



DELIBERA N. 1120

22 dicembre 2020

Oggetto

Richiesta di parere del Ministero della Difesa in merito alle novità introdotte dal decreto-legge 16/7/2020 n. 76, convertito con legge 11/9/2020 n. 120, in materia di patti di integrità

Riferimenti normativi

Articolo 176, comma 3, del decreto legislativo 163/06; articolo 1, comma 17, della legge 190/2012; articolo 3, comma 7, del decreto-legge 16/7/2020 n. 76, convertito con legge 11/9/2020 n. 120; articolo 83 bis del decreto Legislativo 159/2011; articolo 83, comma 6, del decreto legislativo n. 50/2016.

Parole chiave

Mancato rispetto delle clausole del patto di integrità – Esclusione dalla procedura di gara - Compatibilità con il diritto euro-unitario – Principio di proporzionalità – Rilevanza per le successive gare – Applicabilità delle misure di cui all'articolo 32 del decreto-legge 90/2014

Massime

L'esclusione dalla gara per violazione degli obblighi assunti con la sottoscrizione del patto di integrità è compatibile con il principio di tassatività delle clausole di esclusione previsto dall'articolo 83, comma 6, del codice dei contratti pubblici, essendo prevista da disposizioni di legge vigenti. Le previsioni del patto di integrità non devono eccedere la finalità di scongiurare illecite interferenze nelle procedure di gara, in coerenza con il principio comunitario di proporzionalità. L'esclusione è in ogni caso disposta previa valutazione della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto dalla sanzione espulsiva e in ottemperanza ai principi che regolano il procedimento amministrativo.

L'esclusione conseguente al mancato rispetto degli obblighi assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità opera limitatamente alla gara in corso di svolgimento. Soltanto nel caso in cui la condotta posta in essere dall'operatore economico integri anche altre fattispecie di esclusione, quali ad esempio quelle previste dall'articolo 80, comma 5, lettera f-bis) oppure lettera c-bis) del codice dei contratti pubblici, la rilevanza ostativa della condotta si estende anche alle altre procedure di

gara nei modi e tempi previsti dalle disposizioni di riferimento. In tali eventualità l'operatore economico potrà avvalersi delle misure di *self-cleaning*, con effetto pro futuro, per sterilizzare gli effetti conseguenti alla realizzazione della condotta illecita.

Le misure previste dall'articolo 32 del decreto-legge 90/2014 operano nella fase successiva all'aggiudicazione della gara, al fine di consentire la prosecuzione del contratto in corso di svolgimento. Il dato letterale e la finalità sottesa alla previsione in esame non ne consentono l'applicazione in caso di violazione degli impegni assunti con il patto di integrità che intervenga nella fase di partecipazione alla gara.

Vista

la nota acquisita al prot. Autorità n. 86990 del 17/11/2020, con cui il Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza del Ministero della Difesa ha chiesto chiarimenti in merito all'applicazione delle nuove previsioni introdotte dal decreto-legge 16/7/2020 n. 76, convertito con legge 11/9/2020 n. 120, in materia di patti di integrità, segnalando la possibile incompatibilità della novella normativa con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, quale corollario del principio di legalità, espressamente codificato dall'articolo 83, comma 6, del codice dei contratti pubblici;

Vista

la nota succitata con la quale, sempre in relazione alle disposizioni in esame, è stata sollevata la preoccupazione della possibile introduzione di una causa automatica di esclusione, non essendo consentita una valutazione di gravità da parte della stazione appaltante, né l'adozione di misure di *self cleaning* da parte dell'operatore economico;

Vista

la richiesta di parere in merito alla possibile operatività delle misure previste dall'articolo 32 del decreto-legge 90/2014, nel caso di violazione degli impegni assunti con il patto di integrità nella fase di partecipazione alla gara;

Visto

l'articolo 1, comma 17, della legge 190/2012, secondo cui «*Le stazioni appaltanti possono prevedere ne-gli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara*»;

