



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA 489 DEL 10 GIUGNO 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società F.lli Ferrari s.n.c. – Procedura aperta per l'affidamento del contratto di esecuzione di tutti i lavori e forniture necessari ai lavori di rinnovo della rete idrica e i lavori complementari di realizzazione della fognatura nera nel comune di Carrara, con particolare riguardo al rinnovo del 1° tratto della rete idrica e fognatura nera in via del Tiro a segno e la sostituzione della condotta di acquedotto in zona Sant'Antonio nel comune di Carrara, sulla base del progetto validato in data 16.05.2019 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 278.524,68 – S.A.: Gaia S.p.A.

PREC 91/2020/L-PB

VISTA l'istanza di parere prot. n. 23135 del 20 marzo 2020 presentata dalla società F.lli Ferrari s.n.c. relativa alla procedura per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettere c) e f-bis) del d.lgs. n. 50/2016;

VISTA la documentazione di gara e le memorie delle parti;

VISTO il provvedimento di aggiudicazione definitiva, adottato con determina dirigenziale n. 112 del 10 dicembre 2019, cui hanno fatto seguito le verifiche in ordine al possesso dei requisiti generali e speciali da parte della stazione appaltante. Verifiche dalle quali era risultata in capo all'aggiudicatario, come si evince dal certificato del casellario giudiziale in atti, la sussistenza di una condanna penale per il reato di «attività di gestione di rifiuti non autorizzata in concorso ai sensi degli articoli 110 c.p. e 256, comma 1, lettera a) in relazione all'articolo 192, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, commesso il 12 giugno 2013»; tale condanna, divenuta esecutiva il 24 maggio 2015 e consistente, per effetto della concessioni delle circostanze attenuanti generiche e le diminuenti del rito di patteggiamento, nella pena di euro 6.000,00 di ammenda, per la quale veniva disposta la sospensione della pena, non veniva dichiarata dall'operatore economico in sede di gara;

VISTO il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante e comunicato in data 5 marzo 2020 per mancata dichiarazione della sentenza di condanna, che secondo la stazione appaltante Gaia S.p.A. integrava l'ipotesi di grave illecito professionale di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) e quella di falsa dichiarazione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-bis): secondo l'amministrazione infatti «il reato commesso relativo alla attività di gestione di rifiuti non autorizzata integra la fattispecie del grave illecito professionale in quanto attinente all'oggetto dell'appalto aggiudicato, non risultando in ogni caso adottate idonee misure riparatorie ai sensi dell'articolo 80, comma 7, del d.lgs.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

n. 50/2016». Inoltre, la stazione appaltante aveva specificato come le eccezioni mosse dall'impresa non «possono essere tali da far venire meno il presupposto in forza del quale la stessa è tenuta alla revoca dell'aggiudicazione disposta: da un lato, è principio ormai consolidato in giurisprudenza che la mancata indicazione delle condanne rilevanti ai sensi dell'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016 costituisce autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente (Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2020 n. 70)», stante anche il fatto che il codice non distingue tra dichiarazioni non veritiere rese consapevolmente o dolosamente, ai fini della sussistenza della fattispecie di cui all'articolo 80, comma 5, lettera f-bis) del d.lgs. 50/2016, non trovando applicazione gli istituti del falso innocuo e del falso inutile (Consiglio di Stato, sez. V, 17 febbraio 2020 n. 1212); «dall'altro, l'eccezione mossa dall'aggiudicataria circa l'irrilevanza in concreto della vicenda oggetto dell'omessa dichiarazione ai fini dell'integrazione della fattispecie del grave illecito professionale di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016 risulta destituita di ogni fondamento posto che il reato ha ad oggetto l'attività di gestione dei rifiuti non autorizzata, che riguarderà l'appalto in parola». Sulla base di tali argomentazioni, la stazione appaltante revocava l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera f-bis), date le dichiarazioni non veritiere rese, e ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c), per il grave illecito professionale commesso, con conseguente escussione della cauzione e segnalazione del fatto all'ANAC»;

CONSIDERATO che il concorrente odierno istante sosteneva l'illegittimità del provvedimento di revoca, in quanto posto in violazione dell'articolo 80, comma 5, lettere c) ed f-bis) del d.lgs. n. 50/2016 e riferiva di aver omesso in buona fede la dichiarazione e di non essere pertanto sanzionabile sia in ragione dell'orientamento giurisprudenziale di cui alle sentenze del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7492/2019 e n. 5171/2019, relativo alle omesse dichiarazioni, sia in considerazione delle pronunce che attribuiscono una rilevanza temporale triennale agli illeciti professionali da dichiarare (Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2019 n. 8480; TAR Lazio, sez. II ter, 11 maggio 2020 n. 4917): sul punto l'istante evidenziava che, trattandosi di un illecito risalente al 2013, con una sentenza divenuta esecutiva nel 2015, stante la pubblicazione della procedura il 6 giugno 2019, con scadenza del termine di presentazione delle offerte il 3 luglio 2019, lo stesso non era tenuto a citare la condanna oggetto di contestazione;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 25 marzo 2020 con nota prot. n. 24004;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità di un provvedimento di revoca adottato per la mancata dichiarazione di una condanna penale ritenuta rilevante come grave illecito professionale dalla stazione appaltante ed integrante la fattispecie di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c) ed f-bis) del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che l'articolo 80, al comma 5, dispone che «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: [...] lettera c) la stazione appaltante 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; [...] f-bis) l'operatore economico che



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere»;

RILEVATO che la giurisprudenza amministrativa sul punto (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2020 n. 70) ha assunto un orientamento prevalente nel senso di ritenere che la previsione dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2019 n. 1846; 2 marzo 2018 n. 1299; sez. III, 5 settembre 2017 n. 4192), incluse le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi dell'articolo 80, comma 1 (Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019 n. 6443; 12 marzo 2019 n. 1649). E, sulla base di tale presupposto, è stato confermato l'indirizzo interpretativo secondo cui «l'esclusione della concorrente dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, della condanna penale irrogata, bensì nella mancata indicazione di detta condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente». Ciò sulla base del principio per cui «qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili» (Consiglio di Stato, sez. III, 29 novembre 2018 n. 6787; sez. V, 13 giugno 2018 n. 3628; 25 febbraio 2016 n. 761; Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 9 aprile 2020 n. 2332);

CONSIDERATO che secondo tale lettura ermeneutica si riconosce alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti, per il cui esercizio è necessario che i concorrenti dichiarino qualunque circostanza astrattamente idonea a poter influenzare il processo valutativo della stazione appaltante (*ex multis*, Consiglio di Stato, V, 24 settembre 201 n. 5500), alla cui discrezionalità è rimessa l'analisi in concreto dell'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n.50/2016, non sussistendo sull'amministrazione «l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che deve essere completa e contenere tutte le sentenze subite, a prescindere dalla gravità del reato e della sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante» (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018 n. 1299; sez. III, 13 giugno 2018 n. 3628; 29 novembre 2018,n. 6787; sez. V, 25 febbraio 2016,n. 761; 28 settembre 2015 n. 4511; sez. III, 29 novembre 2018 n. 6787; Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 9 aprile 2020 n. 2332);

CONSIDERATO, altresì, che tale orientamento giurisprudenziale non costituisce una posizione univoca dal momento che secondo un altro indirizzo interpretativo, un «siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza l'individuazione di un generale limite di operatività, potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici, imponendo loro di ripercorrere, a beneficio della stazione appaltante, vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

della vita professionale di una impresa» (Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019 n. 5171; 3 settembre 2018 n. 5142). La necessità di un siffatto limite generale di operatività «deriva, del resto, dall'articolo 57, § 7 della Direttiva 2014/24/UE, che ha, per giunta, fissato in tre anni dalla data del fatto la rilevanza del grave illecito professionale, in ciò seguita dalle Linee guida ANAC n. 6/2016, precedute dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2286 del 26 ottobre 2016, che ha affermato, tra altro, la diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della previsione di cui al predetto paragrafo». Per tal via, pertanto, una parte della giurisprudenza si è orientata nel riconoscere un limite temporale all'obbligo dichiarativo, ancorato alla postulata irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore alla adozione degli atti indittivi (cfr., tra le varie, Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2020 n. 1605 e ordinanza 9 aprile 2020 n. 2332; TAR Lazio, Roma, 11 maggio 2020 n. 4917);

CONSIDERATO che, proprio con riferimento al sopra richiamato contrasto giurisprudenziale relativo all'ambito di operatività dell'obbligo dichiarativo di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c) ed f-bis), è stata deferita la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la recente ordinanza n. 2332 del 9 aprile 2020;

RILEVATO, altresì, quanto sul punto previsto dalla Linee Guida ANAC n. 6, adottate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 ed aggiornate con delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017, 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'articolo 80, comma 5, lettera c) del Codice*» nelle quali, in merito alla rilevanza ostativa degli illeciti professionali, è stato chiarito che «la durata dell'interdizione è pari a tre anni, decorrenti dalla data dell'accertamento del fatto individuata ai sensi delle presenti linee guida, ove non sia intervenuta una sentenza penale di condanna. Il periodo rilevante deve essere conteggiato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione dell'avviso o del bando di gara. Resta ferma la rilevanza dei fatti commessi tra la pubblicazione dell'avviso o del bando e l'aggiudicazione»;

RILEVATO che, in tal senso, depone anche la recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, 11 maggio 2020 n. 4917, nella quale, dopo aver richiamato gli orientamenti interpretativi sopra citati, si evidenzia l'adesione a quella corrente giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un limite triennale di rilevanza temporale per i fatti astrattamente configurabili quale “grave illecito professionale” ex articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, decorrente dalla data di accertamento definitivo del fatto stesso ed identificabile, allorché viene in rilievo una sentenza non ostativa ex articolo 80, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nella data di pubblicazione della stessa. Il giudice amministrativo radica tale rilevanza temporale sul disposto dell'articolo 80, comma 10-bis, secondo cui nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza, precisando altresì che «l'applicazione del limite triennale in questione a tutte le ipotesi di grave illecito professionale (e, quindi, pure a quelle correlate all'emissione di una sentenza di condanna non automaticamente ostativa ex articolo 80, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016) è coerente con il richiamo della disposizione ai “casi di cui al comma 5” da intendersi in senso generale e, quindi, comprensivo anche di tutte le ipotesi di “grave illecito professionale” qualunque ne sia la causa»;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che tale impostazione ermeneutica, da un lato, trova giustificazione nell'esigenza di applicare in maniera logica, razionale e conforme al principio di uguaglianza il comma 10-bis dell'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016 risultando ingiustificata, nell'ambito della medesima fattispecie del "grave illecito professionale", una differenziata rilevanza temporale delle vicende (sentenze di condanna, in un caso, e provvedimenti amministrativi, nell'altro caso) integranti tale ipotesi escludente; dall'altro, si impone per la necessità di un'applicazione coerente con i principi generali di proporzionalità dell'azione amministrativa e di massima partecipazione alle gare; dall'altro ancora, risulta obbligata alla luce del disposto dell'articolo 57 della Direttiva 2014/24/UE, il quale, dopo avere stabilito i casi in cui la stazione appaltante ha l'obbligo di escludere i concorrenti dalla gara nell'ipotesi in cui abbiano riportato condanne per i reati indicati al paragrafo 1 e dopo avere riconosciuto alla medesima stazione appaltante la discrezionalità di escludere gli operatori economici che si rendano colpevoli di "gravi illeciti professionali" di cui al paragrafo 4, stabilisce espressamente che, «se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4». La previsione pertanto di una differenziazione della durata temporale dell'efficacia preclusiva dell'illecito distingue le condanne per reati gravi, automaticamente escludenti, dalle ipotesi in cui la rilevanza del fatto, ai fini della configurazione del grave illecito professionale, anche in ragione della sua possibile minore gravità, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante (cfr., da ultimo, TAR Lazio, Roma, 11 maggio 2020 n. 4917);

CONSIDERATO, dunque, che il tenore letterale dei vigenti commi 10 e 10-bis dell'articolo 80 del d.lgs. n. 50/2016, i quali prevedono una disciplina specifica in punto di rilevanza temporale delle fattispecie escludenti rimesse all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante ai sensi del comma 5 (superando di fatto la questione dell'efficacia diretta dell'articolo 57 della Direttiva 2014/24/UE, interpretativamente sostenuta prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 135/2018, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019 n. 12) osterebbe ad un'interpretazione contraria che attribuisca alle sentenze riferibili ai "gravi illeciti professionali" un'efficacia temporale illimitata e, quindi, diversa rispetto alle altre fattispecie ivi riconducibili: oltre a non essere conforme all'articolo 57, paragrafo 7, della Direttiva 2014/24/UE, sarebbe infatti foriera di una possibile ingiustificata disparità di trattamento sia intrinsecamente, tra le varie cause integranti l'illecito professionale, sia rispetto alle condanne automaticamente escludenti ex articolo 80, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, per le quali, benché riferibili a reati più gravi, il comma 10, alle lettere b) e c), prevede un limite temporale rispettivamente di soli cinque e sette anni (cfr, in tale senso, da ultimo, TAR Lazio, Roma, 11 maggio 2020 n. 4917);

RITENUTO che, fermo restando l'obbligo del concorrente di dichiarare le circostanze di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) in sede di partecipazione ad una procedura di gara, tale obbligo incontra il limite della rilevanza temporale triennale di cui all'articolo 80, commi 10 e 10-bis, secondo la lettura interpretativa fornita sia dall'Autorità nelle menzionate Linee guida, sia dalla più recente giurisprudenza amministrativa;

RITENUTO, pertanto, che nel caso di specie, stante la risalenza nel tempo dell'illecito non dichiarato dal concorrente (un illecito avvenuto nel 2013, con una sentenza divenuta esecutiva nel 2015, non dichiarato



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

in una procedura di gara indetta il 6 giugno 2019, con scadenza del termine di presentazione delle offerte il 3 luglio 2019), l'omissione del concorrente possa ritenersi riconducibile alla fattispecie sopra esaminata di cui al limite temporale triennale della rilevanza dell'illecito professionale ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) e che, conseguentemente, essa non possa di per sé costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione con le conseguenze connesse, per legge, alle dichiarazioni non veritiere e alla mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario;

RITENUTO, altresì, che la valutazione, nel merito, attinente all'accertamento dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente sia un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante e, in quanto esercizio di discrezionalità, non sia suscettibile di sindacato da parte dell'Autorità;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la mancata dichiarazione della condanna penale oggetto della controversia da parte del concorrente non possa costituire di per sé motivo di revoca del provvedimento di aggiudicazione e determinare l'applicazione delle connesse conseguenze di legge, in ragione del limite temporale triennale riconosciuto alla rilevanza degli illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 e che rientri, in ogni caso, nella specifica competenza della stazione appaltante, nell'esercizio della discrezionalità conferitale dall'ordinamento, la valutazione dell'integrità e dell'affidabilità professionale del concorrente aggiudicatario.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 giugno 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente