



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio trasporto dializzati – rinvio a giudizio legale rappresentante affidatario - richiesta di parere – vs. rif. prot. n. 4042 del 01.02.2022.

Funz. Cons. 9/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 febbraio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 7693, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 30 marzo 2022, 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 del 28 giugno 2017.

Con riferimento a quanto richiesto nella nota sopra indicata, si osserva che i requisiti generali di moralità richiesti dall’ordinamento ai fini della partecipazione alle gare per l’affidamento degli appalti pubblici e della stipula dei relativi contratti sono elencati nell’art. 80 del d.lgs. 50/2016. Ai sensi di tale disposizione, infatti «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).

I reati che incidono sulla moralità del concorrente sono quindi elencati nella disposizione richiamata, la quale fa espresso riferimento, ai fini dell’esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna o al decreto penale per uno dei predetti reati. Le circostanze indicate nell’art.80, comma 1, del Codice costituiscono, inoltre, causa di risoluzione contrattuale ai sensi dell’art. 108 del d.lgs. 50/2016.

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).

Occorre osservare, tuttavia, che la disciplina di settore non esclude 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 precedente 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 essere forma di manifestazione di un grave errore professionale, *prescindendosi in ogni caso dalla sussistenza di una pronuncia giudiziale passata in giudicato*, come è invece previsto dalla lett. a) (in tal senso Cons. di Stato, sez. V, 20.11.2015, n. 5299, ancorché riferito al previgente d.lgs. 163/2006; Cons. di Stato, commissione speciale, n. 2286 del 3.11.2016, sulle linee Anac recanti "indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice").

Dunque, al di fuori delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato art. 80 d.lgs. 50/2016, 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.

In tal senso si è espressa anche l'Autorità nelle Linee Anac n. 6/2016 sopra citate, 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. Nelle medesime Linee guida sono state fornite, altresì, utili indicazioni in ordine alle modalità con le quali la stazione appaltante deve procedere all'accertamento della causa di esclusione in esame.

Anche con specifico riferimento al caso in cui sia stato disposto il rinvio a giudizio a carico dell'operatore economico, l'Autorità ha chiarito che tale ipotesi «non rientra tra i casi di esclusione automatica dell'operatore economico di cui all'art. 80, comma 1, del Codice, atteso che tale disposizione si riferisce esclusivamente alle condanne definitive per le fattispecie di reato indicate alle lettere a) – g)». Tuttavia, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, posto che le fattispecie di grave illecito professionale enunciate nelle Linee guida n. 6 e nel medesimo art. 80, hanno carattere esemplificativo, l'esistenza del rinvio a giudizio, seppur per fattispecie di reati gravi, richiede che la stazione appaltante proceda alla valutazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, della gravità dei fatti ed il loro inquadramento come "grave illecito professionale" (del. n. 586/2020-prec 118/2020/S- PB).

Allo stesso modo, la giurisprudenza è orientata nel senso che il decreto di rinvio a giudizio per condotte tenute in esecuzione di contratti di appalto costituisca vicenda professionale suscettibile di essere qualificata come "grave illecito professionale" e, in quanto tale, in grado di compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico concorrente (Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'incidenza sulla valutazione di affidabilità dell'operatore economico, di un rinvio a giudizio, in relazione alla sussistenza del grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice.

Occorre aggiungere a quanto sopra che, in virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (Cons. Stato, Ad. Pl. 20 luglio 2015 n.8), tali requisiti –incluso quello previsto dall’art. 80, comma 5, lett. c) - oggetto di verifica durante la fase di affidamento, *devono permanere inalterati nel corso della fase di esecuzione del contratto d’appalto e fino alla conclusione dello stesso* (in tal senso *ex multis*, Anac delibera n. 18/2021, delibera n.76/2019-prec248/18/L; Cons. Stato n. 2698/2020).

Pertanto, 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, 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, nei casi ivi espressamente previsti. Con l’ulteriore precisazione 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.

Alla luce di quanto sopra, si rimette quindi 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 il 6 aprile 2022