Visto

l'articolo 3 comma 7 del decreto-legge 16/7/2020 n. 76, convertito con legge 11/9/2020 n. 120, che ha introdotto l'articolo 83 bis al decreto Legislativo n. 159/2011;



Visto

il comma 1 del citato articolo 83 bis, del decreto legislativo n. 159/2011, secondo cui «*Il Ministero dell'interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi*»;

Visto

il comma 3 del citato articolo 83 bis, secondo cui «*Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto*»;

Considerato

che i Patti di integrità si prefiggono lo scopo di ampliare e rafforzare l'ambito di operatività delle misure di prevenzione e di contrasto alle diffuse forme di illegalità nel settore dei pubblici appalti e che la relativa implementazione è stata favorita dall'ANAC attraverso le previsioni del PNA e delle linee guida del 2015 finalizzate all'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC, Prefetture, UTG ed enti locali.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 22 dicembre 2020

DELIBERA

L'articolo 83 bis, del d.lgs. n. 159/2011, introdotto dall'articolo 3, comma 7 del decreto-legge 16/7/2020 n. 76, convertito con legge 11/9/2020 n. 120, al comma 3 stabilisce che «*Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto*». Con tale norma il legislatore ha introdotto nel Codice antimafia lo strumento dei protocolli di legalità sottoscritti dal Ministero dell'interno con i soggetti individuati dall'articolo 83 del Codice antimafia e con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali, al fine di estendere le misure di prevenzione amministrativa antimafia,

previste dalla vigente legislazione, anche a fattispecie eccedenti – sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo – quelle prese in considerazione dalla legge.

La novella ha introdotto, altresì, l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto. Tale previsione si affianca a quella contenuta nell'articolo 1, comma 17, della legge 190/2012.

Le due disposizioni hanno ambiti di applicazione diversi: la prima introduce una previsione facoltativa nell'ambito della normativa volta alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, la seconda si inserisce nell'ambito delle disposizioni volte alla prevenzione e alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, introducendo una previsione obbligatoria.

Rispetto alle previsioni su richiamate, si pone un problema di compatibilità con l'articolo 86, comma 8, del codice dei contratti pubblici, che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione, stabilendo che «*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*». A tal proposito, si ritiene utile richiamare le affermazioni del Consiglio di Stato, Sezione V, 31.08.2015 n. 4042, secondo cui la previsione della specifica potestà di esclusione di cui all'art. 1, comma 17, legge 190/2012 non contrasta con il principio in esame, dal momento che l'articolo 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 (oggi ripreso all'articolo 86, comma 8, del d.lgs. 50/2016) considera legittima la generalità delle esclusioni disposte in base alle leggi vigenti, nel cui novero rientra, appunto, anche la legge n. 190/2012. Il Consiglio di Stato ha precisato, tuttavia, che il richiamo operato dalla legge n. 190/2012 alle esclusioni applicative delle previsioni dei protocolli di legalità o patti di integrità si presenta del tutto indeterminato, con il risultato di far apparire la norma di legge recante tale richiamo come una sorta di precetto in bianco. Da qui la necessità, affinché il rispetto del canone della tassatività delle cause di esclusione non sia solo formale, di sottoporre le regole dei c.d. protocolli di legalità o patti d'integrità a un'interpretazione rigorosa, all'insegna dell'attento rispetto della lettera e, soprattutto, della ratio che le contraddistingue, e in coerenza con il principio comunitario di proporzionalità.

La Corte di Giustizia europea del 22/10/2015 nella causa C-425/14, ha ritenuto che «*le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE (Funzionamento dell'Unione Europea, ndr), segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici*».

Ciò premesso, la Corte ha precisato che gli impegni assunti nei protocolli e negli accordi in questione non devono eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito, conformemente al principio di proporzionalità che, al pari della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione.

Infine, con la recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, 26/10/2020, n. 6458 è stato chiarito che le clausole del patto etico e di integrità sono idonee a rafforzare gli oneri informativi già gravanti sui concorrenti in virtù delle disposizioni di legge che impongono, per come costantemente interpretate dalla giurisprudenza amministrativa, di informare la stazione appaltante di ogni fatto, specie se di rilevanza penale, in grado di incidere sulla valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente dovuta in sede di verifica dei requisiti di partecipazione. In sostanza, l'accettazione del patto etico da parte dei concorrenti comporta l'ampliamento dei loro obblighi nei confronti della stazione appaltante da un duplice punto di vista: i) temporale: gli impegni assunti dalle imprese rilevano sin dalla fase precedente alla stipula del contratto di appalto; ii) contenutistico: si richiede all'impresa di impegnarsi, non solo alla corretta esecuzione del contratto di appalto, ma ad un comportamento leale, corretto e trasparente, sottraendosi a qualsiasi tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto (così Consiglio di Stato, Sezione V, 5 febbraio 2018, n. 722).



Sulla base di quanto evidenziato, si ritiene confermata la compatibilità delle previsioni esaminate con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, nei limiti di quanto precisato dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza nazionale in merito al necessario rispetto del principio di proporzionalità. Si precisa che il rispetto di tale principio dovrà essere garantito sia nella fase di predisposizione dei patti di integrità, che non potranno contenere disposizioni eccedenti la finalità di evitare illeciti condizionamenti nelle procedure di gara (considerata legittima dalla Corte di Giustizia), sia in fase applicativa, laddove la stazione appaltante dovrà valutare l'idoneità della condotta a giustificare l'esclusione dalla gara. Inoltre, la sanzione espulsiva dovrà essere adottata in ottemperanza ai canoni del procedimento amministrativo che richiedono la garanzia del contraddittorio e l'obbligo di idonea motivazione delle scelte adottate.

Sempre in relazione alle disposizioni in esame, è stata sollevata la preoccupazione della possibile introduzione di una causa automatica di esclusione, non essendo consentita una valutazione di gravità da parte della stazione appaltante, né l'adozione di misure di *self-cleaning* da parte dell'operatore economico. A tal proposito, si chiarisce che l'esclusione conseguente al mancato rispetto degli obblighi assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità opera limitatamente alla gara in corso di svolgimento. Soltanto nel caso in cui la condotta posta in essere dall'operatore economico integri anche altre fattispecie di esclusione, quali ad esempio quelle previste dall'articolo 80, comma 5, lettera f-bis) oppure lettera c-bis) del codice dei contratti pubblici, detta condotta assumerà rilevanza ostativa ai fini della partecipazione a future procedure di aggiudicazione, nei modi e tempi previsti dalle disposizioni di riferimento. In tali eventualità l'operatore economico potrà avvalersi delle misure di *self-cleaning* per sterilizzare gli effetti conseguenti alla realizzazione della condotta illecita. Dette misure, infatti, hanno effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive alla adozione delle misure stesse (Consiglio di Stato, Sezione V, 06.04.2020 n. 2260).

Tale ricostruzione è confermata dal Consiglio di Stato nella sentenza succitata n. 6458/2020, in cui viene riconosciuta una sorta di sovrapposizione tra la causa di esclusione per la violazione del Patto etico in sé e le cause di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) e lett. c) (oggi c-bis) del codice dei contratti pubblici.

Infine, con riferimento alla possibile operatività, nel caso di specie, delle misure previste dall'articolo 32 del decreto-legge 90/2014, si ritiene opportuno evidenziare che le stesse operano in un momento successivo all'aggiudicazione, al fine di consentire la prosecuzione del contratto in corso di svolgimento. La norma prevede, infatti, che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322 c.p., 322-bis c.p., 346-bis c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture il Presidente dell'ANAC propone al Prefetto competente, alternativamente:

- a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto;
- b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto.

Il dato letterale e la finalità sottesa alla previsione in esame non ne consentono l'applicazione in caso di violazione degli impegni assunti con il patto di integrità che intervenga nella fase di partecipazione alla gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 dicembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente