



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 427 DEL 13 MAGGIO 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ____Omissis____ – Intervento di messa in sicurezza dei luoghi esposti a rischio idrogeologico del fiume Trionto nel Comune di Crosia – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 728.941,98 – S.A.: Comune di Crosia (CS)
PREC 83/2020/L PB

Il Consiglio

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 7547 del 30 gennaio 2020 presentata dalla ____Omissis____ – , con cui viene in contestazione l'aggiudicazione del 29 dicembre 2020 disposta a favore della ditta ____Omissis____ nella procedura per l'affidamento dei lavori in oggetto;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. 23270 del 23 marzo 2020;

Vista la memoria dell'aggiudicatario ____Omissis____, acquisita al prot. 30928 del 27 aprile 2020, con cui preliminarmente viene eccepita l'inammissibilità dell'istanza di parere per tardività in quanto pervenuta in data coincidente con la data ultima per proporre impugnativa in sede giurisdizionale. Dal che si dovrebbe desumere l'acquiescenza dell'istante rispetto al provvedimento, e la necessità di interpretare la causa di inammissibilità per tardività prevista dal Regolamento di precontenzioso all'art. 7, co. 1 lett. b) privilegiandone la *ratio*, ossia di evitare che l'Autorità possa esprimersi in ordine a provvedimenti amministrativi divenuti ormai inoppugnabili. Inoltre, secondo l'aggiudicatario, solo la data di acquisizione dell'istanza al protocollo assumerebbe rilievo a comprova della tardività o meno dell'istanza;

Ritenuta l'istanza ammissibile, come deliberato dal Consiglio nell'adunanza del 17 marzo 2020 (punto 35 dell'o.d.g.), che ha disposto l'annullamento dell'archiviazione precedentemente comunicata con nota prot. 15829 del 25 febbraio 2020, dal momento che l'istanza di precontenzioso risulta ricevuta nella casella di posta elettronica certificata dell'Autorità in data 29 gennaio 2020. E' quindi attestato il deposito dell'istanza entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, solo allo scadere del quale il provvedimento stesso è da ritenere inoppugnabile e si realizza il presupposto per la dichiarazione di inammissibilità prevista dall'art. 7, co. 1 lett. b) del Regolamento;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Considerata, nel merito, la censura sollevata dall'istante, secondo classificato nella gara in oggetto, il quale afferma che in capo all'aggiudicatario si sarebbe verificata soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione, avendo egli stipulato in data 12 giugno 2019 un primo contratto con la Soa Consult per la verifica triennale dei requisiti, e quindi nel rispetto dei prescritti novanta giorni antecedenti alla scadenza della validità triennale della propria attestazione fissata al 16 giugno 2019; tuttavia, il rilascio dell'attestazione avveniva solo a seguito della stipulazione di un secondo contratto in data 9 settembre 2019, e quindi fuori termine massimo. Quale ulteriore motivo di doglianza l'istante afferma che gli organi di vertice dell'aggiudicatario avrebbero falsamente dichiarato l'insussistenza di condanne penali e illeciti professionali;

Vista la nota dell'Ufficio Vigilanza e Qualificazione Operatori Economici, che conferma che l'aggiudicatario sottoscriveva un primo contratto di verifica triennale in data 12 giugno 2019, in esito al quale non risulta emessa alcuna attestazione, e un secondo contratto in data 9 settembre 2019 in esito al quale la Soa Consult procedeva, il successivo 11 ottobre 2019, al rilascio dell'attestazione;

Viste le memorie della stazione appaltante C.U.C. del Comune di Crosia, che rappresenta di aver richiesto appositi chiarimenti sulla vicenda alla Soa Consult la quale riscontrava la richiesta affermando che “con il secondo contratto non erano venuti meno i requisiti per il rilascio positivo della revisione triennale in quanto, come è noto, l'art. 77 co. 6 d.P.R. 207/2010 prescrive che i requisiti in caso di verifica triennale si cristallizzano alla data di scadenza della validità triennale dell'attestazione”, e confermava la veridicità dei contratti di revisione triennale in questione. Da ciò la S.A. deduceva che “i dati utilizzati sono quelli acquisiti prima della scadenza della verifica” e conseguentemente confermava la legittimità dell'aggiudicazione;

Visto quanto rappresentato dall'aggiudicatario il quale, nel merito della controversia, ribadisce di aver sottoscritto il contratto con la Soa Consult in data 12 giugno 2019 e quindi ne rimarca la tempestività ai fini della c.d. ultravigenza dell'attestazione Soa. In relazione al secondo contratto, stipulato il successivo 9 settembre 2019, egli ne rileva la inidoneità a incidere sulla continuità dei requisiti, atteso che gli stessi “si cristallizzano alla data di scadenza della validità triennale”. A tal fine, egli osserva come la giurisprudenza sia orientata a considerare la semplice “richiesta” di rinnovo, purché tempestiva, quale atto sufficiente a saldare gli effetti del rinnovo al momento della scadenza dell'attestazione. Allo stesso tempo egli, nel sottolineare la veridicità dei contratti sottoscritti, confermata anche dalla Soa Consult, rimarca come gli eventuali ritardi nell'istruttoria non potrebbero riverberarsi negativamente sulla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

posizione dell'operatore economico che avesse presentato la domanda tempestivamente. Infine, egli afferma di aver correttamente dichiarato l'assenza di condanne penali, dal momento che a carico del legale rappresentante risulta un procedimento tuttora pendente, che solo la S.A. sarebbe chiamata a valutare nell'esercizio della propria discrezionalità ai sensi dell'art. 80, co. 5 d.lgs. 50/2016, mentre a carico del direttore tecnico risulta una condanna divenuta irrevocabile il 22 ottobre 2019 e quindi successivamente alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, e pertanto inidonea a comportare l'esclusione dalla gara;

Considerato che i requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti pubblici devono essere posseduti dai concorrenti fin dal momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e devono essere mantenuti in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 27 del 2012 e n. 4 del 7 aprile 2011; Pareri Anac 6 giugno 2014, n. 129; 21 marzo 2012 n. 44);

Considerato il consolidato orientamento della giurisprudenza e dell'Autorità, secondo cui "le previsioni di cui agli artt. 76 e 77 d.P.R. 207 del 2010 (in tema, rispettivamente, di rilascio di una nuova attestazione Soa e di verifica triennale) devono essere interpretate nel senso di ammettere l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, laddove ritualmente e tempestivamente attivata (Cons. Stato Sez. V, n. 3752 del 31 agosto 2016; T.a.r. Campania Napoli Sez. I, Sent. 9 dicembre 2019, n. 5801; T.a.r. Campania Napoli I Sezione, 26 aprile 2018, n. 2782; Parere n. 129/2014 cit.); per cui il rinnovo, così come la verifica, di una Soa hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione (Pareri 26 febbraio 2014, n. 43 e 30 gennaio 2014, n. 16);

Considerato il principio per cui l'impresa che ha presentato diligentemente la domanda (di rinnovo o di revisione) mantiene il possesso dei requisiti di qualificazione per tutta la durata della procedura, qualora vi sia stata un'unica attività di verifica istruttoria, azionata nei termini prescritti, pur secondo una successione di contratti che abbia condotto comunque positivamente al rilascio di un'attestazione revisionata (Parere 14 ottobre 2014, n.70);

Considerato, sul punto, l'orientamento della giurisprudenza (Cons. Stato, 21 febbraio 2018, n. 1099 che conferma T.a.r. Lazio, 6 aprile 2017, n. 4296) che, in un caso analogo, ammette "la 'saldatura' e la sostanziale continuità" fra due contratti stipulati con la società organismo di attestazione (il primo dei



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

quali era tempestivo rispetto al richiamato termine di novanta giorni) ritenendo che essi vadano a inquadrarsi nell'ambito del medesimo procedimento laddove:

- il secondo contratto rappresenti una mera conferma (o proroga) dell'originaria – e tempestiva – domanda di rinnovo dell'attestazione, con la conseguenza che a tale contratto possa essere riconosciuta una sostanziale continuità di effetti rispetto a quello precedente;
- i due contratti siano intercorsi fra le medesime parti, abbiano il medesimo oggetto e riguardino le medesime categorie e classifiche, “ragione per cui appare del tutto congruo ritenere che i benefici normativi connessi alla tempestiva stipula del primo di essi determinino i propri effetti anche in relazione al secondo”;
- alla prima istanza non abbia mai fatto seguito un provvedimento di segno negativo e non risulti in atti alcun elemento idoneo a dimostrare che si fosse nelle more verificata la perdita (totale o parziale) in capo all'aggiudicataria dei requisiti di qualificazione infine asseverati con il rilascio dell'attestazione;

Considerato che, nel caso di specie, dalla corrispondenza intercorsa fra la S.A. e la Soa Consult risulta che quest'ultima confermava la veridicità di entrambi i contratti e dichiarava che “con il secondo contratto non erano venuti meno i requisiti per il rilascio positivo della revisione triennale”, e non emergono, nel presente procedimento, elementi che possano ricondurre la dilatazione temporale della fase istruttoria alla negligenza dell'impresa richiedente;

Ritenuto quindi che, alla luce delle precedenti considerazioni, non è ravvisabile la soluzione di continuità nel possesso dei requisiti affermata dall'istante e pertanto, sotto questo profilo, la contestazione non può essere accolta;

Viste le dichiarazioni rese dal legale rappresentante e dal direttore tecnico, mediante compilazione dell'allegato B posto a corredo dell'offerta, nel senso che “nei propri confronti non sono state emesse condanne penali, comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione”;

Considerato che la S.A., ai fini della stipula del contratto, provvedeva a richiedere i relativi certificati dei carichi pendenti e del casellario giudiziale, da cui risultavano: a carico del legale rappresentante della ditta aggiudicataria, due condanne risalenti nel tempo (anni 1991 e 1992) per reati depenalizzati e un procedimento penale tuttora pendente; a carico del direttore tecnico una condanna del 1° febbraio 2019 per violazione delle norme di polizia sulle cave e miniere nonchè del T.U. in materia edilizia (art. 44, lett. a), nei confronti della quale, al momento della presentazione dell'offerta, risultava proposta impugnazione, condanna divenuta poi irrevocabile in data 22 ottobre 2019;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Viste le Linee Guida Anac n. 6, 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 all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”, nelle quali è evidenziato 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. [...] In particolare rilevano - salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l’automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell’art. 80 del codice - le condanne non definitive per i reati di cui all’art. 80, co. 1 nonché i seguenti reati: [...] d. reati urbanistici di cui all’art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria”. [...] Quanto alle ipotesi legali dell’«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell’amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione” [...];

Visto l’orientamento della prevalente giurisprudenza (Cons. Stato Sez. III, Sent. 4 marzo 2020, n. 1603; sez. III, nn. 1174/2020, 3331/2019; sez. V, nn. 70/2020, 1644/2019; 1649/2019), che include nel concetto di “grave illecito professionale” “qualunque condotta, collegata all’esercizio dell’attività professionale, che si riveli contraria a un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (sez. V, n. 586/2019; n. 591/2019; n. 727/2019; id., sez. III, n. 3908/2019; n. 7231/2018; n. 4192/2017), e che risulti in grado di mettere in dubbio l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico.”. La richiamata giurisprudenza ritiene dunque che “non è configurabile in capo all’impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4532/2018; n. 3592/2018; n. 6530/2018)”;

Considerato che il modello di dichiarazione allegato all’offerta non richiedeva di dichiarare i procedimenti penali pendenti e che non sussisteva l’obbligo di dichiarare le condanne risalenti nel tempo per reati depenalizzati (v. T.a.r. Lombardia Brescia, 26 marzo 2018, n. 340);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Considerato tuttavia che sul modulo allegato all'offerta occorre dichiarare se a proprio carico fossero state emesse sentenze di condanna, e risulta agli atti che il direttore tecnico della ditta poi risultata aggiudicataria dichiarava che a proprio carico non erano state emesse sentenze di condanna, nonostante a proprio carico fosse stata emessa una sentenza di primo grado, pur non ancora divenuta irrevocabile;

Considerato anche che, tra le ipotesi espressamente considerate rilevanti ai fini della configurazione dei "gravi illeciti professionali" ai sensi delle citate Linee guida n. 6, rientrano le fattispecie di reato per violazioni del T.U. in materia edilizia d.p.r. 380/2001 se punite ai sensi dell'art. 44 lett. b) e c), mentre non vi rientra l'ipotesi di cui alla lett. a) del medesimo articolo, che prevede la sola ammenda;

Considerato che, nel caso di specie, la stazione appaltante valutava i certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti e, in particolare, non riteneva sussistente un obbligo dichiarativo dei procedimenti penali pendenti, alla luce delle previsioni del modulo allegato all'offerta, né riteneva sussistente un obbligo dichiarativo con riferimento alla condanna per violazioni in materia di edilizia, in quanto non definitiva e con ricorso ancora pendente al momento della presentazione delle offerte;

Vista altresì la giurisprudenza (Cons. Stato Sez. V, Sent. 30 dicembre 2019, n. 8906), che valorizza l'apprezzamento posto a carico della stazione appaltante circa l'omissione comunicativa, oltre che nel merito dei singoli episodi. In relazione all'omissione comunicativa, in particolare, è stato precisato che essa "costituisce violazione dell'obbligo informativo, e come tale va apprezzata dalla stazione appaltante", la quale è chiamata a soppesare non il solo fatto omissivo in sé, bensì anche - nel merito - "i singoli, pregressi episodi, dei quali l'operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto" (Cons. Stato, V, n. 2407/2019)". Dunque, "le omissioni assumono portata escludente non in sé, cioè come mero inadempimento al dovere di informazione, ma se e nella misura in cui siano anche state reputate rilevanti - sia nell'omissione in sé, che, necessariamente, rispetto al fatto omesso - da parte della stazione appaltante" [...] Infatti, ai fini della valutazione dell'illecito comunicativo, è assorbente il giudizio (non irragionevole) dell'amministrazione di irrilevanza del fatto omesso";

Ritenuto che, nel caso di specie, la violazione dell'obbligo dichiarativo di una condanna non irrevocabile, conseguente a una violazione in materia edilizia punita con l'ammenda, non ricompresa nella esemplificazione recata dalle Linee guida Anac n. 6 ai fini della corretta individuazione del "grave illecito professionale", possa del caso essere fatta rientrare nell'ambito di una fattispecie omissiva la cui rilevanza



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

può essere rimessa alle motivate valutazioni della S.A., da effettuare anche con riferimento al merito dell'episodio e alla specifica valenza non escludente della condanna riportata;

Rilevato che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 11, comma 5, del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera n. 10 del 9 gennaio 2019;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- non è ravvisabile soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione della ditta aggiudicataria in quanto i due contratti stipulati ai fini della revisione triennale risultavano intercorsi fra le medesime parti e riguardavano le medesime categorie e classifiche, e pertanto non sono emersi, nel procedimento, elementi atti a dimostrare che si fosse nelle more verificata la perdita, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di qualificazione;
- la violazione dell'obbligo dichiarativo di una condanna non irrevocabile, conseguente a una violazione in materia edilizia punita con l'ammenda, non ricompresa nella esemplificazione recata dalle Linee guida Anac n. 6 ai fini della corretta individuazione del "grave illecito professionale", può essere fatta rientrare nell'ambito di una fattispecie omissiva la cui rilevanza si rimette alle motivate valutazioni della S.A., da effettuare anche con riferimento al merito dell'episodio e alla specifica valenza non escludente della condanna riportata.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2020

Per il Segretario Maria Esposito,

Rosetta Greco