

DELIBERA N. 951

11 novembre 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Sicil Tecno Plus S.r.l. – Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e revamping dell'impianto di depurazione di San Pietro a Pontremoli - Importo a base di gara: Euro 1.151.437,91 – S.A.: GAIA S.p.A. – Gestore unico del servizio idrico integrato nel territorio della ex AATO 1 Toscana nord.

PREC 182/2020/L

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett. c), c-*bis*, f-*bis*) del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Omissione di informazioni dovute - grave illecito professionale – annotazione nel Casellario informatico ANAC.

Massima

Omissione di informazioni dovute – mancata dichiarazione di un'annotazione non interdittiva nel Casellario informatico ANAC – esclusione automatica – va esclusa – valutazione discrezionale della stazione appaltante.

La mancata dichiarazione di un'annotazione non interdittiva nel Casellario informatico ANAC - disposta ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice ed avente ad oggetto l'esclusione da una pregressa procedura di una gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice per sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra imprese – non comporta l'esclusione automatica dell'operatore per falsa dichiarazione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), ma va inquadrata nell'ambito della lett. c-*bis* della medesima disposizione. Ciò comporta, in applicazione del principio di diritto sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2020, che, ai fini dell'eventuale esclusione, la stazione appaltante

dovrà svolgere una valutazione discrezionale, stabilendo, preliminarmente, se il provvedimento oggetto di annotazione sia rilevante ai fini dell'ammissione, in secondo luogo, se il comportamento tenuto dall'operatore incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità professionale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'11 novembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 65063 del 3 settembre 2020, con la quale la società Sicil Tecno Plus S.r.l. ha contestato l'esclusione disposta dalla stazione appaltante per non avere dichiarato la presenza di un'annotazione sul Casellario informatico ANAC relativa all'esclusione da una precedente procedura di gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice;

RILEVATO che l'istante deduce, nello specifico:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del Codice, in quanto tale disposizione *"si riferisce soltanto all'ipotesi in cui venga resa una dichiarazione espressa "non veritiera", ossia falsa, e non a quella ben diversa della semplice omissione dichiarativa (cfr. Cons. Stato 09/01/2019, n. 196)"*, mentre la mancata dichiarazione dell'annotazione sul Casellario ANAC non costituisce una "falsa dichiarazione";
- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), lett. c) e c-*bis*) del Codice, in quanto la mancata dichiarazione si riferisce ad un fatto che non poteva rilevare ai fini dell'esclusione; l'istante sostiene di non avere dichiarato la pregressa esclusione dalla gara conformemente alle Linee guida ANAC n. 6, dal momento che questa era stata disposta per una *"mera ipotesi di possibile violazione della segretezza dell'offerta"* tra due imprese, considerando altresì che l'ANAC aveva archiviato il procedimento sanzionatorio a carico della società, escludendo ogni ipotesi di dolo o colpa grave;
- 3) violazione dell'art. 3 della L. 241/1990 e dell'art. 19 del bando di gara, per mancanza del contraddittorio prima di procedere alla contestata esclusione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 66949 dell'11 settembre 2020;

VISTA la documentazione in atti e la memoria trasmessa dalla stazione appaltante, acquisita al prot. n. 67829 del 16 settembre 2020;

RILEVATO che la stazione appaltante ha esposto di avere escluso la società istante in quanto quest'ultima non aveva dichiarato la presenza di un'annotazione a suo carico sul Casellario informatico ANAC risalente al 15 maggio 2019 per esclusione da una procedura di gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del Codice. L'esclusione è disposta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-*bis*), e f-*bis*) del Codice, in base alla considerazione che, dopo la modifica apportata all'art. 80 ad opera del D.L. n. 135/2018, ha assunto una rilevanza autonoma la casistica dell'aver *"omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*, evidenziando che *"un'iscrizione infratriennale ricade inevitabilmente in questa fattispecie, non potendosi più applicare alla medesima quanto disposto dalla modificata lett. c)*. Conseguentemente, l'omessa dichiarazione di queste informazioni costringe la S.A. dopo aver effettuato le valutazioni del caso, a escludere dalla procedura l'operatore che non abbia ottemperando a tale obbligo". A supporto di tale conclusione, la S.A. cita l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'omessa

dichiarazione relativa all'esistenza di un'annotazione presso il Casellario informativo dell'ANAC costituisce una falsa dichiarazione ed è idonea a fondare l'esclusione del concorrente indipendentemente dalle circostanze di fatto oggetto di annotazione (Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192; Id., sentenze n. 2063/2018 e n. 4266/2018; TAR Abruzzo, sez. I, 30 gennaio 2020, n. 41), sottolineando che in capo all'operatore grava l'obbligo di fornire una rappresentazione quanto più possibile dettagliata delle proprie pregresse vicende professionali. La S.A. afferma, inoltre, che la questione relativa al perimetro degli obblighi dichiarativi del concorrente e quella della differenza concettuale tra dichiarazioni omesse e dichiarazioni false, sarebbe stata solo parzialmente risolta dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020, rimettendosi al giudizio dell'Autorità;

PREMESSO che dalla documentazione in atti si evince che l'Autorità, con Delibera n. 358 del 17 aprile 2019 (comunicata in data 14 maggio 2019) ha archiviato il procedimento sanzionatorio per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, pecuniarie ed interdittive, ai sensi dell'art. 80, comma 12, e dell'art. 213, comma 13, del Codice nei confronti della società Sicil Tecno Plus S.r.l. e di altro operatore, disponendo, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice la seguente annotazione nel casellario informatico degli operatori economici: *"La Stazione appaltante (...) ha comunicato (...) di aver escluso gli operatori "Sicil Tecno Plus S.r.l." e (...), ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. 50/2016. In particolare, la S.A. ha riferito che il motivo dell'esclusione è dovuto al rinvenimento tra la documentazione di gara della Sicil Tecno Plus S.r.l. del documento PASSOE sottoscritto dalla stessa ma riferito alla (...). Si fa presente che il procedimento sanzionatorio avviato per la valutazione dell'imputabilità agli OO.ee. della falsità che ha dato luogo all'esclusione si è concluso con l'archiviazione disposto dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 358 del 17 aprile 2019. La presente annotazione è iscritta nel Casellario Informatico, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del d.lgs. 50/2016 e non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche"*. Dalla citata Delibera n. 358/2019 si evince che la circostanza assunta dalla S.A. come indizio di una fattispecie di collegamento sostanziale tra imprese (inserimento del PassOE di altro concorrente tra la documentazione amministrativa) era dovuta ad un disguido, in quanto le due ditte stavano partecipando anche ad altra gara tramite avvalimento; mancavano, inoltre, indizi plurimi rivelatori di una fattispecie di collegamento tra imprese. Da ciò è conseguita l'archiviazione del procedimento sanzionatorio per mancanza dell'elemento soggettivo della colpa, pur evidenziando che *"l'esistenza tra i due OO.ee. di rapporti professionali diretti ad esercitare congiuntamente l'attività di impresa, rivela tra che gli stessi sussiste una assiduità di rapporti che può aver inficiato il principio di segretezza dell'offerta"*;

CONSIDERATO che la questione sottoposta in esame - concernente la configurabilità di una "falsa dichiarazione" (con l'automatismo espulsivo che ne consegue) per omessa dichiarazione di un provvedimento di esclusione da una precedente gara annotato sul Casellario informatico come *"notizia utile"* (cioè ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice) - presuppone un preliminare benché sintetico inquadramento della fattispecie di cui alla lett. c-*bis*) del comma 5 dell'art. 80 del Codice, dopo la modifica apportata dal D.L. n. 135/2018 (convertito con modificazioni dalla L. n. 12/2019), con la quale, come noto, è stata scorporata la lett. c) del comma 5 dell'art. 80 prevedendo tre autonome cause di esclusione nelle lettere c), c-*bis*) e c-*ter*) (cfr. per una ricostruzione, Delibera Anac n. 1210 del 8 dicembre 2019);

CONSIDERATO che l'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) del Codice (*ratione temporis* applicabile alla procedura in esame) prevede l'esclusione dalle gare per gli operatori che: *i)* abbiano tentato di condizionare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante; *ii)* abbiano tentato di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio; *iii)* abbiano fornito, anche per negligenza, informazioni false o forvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; *iv)* abbiano omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Tale

disposizione rappresenta (come di recente evidenziato nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 agosto 2020, n. 16) una norma di chiusura del sistema in grado di intercettare una serie di situazioni non predeterminabili *ex ante*, ma incidenti in negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

TENUTO CONTO che la questione relativa alla differenza tra la fattispecie della "omessa informazione dovuta" (ai sensi della citata lett. c-*bis*) e quella della presentazione nella procedura di gara di "dichiarazioni non veritieri" (ai sensi della lett. f-*bis*) sempre del comma 5 dell'art. 80 è al centro di ampio dibattito. La principale difficoltà, a livello esegetico, è quella di distinguere le situazioni in cui la mancata dichiarazione di una situazione e/o un provvedimento potenzialmente rilevante ai fini della partecipazione ad una gara rientri nella casistica della omessa dichiarazione, di cui alla lett. c-*bis*) ovvero della falsa dichiarazione, di cui alla lett. f-*bis*);

CONSIDERATO risolutivo (ai fini del presente parere) l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, con sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, ha statuito che la causa di esclusione di cui alla lett. 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 veritieri") 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"; si tratta delle ipotesi in cui le dichiarazioni o la documentazione presentata in sede di gara siano "oggettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)". La medesima pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha chiarito che, invece, le ipotesi contemplate dalla lett. c-*bis*) - tra cui rientra l'omissione dichiarativa - non rappresentano cause di esclusione di tipo automatico dalla gara, ma presuppongono una valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'incidenza della condotta sulla integrità ed affidabilità dell'operatore. Dunque, nel caso in cui un operatore ometta di dichiarare circostanze o fatti rilevanti ai fini della sua ammissione alla gara, l'Amministrazione non potrà automaticamente escluderlo, ma dovrà valutare in concreto se l'informazione omessa era "dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione", se il fatto a cui essa si riferisce è rilevante e se impatta sull'affidabilità professionale dell'operatore, compromettendola;

CONSIDERATO che, in un caso analogo al presente, nel quale un operatore non aveva dichiarato un'annotazione non interdittiva nel Casellario informatico ANAC relativa ad una pregressa esclusione, la giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, 14 gennaio 2020, n. 168) ha escluso che fosse configurabile una "falsa dichiarazione", con l'automatismo espulsivo che ne consegue, affermando che "assumono rilievo e sono idonei a fondare l'adozione di provvedimenti sanzionatori o espulsivi dalla procedura di gara solo i casi di mancata dichiarazione di precedenti esclusioni da analoghe gare disposte per omessa o falsa attestazione circa l'iscrizione nel casellario informatico, ai sensi e per effetti dei commi 5 e 12 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016" (anche in quel caso l'ANAC aveva disposto l'archiviazione del procedimento sanzionatorio ed interdittivo a carico dell'operatore e aveva annotato il fatto nella sezione del Casellario relativa alle cd. notizie utile, ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice);

CONSIDERATO, inoltre, che secondo la giurisprudenza "eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50 del 2016, qualora l'ANAC ritenga che emerge il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione dell'importanza e della gravità dei fatti" (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490);

RILEVATO che, nel caso in esame, l'omessa dichiarazione della Sicil Tecno Plus S.r.l. si riferisce ad una annotazione nel Casellario informatico disposta ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice, che ha valore di pubblicità notizia e che non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara, ma che richiede una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, della quale non vi è traccia nel provvedimento di esclusione della società dalla gara. In quest'ultimo, invero, la stazione appaltante ha ricollegato l'esclusione alla sola mancata dichiarazione dell'annotazione nel Casellario, senza tuttavia valutare se il provvedimento oggetto di annotazione (esclusione da una pregressa gara per collegamento sostanziale tra imprese) poteva costituire un grave illecito professionale tale da incidere sull'ammissione in gara dell'operatore;

RITENUTO, dunque, che nella vicenda in esame non vi sono gli estremi di una falsa dichiarazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del Codice, ma la fattispecie va inquadrata nell'ambito della lett. c-*bis*), con la conseguenza che la SA avrebbe dovuto valutare, in contraddittorio con l'interessato, se il provvedimento oggetto dell'annotazione nel Casellario informatico incida in senso negativo sulla integrità o affidabilità dell'operatore. Nell'ambito di tale procedimento, da condursi nel rispetto dei criteri di valutazione definiti nel par. VI delle Linee Guida ANAC n. 6, la SA avrebbe dovuto stabilire, preliminarmente, se l'esclusione da una pregressa gara per una situazione tra collegamento sostanziale tra imprese (*medio tempore* rimossa e non verificatesi nella procedura in esame) possa essere considerata rilevante anche in altre procedure, inoltre, se il comportamento tenuto dall'operatore (inserimento del PassOE di altro concorrente nella busta della documentazione amministrativa) incida in senso negativo sulla sua affidabilità professionale.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'esclusione automatica dalla gara di un operatore, a fronte dell'omessa dichiarazione di un'annotazione non interdittiva nel Casellario informatico ANAC (avente ad oggetto l'esclusione da altra gara per una situazione di collegamento sostanziale tra imprese) non è conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente