



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – affidamento del servizio di vigilanza random saltuaria ad ispezione sede centrale
.....OMISSIS..... e Sezione diOMISSIS..... -OMISSIS..... - Dichiarazioni in DGUE - richiesta parere.
UPREC-CONS-0044-2024

FUNZ CONS 21/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 marzo 2024, acquisita al prot. Aut. n. 38193, 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 10 aprile 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta 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.

Con il quesito proposto la stazione appaltante chiede se sia consentito procedere alla stipula del contratto d’appalto indicato in oggetto, in presenza di dichiarazioni riportate nel DGUE, attestanti la sussistenza, a carico dell’operatore economico aggiudicatario, della *pendenza* di un procedimento penale per i reati previsti dagli artt. 110 c.p. 216 comma 1, nn.1 e 2, 219 comma 2 n. 1, 223 comma 1, comma 2 R.D. 267/1942 (bancarotta fraudolenta).

In relazione a tale quesito può osservarsi in via preliminare che sulla questione dell’incidenza di precedenti penali a carico dei concorrenti di una gara d’appalto, questa Autorità ha espresso avviso in diverse pronunce sia in relazione al regime normativo dettato dal d.lgs. 50/2016 (ex multis pareri Funz Cons 6/2023, 41/2023, delibera n. 102/2022), sia in relazione alle disposizioni introdotte in materia dal d.lgs. 36/2023 (deliberazione n. 397/2023-AG4/2023), al fine di fornire utili indicazioni agli operatori del settore con riguardo al c.d. illecito professionale grave.

Per quanto di interesse ai fini del parere, riferito ad una gara indetta ai sensi del d.lgs. 36/2023, può quindi osservarsi – secondo i chiarimenti contenuti nella citata delibera n. 397/2023 – che in senso innovativo rispetto al previgente Codice, il d.lgs. 36/2023, mediante gli articoli 94-98, distingue ora tra cause di esclusione “automatica” e cause di esclusione “non automatica”.

Più in dettaglio l’articolo 94 disciplina le “*cause di esclusione automatica*”, dunque operanti senza alcun margine di apprezzamento valutativo da parte della stazione appaltante, individuando nel contempo le figure soggettive cui riferire la causa di esclusione (al comma 3). L’articolo 95 disciplina invece le “*cause di esclusione non automatica*”, in relazione alle quali è rimesso alla

stazione appaltante il potere decisorio di esclusione dell'operatore economico. Tra queste, il comma 1, lett. e), include la fattispecie del c.d. "*grave illecito professionale*", prevista in passato nell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 e ora disciplinata nella disposizione dell'articolo 98 del nuovo Codice.

L'articolo 95, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce quindi che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti (tra l'altro) «*e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*».

Innovando le previsioni già contenute nel d.lgs. 50/2016, pertanto, il d.lgs. 36/2023 disciplina il grave illecito professionale dedicando la specifica disposizione dell'art. 98 a tale causa di esclusione ed elencando in maniera tassativa (per quanto stabilito dall'articolo 95, comma 1, lett. e), le fattispecie qualificabili come gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi, eliminando in tal modo gli elementi di incertezza in materia che hanno caratterizzato la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016.

Si osserva al riguardo che l'art. 98 del d.lgs. 36/2023 chiarisce al comma 1, che «*L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)*». Il comma 2 stabilisce, invece, le condizioni indispensabili perché possa essere disposta, da parte della stazione appaltante, l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle condizioni medesime.

Ai sensi dell'art. 98, comma 2 citato quindi «L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono *tutte* le seguenti condizioni: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6».

Il successivo comma 3 individua, quindi, gli elementi dai quali desumere il grave illecito professionale, provvedendo alla relativa elencazione che, secondo la disposizione dell'art. 95, comma 1, lett. e) deve ritenersi *tassativa*. La norma precisa che «l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno» degli elementi indicati alle lettere da a) a h).

Il comma 4 specifica invece gli elementi che la stazione appaltante è tenuta a valutare in ordine alla gravità dei fatti elencati al comma 3, stabilendo che «La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa».

Il comma 6 elenca invece alle lettere da a) a f) i mezzi di prova "adeguati" che la stazione appaltante è tenuta a valutare ai fini della sussistenza del grave illecito professionale. Tale elenco, secondo le previsioni dell'art. 95, comma 1, lett. e), ha valenza *tassativa*.

Il nuovo Codice procede quindi ad una tipizzazione dei mezzi di prova utili per la valutazione dell'illecito professionale grave, superando in tal modo la previgente impostazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 che consentiva di valutare *ogni condotta* la cui gravità era idonea ad incidere sulla affidabilità e sull'integrità della impresa concorrente.

Infine, quanto agli obblighi motivazionali in capo alla stazione appaltante, viene puntualizzato al comma 7 che la stessa «valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità

dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente». Il co. 8 aggiunge che «Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2».

In relazione al quesito posto, si evidenzia quindi che tra le fattispecie rilevanti ai fini della sussistenza del grave illecito professionale rientra, ai sensi dell'articolo 98, comma 3, lett. h) la «*contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati: (...) 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*».

Quanto ai mezzi di prova riferiti a tale forma di illecito professionale grave, lo stesso art. 98, comma 6, include tra gli stessi «*quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale*».

Per quanto sopra, in relazione alla fattispecie in esame, può osservarsi che ai sensi del combinato disposto dell'art. 95, comma 1, lett. e), con l'art. 98, comma 3, lett. h), n. 2, e comma 6, lett. h), può rilevare quale causa di esclusione dalla gara, nella forma dell'illecito professionale grave, anche la contestata commissione, da parte dell'operatore economico, del reato di "*bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*".

L'Amministrazione è quindi tenuta ad accertare la sussistenza, nella fattispecie, degli elementi indicati all'art. 98, comma 2 [a) *elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6*] nonché, ai sensi del citato art. 98, comma 6, se in relazione al procedimento penale a carico dell'operatore economico sia intervenuto, quale adeguato mezzo di prova, uno dei seguenti provvedimenti: "*la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale*".

All'esito di tale accertamento, la stazione appaltante, ai sensi dei commi 7 e 8 della stessa disposizione dell'art. 98, sarà tenuta a valutare e motivare se i provvedimenti eventualmente sussistenti a carico dell'operatore economico siano idonei ad incidere sull'affidabilità e sull'integrità dello stesso e costituire quindi un grave illecito professionale ai sensi delle disposizioni sopra richiamate (delibera n. 397/2023 cit.).

A tal riguardo sembra utile aggiungere che, secondo il più recente avviso giurisprudenziale espresso in relazione alle disposizioni del d.lgs. 36/2023 sopra richiamate, a fronte di fattispecie «*espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è invece mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico*. In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Sotto questo profilo vale osservare però, ..., che il nuovo Codice dispone, all'art. 98, comma 4, che, quanto agli elementi costituenti un grave illecito professionale, "la valutazione di gravità tiene conto

del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione (...)", e all'art. 98, comma 7, circa i mezzi di prova di cui al comma 6, prevede che l'amministrazione motiva "sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente". Tali indicazioni costituiscono, evidentemente, in senso innovativo, i parametri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante per come esternato nella motivazione» (Tar Sardegna, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204).

Lo stesso giudice amministrativo ha aggiunto che la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colora di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti. «Invero, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di "affidabilità" si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di "fiducia", riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del Codice alla luce del generale *Principio della fiducia*, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che "il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato". E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice ("le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore. La discrezionalità dell'amministrazione sotto questo profilo è dunque particolarmente pregnante, ravvisandosi, come visto, i limiti per essa, nelle declinazioni specifiche di cui al citato art. 98, disposizione che circoscrive le fattispecie rilevanti di illecito professionale, i mezzi di prova adeguati e gli oneri motivazionali, con richiamo agli elementi specifici, cui è tenuta l'amministrazione, oltre che ai principi generali di logicità e congruità».

L'interpretazione ora esposta «individua perciò, rispetto all'esclusione per grave illecito professionale ex artt. 95 e 98 del Codice, il corretto punto di caduta tra "il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, [che] porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile", e la circostanza per cui "tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento" (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738)» (TAR Sardegna n. 204/2024 cit.).

Per tutto quanto sopra, la valutazione in ordine alla qualificabilità della fattispecie oggetto del quesito, come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. e) del d.lgs. 36/2023, è un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante, 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. 95 citato. 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 (ex multis delibera n. 397/2023 e pareri Funz Cons n. 41/2023, 6/2023).

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

Firmato digitalmente