

Esclusione dalla gara per indagini penali in corso sul concorrente: le indicazioni della giurisprudenza

Scritto da Interdata Cuzzola | 26/06/2023

Come è noto, l'art. 80, comma 5, lett. c), del previgente Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) dispone che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Circa la portata applicativa di tale disposizione, il TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, nella sent. 6 giugno 2023, n. 197, ha ricordato che l'esistenza di indagini penali a carico di operatori economici partecipanti ad una gara pubblica può determinare l'esclusione degli stessi laddove gli elementi a disposizione della stazione appaltante sono di consistenza tale da far venir meno l'affidabilità del concorrente per la gravità degli illeciti professionali addebitatigli, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara quando ricorre un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, atteso che mentre nel processo penale deve essere raggiunta la prova piena degli elementi del reato contestato, nell'ambito delle procedure di gara, ai fini dell'esclusione di un partecipante, la stazione appaltante deve invece solo dimostrare i fatti che rendano carente l'integrità ed affidabilità del partecipante.

Pertanto, 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 (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 2 agosto 2021, n. 5659; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, sent. 15 gennaio 2020, n. 22; TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 3 giugno 2020, n. 632; Delibera ANAC n. 146/2022).

E ciò deve avvenire alla luce del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (vedi Consiglio Stato, Ad. Plen., sent. n. 8/2015), che devono infatti 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.

Alla luce di quanto appena evidenziato, la stazione appaltante non deve sempre e comunque escludere l'operatore ma, al contrario, qualora non ritenga di farlo, deve fornire adeguata motivazione sulla ritenuta rilevanza o meno dei fatti oggetto delle indagini penali in corso, pur se appresi solo dalla

stampa, nel rispetto del principio di proporzionalità, ma assicurando in ogni caso che l'appalto sia affidato a soggetti che offrono garanzia di integrità e affidabilità, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.

Se normalmente uno specifico e puntuale obbligo motivazionale circa la rilevanza dell'illecito professionale e la sua incidenza sulla affidabilità del concorrente incombe sulla stazione appaltante solo in caso di esclusione del concorrente e non anche nell'ipotesi di ammissione e conseguente aggiudicazione, tuttavia questo principio va rapportato al caso concreto e la regola subisce eccezione in particolare nel caso in cui vi sia una specifica contestazione da parte di altro concorrente, con conseguente necessità di garantire attraverso la motivazione la tutela delle posizioni d'interesse degli altri partecipanti alla gara, specie in presenza di indagini penali di particolare gravità.