



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 416

DEL 2 maggio 2018

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Società Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni-Restauri/INVITALIA – Procedura ex art. 7, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 , n. 50 per l'affidamento dei lavori di “manutenzione, recupero dell’area archeologica di Castrum Inui – Ardea (RM) – Importo a base di gara: euro 1.487.460,09 - S.A.: INVITALIA

PREC 83/18/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 133586 del 6 dicembre 2017, l’operatore economico Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni-Restauri, secondo graduato nella procedura di gara in epigrafe, ha lamentato la mancata revoca dell’aggiudicazione in favore della Cooperativa Archeologia a motivo dell’omessa dichiarazione in sede di partecipazione alla gara di una sentenza definitiva di condanna per omicidio colposo ex art. 589 c.p. a carico dell’ex legale rappresentante e direttore tecnico e attuale Presidente del Consiglio di Sorveglianza della stessa Cooperativa Archeologia. Ad avviso dell’istante, la dichiarazione resa dalla Cooperativa Archeologia in merito al possesso dei requisiti generali di cui all’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 non sarebbe veritiera e sarebbe comunque incompleta, perché non menziona un evento, quale la sentenza definitiva di condanna per omicidio colposo, potenzialmente rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di un grave illecito professionale ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, e avrebbe impedito alla stazione appaltante di compiere ogni necessaria considerazione sull’affidabilità dell’aggiudicataria. Secondo la ricostruzione dell’istante, l’art. 80, comma 5, lett. c), impone l’onnicomprendività della dichiarazione di tutte le situazioni e di tutti gli eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso del requisito, non essendo configurabile in capo all’impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare.

Con nota acquisita al prot. n. 7377 del 25 gennaio 2018, integrata da successiva documentazione a comprova dei poteri di firma acquisita al prot. n. 24204 del 16 marzo 2018, INVITALIA ha dichiarato la propria volontà di aderire ai sensi dell’art. 3, comma 3, del Regolamento sul precontenzioso al parere che sarà reso dall’Autorità e ha contestualmente controdedotto rappresentando di avere avuto notizia della sentenza di condanna (attraverso il Casellario giudiziale acquisito tramite AVCPASS) solo dopo la proposizione dell’istanza di precontenzioso (giacché i riscontri effettuati sempre tramite AVCPASS a seguito dell’aggiudicazione avevano confermato le dichiarazioni rese in fase di gara). La stazione appaltante ha altresì evidenziato come l’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 non ponga espressamente a carico dell’operatore economico l’obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate e lasci alla stazione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

appaltante l'onere di dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore stesso si è reso colpevole di grave illecito professionale tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Nel caso di specie, con riferimento ai criteri interpretativi da utilizzare nell'esercizio del potere di discrezionale di valutazione, secondo INVITALIA va considerato che i fatti che hanno condotto alla condanna risalgono al 2008 e si sono verificati nell'esercizio di attività non riconducibili a quella oggetto della procedura di affidamento in esame. Inoltre, ad avviso della stazione appaltante, sarebbero da valutare il beneficio della sospensione della pena e della non menzione e la circostanza che la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione e di direttore tecnico sono state revocate e che al momento della presentazione dell'offerta il soggetto condannato ricopriva solo l'incarico non operativo di Presidente del Consiglio di Sorveglianza.

A seguito dell'avvio dell'istruttoria (prot. n. 27455 del 27 marzo 2018), con nota acquisita al prot n. 28837 del 3 aprile 2018, l'aggiudicataria Cooperativa Archeologia ha spiegato le proprie deduzioni difensive evidenziando, in particolare, che la fattispecie in esame non rientra nell'ambito dei reati elencati all'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 che comportano l'esclusione automatica dell'impresa dalla gara né tra le fattispecie elencate a titolo esemplificativo dall'art. 80, comma 1, lett. c) quali ipotesi di grave illecito professionale né tra i reati elencati a titolo esemplificativo nelle Linee Guida n. 6/2017 come reati- spia del grave illecito professionale, per arrivare a concludere che la fattispecie, per le circostanze concrete che la caratterizzano non rientra neppure astrattamente tra gli illeciti rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), così che non sarebbe sussistito alcun obbligo dichiarativo in questo senso.

Ritenuto in diritto

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 dispone che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico quando «dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

Nelle Linee guida n. 6, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», adottate in attuazione dell'art. 80, comma 13, d. lgs. n. 50/2016, l'Autorità ha chiarito che «Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito».

La valutazione della sussistenza di gravi illeciti professionali tali da integrare la causa di esclusione in parola è sottratta all'operatore economico ed è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la quale è chiamata ad analizzare in concreto la rilevanza dei fatti richiamati dall'operatore economico ai fini dell'eventuale esclusione (cfr., *ex multis*, Parere di precontenzioso n. 266 del 14 marzo 2018).

Per potere procedere in tale senso instaurando un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico, la stazione appaltante deve essere posta nella condizione di conoscere tutti i fatti astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c).

A tal fine, nelle richiamate Linee guida, l'Autorità ha precisato che «La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione».

La necessità che la dichiarazione dell'operatore economico sia comprensiva di tutti gli eventi astrattamente riconducibili alla definizione fornita dal legislatore è stata ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha riaffermato, con riferimento all'art. 80, comma 5, lett. c), il principio fondato sulla giurisprudenza formatasi sulla base del previgente Codice dei contratti, secondo cui il concorrente non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione della procedura di gara, in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante (Consiglio di Stato 5 settembre 2017 n. 4192).

La versione aggiornata delle più volte citate Linee guida precisa altresì che «La falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice» e dunque determinano l'esclusione dalla gara del concorrente per avere presentato nella procedura di gara in corso dichiarazioni non veritiere.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La doverosa precisazione recepisce la novella apportata al Codice dal “decreto correttivo” (d.lgs. n. 56/2017) con l'introduzione espressa della causa di esclusione di cui alla lettera f-bis) del comma 5 dell'art. 80 («l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere»).

Tuttavia, anche prima della novella e sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006, era ritenuta legittima l'esclusione dell'operatore economico che aveva dichiarato l'assenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato e/o di decreti penali di condanna divenuti irrevocabili/sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità incidenti sulla moralità professionale, laddove fosse emersa la non conformità tra l'autodichiarazione relativa all'insussistenza di condanne penali e le risultanze del certificato giudiziale. Ciò in quanto, in queste ipotesi, l'esclusione era ritenuta conseguente alla dichiarazione non veritiera in virtù dell'art. 75 DPR 445/2000, secondo cui «il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera» (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2447 del 27 aprile 2012; 14 maggio 2013, n. 2610; sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4455; sez. III, 5 maggio 2014, n. 2289; sez. V, 25 febbraio 2015, n. 943; sez. V sentenza 7 agosto 2015 n. 3884; Parere di precontenzioso n. 234 del 23/10/2008; Parere n. 8 del 06/02/2013; Parere n. 65 del 10 aprile 2014).

Dichiarazione non veritiera che prescinde dalla valutazione dei profili soggettivi di dolo o colpa grave (poiché la non veridicità di quanto autodichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera) e non va confusa con la falsa dichiarazione di cui alla lettera f-ter) del comma 5 dell'art. 80, per la quale l'esclusione opera in forza dell'iscrizione nel Casellario informatico disposta dall'Autorità quando abbia valutato, a seguito di procedimento in contraddittorio, che la dichiarazione sia stata resa con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della dichiarazione, per un periodo massimo di due anni (art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50/2016).

Nel caso di specie, Cooperativa Archeologia ha compilato il DGUE dichiarando, a pagina 38, di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, comma 5, lettera c). Come già rappresentato, dal certificato del Casellario giudiziale acquisito tramite Avcpass è in seguito emersa una sentenza della Corte di Cassazione del 12 gennaio 2016 di condanna per omicidio colposo (art. 589 c.p.) a carico dell'allora Presidente del Consiglio di Amministrazione nonché direttore tecnico e attuale Presidente del Consiglio di Sorveglianza della Cooperativa Archeologia. La sentenza definitiva di condanna è motivata dal mancato controllo della sicurezza dei luoghi (Forte Belvedere a Firenze) le cui aree esterne erano affidate in concessione alla Cooperativa per l'organizzazione di attività di intrattenimento e, in particolare, per non avere predisposto le adeguate misure di sicurezza che tenessero gli spettatori distanti dai camminamenti e dai parapetti esterni della struttura.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

La sentenza è un provvedimento astrattamente idoneo a porre in dubbio l'integrità e/o l'affidabilità di Cooperativa Archeologia in quanto attesta una condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere derivante dal titolo concessorio («Con riferimento all'imputato ...*omissis*..., responsabile della Cooperativa "Archeologia beneficiaria della convenzione del 2/7/2008 che le consentiva di organizzare eventi nell'area del Forte, essa è il soggetto con maggiore prossimità al rischio connesso all'accesso al pubblico e quindi certamente titolare di una posizione di garanzia tesa ad evitare il concretizzarsi di eventi di danno. Nella convenzione, come ricordato dal giudice di merito, vi è l'obbligo della verifica congiunta (Comune e Cooperativa) della agibilità al pubblico della struttura. Inoltre la Cooperativa aveva esplicitamente assunto l'obbligo del rispetto delle norme sulla incolumità pubblica e di tutela della sicurezza dei partecipanti agli eventi», sentenza Cass.) e quindi è indicativa di una significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto meritevole di essere valutata ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c).

Come precisato nelle Linee guida n. 6, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza i fini dell'esclusione quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o, nell'ipotesi di cause ostative riferibili (come nel caso di specie) a persone fisiche, ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016. Tra questi rientrano, come chiarito nel Comunicato del Presidente dell'8 novembre 2017, i membri degli organi con poteri di direzione e vigilanza e quindi anche il Presidente del Consiglio di Sorveglianza.

Ne consegue che Cooperativa Archeologia, in sede di autocertificazione del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80 tramite compilazione del DGUE, avrebbe dovuto dichiarare la sentenza definitiva di condanna a carico dell'attuale Presidente del Consiglio di Sorveglianza per consentire alla stazione appaltante di valutarne concretamente la rilevanza al fine dell'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), d.lgs. n. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'aggiudicazione a favore di Cooperativa Archeologia non è conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11 maggio 2018

Il Segretario Valentina Angelucci