

AS1426 – CONSIP – DISCIPLINA DI GARA PER LA FORNITURA DEL SERVIZIO DI NOLEGGIO A LUNGO TERMINE SENZA CONDUCENTE

Roma, 28 luglio 2017

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Con riferimento alla richiesta di parere formulata ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, concernente le bozze della disciplina predisposta da Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - Consip S.p.A. per una gara *“per la conclusione, in relazione a ciascun lotto, di una Convenzione per la fornitura del servizio di noleggio a lungo termine senza conducente per le pubbliche amministrazioni- Tredicesima edizione (ID 1924)”* si comunica che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 25 luglio 2017, ha esaminato l'istanza.

Con riguardo alla disciplina relativa agli illeciti *antitrust* definitivamente accertati, il presente parere viene fornito limitatamente alle disposizioni inserite nella disciplina di gara in considerazione delle modifiche introdotte al Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 dal Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e che sono illustrate nell'Allegato al Bando di gara trasmesso e denominato *“Disciplina relativa ad illecito antitrust definitivamente accertato”*.

L'Autorità ritiene che la nuova disciplina delineata da Consip in merito alla rilevanza degli illeciti *antitrust* definitivamente accertati come possibile causa di esclusione dalla procedura di gara appare coerente con quanto previsto dalla normativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016¹ - come precisata dalle Linee Guida dell'ANAC n. 6/2016 emanate in attuazione del comma 13 del medesimo articolo² -, oltre che idonea ad assicurare un adeguato effetto di deterrenza nella commissione di illeciti *antitrust* nell'ambito di gare pubbliche.

¹ Secondo l'art. 80, comma 5, lett. c), le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora: *“...c) la stazione appaltante 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”*.

² ANAC, Linee guida n. 6, di attuazione 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 possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»*. Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

L'attuale formulazione della clausola³, nel fare riferimento agli *illeciti antitrust definitivamente accertati* e alle indicazioni rese nelle citate Linee Guida n. 6, attribuisce effettiva rilevanza, come grave illecito professionale, alla violazione della normativa *antitrust* il cui accertamento abbia assunto carattere di definitività, così come previsto dall'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (sul punto modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. 'correttivo'⁴).

La clausola risulta altresì in linea con la *ratio* della normativa comunitaria, che qualifica l'illecito *antitrust* come un'ipotesi di grave violazione dei doveri professionali, tale da consentire l'esclusione dalla procedura di gara dei soggetti coinvolti⁵. La clausola di esclusione, inoltre, appare idonea ad incidere specificamente sulla procedura di gara in essere così da scoraggiare il ricorso a pratiche collusive nell'ambito di gare pubbliche⁶.

Anche il riferimento alle misure di *self cleaning*⁷, rispetto alle quali la disciplina stabilisce l'obbligo di produrre tutti i documenti pertinenti, risulta coerente con quanto indicato nell'art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 e nelle Linee Guida n. 6 dell'ANAC. Peraltro, ai fini dell'operatività dell'istituto del *self cleaning*, potrebbero risultare rilevanti condotte particolarmente virtuose volontariamente assunte dagli operatori economici sanzionati dall'Autorità anche nel corso del procedimento sanzionatorio, o successivamente alla conclusione dello stesso, per superare le criticità anticoncorrenziali che hanno dato luogo agli illeciti accertati.

In conclusione, la nuova disciplina sull'illecito *antitrust* appare coerente con il quadro normativo nazionale e comunitario, oltre che con le Linee Guida n. 6 dell'ANAC attualmente in vigore, facendo riferimento agli illeciti *antitrust* definitivamente accertati e ponendosi a presidio, con

³ Secondo la quale: "Nel *DGUE* devono essere dichiarate altresì tutte le fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. In particolare si precisa che: "...- tra le fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs. n. 50/2016 (rilevanti per il periodo di tempo indicato all'art. 80, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i.), rientrano gli **illeciti antitrust definitivamente accertati** o altre circostanze idonee ad incidere sull'integrità o affidabilità del concorrente (tra le quali rientrano i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p., qualora contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80, comma 5, lett. c). Il concorrente nell'indicazione o meno delle relative fattispecie rilevanti dovrà tenere conto delle indicazioni rese nelle Linee Guida n. 6 dell'A.N.AC. 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, lett. c) del Codice". In tal caso e nel caso siano state adottate misure di *self cleaning*, dovranno essere prodotti tutti i documenti pertinenti (ivi inclusi gli eventuali provvedimenti di condanna) al fine di consentire alla stazione appaltante Consip ogni opportuna valutazione".

⁴ Ai sensi dell'art. 80, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016: "Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale 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 (evidenziate le parole aggiunte dal decreto).

⁵ Cfr. considerando 70 della direttiva 2014/23/UE, considerando 101 della direttiva 2014/24/UE e considerando 106 della direttiva 2014/25/UE, secondo i quali "...le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di gravi o reiterate violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale".

⁶ Ciò a differenza di quanto prevedeva la formulazione della clausola utilizzata nei precedenti bandi, che riferiva l'operatività della causa di esclusione in esame alle "gare successive bandite dalla Consip ed aventi il medesimo oggetto" (cfr. il parere dell'Autorità del 18 giugno 2015, AS1206 Bando di gara Consip-servizi integrati per gli istituti e i luoghi di cultura pubblici, in Boll. n. 31/2015).

⁷ Cfr. nota 3: "...nel caso siano state adottate misure di *self cleaning*, dovranno essere prodotti tutti i documenti pertinenti (ivi inclusi gli eventuali provvedimenti di condanna) al fine di consentire alla stazione appaltante Consip ogni opportuna valutazione".

finalità di deterrenza, del corretto dipanarsi del gioco concorrenziale nell'ambito delle procedure di gara pubbliche.

Occorre tuttavia considerare che il 12 giugno 2017 l'ANAC ha posto a consultazione pubblica un aggiornamento delle Linee Guida n. 6, che tiene conto delle modifiche apportate al d.lgs. n. 50/2016 dal d.lgs. n. 56/2017⁸. L'Autorità si riserva pertanto di svolgere ogni ulteriore valutazione che si renderà necessaria in considerazione delle nuove Linee Guida che verranno adottate.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, Legge n. 287/1990, successivamente alla pubblicazione del bando di gara.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

⁸ Aggiornamento delle Linee Guida n. 6 di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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, lett. c) del Codice*".