

Appalti: esclusione dalla gara per omessa dichiarazione del rinvio a giudizio?

Autore: Giulia De Paolis

In: Diritto amministrativo

Il fatto

Con la sentenza n. 632/2020 il Tar Salerno ha ritenuto che l'omessa dichiarazione, da parte di una società concorrente ad una gara pubblica, del rinvio a giudizio del proprio legale rappresentante per il reato di bancarotta fraudolenta comporta la sua esclusione dalla procedura.

Il contesto normativo

Non si può prescindere da una breve disamina della normativa che viene in rilievo nel caso di specie.

Il D.lgs. 50/2016 prevede una serie di requisiti soggettivi che legittimano a partecipare alla gara di appalto, classificati in diverse categorie, tra cui i requisiti di ordine morale, formale, economico-finanziario e tecnico[1].

In particolare, l'art. 80 disciplina le cd. **cause di esclusione** dalla partecipazione ad una gara che conseguono al mancato possesso dei requisiti soggettivi di cui tutti gli operatori devono godere per potere contrattare con la P.A.

Tali requisiti devono essere tenuti distinti da quelli relativi alla capacità tecnica ed economica, disciplinati dai successivi artt. 83 e ss.

Infatti, mentre i requisiti ex art. 80, anche definiti "di ordine pubblico o di moralità" rappresentano le condizioni soggettive del concorrente che risultano suscettibili, laddove mancanti, di precluderne la partecipazione alla relativa gara, invece i requisiti ex art. 83 attengono al grado di capacità professionale ed esperienza del concorrente, vale a dire la sua idoneità sotto il profilo tecnico ad espletare l'attività oggetto di gara e quindi a far fronte agli impegni contrattuali assunti.

La verifica dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 80 del D.lgs. 50/2016 risulta essere il principale strumento mediante il quale la stazione appaltante conferisce alla procedura di appalto il sigillo

della legittimità[2].

I motivi di esclusione si presentano per così dire **eterogenei**, dal momento che l'amministrazione in alcuni casi dovrà escludere dalla gara l'operatore economico limitandosi alla verifica della ricorrenza in concreto delle condizioni specificamente previste dalla legge; altre volte, invece, non dovrà soltanto apprezzarne la sussistenza, bensì dovrà anche valutare se tale condizione descritta in termini ampi e generali dall'art. 80 assuma rilievo.

Come chiarito in giurisprudenza non deve, dunque, ritenersi che gli episodi ivi elencati quali illeciti professionali rivestano carattere tassativo, bensì meramente **esemplificativo**, residuando il potere in capo alla stazione appaltante di anettere ulteriori vicende nell'alveo dei motivi di esclusione, non espressamente contemplate dal richiamato articolo o dalle linee guida Anac, qualora siano state tali da mettere in dubbio l'**affidabilità** e l'**integrità** dell'impresa.

Tale interpretazione è stata peraltro condivisa dalla stessa Anac con l'adozione delle linee guida n. 6.

Non vi sono dubbi circa la sussistenza del potere discrezionale della Stazione Appaltante di revocare l'aggiudicazione definitiva in relazione all'emersione di un interesse pubblico concreto derivante dalla conoscenza di circostanze, risultanti dalle indagini penali, nel caso in cui questi riguardano specificamente una gara il cui esito potrebbe essere stato indebitamente influenzato[3].

In conclusione, non può pertanto che riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente, a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, e dunque, anche a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio, ferma restando tuttavia la necessità di accertare che ciò abbia in concreto avuto luogo a fronte di una congrua motivazione[4].

Interpretazione estensiva dell'art. 80 fornita dal Tar Salerno

I giudici amministrativi campani hanno dato conto del dibattito giurisprudenziale, in virtù del quale ci si è chiesti se taluni fatti, idonei a pregiudicare la professionalità dell'operatore ma non rientranti nell'elencazione delle singole fattispecie fornite dall'**art. 80, d.lgs. n. 50/2016**, dovessero comunque essere dichiarati, a pena di automatica esclusione dalla procedura di gara, oppure se tale omissione dichiarativa non comportasse un automatico effetto escludente dalla stessa.

In ragione di tale contrasto, registratosi in seno al Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 2332 del 2020 della sezione Quinta, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, la quale dovrà pronunciarsi sul punto.

Il Tar Salerno ha tuttavia ritenuto preferibile l'orientamento che ha fornito una interpretazione estensiva

della portata dell'art. 80 sopra menzionato, "in base al quale, anche oltre le ipotesi tipizzate dall'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016, sussiste in capo all'operatore un obbligo di dichiarare fatti ragionevolmente idonei a compromettere la professionalità e l'affidabilità. In base a quest'ultimo preferibile indirizzo, il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa (C.d.S., Sez. V, decisione n. 1367 del 27.02.2019; T.A.R. Veneto, sez. I, 13/1/2020, n. 39)".

Peraltro, come osservato dal Tar Salerno, il reato di bancarotta fraudolenta si annovera tra i reati più gravi relativi all'attività di impresa, per pena edittale e per pene accessorie, quali l'inabilitazione all'esercizio dell'impresa commerciale, l'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa e l'incapacità di contrattare con la P.A.

Tale fattispecie rientra pertanto in astratto nell'autonoma previsione residuale escludente di cui all'art. 80, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 50/2016 («ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione»).

La condotta dell'impresa, nel caso di specie, oltre a non esser stata rispondente ai primari obblighi di **correttezza, trasparenza e legale collaborazione** gravanti su coloro che, aspirando alla conclusione di un contratto con l'Amministrazione, dovrebbero dimostrare e garantire la piena affidabilità e integrità morale, ha in concreto impedito alla stazione appaltante di valutare la rilevanza dei fatti oggetto del rinvio a giudizio e, quindi, di postulare un **apprezzamento globale** in ordine all'affidabilità dell'impresa concorrente.

La gravità del fatto contestato in sede penale, unitamente al rischio che tale condotta di reato comprometta il ragionevole affidamento in ordine all'esecuzione del contratto, rappresentano elementi sulla base dei quali i giudici sono giunti ad ammettere l'effetto escludente dell'omissione dichiarativa ad opera dell'impresa.

Peraltro, a nulla rileva la circostanza addotta dalla Società, per cui le condanne in parola siano state irrogate al legale rappresentante per fatti ed in epoche in cui lo stesso era soggetto apicale di altra società.

Deve infatti considerarsi, come osservato dal Tar Salerno, l'esperienza professionale nel suo complesso dei soggetti apicali, mediante i quali la società opera e che determinano il comportamento dell'impresa sul mercato.

Considerazioni conclusive

Nella pronuncia in commento si trova attuale conferma dei principi regolatori della materia degli appalti pubblici.

In attesa di eventuali sviluppi successivi e che la Plenaria del Consiglio di Stato si pronunci sul punto, allo stato risulta opportuno sottolineare la sussistenza di un obbligo in capo all'impresa di dichiarare la sottoposizione a giudizio penale del proprio legale rappresentante per un reato che incide sulla affidabilità imprenditoriale e sulla professionalità, pena l'esclusione dalla procedura di gara.

Volume consigliato

Note

[1] Cfr. Roberto Garofoli. Diritto Amministrativo, parte generale e speciale, Nel Diritto Editore, 2019-2020.

[2] Cfr. Stefano Taddeucci. La verifica dei requisiti ex art. 80 del d.lgs. 50/2016.

[3] Così Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2123/2019.

[4] Così Tar Lombardia, sez. I, sent. n. 1120/2019.

<https://www.diritto.it/appalti-esclusione-dalla-gara-per-omessa-dichiarazione-del-rinvio-a-giudizio/>