



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 125

DEL 15 Luglio 2015

PREC 125/15/S

OGGETTO: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata dalla S.A. Comunità Montana del Friuli Occidentale e dalla Aimeri Ambiente S.r.l. – Affidamento dell'appalto per la gestione integrata del servizio di igiene urbana nei Comuni di Andreis, Aviano, Barcis, Budoia, Caneva, Cavasso Nuovo, Cimolais, Claut, Clauzetto, Erto e Casso, Fanna, Frisanco, Maniago, Meduno, Sequals, Tramonti di Sopra, Tramonti di Sotto, Travesio, Vajont, Vito d'Asio e Vivaro dal 1 marzo 2015 al 31 dicembre 2021 – Importo a base d'asta euro 26.636.931,26.

Omissa dichiarazione di precedenti risoluzioni contrattuali – soccorso istruttorio – valutazione del grave errore professionale

A fronte di pregresse risoluzioni contrattuali non dichiarate, la S.A. è legittimata a chiedere l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 38, co. 2-bis d.lgs. 163/2006, accompagnata dal pagamento della sanzione prevista dal bando, fatta salva ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa, che è rimessa alla S.A..

E' generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Art. 38, co. 1 lett. f) e co. 2-bis e art. 46 d.lgs. 163/2006;

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza congiunta prot. 26468 del 9 marzo 2015, la S.A. Comunità Montana del Friuli Occidentale e la concorrente Aimeri Ambiente S.r.l. chiedono parere all'Autorità in ordine al corretto procedimento da seguire in sede di verifica dei requisiti di carattere generale nella gara in oggetto.

In particolare, la S.A. rappresenta che, dalla consultazione del Casellario Informatico delle imprese, risultavano iscritte annotazioni relative a precedenti risoluzioni contrattuali a carico della concorrente



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Aimeri Ambiente S.r.l., non dichiarate dal legale rappresentante della società nella autodichiarazione da rendere ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e che potevano integrare un caso di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale ai sensi del comma 1 lettera f) del medesimo articolo.

La Commissione di gara, in applicazione del comma 2 bis del predetto art. 38, disponeva la regolarizzazione della dichiarazione richiedendo il deposito di una relazione dettagliata in ordine alle pregresse risoluzioni contrattuali, e applicava la sanzione di euro 30.000,00.

La concorrente Aimeri Ambiente S.r.l. ritiene tuttavia che, in generale, non sussiste alcun obbligo di dichiarazione delle risoluzioni contrattuali intervenute con altre stazioni appaltanti, e che le stesse, nel caso di specie, non sono tali da integrare "grave errore professionale".

Si chiede quindi all'Autorità parere sulla effettiva rilevanza della fattispecie descritta e sulla correttezza dell'operato della S.A.. In particolare la S.A. chiede se la fattispecie sia più correttamente inquadrabile quale falsa dichiarazione ai sensi dell'art. 38, co. 1-ter, con conseguente esclusione.

La S.A. pone altresì un secondo quesito con riguardo alla dichiarazione di disponibilità degli impianti di smaltimento rifiuti, o di disponibilità di accesso agli stessi rilasciata dal gestore, prevista dal Disciplinare di gara fra la documentazione amministrativa da produrre a pena di esclusione. La Aimeri S.r.l. depositava a tal fine lettera d'impegno, sottoscritta non già dal gestore bensì dal proprietario dell'impianto Ambiente Servizi S.p.a., relativa a un impianto gestito dalla propria controllata società consortile Eco Sinergie Soc. Cons. a r.l.. La S.A. dubita della ammissibilità della dichiarazione rilasciata dal proprietario, invece che dal soggetto gestore, e chiede se tale carenza integri valido motivo di esclusione della ditta concorrente, anche perché dalle dichiarazioni rese essa non desume l'autorizzazione al conferimento dei rifiuti presso gli impianti consorziali del gestore da parte di enti non soci del Consorzio.

Ritenuto in diritto

La prima questione oggetto dell'istanza di parere riguarda l'applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio di cui agli artt. 38, co. 2-bis e 46 d.lgs. 163/2006 alla omessa dichiarazione, da parte della ditta concorrente, di pregresse risoluzioni contrattuali intervenute nel corso di rapporti con altre stazioni appaltanti, o se tale omissione debba invece essere inquadrata quale falsa dichiarazione ai sensi del comma 1-ter del medesimo articolo e comportare l'esclusione dalla gara. Nel caso dell'ammissibilità di una integrazione documentale in corso di procedura, si chiede anche se sia o meno dovuto il pagamento della sanzione e se le risoluzioni contrattuali in parola possano integrare il "grave errore professionale" contemplato dall'art. 38, co. 1 lett. f) d.lgs. 163/2006.

Occorre preliminarmente dare conto della normativa richiamata e delle interpretazioni date dall'Autorità e dalla giurisprudenza.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Come noto, la novella legislativa recata dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, applicabile al caso di specie in quanto il bando di gara in oggetto risulta pubblicato in data 18 novembre 2014, ha inserito all'art. 38 d.lgs. 163/2006 il comma 2-bis, al fine di semplificare gli oneri formali nella partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, e ha statuito che «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita nel bando di gara [...] In tal caso la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie [...]». La medesima disposizione ha inserito all'art. 46 del Codice il comma 1-ter a tenore del quale «le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara».

Con determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 l'Autorità ha evidenziato che «la finalità della disposizione è sicuramente quella di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali - ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni - imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda, e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante (in tal senso, Ad. Pl. Cons. St. n. 16/2014)». Pertanto, «ai fini della partecipazione alla gara, assume rilievo l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non le formalità né la completezza del contenuto della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei predetti requisiti. Si conferma in tal modo l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l'esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito».

Per quanto attiene al contenuto, è stato ribadito che le situazioni ostative previste all'art. 38 d.lgs. 163/2006 incidono tutte necessariamente sull'affidabilità professionale dell'impresa e, dunque, eventuali irregolarità nella relativa dichiarazione devono ritenersi essenziali in quanto incidenti sull'individuazione del requisito in capo all'impresa stessa (ovvero ai soggetti operanti al suo interno).

Tuttavia, come anche evidenziato dalla S.A., la novella non ha inciso sulla disciplina delle false dichiarazioni di cui all'art. 38, co. 1-ter d.lgs. 163/2006 e pertanto la S.A. si chiede, nel caso di specie, se l'omessa dichiarazione delle risoluzioni contrattuali pregresse, di cui sia stata appurata l'esistenza,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sia tale da integrare addirittura una falsa dichiarazione da parte dell'operatore economico, con le conseguenze recate dall'art. 38, co. 1-ter.

Sul punto si rileva che la giurisprudenza più recente (Tar Lazio Roma sez. II bis 16/1/2015 n. 690; Tar Lombardia Milano sez. IV 7/5/2015 n. 1121 in ordine a fattispecie analoga al caso in esame ma relativa a bando pubblicato prima dell'entrata in vigore della novella legislativa) ritiene che l'art. 38, co. 1 lett f) «demanda alla stazione appaltante la valutazione circa il rilievo dell'errore professionale compiuto dall'impresa che aspira alla stipula del contratto, in modo da accertarne l'affidabilità professionale mediante un apprezzamento necessariamente discrezionale. Da tale premessa consegue (Consiglio di Stato sez. III 5/5/2014 n. 2289) che l'Amministrazione, per poter esercitare il proprio potere, deve essere posta a conoscenza degli avvenimenti rilevanti a tale scopo: l'impresa partecipante alla gara deve presentare una dichiarazione esauriente, che permetta alla stazione appaltante una valutazione informata sulla sua affidabilità (salva la possibilità per l'impresa stessa di impugnare l'eventuale esclusione che ritenga ingiustificata)».

Come già evidenziato dall'Autorità, la lettera f) «comprende all'evidenza due ipotesi: l'una relativa a prestazioni affidate dalla stessa amministrazione che ha bandito l'appalto e l'altra che riguarda la negligenza professionale anche in precorsi rapporti con altre amministrazioni. La vicenda relativa alla grave inadempienza con soggetto diverso dall'amministrazione che ha bandito la gara rientra per l'appunto nella seconda parte della disposizione, che consente la valutazione dei precedenti professionali delle imprese concorrenti anche in rapporti contrattuali intercorsi con amministrazioni diverse da cui desumere, eventualmente, l'affidabilità dell'impresa che concorre nella fattispecie attenzionata; l'accertamento del grave errore professionale può avvenire con qualsiasi mezzo di prova ed è rimesso al giudizio insindacabile dell'amministrazione, salvo il limite della abnormità» (determinazione AVCP n. 1 del 2010; parere di precontenzioso n. 208 del 18 dicembre 2013; in termini, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, sent. 29 aprile 2013, n. 414; Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 marzo 2010, n. 1500).

Il Consiglio di Stato (sez. IV 25 maggio 2015 n. 2589) ha recentemente evidenziato che «per i rapporti con la stessa stazione appaltante, si verte in una “grave negligenza o malafede”, mentre nel secondo, per i rapporti con altri soggetti, rileva “un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale”, dove «il giudizio d'inaffidabilità professionale su un'impresa partecipante a una gara pubblica è subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso, nonché a valutare gravità e rilevanza sul piano professionale di precedenti risoluzioni contrattuali comminate da altre Amministrazioni. In ogni caso ciò che rileva a detti fini è che l'errore ascritto sia espressione di un difetto di capacità professionale e lo stesso, nella sua obiettiva rilevanza, costituisca elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale a fornire prestazioni che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

soddisfino gli interessi di rilievo pubblico perseguiti dall'ente committente. Proprio lo spazio lasciato all'apprezzamento dell'amministrazione, e quindi alla necessità che la stessa abbia contezza di come si siano svolti i pregressi rapporti contrattuali del partecipante alla gara, al fine di poter compiutamente esprimere il suo voto, rende ragione dell'ampiezza con cui deve essere inteso l'obbligo di informazione in capo all'impresa. Questa ratio giustifica l'estensione del dovere di esternazione dei fatti, atteso che "si tratta di dichiarazione/prescrizione essenziale che prescinde dalla stazione appaltante, la stessa o altra, perché attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'Amministrazione la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova. La circostanza pertanto assume il carattere di elemento sintomatico in ogni caso apprezzabile, anche se proveniente da altra Amministrazione, e che può fornire elementi oggettivi per le determinazioni della stazione appaltante" (in termini, Consiglio di Stato, sez. III, 5 maggio 2014 n. 2289)».

In ordine al problema della mancata indicazione di un fatto rilevante ai sensi dell'art. 38, il Consiglio di Stato, con la sentenza citata n. 2589/2015, rileva come secondo una prima prospettazione, la mancata indicazione non può essere considerato "errore", bensì dichiarazione non veritiera a norma dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, comportando così la decadenza dai benefici conseguiti, ossia in questo caso l'ammissione alla procedura di gara. Secondo una seconda prospettazione, invece, si sarebbe in presenza di una mera omissione, e come tale ricompresa nell'ambito applicativo del sopravvenuto comma 2 bis dell'art. 38. La Sezione ritiene tale seconda prospettazione meritevole di accoglimento, «in quanto maggiormente in linea con la norma recentemente introdotta (di per sé prevalente, sia perché successiva nel tempo rispetto al d.P.R. del 2000, sia perché speciale, concernendo unicamente la materia delle procedure di gara per contratti pubblici), sia perché più coerente con l'interpretazione datane dalla citata sentenza n. 16 del 2014 dell'Adunanza plenaria. Si noti, infatti, che il comportamento della parte è consistito nella mancata indicazione di un determinato elemento (ossia l'esistenza di una vicenda rilevante a norma dell'art. 38, comma 1 lett. f) del codice degli appalti). Si tratta quindi di una fattispecie che si connota strutturalmente per una sua mancata interezza e come tale considerata dall'interpretazione appena esaminata (che considera come fatto che impone il soccorso istruttorio della pubblica amministrazione anche l'omissione totale). Questa è quindi strutturalmente mancante e, come tale, fa sorgere l'obbligo dell'amministrazione di procedere a quanto disposto dal comma 2 bis dello stesso art. 38. L'eventuale qualificazione come dichiarazione non veritiera o mendacio è, invece, una qualificazione giuridica che riguarda un momento giuridicamente successivo, ossia quello della valutazione dell'ordinamento sull'intento che ha mosso la parte, e non vale a escludere la rilevanza in sé della situazione a monte ai fini del citato comma 2 bis. Conclusivamente, la mancata indicazione dell'esistenza di un fatto rilevante ai fini dell'art. 38, comma 1 lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

imponenza all'amministrazione l'attivazione dei doveri di soccorso di cui al comma 2 bis dello stesso articolo».

Sul punto è opportuno rammentare che, come evidenziato anche dalla S.A., la determinazione n. 1/2015 fornisce indicazioni nel senso che l'omessa indicazione delle sentenze di condanna (art. 38, co.1 lett. c), nel senso che il concorrente dichiara espressamente di non averne riportate e invece le stesse sussistono, integra gli estremi del falso in gara con tutte le implicazioni in termini di non sanabilità della dichiarazione resa (perché la stessa non sarebbe semplicemente mancante ovvero carente ma non corrispondente al vero) e conseguente esclusione del concorrente dalla gara nonché segnalazione del caso all'Autorità. Diversamente, se la dichiarazione relativa alla presenza delle sentenze di condanna è completamente omessa, ovvero se si dichiara di averne riportate senza indicarle, può essere richiesto rispettivamente di produrla o di indicare le singole sentenze riportate».

Tuttavia, con riguardo alla lettera f) dell'art. 38 d.lgs. 163/2006, essendo il giudizio d'inaffidabilità professionale subordinato alla preventiva motivata valutazione della stazione appaltante o della commissione giudicatrice, si ritiene che dalla dichiarazione di non avere commesso errore grave nell'esercizio dell'attività professionale non si possa automaticamente desumere una falsa dichiarazione nel momento in cui emergano precedenti risoluzioni contrattuali non dichiarate, per le quali si ritiene che la S.A. sia legittimata a richiedere l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 38, co. 2-bis d.lgs. 163/2006, accompagnata dal pagamento della sanzione prevista dal bando, fatta salva ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa, che è rimessa alla S.A..

La seconda questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la ammissibilità della lettera d'impegno, prodotta dalla Aimeri Ambiente S.r.l., recante la dichiarazione di disponibilità di accesso agli impianti di trattamento/smaltimento rifiuti sottoscritta dal proprietario dell'impianto Ambiente Servizi S.p.a., relativa a un impianto gestito dalla propria controllata società consortile Eco Sinergie Soc. Cons. a r.l., mentre l'art. 16.3 lett. n) del Disciplinare di gara richiedeva a pena di esclusione una dichiarazione rilasciata dal gestore stesso.

In proposito si rammenta che, così come specificato nella sopra richiamata determinazione n. 1/2015, a seguito della novella normativa introdotta dall'art. 39 del d.l. 90/2014 conv. in l. 114/2014, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del Codice, è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, «con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara». E' consentita un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara in relazione ai requisiti di partecipazione, ma non anche per supplire a carenze dell'offerta.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Come già specificato nella determinazione in parola, «La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio; essa è correlata alla sanatoria di tutte le irregolarità riscontrate e deve pertanto essere considerata in maniera onnicomprensiva».

Si rammenta tuttavia che le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo, e ciò comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- a fronte di pregresse risoluzioni contrattuali non dichiarate, la S.A. è legittimata a chiedere l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 38, co. 2-bis d.lgs. 163/2006, accompagnata dal pagamento della sanzione prevista dal bando, fatta salva ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa, che è rimessa alla S.A.;
- è consentito il soccorso istruttorio al fine di sanare la dichiarazione irregolare di disponibilità di accesso agli impianti, richiesta ai fini della partecipazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 luglio 2015

Il Segretario Maria Esposito