

DELIBERA N. 1050

2 dicembre 2020

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal ____Omissis____ – Procedura aperta per l'appalto di esecuzione lavori relativi alle opere di "Restauro e adeguamento alle norme vigenti in materia di edilizia scolastica della Scuola Elementare ____Omissis____"- Importo a base di gara: euro 1.646.949,45 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune ____Omissis____

PREC 233/2020/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

Omissa dichiarazione rinvio a giudizio – Esclusione

Massime

Omissa dichiarazione rinvio a giudizio – Grave illecito professionale – Valutazione in concreto della stazione appaltante - No esclusione automatica

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. La valutazione dell'inquadramento della omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio quale "grave illecito professionale" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016 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. 84520 del 10 novembre 2020, con la quale il ____Omissis____ ha chiesto all'Autorità se la sussistenza di un rinvio a giudizio a carico dell'amministratore unico e direttore tecnico dell'impresa ____Omissis____ e la sua mancata dichiarazione costituiscano causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. La stazione appaltante ha rappresentato che tale circostanza è emersa solo 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 che i reati (art. 319 c.p. e 479 c.p.) ascritti al legale rappresentante dell'impresa incidono sulla moralità e affidabilità dell'aggiudicatario;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 11 novembre 2020 con nota prot. n. 84941;

Vista la documentazione prodotta dall'istante;

Visto che il rinvio a giudizio del legale rappresentante e direttore tecnico della società aggiudicataria 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 omesso 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'accesso 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;

(vi) 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 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 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. 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 gravità dei fatti e il loro inquadramento come grave illecito professionale (cfr. Parere di precontenzioso n. 586 dell'8 luglio 2020);

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'inquadramento della omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio quale "grave illecito professionale" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016 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