



DELIBERA N. 680

29 luglio 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal ___OMISSIS_____, congiunta per adesione della ___OMISSIS_____- Procedura negoziata per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare nel ___OMISSIS_____- periodo 1/3/2020 - 28/2/2021 – Importo a base di gara: euro 283.420,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa

PREC 141/2020/S

Riferimenti normativi

Articoli 36 e 80 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

CONSIP; false dichiarazioni; grave illecito professionale

Massima

Dichiarazioni rese in sede di abilitazione al MEPA – Verifica della veridicità o completezza – Competenza – CONSIP

CONSIP è l'unico soggetto competente a verificare la veridicità e completezza delle dichiarazioni rese dagli operatori economici in sede di registrazione al MEPA. Alle Stazioni appaltanti è rimessa la verifica sul possesso dei requisiti speciali, nonché di quelli di ordine generale, quando l'aggiudicatario non sia stato sottoposto a controllo a campione da parte di CONSIP. Tuttavia, ogniqualvolta l'operatore economico, all'atto della partecipazione ad una procedura di gara, attesti il possesso dei requisiti di ordine generale mediante il richiamo alle dichiarazioni rese in sede di iscrizione al MEPA, confermandone la validità, la Stazione appaltante, in sede di controlli ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione, dovrà sottoporre a controllo di veridicità le dichiarazioni rese in sede di iscrizione al MEPA.



Omessa dichiarazione del possesso dei requisiti generali da parte di un sindaco cessato – Soccorso istruttorio – Ammissibilità.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione impone l'attivazione del soccorso istruttorio quando le carenze formali della domanda di partecipazione non si accompagnino ad una mancanza sostanziale del requisito di partecipazione. Non può essere esclusa dalla gara l'impresa che abbia omesso di rendere la dichiarazione circa l'assenza dei motivi di esclusione dalla gara con riferimento a tutti i soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del d.lgs. 50/2016, trattandosi di una carenza formale della domanda di partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 29 luglio 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. 48998 del 30 giugno 2020, con cui il ___OMISSIS_____ ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sui provvedimenti da assumere nei confronti della ___OMISSIS_____ aggiudicataria della procedura di gara in oggetto;

VISTO che l'istante ha rappresentato di aver svolto una procedura di gara sul MEPA; nel modello All. 1 alla lettera d'invito gli operatori economici invitati erano tenuti a dichiarare l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e che non erano intervenute variazioni rispetto a quanto dichiarato sul MEPA in fase di registrazione; in sede di controlli ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione, l'Amministrazione appurava che:

a) la dichiarazione resa dall'aggiudicatario in fase di conferma della registrazione sul MEPA in data 12 agosto 2019 era incompleta in quanto anziché riportare l'elenco dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla dichiarazione resa (12 agosto 2018 – 11 agosto 2019) era riferita ai soggetti cessati nell'anno solare 2018; risultava, pertanto, assente l'indicazione di tre soggetti (il Presidente del collegio sindacale e due sindaci) che avevano rivestito cariche societarie ed erano parzialmente cessati dalle stesse nei primi mesi dell'anno 2019, in un periodo temporalmente rilevante anche rispetto alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (17 febbraio 2020);

b) la dichiarazione circa l'assenza di variazioni rispetto a quanto indicato sul MEPA non rispondeva, pertanto, al vero;

c) a seguito della richiesta di chiarimenti, l'aggiudicatario trasmetteva l'elenco dei soggetti cessati dalla carica negli anni 2018 e 2019, dichiarando l'inesistenza a loro carico di condanne passate in giudicato o decreti penale di condanna divenuti irrevocabili o sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., o condanne per le quali si sia beneficiato della non menzione; tuttavia, da un controllo sul Casellario giudiziale, era emersa l'esistenza di un decreto penale di condanna, divenuto



irrevocabile nel 2018, a carico di uno dei soggetti cessati nell'anno 2019 per "falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico";

VISTO che l'Amministrazione segnalava all'aggiudicatario le difformità riscontrate nelle dichiarazioni rese chiedendo la presentazione di chiarimenti ed osservazioni nel termine di 10 giorni;

VISTO che la Coop. ___OMISSIS_____ faceva pervenire le proprie controdeduzioni, rappresentando che: a) quanto alle dichiarazioni rese sul MEPA in fase di registrazione, l'unico soggetto competente a valutarne la non veridicità è CONSIP; b) in merito alla presunta falsa dichiarazione circa l'assenza di variazioni, non solo detta dichiarazione non era prevista negli atti di gara ma si pone in contrasto con la tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice; c) il reato commesso dal sindaco cessato dalla carica non rientra tra le ipotesi di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 e neppure costituisce un grave illecito professionale in quanto riconducibile alla sfera privata del sindaco e, comunque, non riferibile a nessuna delle ipotesi esemplificative previste dalle Linee Guida n. 6 dell'Autorità, con la conseguenza che non doveva costituire oggetto di dichiarazione;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. 51117 del 7 luglio 2020, l'adesione all'istanza della ___OMISSIS_____ e le memorie pervenute;

CONSIDERATO, in merito alla prima questione sollevata, che ai sensi dell'art. 36, comma 6-bis) del d.lgs. 50/2016 "Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici di cui al comma 6, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici..."; il successivo comma 6-ter stabilisce che "Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6-bis";

