



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016 - requisiti generali aggiudicatario - richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 46/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 luglio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 57854, 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 26 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.

Il quesito proposto, riferito ad una gara indetta ai sensi del d.lgs. 50/2016, attiene alla possibilità, per la stazione appaltante, di aggiudicare un contratto d'appalto all'operatore economico destinatario di un provvedimento di rinvio a giudizio per i reati di cui agli artt. 319, 319-bis, 322 c.p., a carico del legale rappresentante.

Si osserva al riguardo 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 (di seguito richiamate), sia in relazione alle disposizioni dettate 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. 50/2016, occorre ribadire 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 citato d.lgs. 50/2016.

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 dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna, al decreto penale di condanna irrevocabile e alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., per uno dei predetti reati. Pertanto, ai fini contemplati nel comma 1

dell'art. 80, non è sufficiente che sia in corso un procedimento penale per l'accertamento della commissione dei reati ivi previsti 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, parere Funz Cons 6/2023).

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 al comma 1. A tal fine ciò che rileva per l'applicabilità della citata norma, 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 dal comma 1 (ex multis pareri Funz Cons 6/2023, 41/2023).

Come più volte osservato dall'Autorità e sottolineato nelle linee guida n. 6, infatti, 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.

Le linee guida n. 6, con riguardo agli aspetti di interesse ai fini del parere, evidenziano al riguardo (tra l'altro) che ai fini della previsione citata «...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 (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, 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).

Anche il conforme orientamento giurisprudenziale evidenzia che «l'ampiezza della formulazione, sia della norma nazionale, sia dell'art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva 2014/24, conduce a ricomprendere nella nozione di "grave illecito professionale" - ferma restando la

necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante - ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa. La norma non reca una tassativa elencazione di ipotesi di grave errore professionale, sicché la stazione appaltante può addivenire all'esclusione dell'operatore economico, al di fuori di ogni tipizzazione normativa, ogni qual volta evidenzi, in esercizio della discrezionalità di cui dispone nella materia in esame, la riferibilità all'operatore di situazioni contrarie ad un obbligo giuridico di carattere civile, penale ed amministrativo, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (cfr. in argomento Cons. Stato, Sez. V, 24/01/2019, n. 591; Cons. Stato, Sez. III, 27/12/2018, n. 7231 e Cons. Stato, Sez. V, 03/09/2018, n. 5136; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27/01/2021, n. 247). Detto in altri termini, le citate disposizioni non contemplano un numero chiuso di "gravi illeciti professionali", ma una serie aperta, cui deve essere data concretezza, di volta in volta, dalla stazione appaltante nell'esercizio della discrezionalità di cui dispone (...))» (TAR Puglia, Lecce n. 1075/2022).

Dunque «l'art. 80, comma 5 lett. c), del D.Lgs. 2016 n. 50 ha dilatato il potere valutativo discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici in tema di esclusione dei concorrenti, correlandone l'esercizio ad un "concetto giuridico indeterminato", sicché spetta alle stazioni appaltanti declinare, caso per caso, la condotta dell'operatore economico "colpevole di gravi illeciti professionali" (cfr. sul punto, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 29/07/2021, n. 5354; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 02/02/2021, n. 212), fermo restando che, quando la stazione appaltante esclude un operatore economico, perché considerato colpevole di un grave illecito professionale, deve adeguatamente motivare l'esercizio di siffatta discrezionalità (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 14/07/2021, n. 2300; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29/04/2021, n. 1069)» (Tar Puglia cit.).

Dall'ampiezza del disposto normativo dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 discende quindi che ai fini indicati dalla norma, può formare oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, come grave illecito professionale «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.).

Deve quindi riconoscersi alla stazione appaltante «la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti "gravi illeciti professionali", a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, ferma restando la necessità che l'esclusione sottenda un'adeguata istruttoria e una congrua motivazione» (Tar Puglia, cit.).

Le predette 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, secondo le modalità indicate nelle Linee guida n. 6 (le quali evidenziano che "L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato" con le modalità indicate al par. VI del medesimo documento).

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)» (ex multis pareri Funz Cons n. 41/2023, 6/2023, 45/2022, n. 54/2022, n. 69/2022).

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