



.....OMISSIS.....

Oggetto

Gestione depuratore comunale annualità 2023-2026 - Art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016
- richiesta parere.

FUNZ CONS 41/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta acquisita al prot. Aut. n. 55452 dell'11 luglio 2023, 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 13 settembre 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, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito proposto attiene alla gara in oggetto, nell'ambito della quale, all'esito delle verifiche condotte dall'amministrazione sul concorrente risultato primo in graduatoria, sono risultati a carico dello stesso, diversi carichi pendenti, oltre ad un decreto penale di condanna e ad una annotazione nel Casellario Informativo presso l'Autorità per false dichiarazioni in sede di gara. In relazione a tale fattispecie, la stazione appaltante chiede, in particolare, se nella valutazione del grave illecito professionale rilevino i soli carichi pendenti relativi allo svolgimento dell'attività aziendale o anche quelli che non hanno tale caratteristica ma che sono comunque collegati ad essa.

Si osserva al riguardo che sulla questione dell'incidenza di precedenti penali a carico dei concorrenti di una gara d'appalto, l'Autorità ha fornito indicazioni agli operatori del settore in numerose pronunce, chiarendo in primo luogo che i requisiti generali di moralità richiesti dall'ordinamento ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, sono elencati nell'art. 80 del d.lgs. 50/2016.

In particolare, ai fini del parere, la norma stabilisce che «costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale...» per uno dei reati indicati nelle lettere da a) a g) della stessa disposizione normativa (comma 1).

Dunque, i reati che incidono sulla moralità del concorrente sono elencati nella disposizione richiamata, la quale fa espresso riferimento, ai fini dell'esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna, al decreto penale di condanna e all'applicazione della pena su

richiesta ex art. 444 c.p.p., per uno dei reati ivi elencati, riferibili ad uno dei soggetti elencati all'art. 80, comma 3, del Codice (parere Funz Cons 6/2023).

Pertanto, ai fini sopra indicati, non è sufficiente che sia in corso un procedimento penale per l'accertamento della commissione dei reati indicati dall'art. 80 o che sia stata emessa in tale ambito una misura cautelare o disposto un rinvio a giudizio a carico dei soggetti indicati dalla medesima norma (in tal senso, Anac determina n. 1/2012).

La disciplina in materia di contratti pubblici non esclude comunque che determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave errore professionale, possano essere valorizzati ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, indipendentemente dalla astratta configurabilità o meno della causa ostativa contemplata alla lettera a). In altri termini, un determinato fatto penalmente rilevante può essere inquadrato, a seconda del verificarsi dei rispettivi presupposti di legge, all'interno delle due disposizioni normative (lettera a e lettera c). Ne discende che ciò che rileva ai fini dell'applicabilità della citata norma del Codice, è solo che un determinato fatto, quantunque avente qualificazione penale, possa rappresentare un grave errore professionale, *prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato*, come è invece previsto dalla lett. a) (pareri Funz Cons 6/2023, 9/2022 e 69/2022).

Come più volte osservato dall'Autorità, in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante è demandato alla stessa un margine importante di discrezionalità con riferimento alla verifica del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, che prevede come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, previa motivata valutazione della stazione appaltante, la circostanza che il concorrente abbia commesso un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

Quanto sopra è stato evidenziato anche nelle Linee Anac n. 6/2016, nelle quali è stato ricondotto nella fattispecie del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, in via esemplificativa, anche il caso delle condanne non definitive per i reati di cui all'art.80, comma 1 nonché per gli ulteriori reati indicati nello stesso documento.

Più in dettaglio, il predetto documento evidenzia che «...rilevano le condanne non definitive per i reati di seguito indicati *a titolo esemplificativo*, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedure di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice: a. abusivo esercizio di una professione; b. reati fallimentari (bancafallimento semplice e bancafallimento fraudolento, 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».

Le linee guida n. 6 indicano, quindi, in via esemplificativa i reati che possono incidere sulla configurabilità del grave illecito professionale, con ciò consentendo alle stazioni appaltanti ogni più ampia valutazione in merito.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, infatti, «deroga al principio di tassatività delle cause di esclusione, in ragione della necessità di assicurare alla stazione appaltante la possibilità di valutare

autonomamente, senza le rigidità proprie di tale principio e includere nella nozione di "grave illecito professionale" qualsivoglia illecito (civile, penale o amministrativo) in grado di influenzare il processo valutativo e decisionale della stazione appaltante (cfr., Tar Palermo, 2.11.2020, n.2298; Tar Firenze, 28.9.2020, n.1117)» (Anac, delibera n. 102/2022).

Ai fini sopra indicati, quindi, può formare oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, come grave illecito professionale ex art. 80, comma 5 del Codice, «non soltanto una sentenza di condanna ma anche un rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale o un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata» i quali «possono incidere sulla moralità professionale di un'impresa e causarne l'esclusione da una gara pubblica; e da altra prospettiva deve quindi ritenersi che le dichiarazioni in ordine a eventi rilevanti come gli illeciti professionali devono essere rilasciate dal concorrente in qualunque fase del processo penale, non soltanto a seguito di pronuncia giudiziale definitiva» (delibera n. 102/2022 cit.).

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. e parere Funz Cons 54/2022), secondo le modalità indicate nelle Linee guida n. 6.

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)» (pareri Funz Cons n. 45/2022, n. 54/2022, n. 69/2022).

Con l'ulteriore precisazione per cui la predetta valutazione discrezionale «deve obbligatoriamente essere svolta dalla stazione appaltante, trattandosi di esercizio di un potere doveroso (art. 32, comma 7, del Codice, in combinato disposto con l'art. 80). Va, infatti considerato che la discrezionalità attribuita alla SA nella valutazione dei gravi illeciti professionali non riguarda l'*an* (cioè la scelta se valutare o meno i requisiti di affidabilità professionale dell'aggiudicatario), ma il *quid* (cioè il contenuto finale che può avere il provvedimento conclusivo del processo valutativo), atteso che, all'esito del procedimento in contraddittorio con l'aggiudicatario, acquisiti gli elementi istruttori necessari, la SA, solo ad esito delle proprie valutazioni discrezionali decide se ritenere le condotte contestate alla società gravi e pertinenti o meno (rilevando, in quest'ultimo caso, di non disporre degli elementi necessari a statuire l'inaffidabilità dell'operatore) rispetto alla gara» (delibera Anac n. 146/2022 cit.).

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

Atto firmato digitalmente