



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 80 d.lgs. 50/2016 - requisiti generali aggiudicatario - richiesta di parere.

FUNZ CONS 35/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 8 giugno 2023, acquisita al prot. Aut. n. 44009, 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 del 20 luglio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 aggiudicare un contratto d'appalto all'operatore economico a carico del quale, dal certificato dei carichi pendenti, sia risultata la presenza di un procedimento penale in corso (nella fattispecie, citazione diretta in giudizio per i reati di cui agli artt. 590, c.1, 2, 3 e 583, c.1, c.p.).

Si osserva al riguardo che sulla questione dell'incidenza di precedenti penali a carico dei concorrenti di una gara d'appalto, l'Autorità ha fornito utili indicazioni agli operatori del settore in numerose pronunce, chiarendo che i requisiti generali di moralità richiesti dall'ordinamento ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, sono elencati nell'art. 80 del d.lgs. 50/2016.

In particolare, 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).

Dunque, i reati che incidono sulla moralità del concorrente sono elencati nella disposizione richiamata, la quale fa espresso riferimento, ai fini dell'esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna, al decreto penale di condanna e all'applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., per uno dei reati ivi elencati, riferibili ad uno dei soggetti elencati all'art. 80, comma 3, del Codice (parere Funz Cons 6/2023).

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).

La disciplina in materia di contratti pubblici non esclude comunque 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 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 rappresentare un grave errore professionale, *prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato*, come è invece previsto dalla lett. a) (pareri Funz Cons 6/2023, 9/2022 e 69/2022).

Dunque 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.

Quanto sopra è stato evidenziato anche 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.

Pertanto, 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 amministrativa ha espresso avviso conforme a quello sopra indicato (*ex multis* Cons. Stato n. 1367/2019, n. 6615/2020), aggiungendo – per quanto di interesse ai fini del parere – che «...il decreto di rinvio a giudizio (cui va equiparato il caso di citazione a giudizio) rileva ai fini dell'esclusione discrezionale a condizione che sia relativo a condotte tenute nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, di modo che essa costituisca "vicenda professionale" suscettibile di essere qualificata come "grave illecito professionale" e purché sia riferibile ad uno dei soggetti elencati all'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2021, n. 3772 e 29 ottobre 2020, n. 6615)» (Cons. di Stato, sez. V, n. 3107/2022).

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)» (pareri Funz Cons n. 45/2022, n. 54/2022, n. 69/2022).

Con l'ulteriore precisazione per cui la predetta valutazione discrezionale «deve obbligatoriamente essere svolta dalla stazione appaltante, trattandosi di esercizio di un potere doveroso (art. 32, comma 7, del Codice, in combinato disposto con l'art. 80). Va, infatti considerato che la discrezionalità attribuita alla SA nella valutazione dei gravi illeciti professionali non riguarda l'*an* (cioè la scelta se valutare o meno i requisiti di affidabilità professionale dell'aggiudicatario), ma il *quid* (cioè il contenuto finale che può avere il provvedimento conclusivo del processo valutativo), atteso che, all'esito del procedimento in contraddittorio con l'aggiudicatario, acquisiti gli elementi istruttori necessari, la SA, solo ad esito delle proprie valutazioni discrezionali decide se ritenere le condotte contestate alla società gravi e pertinenti o meno (rilevando, in quest'ultimo caso, di non disporre degli elementi necessari a statuire l'inaffidabilità dell'operatore) rispetto alla gara» (delibera Anac n. 146/2022 cit.).

Alla luce di quanto sopra, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'incidenza sull'affidabilità dell'operatore economico, della pendenza di un procedimento penale a carico dell'aggiudicatario, in relazione alla sussistenza del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice.

Sembra opportuno aggiungere, quale indicazione finale, che in virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (Cons. Stato, Ad. Pl. 20 luglio 2015 n.8), i requisiti di partecipazione, 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)» (parere Funz Cons 69/2022).

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