



DELIBERA N. 1051

2 dicembre 2020

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dall'Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania e Irpinia - E.I.P.L.I. - "Dighe Di Acerenza e Genzano - Lavori di adeguamento degli impianti tecnologici degli sbarramenti alle prescrizioni dell'Ufficio Tecnico Dighe" - Importo a base di gara: euro 741.701,61 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania e Irpinia - E.I.P.L.I. .

PREC 234/2020/L

Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016

Articolo 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Omessa dichiarazione rinvio a giudizio – Esclusione

Massime

Omessa dichiarazione rinvio a giudizio – Assenza di obbligo informativo stabilito *ex ante* – Valutazione in concreto della stazione appaltante - No esclusione automatica

Anche in assenza di un obbligo informativo previsto dalla *lex specialis*, l'omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio rileva quale " *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 il rinvio a giudizio per reati che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono evidentemente idonei ad incidere sul giudizio di moralità e affidabilità dell'operatore economico. La valutazione dell'idoneità dell'omessa dichiarazione a rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico deve essere svolta in concreto dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 dicembre 2020



DELIBERA

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 83596 del 6 novembre 2020, con la quale l'Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania e Irpinia (di seguito, E.I.P.L.I.) ha chiesto all'Autorità se l'omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio a carico del legale rappresentante di uno degli operatori economici, partecipante in qualità di mandante del RTI aggiudicatario, costituisca causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett.c-bis) d.lgs. n. 50/2016. La stazione appaltante ha rappresentato che tale circostanza è emersa solo dopo l'aggiudicazione, in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, perché l'operatore economico non ne aveva fatto menzione nelle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione, e ha altresì precisato che la documentazione di gara non poneva a carico dei partecipanti un esplicito obbligo dichiarativo in tal senso, limitandosi a richiedere una dichiarazione in ordine all'essersi reso «*colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'Art. 80, c. 5, lett. c del Codice*»;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 11 novembre 2020 con nota prot. n. 84953;

Vista le memorie e la documentazione prodotta dalle parti;

Visto, in particolare, quanto rappresentato dal RTI aggiudicatario Rizzoni S.r.l. (mandataria) -BEA di Beneventi E.A. S.r.l. Unipersonale -A.M. Ascensori s.r.l., con nota acquisita al prot. n. 86224 del 16 novembre 2020, circa la non applicabilità, al caso in esame, dell'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, che presuppone una condanna con sentenza definitiva, e neppure dell'art. 80, comma 1, lett. c-bis, poiché l'informazione di cui si lamenta l'omissione non rientrava nel perimetro degli obblighi dichiarativi previsti dalla legge di gara e sarebbe comunque del tutto ininfluenza ai fini delle valutazioni di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Ad avviso dell'aggiudicatario, inoltre, l'imputazione a carico del legale rappresentante dell'impresa mandante BEA di Beneventi E.A. S.r.l. Unipersonale, di concorso nel reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis c.p.), vedrebbe il legale rappresentante di BEA Beneventi E.A. S.r.l. come mero destinatario passivo di affidamenti diretti, disposti dalla stazione appaltante senza alcun coinvolgimento dell'impresa, con la conseguenza che l'accertamento dibattimentale non potrà che escludere qualsiasi responsabilità concorsuale di BEA E.A. S.r.l.;

Visto quanto osservato dalla stazione appaltante, con memoria acquisita al prot. n. 86442 del 16 novembre 2020, circa la presunta violazione, nel caso in esame, dell'obbligo di collaborazione generalizzato posto a carico dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, che avrebbe impedito alla stazione appaltante di effettuare le idonee considerazioni sul caso concreto e di valutare la rilevanza dei fatti sottesi al rinvio a giudizio che, visto il tipo di reato, apparirebbero particolarmente pregnanti;

Visto che il rinvio a giudizio del legale rappresentante della mandataria BEA Beneventi E.A. S.r.l. non rientra tra i casi di esclusione automatica dell'operatore economico di cui all'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, atteso che tale disposizione si riferisce esclusivamente alle condanne definitive per le fattispecie di reato indicate alle lettere a) – g);

Visto l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, 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. 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), d.lgs. n. 50/2016 - 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 ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

Visto l'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale le stazioni appaltanti escludono un operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso documentazione o dichiarazioni non veritiere;

Considerata la recente pronuncia della Plenaria del Consiglio di Stato (n. 16 del 28 agosto 2020), intervenuta a dirimere i contrasti insorti nell'acceso confronto giurisprudenziale sulla perimetrazione degli obblighi dichiarativi a carico dell'operatore economico e la portata escludente della loro violazione, e i seguenti principi da essa enunciati:

(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, d.lgs. n. 50/2016;

(ii) in conseguenza di ciò, la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, 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;

(iv) la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, d. lgs. n. 50/2016 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;

Considerato che, alla luce delle richiamate enunciazioni della Plenaria, sono riconducibili all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), e dunque producono un automatico effetto espulsivo dell'operatore economico, le sole, residuali, dichiarazioni/documentazioni non veritiere che non riguardano l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, mentre in tutti i casi di false dichiarazioni concernenti l'adozione dei provvedimenti della stazione appaltante sull'esclusione, selezione e aggiudicazione trova applicazione l'art. 80, comma 5, lett. c-bis) - ritenuto prevalente sul comma 5, lett. f-bis), in forza del principio di specialità - che richiede che la stazione appaltante operi una valutazione in concreto della rilevanza del falso quale grave illecito professionale in grado di incidere sulla integrità o affidabilità dell'operatore economico;

Considerato che, al pari della falsa dichiarazione, anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione può rilevare quale illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett.c-bis); in quanto tale, essa non comporta l'automatica esclusione dell'operatore economico ma richiede l'indispensabile valutazione in concreto della stazione appaltante;

Considerato che, alla luce dell'insegnamento della Plenaria, perché si possa configurare una omissione di informazioni dovute, è necessario che sia stato violato un obbligo dichiarativo previsto a livello normativo o dalla *lex specialis*. La stessa Plenaria ha tuttavia ritenuto che, anche in assenza di un obbligo dichiarativo stabilito *ex ante*, possa operarsi una ricostruzione a posteriori della sussistenza di un obbligo dichiarativo a



carico dell'operatore economico, con tutte le relative conseguenze in termini di omessa dichiarazione, ma ciò solo quando sono stati omessi fatti che incidono evidentemente sul giudizio di moralità e affidabilità dell'operatore economico;

Considerato, conseguentemente, che la sussistenza di carichi pendenti può considerarsi un'informazione dovuta, quand'anche, come nel caso in esame, il corrispondente obbligo dichiarativo non sia stato esplicitamente previsto dalla *lex specialis*, nel caso in cui riguardi fattispecie di reato rilevanti, ovvero che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono in grado di incidere sulla valutazione di moralità o affidabilità dell'operatore economico. Come evidenziato dal Consiglio di Stato, «*la previsione di cui all'art. 80, comma 1, nella parte in cui elenca le fattispecie di reato idonee a determinare in via cogente, in caso di condanna, l'esclusione della impresa dalla gara non esaurisce di certo l'ambito di rilevanza dei profili di moralità suscettivi di apprezzamento ai fini in argomento. Tanto in ragione dell'ampiezza operativa della fattispecie residuale di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) in cui giustappunto ricadono tutti i fatti, a maggior ragione quelli di rilievo penale cui si riconnette un elevato disvalore giuridico, suscettivi di apprezzamento per i riflessi che possono generare sull'affidabilità dell'operatore economico. Da qui, da un lato, la potenziale rilevanza degli addebiti riferiti al procedimento penale in argomento che avrebbero dovuto essere sottoposti al vaglio della stazione appaltante e, dall'altro, in via consequenziale, l'elusione dell'obbligo della dichiarazione ex art. 80 comma 5, lett. c) del codice*» (Consiglio di Stato, 26 ottobre 2020, n. 6530);

Considerato che una simile valutazione deve essere svolta, di volta in volta, dalla stazione appaltante che, nell'esercizio della propria discrezionalità, deve valutare la dichiarazione mancante, in relazione alle circostanze concrete, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità dell'operatore economico; ciò in quanto l'omessa dichiarazione non rileva *ex se* ai fini dell'esclusione, ma in tanto in quanto la stazione appaltante rileva e motiva come i fatti non dichiarati determinano l'inaffidabilità professionale dell'operatore economico e come l'omessa dichiarazione degli stessi abbia potuto assumere effettiva rilevanza ai fini di una libera e corretta determinazione da parte dell'amministrazione (Cfr. TAR Toscana, 19 ottobre 2020 n. 1227);

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- l'omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio non comporta l'esclusione automatica dell'operatore economico, perché non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016 ma è riconducibile all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016;
- anche in assenza di un obbligo informativo previsto dalla *lex specialis*, tale omissione rileva quale "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 il rinvio a giudizio per reati che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono evidentemente idonei ad incidere sul giudizio di moralità e affidabilità dell'operatore economico;
- la valutazione dell'idoneità dell'omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio a rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico deve essere svolta in concreto dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 dicembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente