



DELIBERA N. 146

30 marzo 2022.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS]– Procedura aperta per l'affidamento dei lavori relativi al progetto "Lavori di ricostruzione in sito dell'edificio scolastico scuola dell'infanzia e primaria alla via Bebiana" - Importo a base di gara: Euro 1.760.871,28 - S.A.: [OMISSIS] (BN).

PREC 27/2022/L

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett. c) e lett. c-*bis*) del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Grave illecito professionale, indagini penali.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Grave illecito professionale – Indagini penali – In corso di gara – Rilevanza – Sussiste.

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Esclusione – Motivi – Grave illecito professionale – Indagini penali – Valutazione – Discrezionalità - Necessità.

Il principio del necessario possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità impone una valutazione effettiva, in concreto ed esplicita (da svolgersi in contraddittorio con l'operatore economico coinvolto) dei fatti, anche sopravvenuti in corso di gara, astrattamente integranti un grave illecito professionale, tra cui vi rientra anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria.

La discrezionalità attribuita alla stazione appaltante 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). Pertanto, pur trattandosi di una valutazione di estrema delicatezza rimessa al suo attento vaglio, la stazione appaltante non può omettere di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale della società aggiudicataria, in presenza di indagini penali e di misure cautelari per reati gravi.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 marzo 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 7773 del 2 febbraio 2022, con la quale il [OMISSIS]ha contestato il provvedimento di aggiudicazione in favore della [OMISSIS]S.r.l., per l'asserita violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-*bis*) del Codice, in quanto la stazione appaltante non avrebbe valutato la carenza di affidabilità professionale dell'aggiudicatario;

RILEVATO che l'istante ha esposto di avere appreso dalla stampa locale che, nel corso dello svolgimento della procedura di gara in oggetto, il legale rappresentante nonché socio di maggioranza della società aggiudicataria è stato destinatario di una misura cautelare interdittiva (divieto temporaneo di contrattare con la Pubblica Amministrazione) in relazione ad una pregressa gara d'appalto, per ipotesi di delitti di cui agli artt. 110 (pena per coloro che concorrono nel reato), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio), 319-*bis* (circostanze aggravanti per corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio) e 321 (pene per il corruttore) c.p. in relazione ai quali sono stati mossi anche addebiti alla società, per responsabilità amministrativa da reato, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del D.lgs. n. 231/2001. Tali circostanze, sebbene astrattamente integranti fattispecie di "*grave illecito professionale*" in capo all'operatore economico aggiudicatario, non sono state valutate in concreto dalla stazione appaltante, la quale si è limitata a comunicare all'istante che si tratterebbe di richieste che "*esulano da competenze ad essa attribuite, pertanto (...) non ritiene di dover fornire alcun chiarimento in merito*";

VISTI i quesiti che l'istante sottopone all'attenzione dell'Autorità: *i) "se l'art. 80, co. 5, lett. c) e lett. c-bis) del D.Lgs.vo n. 50/2016, imponga all'operatore economico partecipante ad una procedura aperta per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici di informare la Stazione appaltante della circostanza che, in corso di gara, è sopravvenuta un'indagine penale per ipotesi di reato relative a delitti contro la P.A. (artt. 110, 319, 319-bis e 321 c.p.), presuntivamente commessi in occasione della partecipazione ad altra gara pubblica precedentemente espletata da diversa Amministrazione Comunale, che ha condotto all'applicazione a carico del legale rappresentante p.t. di una misura interdittiva, nonché la contestazione di illecito amministrativo di cui all'art. 25, co. 2, del D.Lgs.vo n. 231/2001, in relazione all'art. 319, nei confronti dell'operatore economico stesso"* ; *ii) "se l'art. 80, co. 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, anche in relazione alla previsione di cui al successivo comma 6 dell'art. 80 cit., obblighi la Stazione appaltante, la quale abbia avuto conoscenza dell'indagine penale indicata al quesito n. 1, ad attivare una valutazione di incidenza di quei fatti, astrattamente integranti "gravi illeciti professionali", al fine di valutare in concreto la persistenza, in corso di gara, dei requisiti partecipativi di integrità ed affidabilità morale ed imprenditoriale dell'operatore economico"*;



VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 13036 del 22 febbraio 2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la stazione appaltante (con nota acquisita al prot. n. 14723 del 28 febbraio 2022) si è limitata a trasmettere la nota di riscontro fornita alla Società istante senza aggiungere nulla in ordine all'eventuale effettuazione di una valutazione sulla affidabilità professionale dell'aggiudicatario;

RILEVATO che la Società controinteressata (con memoria acquisita al prot. 14602 del 28 febbraio 2022) ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento di precontenzioso, in quanto presentata dopo l'aggiudicazione e non *"durante lo svolgimento della procedura di gara"*. Nel merito, la controinteressata ha osservato che non sussiste alcun obbligo dichiarativo in relazione ad una indagine penale a carico del legale rappresentante della Società, unico destinatario della misura cautelare adottata dal GIP, la quale sarebbe improduttiva di effetti nei confronti della persona giuridica di cui la persona fisica era amministratore; ha, inoltre, osservato che le indagini penali non costituirebbero un mezzo di prova *"adeguato"* dell'illecito professionale e che la [OMISSIS]S.r.l. non avrebbe ricevuto alcuna comunicazione da parte della Procura della Repubblica, ma avrebbe appreso della notizia solo dalla stampa. Infine, ha aggiunto che il 27 novembre 2021 l'Assemblea dei soci si è dissociata da eventuali condotte illecite: ha revocato la carica al Sig. [OMISSIS], ha attribuito la carica di Amministratore unico al Sig. [OMISSIS], ha nominato un professionista esterno per la stesura di un modello organizzativo ex D.Lgs. n. 231/2001 e ha istituito un Organismo di vigilanza;

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza di precontenzioso sia ammissibile. Come precisato anche dal Consiglio di Stato (cfr. parere n. 1920 del 14 settembre 2016; parere n. 2781 del 28 novembre 2018, resi sullo schema di Regolamento di precontenzioso) il comma 1 dell'art. 211 del Codice non fissa la data di adozione del provvedimento di aggiudicazione o quella di stipula del contratto come limiti temporali entro i quali vanno presentate istanze di precontenzioso *"essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara"*. La norma è volta ad escludere dall'ambito oggettivo del precontenzioso solo le questioni controverse che esulano dallo svolgimento della fase di evidenza pubblica, relative alla fase esecutiva del contratto. Pertanto, diversamente da quanto eccepito dalla controinteressata, l'istanza in oggetto è pienamente ammissibile anche se proposta dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, in quanto ha ad oggetto una questione afferente alla sopravvenuta carenza di un requisito di partecipazione di ordine generale in capo alla società aggiudicataria, dunque, una questione relativa alla procedura di gara e al suo esito. L'istanza, peraltro, è stata presentata entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione (Determina n. 38 del 2 febbraio 2022). Di contro, il ragionamento della controinteressata porterebbe all'assurda conseguenza di rendere non contestabile in sede di precontenzioso i provvedimenti di aggiudicazione, in quanto le relative istanze sono (ovviamente) cronologicamente proposte dopo la conclusione della procedura;

PREMESSO che, come noto, i requisiti generali e speciali di partecipazione devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 386; Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401; Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8);

RILEVATO che, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del Codice la stazione appaltante ha l'obbligo di verificare il possesso continuativo dei requisiti di partecipazione dopo l'aggiudicazione, atteso che l'esito positivo di tale verifica condiziona l'efficacia del medesimo provvedimento di aggiudicazione e, dunque, incide sulla possibilità di stipulare o meno il contratto;



VISTO l'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, ai sensi del quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di gara un operatore economico quando questi sia colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Come precisato dall'Autorità nelle Linee guida n. 6, nonché come affermato dalla giurisprudenza maggioritaria (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n.1299 e 27 aprile 2017, n. 1955), le fattispecie di grave illecito professionale enunciate nelle Linee guida e nel medesimo art. 80, hanno carattere esemplificativo, potendo la SA porre alla base della propria valutazione discrezionale anche altri " *mezzi di prova adeguati*", da cui ricavare gravi indizi sull'eventuale inaffidabilità dell'operatore;

VISTO l'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), del Codice - come risultante dallo scorporo della lettera c) del comma 5, ad opera del d.l. n. 135/2018, che ha elevato ad autonome cause di esclusione quelle che prima erano fattispecie esemplificative della fattispecie generale " *grave illecito professionale*" – ai sensi del quale le stazioni appaltanti escludono un operatore economico quando abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

CONDISERATO che secondo la giurisprudenza prevalente " *non è, infatti, indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati*" (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367 che ha ritenuto legittima l'esclusione di un concorrente in seguito all'emissione di un'ordinanza cautelare applicativa di misura coercitiva degli arresti domiciliari per il rappresentante legale dell'operatore economico, indagato per il reato di istigazione alla corruzione). È stato osservato che " *dev'essere l'amministrazione a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore. In tali valutazioni l'amministrazione deve ovviamente considerare i fatti emergenti dall'indagine penale, le conseguenze dell'indagine e le regole che previamente si è data, attraverso la lex di gara, per vagliare il disvalore specifico delle condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale*" (Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659; cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 gennaio 2020, n. 22; TAR Campania, Salerno, sez. I, 3 giugno 2020, n. 632);

CONSIDERATO che l'Autorità ha affermato che la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria, pur non producendo un automatico effetto espulsivo dell'operatore economico e non essendo ideata a determinarne l'esclusione per falsa dichiarazione (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del Codice), è riconducibile all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) del Codice laddove il concorrente non abbia assolto l'obbligo informativo ed è valutabile dalla SA quale grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c). In particolare, " *la sussistenza di carichi pendenti può considerarsi un'informazione dovuta, quand'anche il corrispondente obbligo dichiarativo non sia previsto dalla lex specialis, nel caso in cui riguardi fattispecie di reato che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono in grado di incidere sulla valutazione di moralità o affidabilità dell'operatore economico. (...) una simile valutazione deve essere svolta, di volta in volta, dalla stazione appaltante che, nell'esercizio della propria discrezionalità, deve valutare la gravità dei fatti e il loro inquadramento come grave illecito professionale*" (Delibera Anac n. 1050 del 2 dicembre 2020);



RITENUTO che, nel caso di specie, la sopravvenienza, in corso di gara, di una indagine penale a carico del legale rappresentante della società risultata aggiudicataria in relazione a fattispecie di reato gravi avente ad oggetto condotte corruttive presuntivamente commesse nell'ambito di altra gara di appalto indetta da altra Amministrazione Comunale della stessa Provincia a cui appartiene la presente stazione appaltante imponga, per un verso, all'operatore economico l'obbligo di informare la SA della pendenza delle indagini e dell'adozione della misura cautelare nei confronti del legale rappresentante della società, per altro verso, impone alla SA di effettuare una valutazione concreta ed effettiva sulla rilevanza di quei fatti quale grave illecito professionale;

RITENUTO, infatti, che l'obbligo informativo gravante sull'operatore economico sussista anche con riferimento alle circostanze sopravvenute rispetto al termine di scadenza delle offerte che sono in grado di incidere sulla valutazione di integrità o affidabilità che deve svolgere la SA. L'omissione di tale obbligo configura la fattispecie della "*omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) quando riguarda indagini penali e misure cautelari che per gravità sono idonee ad incidere sul giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico (categoria nella quale, evidentemente, rientrano i reati di corruzione);

RITENUTO che, in tali ipotesi - pur trattandosi di una valutazione di estrema delicatezza rimessa all'attento vaglio della stazione appaltante e necessitante, da parte di quest'ultima, di puntuali valutazioni, argomentazioni e riscontri - la SA non possa omettere di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale della società aggiudicataria e sulla incidenza delle indagini penali e delle misure cautelari emesse;

RILEVATO, sotto tale profilo, che si tratta di una valutazione discrezionale che compete in via esclusiva alla SA, previo contraddittorio con l'operatore economico (cfr. par. VI Linee guida Anac n. 6), che, però, 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 in esame;

RITENUTO, per completezza, che (diversamente da quanto argomentato dalla controinteressata) a nulla rileva la mancata adozione di misure cautelari o interdittive nei confronti della persona giuridica, tanto meno lo stato del procedimento penale. Dalla documentazione in atti (articoli di stampa) si evince che le indagini della Procura di Benevento riguardano condotte corruttive attuate dall'allora Socio di maggioranza e legale rappresentante della Società aggiudicataria non in quanto persona fisica, ma in quanto dotata di poteri di gestione e rappresentanza dell'impresa nell'ambito di una procedura di gara di altra Amministrazione comunale (per un caso analogo cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659);

RITENUTO, infine, che le misure di *self cleaning* indicate dalla Società siano ininfluenti rispetto alla presente procedura di gara. Costituisce principio ormai consolidato quello in base al quale le misure di *self cleaning* abbiano rilevanza *pro futuro*, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione (o comunque non oltre il termine fissato per la presentazione delle offerte, secondo quanto chiarito dalle Linee guida Anac n. 6), pena la violazione della *par condicio*. È stato, infatti, precisato che



"solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento" (Cons. Stato, n. 5659/2021 cit.; Id., sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; Id., 24 gennaio 2019, n. 598; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2018, n. 2394).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore l'operato della Stazione appaltante, in quanto il principio del necessario possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità impone una valutazione effettiva, in concreto ed esplicita (da svolgersi in contraddittorio con l'operatore economico coinvolto) dei fatti, anche sopravvenuti in corso di gara, astrattamente integranti un grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-*bis*) del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente