



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), del d.lgs. 50/2016 - Richiesta parere.

### **FUNZ CONS 45/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 37546, 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 20 settembre 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 approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa all'eventuale esclusione da una gara d'appalto di un concorrente per fattispecie ricadenti nelle previsioni dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), del d.lgs. 50/2016, si osserva in via preliminare 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, «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.

I reati che incidono sulla moralità del concorrente/aggiudicatario sono quindi espressamente elencati nella disposizione di riferimento, fermo restando che ai sensi dello stesso art. 80, comma 3, ultimo capoverso: «l'esclusione non va disposta, e il divieto di ottenere concessioni non si applica, quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima».

In relazione all'oggetto del quesito, occorre richiamare altresì il comma 5 dell'art. 80, ai sensi del quale «le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni (...) qualora c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere

informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure 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».

La norma richiamata disciplina le fattispecie del grave illecito professionale, sulle quali l'Autorità, come noto, ha adottato le linee guida n. 6 («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»), oltre a numerose pronunce di carattere interpretativo.

Secondo l'orientamento dell'Autorità, in conformità a quello giurisprudenziale in materia (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 1507; Id., 15 dicembre 2021, n. 8360; Id. sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603; 24 gennaio 2019, n. 586; 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, potendosi desumere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto da una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità» (*ex multis* delibera n. 330/2022-prec 50/2022/F).

Tra le cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, per quanto rileva in relazione all'oggetto del quesito posto, rilevano anche «...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» (linee guida n. 6).

La valutazione in ordine all'incidenza delle circostanze sopra indicate, ai fini della configurabilità della causa di esclusione in esame, è rimessa alla stazione appaltante affinché operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione oggetto di affidamento, come indicato nelle linee guida n. 6.

Quanto sopra anche con riguardo alle fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice, che «non rappresentano cause di esclusione di tipo automatico dalla gara, ma presuppongono una valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'incidenza della condotta sulla integrità ed affidabilità dell'operatore» (delibera n. 207/2022-prec 39/2022/S, in termini anche delibera n. 787/2021-prec 215/2021/S).

Come osservato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2020, «i) la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile

all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del Codice; ii) in conseguenza di ciò, la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente senza alcun automatismo espulsivo; iii) alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; vi) la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione» (del. 330/2022).

La disposizione in esame rappresenta quindi «...una norma di chiusura del sistema in grado di intercettare una serie di situazioni non predeterminabili ex ante, ma incidenti in negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico. Si tratta di comportamenti che costituiscono fattori di deviazione del procedimento di gara dai canoni di imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. La *ratio* che li accomuna è, dunque, quella di preservare l'imparzialità dell'azione amministrativa, evitando che condotte indebitamente tenute dai concorrenti possano sviare le decisioni dell'Amministrazione, vulnerando l'esercizio imparziale (cioè equidistante dagli interessi privati coinvolti nel procedimento) dell'attività amministrativa. Altro elemento comune è rappresentato dal fatto che le condotte descritte non rappresentano cause di esclusione di tipo automatico dalla gara, ma presuppongono una valutazione discrezionale della stazione appaltante dell'incidenza sulla integrità ed affidabilità dell'operatore (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16/2020, cit.). L'ultima delle quattro fattispecie, ..., ovvero l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento ai fini della procedura, si caratterizza per incentrare il disvalore della previsione sul carattere doveroso dell'informazione. L'ipotesi presuppone un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono a presidio delle procedure di affidamento (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50/2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara. (...)» (Del. 787/2021 cit.).

La «violazione degli obblighi informativi discendenti dalle richiamate disposizioni, pertanto, può comportare l'esclusione del concorrente solo se la stazione appaltante, all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'interessato e valutando tutte le circostanze del caso concreto, abbia accertato che l'omissione dichiarativa riguarda fatti che incidono evidentemente sull'affidabilità professionale o sull'integrità dell'operatore, minando la relazione di fiducia venutasi a creare in seguito alla partecipazione alla gara» (del. 330/2022 cit.).

Pertanto, come indicato anche nelle linee guida n. 6, ai sensi della disposizione citata, l'esclusione dalla gara va disposta dalla stazione appaltante all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato. La rilevanza delle situazioni accertate, ai fini dell'esclusione, deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che:

1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità;
2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare;
3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata. L'attivazione del contraddittorio persegue, altresì, lo scopo di consentire all'operatore economico di provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque

danno causato dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (cd. *self cleaning*).

Come ulteriormente osservato dall'Autorità, lo scopo della norma sul grave illecito professionale è quello di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e di affidabilità. A tal riguardo costituisce «principio di carattere generale quello secondo cui è stato attribuito alla stazione appaltante il potere discrezionale di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità (Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467, ANAC delibera n. 72 del 24 gennaio 2018) e l'eventuale provvedimento di esclusione "deve recare un'adeguata motivazione circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara (...)» (delibera n. 678/2019-prec 69/19/5).

Conclusivamente, la valutazione nel merito in ordine all'accertamento dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente 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).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, all'amministrazione richiedente 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 il 27 settembre 2022