



.....OMISSIS.....

Oggetto

Procedura negoziata senza bando per intervento di "realizzazione di un nuovo impianto polivalente in viaOMISSIS.....".

UPREC-CONS-0140-2024

FUNZ CONS 59/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7.8.2024 acquisita al prot. Aut. n. 93544, originariamente proposta come istanza di precontenzioso che tuttavia, a seguito di archiviazione come da provvedimento consiliare del 30.9.2024 (comunicato con nota prot. 116516 del 8.19.2924), detta istanza è stata esaminata in sede di funzione consultiva e pertanto, ai sensi del Regolamento del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 20.11.2024, 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Nella nota di richiesta parere, codesto Ente chiedeva all'Autorità di fornire indicazioni inerenti la corretta applicazione della normativa di riferimento in ordine agli effetti di un provvedimento ex art. 289 bis del c.p.p. irrogato nei confronti dell'Amministratore Unico e legale rappresentante della mandante dell'ATI aggiudicataria dell'appalto, avente ad oggetto la misura cautelare del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione per la durata di un anno.

La stazione appaltante in origine chiedeva se "*debba ritenersi ammissibile l'illustrata modifica dell'ATI, con estromissione del soggetto mandante e indicazione, da parte dell'impresa mandataria, di un nuovo operatore economico titolare delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle attività di competenza. In subordine, in caso di riscontro negativo al primo quesito illustrato, si chiede se, alla luce delle premesse esposte, l'emanazione nei riguardi del singolo socio di una misura interdittiva ex art. 289-bis c.p.p. debba ritenersi idonea a generare la decadenza della compagine societaria mandante dai requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016*".

Con successiva memoria il Comune istante, sulla base della attuazione da parte del suddetto o.e. di una serie di misure dissociative e di self cleaning nei confronti del precedente amministratore e r.l., ha ritenuto, in luogo delle originarie soluzioni di tipo affittivo, di applicare alla vicenda una scelta di tipo conservativo e quindi proseguire il rapporto contrattuale con il RTI aggiudicatario, pertanto, sulla base di ciò, con memorie del 13.8.2024 e del 27.8.2024, il Comune diOMISSIS.....

chiede all'Autorità di comunicare la sussistenza di eventuali cause ostative alla scelta effettuata. Tale richiesta veniva infine ribadita con ulteriore memoria del 1.10.2024.

Con riferimento alle questioni dedotte si osserva che, per quanto di competenza, sulla vicenda possono richiamarsi i rilievi già resi in un caso simile, attraverso il parere di funzione consultiva n. 54/2022, che si riportano nel prosieguo:

« ... L'art. 80 del d.lgs. 50/2016 – per quanto di interesse ai fini del presente parere – include tra le cause di esclusione di cui al comma 5, il caso in cui «f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81».

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, «la disposizione appena trascritta riconnette la causa di esclusione ivi menzionata all'avere l'operatore economico riportato una sanzione interdittiva in seguito all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato ovvero alle altre ipotesi in cui l'ente riporti una sanzione che comporti il divieto dello stesso di contrarre con la pubblica amministrazione» (TAR Sicilia, III, n. 3399/2021).

La stessa giurisprudenza distingue la causa di esclusione sopra menzionata, che riguarda l'operatore economico ammesso alla procedura di gara, dal caso in cui l'eventuale misura interdittiva sia disposta a carico del legale rappresentante dello stesso. Più in dettaglio, «...la misura cautelare interdittiva ex art. 289 bis c.p.p. del divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione, ... è una misura cautelare riguardante la persona fisica, avente natura giuridica diversa dalle sanzioni interdittive richiamate dall'art. 80, comma 5, lett. f), cit., riguardanti l'ente ammesso alla procedura di evidenza pubblica; - inconferente è poi il richiamo al comma 3 dell'art. 80 del d. lgs. 50/2016, il quale, nel riconoscere idoneità "escludente" alle condanne ovvero alle misure interdittive riportate dalle persone fisiche che ricoprono cariche direttive o di rappresentanza dell'ente partecipante, fa espresso riferimento ai soli casi – (...) – di esclusione menzionati dai commi 1 e 2 del medesimo articolo (vale a dire alla condanna definitiva per taluni gravi reati e alla ricorrenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto contemplate dalla speciale normativa antimafia)». Pertanto, l'applicazione della misura interdittiva ex art. 289 bis c.p.p. esula «dall'ambito di operatività della previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f), d. lgs. 50/2016» e «non rientra in ogni caso neppure nell'ambito di operatività dei commi 1, 2, 3 dell'art. 80 del d. lgs. 50/2016» (in tal senso TAR Sicilia, III, n. 3399/2021 cit.).

Pertanto, secondo i chiarimenti del giudice amministrativo, l'ipotesi di esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f), del d. lgs. 50/2016 riguarda la sanzione interdittiva direttamente riferita al soggetto giuridico che ha preso parte alla gara e non anche il caso di misura cautelare interdittiva disposta dall'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 289 c.p.p. nei confronti di uno dei soggetti indicati dal comma 3 dell'art. 80 citato.

A parere dell'Autorità, tuttavia, simili fattispecie riferite agli organi rappresentativi dell'operatore economico, possono formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante ai sensi del comma 5 dello stesso art. 80, come grave illecito professionale.

Nelle linee guida n. 6/2016 è stato osservato infatti che «Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. 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. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla

natura civile, penale o amministrativa dell'illecito. 2.2 In particolare, rilevano - salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice - le condanne non definitive per i reati di cui all'art.80, co. 1 nonché i seguenti reati: a. abusivo esercizio di una professione; b. reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); c. reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio; d. reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; e. reati previsti dal d.lgs. 231/2001. Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice».

Secondo l'orientamento dell'Autorità, in conformità a quello giurisprudenziale in materia (ex multis Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 1507; Id., 15 dicembre 2021, n. 8360; Id. sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603; 24 gennaio 2019, n. 586; 2 marzo 2018, n.1299 e 27 aprile 2017, n. 1955), «le fattispecie di grave illecito professionale enunciate nelle Linee guida e nel medesimo art. 80, hanno carattere esemplificativo, potendosi desumere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto da una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità» (ex multis delibera n. 330/2022-prec 50/2022/F).

Pertanto, 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.).

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).

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).»

Concludendo si osserva che gli effetti delle predette indicazioni appaiono pacificamente applicabili anche in caso in cui le verifiche riguardino non solo direttamente l'o.e. aggiudicatario, ma anche come nel caso di specie, alla governance dell'impresa mandante del raggruppamento.

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

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente