



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio biglietteria elettronica autobus – risoluzione contratto d'appalto - richiesta di parere.

FUNZ CONS 69/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 14 ottobre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 82445, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'11 gennaio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene alla possibilità, per la stazione appaltante, di procedere alla risoluzione del contratto d'appalto, nel caso in cui i vertici della società affidataria siano sottoposti ad indagini penali per reati corruttivi, secondo quanto illustrato nell'istanza di parere.

Al fine di esprimere avviso sulla questione, sembra opportuno evidenziare, in primo luogo, che i requisiti generali di moralità richiesti dall'ordinamento ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici e della stipula dei relativi contratti, sono elencati nell'art. 80 del d.lgs. 50/2016. In particolare, per quanto rileva ai fini del parere, la norma stabilisce che «costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale...» per uno dei reati indicati nelle lettere da a) a g) della stessa disposizione normativa (comma 1).

I reati che incidono sulla moralità del concorrente sono quindi elencati nella disposizione richiamata, la quale fa espresso riferimento, ai fini dell'esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna o al decreto penale per uno dei predetti reati. Le circostanze indicate nell'art.80, comma 1, del Codice costituiscono, inoltre, causa di risoluzione contrattuale ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016.

Pertanto, ai fini sopra indicati, non è sufficiente che sia in corso un procedimento penale per l'accertamento della commissione dei reati indicati dall'art. 80 o che sia stata emessa in tale ambito una misura cautelare o disposto un rinvio a giudizio a carico dei soggetti indicati dalla medesima norma (in tal senso, Anac determina n. 1/2012).

Occorre osservare, tuttavia, che la disciplina di settore non esclude che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla precedente lettera a). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lettera a e lettera c). Ne discende che ciò che rileva ai fini dell'applicabilità della citata norma del Codice, è solo che un determinato fatto, quantunque avente qualificazione penale, possa essere forma di manifestazione di un grave errore professionale, *prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato*, come è invece previsto dalla lett. a) (*ex multis* Anac parere Funz Cons 9/2022).

Dunque, al di fuori delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato art. 80 d.lgs. 50/2016, in presenza di *gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante* è demandato alla stessa un margine importante di discrezionalità con riferimento alla verifica del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, che prevede come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, previa motivata valutazione della stazione appaltante, la circostanza che il concorrente abbia commesso un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

In tal senso si è espressa l'Autorità nelle Linee Anac n. 6/2016, nelle quali è stato ricondotto nella fattispecie del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, in via esemplificativa, anche il caso delle condanne non definitive per i reati di cui all'art.80, comma 1 nonché per gli ulteriori reati indicati nello stesso documento. Nelle medesime Linee guida sono state fornite, altresì, utili indicazioni in ordine alle modalità con le quali la stazione appaltante deve procedere all'accertamento della causa di esclusione in esame.

Ai fini sopra indicati, può formare oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, come grave illecito professionale ex art. 80, comma 5 del Codice, anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società (delibera n. 1050/2020), o anche il caso in cui il legale rappresentante o socio di maggioranza della società aggiudicataria sia destinatario di una misura cautelare interdittiva (divieto temporaneo di contrattare con la Pubblica Amministrazione) (delibera n. 146/2022 - PREC 27/2022/L). Tali circostanze, astrattamente integranti fattispecie di "grave illecito professionale" in capo all'operatore economico, devono formare oggetto di valutazione in concreto da parte della stazione appaltante (delibera Anac n. 146/2022 cit. e parere Funz Cons 54/2022).

Anche la giurisprudenza ha affermato che non è «indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati» (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367).

Sulla base di tali presupposti il giudice amministrativo ha ritenuto che possono formare oggetto delle predette valutazioni «anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante

ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione» (TAR Campania, Salerno n. 1626/2022).

Pertanto «dev'essere l'amministrazione a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore. In tali valutazioni l'amministrazione deve ovviamente considerare i fatti emergenti dall'indagine penale, le conseguenze dell'indagine e le regole che previamente si è data, attraverso la lex di gara, per vagliare il disvalore specifico delle condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale" (Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 gennaio 2020, n. 22; TAR Campania, Salerno, sez. I, 3 giugno 2020, n. 632)» (delibera Anac n. 146/2022 cit.).

La rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, come indicato nelle Linee guida n. 6, deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata. L'attivazione del contraddittorio persegue, altresì, lo scopo di consentire all'operatore economico di provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (cd. *self cleaning*).

Per tutto quanto sopra, la valutazione in ordine alla qualificabilità della fattispecie oggetto del quesito, come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice «è un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante (delibera Anac n. 489 del 10 giugno 2020), alla quale è rimessa ogni decisione in ordine all'eventuale esclusione dalla gara d'appalto dell'operatore economico che versi nelle situazioni previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) e seguenti, all'esito del suindicato procedimento in contraddittorio. Ciò in quanto, solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento (delibera Anac n. 231 del 4 marzo 2020 e n. 146 del 30 marzo 2022)» (parere Funz Cons n. 45/2022 e Funz Cons 54/2022).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'incidenza sull'affidabilità dell'operatore economico, di indagini penali in corso, in relazione alla sussistenza del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice.

Occorre aggiungere a quanto sopra che in virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (Cons. Stato, Ad. Pl. 20 luglio 2015 n.8), tali requisiti – incluso quello previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c) - devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, *nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso*, senza soluzione di continuità (in tal senso *ex multis*, Anac delibera n. 146/2022, prec 27/2022/L, delibera n. 18/2021, delibera n.76/2019-prec248/18/L; Cons. Stato n. 2698/2020).

Pertanto, qualora in corso di esecuzione del contratto d'appalto intervenga la perdita dei requisiti di ordine generale o di ordine speciale, da parte dell'appaltatore, la stazione appaltante è

tenuta a valutare l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto d'appalto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016.

Si osserva al riguardo che la disposizione citata, dettata in recepimento dell'art. 73 della direttiva 2014/24, ancorché non chiarisca tale profilo, sembra non rivestire carattere tassativo quanto ai casi in cui è ammesso lo scioglimento del vincolo contrattuale da parte della stazione appaltante. Ciò tenuto conto da un lato delle previsioni del comma 1 della disposizione, contemplanti la *possibilità* per la stazione appaltante di risolvere il contratto d'appalto ("*le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia*") nelle ipotesi ivi previste (al contrario del comma 2 contemplante invece l'obbligo di risoluzione nelle fattispecie espressamente e tassativamente indicate nella norma); la facoltatività dell'azione risolutoria da parte della stazione appaltante, sembra lasciare spazio anche ad altre ipotesi, oltre a quelle previste, per l'esercizio della stessa. Dall'altro lato, il carattere non tassativo della norma appare coerente con la necessità di assicurare sempre e comunque la rispondenza dell'azione amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto; interesse pubblico che potrebbe ritenersi compromesso dall'impossibilità di risolvere un contratto d'appalto in casi come quello in esame, nei quali l'affidabilità dell'appaltatore risulta fortemente compromessa da un procedimento penale a carico dello stesso.

Il contratto d'appalto, quindi, può validamente essere mantenuto in vita solo in assenza di eventi e circostanze che lo rendano non più idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è stato stipulato, incluso il caso in cui l'affidabilità morale e professionale dell'appaltatore risulti – a giudizio della stazione appaltante – compromessa da fatti penalmente rilevanti, integranti una fattispecie di grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 del Codice, nel senso sopra illustrato.

Sembra utile aggiungere a quanto sopra, quale indicazione di carattere generale, che ai sensi dell'art. 109 del Codice, la stazione appaltante può recedere dal contratto d'appalto in qualunque momento per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, secondo le modalità indicate dalla norma.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente