



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **DELIBERA N. 490 DEL 10 GIUGNO 2020**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal RTI con mandataria la Soc. Nobis S.r.l., Prefettura- UTG di Mantova e Agenzia del Demanio – Direzione regionale Lombardia — Procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca, ai sensi dell'art. 214 bis del D. Lgs. 285/92, per l'ambito territoriale provinciale di Mantova (C.A.4) - Importo a base di gara euro: 295.960,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Prefettura – UTG di Mantova - Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Lombardia.

**PREC 95/2020/S**

#### **Gravi illeciti professionali - Condanne penali – Limite triennale di rilevanza**

Il limite temporale triennale dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 trova applicazione con riferimento a tutti i fatti idonei ad integrare un grave illecito professionale, siano essi di natura civile, amministrativa o penale. La rilevanza escludente delle sentenze penali di condanna per fattispecie di reato diverse da quelle di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 resta, pertanto, confinata nel limite del triennio dal giudicato.

#### **Art. 80 d.lgs. 50/2016**

VISTA l'istanza congiunta, acquisita al prot. n. 35094 del 14 maggio 2020, con cui il raggruppamento d'impresе con mandataria la Soc. Nobis S.r.l., la Prefettura – UTG di Mantova e l'Agenzia del Demanio – Direzione regionale Lombardia hanno chiesto un parere all'Autorità sul rilievo da attribuire all'omessa dichiarazione di sentenze di condanna penali, riportate da talune delle società mandanti del raggruppamento;

VISTO, in particolare, che le parti domandano se le circostanze omissive riscontrate giustifichino l'automatica esclusione dalla gara dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del d.lgs. 50/2016 ovvero se abbiano natura strumentale e funzionale rispetto alla previsione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), del Codice, consentendo l'esperimento di un processo valutativo e di apprezzamento sulla gravità ed attualità del fatto, a seguito del quale, secondo il RUP, l'esclusione dalla gara del predetto operatore risulterebbe sproporzionata sia perché le condanne riportate sono di lieve entità e risalenti nel tempo sia perché l'affidabilità e professionalità del raggruppamento, gestore uscente del medesimo servizio messo a gara, sono state ampiamente dimostrate durante l'esecuzione del contratto; infine le parti domandano se possa applicarsi la disciplina di cui all'art. 48, commi 18 e 19-ter, del Codice degli Appalti, consentendo al RTI di sostituire i mandanti che non possiedono i requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 35874 del 18 maggio 2020 e le memorie pervenute;

RILEVATO che in merito all'ambito dell'obbligo dichiarativo di precedenti sentenze penali di condanna sussiste un contrasto giurisprudenziale che ha indotto il Consiglio di Stato a deferire la relativa questione all'Adunanza Plenaria, con la recente ordinanza n. 2332 del 09/04/2020;

RITENUTO, tuttavia, che la questione prospettata nel caso di specie possa essere esaminata e risolta tenendo conto delle disposizioni contenute nella direttiva 2014/24/UE (cd. direttiva appalti) e dell'art. 80, comma 10, del d.lgs. 50/2016, *ratione temporis* applicabile;

CONSIDERATO che l'art. 57 della menzionata direttiva, dopo aver elencato i motivi di esclusione obbligatoria (par. 1) e quelli di esclusione facoltativa (par. 4), prevede (par. 6) che il concorrente deve essere ammesso a provare di aver adottato le cd. misure di *self-cleaning*, che, se ritenute sufficienti ed adeguate, impediscono l'esclusione dall'operatore dalla gara; l'ultimo cpv. del par. 6 stabilisce che il *self-cleaning* non può trovare applicazione nell'ipotesi in cui l'impresa abbia riportato una sentenza di condanna che gli precluda la partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni;

CONSIDERATO che il par. 7 dell'art. 57, stabilisce, poi, che *“In forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4.”*

VISTO che l'art. 57 è stato recepito nel nostro ordinamento mediante l'art. 80 del d.lgs. 50/2016; in particolare, il comma 1, contiene un elenco di fattispecie di reato gravi in presenza delle quali l'esclusione dalla gara si configura quale atto vincolato; il comma 5, alla lett. c), stabilisce che costituisce causa di esclusione il compimento di gravi illeciti professionali che incidano sulla integrità ed affidabilità dell'operatore economico; il comma 10, nella versione *ratione temporis* applicabile, prescriveva infine che *“se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna”*;

CONSIDERATO che, pur nella differente formulazione dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 rispetto all'art. 38, comma 2, del d.lgs. 163/2006 – che obbligava i concorrenti a dichiarare tutte le sentenze di condanna riportate – nondimeno è stato affermato che l'obbligo dell'omnicomprensività della dichiarazione resa



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

dal partecipante ad una gara discenda direttamente dalla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice in quanto nel concetto di "grave illecito professionale" deve essere ricompresa qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (sez. V, n. 586/2019; n. 591/2019; n. 727/2019; id., sez. III, n. 3908/2019; n. 7231/2018; n. 4192/2017), e che risulti in grado di mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico;

CONSIDERATO, peraltro, che l'obbligo dichiarativo sussisterebbe anche in relazione a condanne risalenti nel tempo; la limitazione triennale di cui all'art. 80, comma 10, del Codice atterrebbe, invero, alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. ma non anche all'esercizio del potere di escludere l'operatore economico ai sensi del comma 5, lett. c); tanto si evincerebbe dal fatto che mentre l'esclusione per condanne rientranti tra quelle previste dall'art. 80, comma 1 costituisce atto vincolato, nell'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), la valutazione è rimessa alla stazione appaltante e tale diversità di effetti (espulsivi in un caso, meramente informativi, con finalità preistruttoria nell'altro) giustificerebbe anche, pur nella difficile ermeneusi del comma 10 dell'art. 80, perché solo nel primo caso l'ordinamento attribuisca un'efficacia temporale alla sentenza definitiva di condanna (così Cons. Stato n. 1603/2020, che richiama Cons. Stato n. nn. 6529/2018 e 6530/2018); c

CONSIDERATO, tuttavia, che secondo un diverso orientamento, il limite temporale triennale di cui all'art. 80, comma 10, troverebbe applicazione anche con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice; tale delimitazione risponderebbe al principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, che obbliga, specie in materia di appalti pubblici di rilevanza comunitaria – in cui vige il principio del *favor participationis* - legislatore ed amministrazione a imporre ed applicare obblighi, divieti e restrizioni in modo adeguato e ragionevole rispetto alle fattispecie prese in considerazione e agli obiettivi pubblici perseguiti (TAR Lombardia, 23 marzo 2017, n. 705; Cons. St., sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576; in senso conforme Cons. St., sez. V, 6 maggio 2019 n. 2895; TAR Lombardia, 15 novembre 2019, n. 2421; con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità cfr. anche Corte di Giustizia, 20 dicembre 2017, C. 178/16);

RITENUTO che ragioni di carattere sistematico e di compatibilità della disciplina nazionale con quella europea inducono a preferire tale secondo indirizzo: l'art. 80, comma 10, del d.lgs. 50/2016 non persegue lo scopo di introdurre un'ipotesi di interdizione automatica dalla partecipazione alle gare, bensì svolge la funzione di contenere, sotto il profilo temporale, l'efficacia escludente di circostanze pregresse, potenzialmente incidenti sull'affidabilità dell'operatore economico, la cui conoscenza è *in nuce non utile* per la stazione appaltante, giammai potendo rientrare nel processo decisionale prodromico alla esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. c)*; solo così interpretata, la norma si pone in linea con il divieto del *gold plating* e con il correlato favore per la semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica mostrato dal legislatore eurounitario;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

RITENUTO che il limite temporale triennale dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 trova applicazione con riferimento a tutti i fatti idonei ad integrare un grave illecito professionale, siano essi di natura civile, amministrativa o penale, con la conseguenza che la rilevanza escludente delle sentenze penali di condanna per fattispecie di reato diverse da quelle di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 resta confinata nel limite del triennio dal giudicato; come correttamente rilevato dal giudice amministrativo, tale impostazione è dettata dall'esigenza di applicare in maniera logica, razionale e conforme al principio di uguaglianza l'art. 80 del d. lgs. n. 50/16, risultando ingiustificata, nell'ambito della medesima fattispecie del "grave illecito professionale", una differenziata rilevanza temporale delle vicende (sentenze di condanna, da una parte, e provvedimenti amministrativi, dall'altra) integranti tale ipotesi escludente (TAR Lazio, sez. II Ter, 11 maggio 2020, n. 4917);

CONSIDERATO che se tale lettura della norma appare più agevolmente sostenibile alla luce del testo attualmente vigente dell'art. 80, commi 10 e 10 *bis*, del Codice, tuttavia occorre tenere presente che, già in sede di parere sul d.lgs. 56/2017, il Consiglio di Stato aveva rilevato come la locuzione "*tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna*", andasse intesa nel senso che i tre anni decorrono dalla data dell'accertamento definitivo, ove non sia intervenuta sentenza di condanna da cui discenda la pena accessoria del divieto a contrarre; in altri termini, anche alle gare cui risulti applicabile l'art. 80, comma 10, del d.lgs. 50/2016, prima delle modifiche apportate dal cd. Sblocca cantieri, deve ritenersi che le sentenze di condanna, costituenti un grave illecito professionale, abbiano efficacia potenzialmente escludente per un periodo di tre anni dal giudicato, ad eccezione dell'ipotesi in cui la condanna abbia comportato l'applicazione della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione;

RILEVATO che, nel caso di specie, le sentenze di condanna riportate da talune delle imprese mandanti risalgono ad un periodo antecedente al triennio dall'indizione della procedura di gara (la più recente è infatti una sentenza del 2012 ed il bando di gara è stato pubblicato nel 2018) e non attengono a nessuna delle fattispecie di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 – né concernono reati da cui discenda l'applicazione della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A.; pertanto, nessun obbligo dichiarativo poteva ritenersi sussistente in capo al raggruppamento istante, non potendo rientrare, le predette condanne, nel processo valutativo teso all'esclusione dell'impresa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice;

RILEVATO, peraltro, che l'esclusione dalla gara del raggruppamento istante risulterebbe sproporzionata anche in ragione di quanto rappresentato dal RUP in merito alla valutazione di irrilevanza dei fatti pregressi ai fini del giudizio di affidabilità ed integrità morale del concorrente;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che le sentenze di condanna penali riportate da talune delle imprese mandanti del raggruppamento aggiudicatario non possano assumere rilevanza ai fini



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

dell'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, né costituiscono un'omessa dichiarazione, atteso che tutti i giudicati risalgono ad un periodo antecedente al triennio dall'indizione della procedura di gara.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020  
Per il segretario Maria Esposito  
*Rosetta Greco*

Atto firmato digitalmente