.....OMISSIS.....

Oggetto

Procedura aperta, in ambito di .....OMISSIS....., per l'affidamento, tramite accordo quadro, del servizio di Terapia Respiratoria Domiciliare - richiesta di parere – *vs. rif. .....OMISSIS.....*

FC 1-2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7 novembre 2022, acquisita al prot. Aut. n. 90906, 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 1 febbraio 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, sulla base di quanto rappresentato nella stessa e in assenza di verifiche sulla documentazione di gara e contrattuale, non trasmessa dal richiedente.

Con il quesito proposto, la stazione appaltante chiede all'Autorità se il provvedimento interdittivo comportante il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, sopraggiunto a carico dell'appaltatore in corso di esecuzione del contratto, abbia carattere irretroattivo, con effetti diretti solo sulla futura attività negoziale dello stesso appaltatore e non anche per quella in corso, come sembrerebbe derivare dall'avviso espresso dall'Autorità in un precedente parere (prec75/2008/L).

Al fine di fornire un orientamento sulla questione illustrata, si osserva, quindi, in via preliminare, che in ordine ai requisiti di partecipazione a gare per l'affidamento di contratti pubblici, l'art. 80, comma 5, lett. f) del d.lgs. 50/2016 dispone che «*5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) 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*».

L'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016 include, quindi, tra le cause di esclusione dalle gare d'appalto, il caso in cui l'operatore economico sia soggetto ad una sanzione interdittiva che comporti il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

Le ipotesi previste dalla norma, attengono specificamente *(i)* alle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 231/2001 (recante "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità*

giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"), quindi a sanzioni disposte per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato commessi, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione degli stessi o da dipendenti; *(ii)* alle sanzioni interdittive contemplate dall'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 (recante "*Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro*"), adottate dai competenti organi, per il contrasto del lavoro irregolare e per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori; *(iii)* "*altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione*", quale norma di chiusura del sistema, nella quale può includersi ogni provvedimento interdittivo di tal genere.

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).

L'ipotesi di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. f), del d. lgs. 50/2016 riguarda quindi la sanzione interdittiva direttamente riferita al soggetto giuridico che ha preso parte alla gara (parere FunzCons 54/2022).

La norma richiamata va letta in combinato disposto con il comma 6 dello stesso art. 80 del Codice, ai sensi del quale «*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5*».

Il comma 6, sopra riportato, prevede quindi che l'esclusione degli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione possa intervenire "*in qualunque momento della procedura*", a causa di atti compiuti o omessi "*prima o nel corso della procedura*".

Pertanto, per espressa previsione normativa, (anche) la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. f), ha natura automatica, dovendo la stazione appaltante, escludere dalla gara l'operatore economico colpito dalla sanzione interdittiva ivi prevista.

Come noto, infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, «nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità» (*ex multis* Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2968 e Ad. Plenaria n. 8/2015).

Dunque, dalle chiare disposizioni dell'art. 80, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e dall'avviso giurisprudenziale richiamato, deriva che la sopravvenienza della misura interdittiva contemplata dall'art. 80, comma 5, lett. f) del Codice *comporta, per l'operatore economico, la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione alla gara e di esecuzione del contratto*, che invece devono permanere inalterati fino alla conclusione della prestazione contrattuale (in tal senso anche Cons St. n. 386/2021).

Quanto sopra è stato ribadito dalla giurisprudenza amministrativa anche con specifico riguardo alla fase esecutiva dell'appalto (ancorché con riferimento alla sanzione interdittiva comminata dall'Autorità ex art. 80, comma 12, ma con indicazioni utili al caso di specie) affermando che «*la sopravvenienza della misura interdittiva nel corso della fase esecutiva*, *cagionando la perdita della capacità a contrarre con la p.a. e, quindi, di un requisito generale di partecipazione* … "*ha comportato la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione in corso di gara, circostanza di per sé costituente un'autonoma causa di esclusione dalla procedura"* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 8/2015…). Nella pronuncia citata [la n. 8/2015], l'Adunanza Plenaria chiarisce che il possesso dei requisiti di ammissione

si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.» (TAR Campania n. 6203/2022, con la quale ha confermato, nella fattispecie, la conformità alle disposizioni del Codice e all'avviso dell'Adunanza Pl. 8/2015, del provvedimento con il quale la SA ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e la risoluzione del contratto d'appalto).

Dalle considerazioni svolte, deriva quindi che 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, stante il chiaro disposto dell'art. 80, comma 6, del Codice, 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 (parere FunzCons 69/2022).

Secondo l'orientamento dell'Autorità, infatti, (ancorché espresso in relazione ad una fattispecie relativa alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c, del Codice) la citata disposizione dell'art. 108 «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» (parere FunzCons 69/2022 cit.).

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.

Conclusivamente, alla luce delle previsioni dell'art. 80, comma 5, lett. f), del Codice, in combinato disposto con il comma 6 della stessa disposizione, e dell'indirizzo giurisprudenziale richiamato, in risposta al quesito sollevato dall'Amministrazione richiedente, non può che osservarsi che la misura interdittiva intervenuta a carico dell'appaltatore ai sensi della norma richiamata, cagionando la perdita della capacità a contrarre con la p.a. e, quindi, di un requisito generale di ammissione alle gare d'appalto e determinando la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione, ha effetto preclusivo sia sulla partecipazione alle gare d'appalto, sia sull'esecuzione dei contratti pubblici, nel senso sopra indicato.

Conseguentemente, l'avviso espresso dall'Autorità in pareri riferiti al precedente assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 163/2006, deve ritenersi non più attuali, se non coerente con le intervenute disposizioni del d.lgs. 50/2016 e con l'indirizzo giurisprudenziale richiamato.

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

Atto firmato digitalmente