dal comma 1 concernente la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenze di applicazione della pena su richiesta, relativamente ai reati individuati dallo stesso Codice (direttiva).

Il comma 3 prevede infatti che l'esclusione va disposta se i provvedimenti sono emessi, oltre che nei confronti dei soggetti già previsti dalla vecchia normativa (titolare, direttore tecnico, socio di maggioranza nel caso di società con meno di 4 soci, socio unico, cessati, etc.), anche nei confronti **dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali, *dei membri degli organi con poteri* di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo.**

Soggetti verificati ai sensi dell'articolo 80 comma 1 e 3

Comunicato Anac
8.11.2017

Soggetti con poteri di
legale rappresentanza

soggetti inseriti negli
organi del CDA:
Presidente del CDA,
Amministratore Unico,
membri del Consiglio di
amministrazione o
amministratori delegati;

soggetti anche non
inseriti negli organi
del CDA ma che
hanno procure di
legale rappresentanza
(procuratori ad
negotia) o institori;

Soggetti con funzione di direzione,
vigilanza o controllo sulla società, a
prescindere dai poteri di legale
rappresentanza

inseriti in determinati **organi**:
membri del Collegio sindacale;
sindaco; membri del Comitato
per il controllo sulla gestione o
membri del Consiglio di gestione;
membri del Consiglio di
sorveglianza;

anche se non inseriti negli
organi sopra riportati, singoli
dipendenti o professionisti con
poteri di direzione e gestione
dell'impresa o di controllo
come il revisore contabile e
l'Organismo di Vigilanza
(modelli di organizzazione e
gestione per prevenire reati).

In caso di affidamento del controllo contabile a una società di revisione, la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 1, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente cui vanno riferite le cause di esclusione.

Quali sono i soggetti che devono essere verificati ai sensi del comma 2 art. 80? ambito soggettivo di applicazione del motivo di esclusione attinente alla presenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 D.Lgs. 159/2011 (comunicato Anac 8.11.2017)

Il correttivo ha integrato il comma 3 dell'articolo in esame stabilendo che l'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti dei soggetti indicati dalla norma. Il riferimento specifico alla «misura interdittiva» ha colmato la lacuna normativa originaria chiarendo che l'ambito soggettivo di applicazione delle misure interdittive è lo stesso individuato per l'applicazione del comma 1 dell'art. 80.

Quesiti frequenti

Come vanno rese le dichiarazioni da parte dei soggetti diversi dal legale rappresentante? (Comunicato Anac 8.11.2017)

I singoli soggetti diversi dal legale rappresentante elencati al comma 3 che devono essere verificati con riferimento al requisito di cui al comma 1 e 2 dell'art. 80, **non devono presentare dichiarazioni singole separate, ma è sufficiente che il legale rappresentante firmi il DGUE in quanto questo si intende riferito anche a questi soggetti.**

Resta ferma l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'articolo 76 del D.P.R. n. 445/2000 nei confronti del legale rappresentante che renda dichiarazioni false in ordine al possesso del requisito in esame.

Comunicato
Cantone
10.01.2018

Indicazioni alle stazioni appaltanti sulle richieste di rilascio del certificato del Casellario Giudiziale.

E' stato segnalato a questa Autorità che, talvolta, le richieste relative al certificato del Casellario Giudiziale vengono inoltrate ai sensi dell'art. 28 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (Testo Unico in materia di casellario giudiziale, anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e carichi pendenti), anziché dell'art. 39 T.U.

In argomento, si ritiene opportuno chiarire che, ai fini dei procedimenti selettivi disciplinati dal Codice, nella compilazione dei modelli predisposti dal Ministero della Giustizia occorre barrare il riquadro che contiene il riferimento **all'art. 39 D.P.R. n. 313/2002**. La certificazione ex art. 28 T.U. ha, infatti, un contenuto incompleto, in quanto, fra l'altro, non riporta (rif. art. 25 T.U.): le condanne con beneficio della non menzione, le sentenze emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (cd. patteggiamento) e i decreti penali di condanna, rilevanti ai sensi dell'art. 80, primo comma, D.Lgs. n. 50/2016.

Quesiti frequenti

E' necessario riportare i riferimenti e i nominativi dei soggetti verificati ai sensi del comma 3?

~~Comunicato
Anac del 26
ottobre 2016~~

Nel Comunicato si precisava che **non risultava necessario presentare in sede di gara l'indicazione dei singoli nominativi**, ma questi verranno richiesti solamente al momento di **verifica delle dichiarazioni rese**.

Comunicato
Anac
8.11.2017



Manca ogni
riferimento

Articolo 80 comma 5, D.Lgs. 50/2016 gravi illeciti professionali

comma 5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

lett. c) L'operatore economico si è reso colpevole di GRAVI illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano...

Moralità
professionale

Capacità
tecnico -
professionale

Si ricomprendono condotte riguardanti sia la fase di gara che quella di esecuzione del contratto, anche di precedenti rapporti contrattuali con la stessa o con altra stazione appaltante

Non c'è
esclusione
automatica

Gravi illeciti professionali: tra questi rientrano.....

Condotte che intervengono in fase di gara

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;

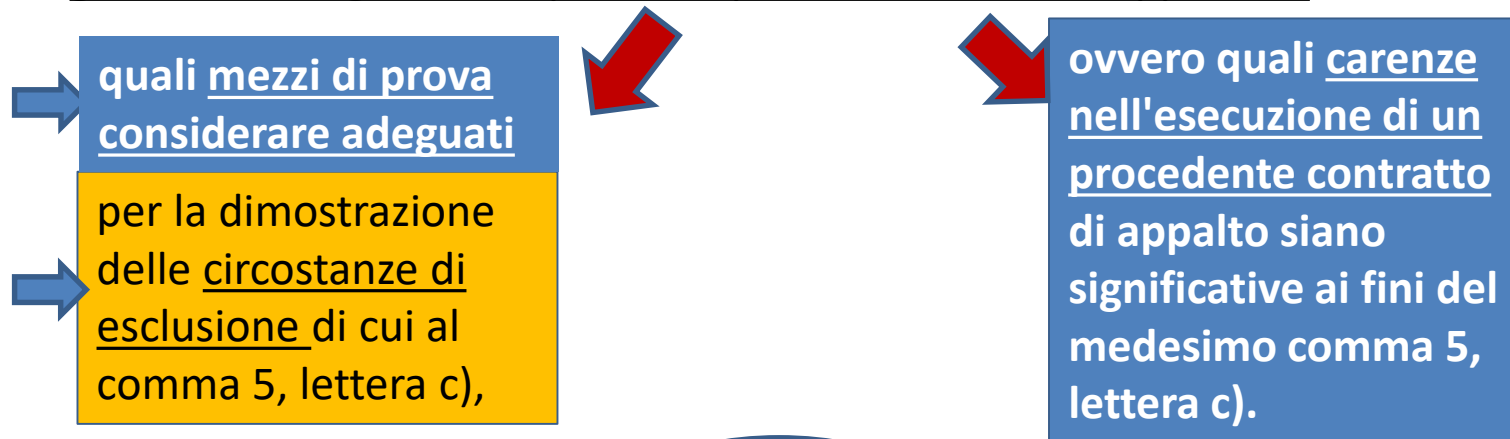
Condotte che intervengono in fase di esecuzione contrattuale

le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto 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

Si apre una sorta di catalogo aperto di motivi di esclusione, in relazione al quale le stazioni appaltanti sono motivatamente tenute a valutare – in esito ad un **procedimento in contraddittorio** con l'OE – l'idoneità di un determinato comportamento a concretare un grave illecito professionale con conseguente esclusione.

Perché le Linee Guida di Anac n. 6?

Art. 80 comma 13. Con linee guida, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, l'ANAC può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti,



Vincolanti?

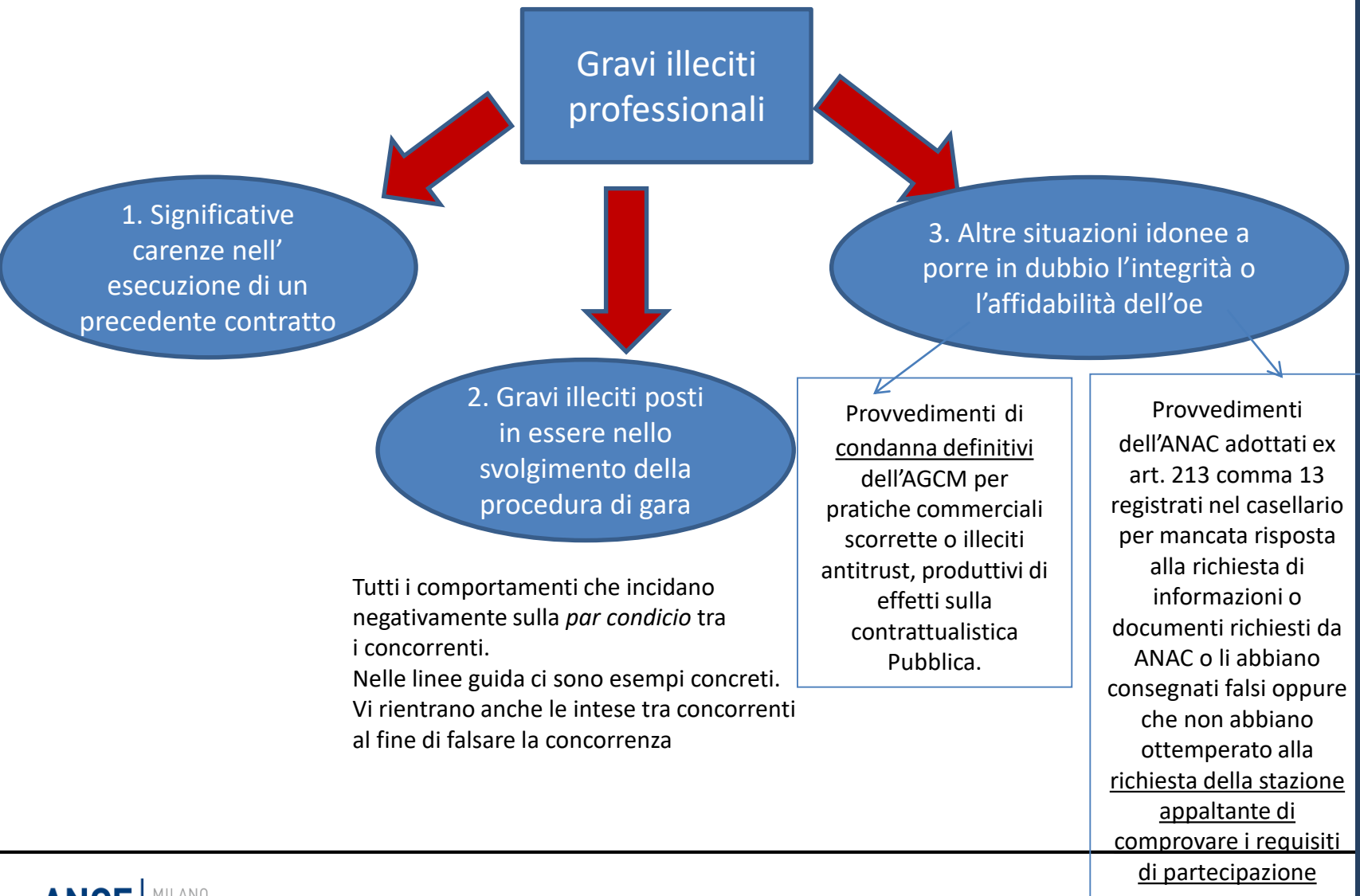
NO

Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 14 settembre 2017, Paragrafo 3: *«appartengono al novero di quelle a carattere non vincolante» che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti*

Anac si è comportata come fossero delle Linee Guida a carattere vincolante (cfr. Parere Consiglio Stato 21.03.2016 intervenuto per dirimere le questioni sorte sul fondamento Giuridico degli atti di Anac:

- Coinvolgimento degli stakeholder
- Parere del Consiglio di Stato
- Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale

Linee Guida Anac n. 6 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 c. 5 lett. c) del Codice» Aggiornate al correttivo (D.Lgs. 56/2017) e approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.



