

DELIBERA N. 885

28 ottobre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da _____OMISSIS_____ tipo A – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza specialistica scolastica a favore degli studenti disabili frequentanti le scuole dell'obbligo (fino al terzo anno di scuola secondaria di primo grado) di competenza dell'ambito.) - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro € 2.000.000,00 – S.A.: Consorzio Ambito Territoriale 3 Francavilla

PREC 203/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 5, lettera c) d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisiti di partecipazione –grave illecito professionale - accertamento dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente – discrezionalità della stazione appaltante – non sindacabilità

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 ottobre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 71765 del 30 settembre 2020, presentata da _____OMISSIS_____ tipo A relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante nei confronti del raggruppamento temporaneo concorrente, di cui era parte insieme con _____OMISSIONE_____ e il _____OMISSIONE_____ Soc. Coop. Soc. in qualità di mandante, per asserito illecito professionale ex articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che l'istante riteneva il provvedimento di esclusione illegittimo in quanto fondato su un decreto di condanna non irrevocabile, di per sé inidoneo, secondo quanto sostenuto dal concorrente, ad essere utilizzato come adeguato mezzo di prova della sussistenza di un grave illecito professionale e basato sul presupposto errato che il decreto prevedeva l'irrogazione della pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la P.A. nonché in quanto adottato senza procedere ad adeguata istruttoria e motivazione;

VISTO il provvedimento di esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, comunicato in data 3 agosto 2020;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, il verbale di gara dell'11 luglio 2020 dal quale si evinceva che nella documentazione amministrativa del partecipante R.T.I. tra _____OMISSIONE_____, Soc. _____OMISSIONE_____ e _____OMISSIONE_____ si comunicava sia che nell'anno 2013 la Occupazione e Solidarietà Soc. Coop. era stata ammessa alla concessione di un finanziamento pubblico dalla Regione Puglia in qualità di componente di un'A.T.S. (associazione temporanea di scopo) con altri operatori economici per la realizzazione e gestione di una struttura residenziale sociosanitaria ed assistenziale per anziani, successivamente revocato, per ragioni non imputabili alla società stessa, sia che nei confronti del legale rappresentante, Sig. Giuseppe Moretti, era stato adottato in data 15 marzo 2019 un decreto penale di condanna per violazione dell'articolo 316 ter c.p., con condanna al pagamento di una multa di € 6.825,00; tale decreto non era mai stato notificato al Sig. Moretti e, pertanto, non era divenuto irrevocabile;

VISTO il verbale del 28 luglio 2020 con il quale, in esito alla corrispondenza intercorsa tra l'amministrazione e il concorrente istante in merito ai chiarimenti richiesti sul requisito generale di partecipazione, la stazione appaltante decideva di escludere il raggruppamento dalla procedura in quanto «la mandante Coop. Soc. Occupazione e Solidarietà, in persona del suo Legale Rappresentante, risulta essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e professionalità, alla luce della condanna, ancorché non divenuta irrevocabile, del proprio Legale Rappresentante Sig. _____OMISSIONE_____, per i reati di cui all'articolo 316 ter c.p. indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato», che «comporta di per sé l'impossibilità di contrarre con la PA [...] e costituirebbe motivo di una condotta con gravi illeciti professionali che incidono sulla moralità professionale ed integrità»;

VISTO il provvedimento di comunicazione dell'esclusione dalla procedura ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, comunicato in data 3 agosto 2020;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 7 ottobre 2020, con nota prot. n. 73709;

VISTA la memoria della stazione appaltante nella quale la stessa, sostenendo la legittimità del proprio operato, rappresentava che in ragione delle informazioni contenute nelle dichiarazioni amministrative dell'odierno istante e dei successivi chiarimenti, l'amministrazione decideva di escludere il raggruppamento concorrente sulla base di una «valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico,

sia sotto il profilo morale che sotto il profilo professionale. Nelle decisioni del RUP, dunque, ha assunto rilevanza non il decreto penale di condanna ma il contesto nel quale lo stesso era inserito. Infatti, così come si evince dalle dichiarazioni rese in sede di gara dalla Soc. _____OMISSIS_____ ed innanzi riportate, nel corso di un precedente finanziamento a favore di un A.T.S., di cui l'odierna ricorrente faceva parte, una componente della stessa si rendeva responsabile di un grave inadempimento tale da comportare un provvedimento di revoca del finanziamento da parte della Regione Puglia. Né valgono ad escludere il coinvolgimento della Soc. _____OMISSIS_____ da tale inadempimento le dichiarazioni della stessa in merito alla circostanza che la revoca del finanziamento sia addebitabile esclusivamente ad altro componente dell'A.T.S. che non ha adempiuto ai propri obblighi giacché è unanimemente riconosciuto che l'impresa capogruppo e le singole imprese mandanti rispondono in solido delle obbligazioni assunte nei confronti della stazione appaltante e ciò a garanzia del soggetto pubblico dall'eventuale inadempimento di una delle imprese riunite»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c), adottato sulla base di un decreto penale di condanna non definitivo;

CONSIDERATO che l'articolo 80, al comma 5, dispone che «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: [...] lettera 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»;

RILEVATO che la giurisprudenza amministrativa sul punto (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2020 n. 70) e l'Autorità (cfr. da ultimo delibera n. 489 del 10 giugno 2020) hanno assunto un orientamento prevalente nel senso di ritenere che la previsione dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 07.01.2020 n. 70; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2019 n. 1846; 2 marzo 2018 n. 1299; sez. III, 5 settembre 2017 n. 4192), incluse le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 1 (Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019 n. 6443; 12 marzo 2019 n. 1649). E, sulla base di tale presupposto, è stato precisato che «qualsiasi condotta contra *legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili» (Consiglio di Stato, sez. III, 29 novembre 2018 n. 6787; sez. V, 13 giugno 2018 n. 3628; Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 9 aprile 2020 n. 2332; ANAC delibera n. 489 del 10 giugno 2020);

CONSIDERATO che secondo tale lettura ermeneutica si riconosce alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti, per il cui esercizio è necessario che i concorrenti dichiarino qualunque circostanza astrattamente idonea a poter influenzare il processo valutativo della stazione appaltante (*ex multis*, Consiglio di Stato, V, 24 settembre 2018 n. 5500), alla cui discrezionalità è rimessa l'analisi in concreto dell'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n.50/2016, (*ex plurimis*, ANAC delibera n. 489 del 10 giugno 2020; Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018 n. 1299; sez. III, 13 giugno 2018 n. 3628; 29 novembre 2018 n. 6787; sez. V, 25 febbraio

2016, n. 761; 28 settembre 2015 n. 4511; sez. III, 29 novembre 2018 n. 6787; Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 9 aprile 2020 n. 2332);

RILEVATO, altresì, quanto sul punto previsto dalla Linee Guida ANAC n. 6, adottate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 ed aggiornate con delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017, 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'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice" nelle quali, in merito alla rilevanza ostaiva degli illeciti professionali, è stato chiarito che «rilevano, quali cause di esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera 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 [...] a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito. In particolare, rilevano - salvo che le stesse configurino altra causa ostaiva che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'articolo 80 del codice - le condanne non definitive per i reati di cui all'articolo 80, comma 1, nonché i seguenti reati [...] e) reati previsti dal d.lgs. 231/2001»;

CONSIDERATO che tale ultima categoria di reati include anche quelli contra la pubblica amministrazione, compreso quindi il reato di cui all'articolo 316-ter c.p. di cui alla fattispecie controversa in esame;

CONSIDERATO che costituisce principio di carattere generale quello secondo cui la stazione appaltante detiene il potere discrezionale di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2020 n. 70; Consiglio di Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467, ANAC delibera n. 489 del 10 giugno 2020, 678 del 17 luglio 2019, n. 1002 del 23 ottobre 2019 e n. 72 del 24 gennaio 2018) e che l'eventuale provvedimento di esclusione «deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara» (cfr. in tal senso TAR Campania, sez. IV, 5 gennaio 2018, n. 99; nonché Linee Guida ANAC n. 6, par. VI, ove viene sottolineato che il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato con riferimento, *inter alia*, alla gravità del fatto illecito, alla tipologia della violazione commessa, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, con riguardo all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto);

RITENUTO, altresì, che la valutazione nel merito attinente all'accertamento dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente sia un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante e, in quanto esercizio di discrezionalità, non sia suscettibile di sindacato da parte dell'Autorità (ANAC, delibera 489 del 10 giugno 2020);

RILEVATO che, nel caso di specie, sulla base delle argomentazioni giuridiche che precedono e dei presupposti interpretativi delineati, la valutazione posta in essere dall'amministrazione come motivata in atti, non sindicabile nel merito in quanto costituente esercizio di discrezionalità amministrativa, appare in punto di legittimità conforme al quadro normativo di settore e ai principi generali in materia di contratti pubblici;

RITENUTE, pertanto, infondate le doglianze sollevate dall'odierno istante avverso il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione disposto sia conforme al quadro normativo di settore e ai principi generali in materia di contratti pubblici e che rientri, in ogni caso, nella specifica competenza della stazione appaltante, nell'esercizio della discrezionalità conferitale dall'ordinamento, la valutazione dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente aggiudicatario.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

(firmata digitalmente)