Linee Guida Anac: ambito oggettivo

Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali **gravi** accertati **con provvedimento esecutivo**, 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. **Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito.**

Condanna non definitiva

abusivo
esercizio di una
professione;

reati fallimentari

reati tributari ex d.lgs.
74/2000, i reati
societari, i delitti
contro l'industria e il
commercio;

reati previsti dal
d.lgs. 231/2001

reati urbanistici di cui all'art.
44, comma 1 lettere b) e c)
del Testo Unico delle
disposizioni legislative e
regolamentari in materia
edilizia

Linee guida Anac: ambito oggettivo

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.

Condanne non
definitive

Rilevano ai fini
del comma 5
art. 80

Condanne definitive

Rilevano ai fini
del comma 1
art. 80

Linee guida Anac n. 6: il contraddittorio

Come verificano le stazioni appaltanti:

Acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80 c. 3

Il contraddittorio non è dovuto (Adunanza Consiglio di Stato e Linee Guida Anac e anche sentenza Cons. Stato 5.11.2017 n. 4192): «il contraddittorio presuppone il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante per cui in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.»

Linee Guida: la stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.

Prima di predisporre l'esclusione le stazioni appaltanti devono instaurare un **contraddittorio** con l'OE

Valutazione

della gravità

(no per i reati ritenuti astrattamente gravi)

Verifica: tipologia della violazione, le circostanze di fatto, gli effetti sanzionatori, il lungo tempo trascorso o l'assenza di recidive; Valutazione nel concreto: il fatto illecito deve essere tale da incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale

delle misure di self cleaning adottate prima della presentazione dell'offerta

- dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato a risarcire il danno;
- previsione di specifiche attività formative per i dipendenti che hanno commesso il reato;
- adozione di adeguati interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale;
- rinnovazione degli organi societari; adozione e attuazione di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Linee Guida Anac n. 6

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 Informativo gestito dall'Autorità **astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità.**

1. Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto

Il codice parla di

risoluzione anticipata in precedenti contratti

Non contestata in giudizio

Confermata all'esito di un giudizio

Condanna al risarcimento dei danni o altre sanzioni

quali l'applicazione di penali o l'escussione delle garanzie (Linee Guida n. 6)

Accertamento definitivo
Tar Lombardia 3.2.2018 n. 323
su giudizio ancora in corso non vale la causa di esclusione

La transazione non rileva ai fini dell'esclusione ai sensi dell'art. 80 non essendo equiparabile a nessuna delle ipotesi –Tar Campania 5.1.2018 n. 99 (anche se inserito l'obbligo risarcitorio e la penale applicata) perché il risarcimento del danno non ha fonte in una condanna

Consiglio di Giustizia amministrativa Regione Sicilia 28.12.2017 n. 575
Le penali applicate dalle stazioni appaltante devono essere connotate dal carattere della definitività (non contestate o confermate dopo il giudizio) altrimenti non sorge alcun obbligo di dichiarazione e non possono rilevare.

Parere CS 2286/2016 e Tar Puglia 18.07.2017 n. 828
«Possono essere considerate come "altre sanzioni", l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta. Se, pertanto, in relazione ad un pregresso contratto, non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata "definitiva" perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale "inadempimento contrattuale" non assurge, per legge, al rango di "significativa carenza".»

Criticità Linee Guida Anac n. 6 (ANCE)

Eccessiva ampiezza e genericità delle fattispecie rilevanti, che comprendono anche sentenze di condanna non definitive

Notevole allargamento delle ipotesi riconducibili alla figura dell'illecito professionale.

Le Linee Guida non chiariscono se l'illecito professionale vada valutato con riferimento a fattispecie verificatesi in epoca antecedente o successiva all'entrata in vigore del Codice.

Appare critica la soluzione delle Linee Guida di imporre agli oe, in sede di compilazione del DGUE, di dichiarare tutti i provvedimenti «astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità e affidabilità del concorrente». Forte incertezza per il rischio di incorrere, Inconsapevolmente, in dichiarazioni incomplete, cui potrebbe conseguire l'esclusione dalla gara a titolo di falso.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Giorgia Ammendolea

Le informazioni contenute nel presente documento hanno carattere generale e non sono da considerarsi un esame esaustivo di singole fattispecie né un parere legale. Il contenuto è basato sulla normativa e gli atti vigenti alla data di predisposizione.

8 febbraio 2018