RITENUTO, pertanto, in via generale, che il legislatore ha riservato a CONSIP il potere di verificare la veridicità (ivi compresa la completezza) delle dichiarazioni rese dall'operatore economico in sede di abilitazione al MEPA; alla Stazione appaltante compete di verificare la sussistenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti speciali richiesti nel bando di gara nonché quelli di ordine generale, nell'ipotesi in cui il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici soggetti a controllo a campione da parte di CONSIP;

RILEVATO, tuttavia, che l'art. 85, comma 4, del d.lgs. 50/2016 prevede che gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide;

CONSIDERATO che se la *ratio* della norma è quella di semplificare e alleggerire gli oneri amministrativi ricadenti sugli operatori economici all'atto della partecipazione ad una procedura di gara, non vi sono ragioni che ostino all'utilizzo del DGUE presentato dall'operatore economico oltre che in occasione di una precedente procedura di gara anche in sede di abilitazione al Mercato Elettronico della Pubblica amministrazione;

RITENUTO, pertanto, che qualora l'operatore economico, al fine di attestare il possesso dei requisiti di ordine generale, faccia espresso rinvio alle dichiarazioni rese in sede di abilitazione al MEPA, confermandone la validità e l'attualità, la Stazione appaltante ha l'onere di sottoporre a controllo di veridicità le suddette dichiarazioni;



CONSIDERATO, con riferimento al secondo quesito sottoposto, che la Corte di Giustizia ha da tempo chiarito come "i principi di trasparenza e di parità di trattamento prescrivono che le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa ed univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo da consentire a tutti i partecipanti alla gara normalmente diligenti, di comprendere l'esatta portata degli adempimenti da compiere e delle conseguenze della loro mancanza" (sentenza 2 giugno 2016, Pizzo, C- 27/15, EU:C:2016:404, punto 36);

CONSIDERATO, inoltre, che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale costante, lo schema di domanda allegato al bando non costituisce affatto parte integrante della *lex specialis*, bensì uno strumento predisposto unilateralmente dall'amministrazione, a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara dell'operatore economico (Cons. Stato, sez. V, 07.07.2014 n. 3449; TAR Cagliari, 11.03.2019 n. 215; cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19.07.2018 n. 4395, TAR Molise, 15.01.2016, n.17).

CONSIDERATO, altresì, che l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 consente il ricorso al soccorso istruttorio in presenza di carenze di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione; nella nozione di carenza di elemento formale va compresa anche l'ipotesi di omessa indicazione *tout court*, sia perché la norma stessa del Codice si riferisce ad ipotesi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi (escludendo quelli riferibili all'offerta)», sia perché la sanatoria consente che siano «rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie» (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 27 settembre 2018 n. 1362; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 16 luglio 2017 n. 4711; TAR Brescia, sez. I, 22 ottobre 2018, n.1006). Anche l'Autorità ha chiarito come costituisca un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (la completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate dai concorrenti), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non in presenza di una dichiarazione incompleta oppure omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015).

VISTA la recente sentenza del Consiglio di Stato, resa con riferimento all'omessa dichiarazione sull'assenza dei motivi di esclusione da parte della mandante di un RTI, ove è stato precisato che "la non perspicuità della *lex specialis* di gara, o, se si preferisce, la sua ambiguità in ordine alla dichiarazione, da parte delle imprese mandanti, del possesso dei requisiti di moralità, comporta che la inerente mancanza nella domanda di partecipazione non si pone certamente come causa di esclusione, se non altro in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, pur imponendo l'esercizio del potere di soccorso istruttorio. Quanto alla portata dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, osserva la Sezione che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'omessa dichiarazione dei requisiti di moralità non comporta l'esclusione del concorrente allorché la clausola del bando non richieda in termini espressi e specifici la dichiarazione dei medesimi, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione (in termini Cons. Stato, V, 16 marzo 2017, n. 4788; V, 4 gennaio 2018, n. 53), dovendosi precisare ulteriormente che in detta evenienza la dichiarazione non può ritenersi falsa, ma al più solo incompleta, parziale o limitata, e come tale soggetta a soccorso istruttorio. Detto in altri termini, l'omessa presentazione in gara della dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza dei reati ostativi, lungi dal rappresentare una falsa dichiarazione, di per sé sola idonea a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara, si configura come mancanza di una dichiarazione sostitutiva, in quanto tale sanabile facendo ricorso al soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 21 agosto 2017, n. 4048)." (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2019 n. 2242);

RILEVATO che nella lettera d'Invito/disciplinare di gara in oggetto era richiesto agli operatori economici di attestare il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del Codice; nessuna clausola



prevedeva che le dichiarazioni presentate in gara sarebbero state integrate da quelle rese in fase di abilitazione al Mercato Elettronico né che dovessero essere dichiarate le eventuali variazioni intervenute, la cui tipologia o natura non era neppure chiarita; infine, il disciplinare non dettagliava il contenuto del modello All. 1;

RILEVATO che lo stesso modello All. 1 alla lettera d'invito, sebbene richiedesse di dichiarare l'assenza di variazioni rispetto a quanto presente sul MEPA, non conteneva alcuno spazio fisico ove l'operatore economico potesse inserire le variazioni intervenute, né precisava eventuali modalità per rendere le suddette dichiarazioni (ad esempio mediante l'allegazione di un modulo *ad hoc*) e, analogamente al disciplinare di gara, era privo di qualsivoglia indicazione esemplificativa delle variazioni da dichiarare; in altri termini, il modello, per come formulato, e letto congiuntamente alla lettera d'invito – che, si ricorda, richiedeva solo di attestare l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del Codice – potrebbe aver indotto in errore l'operatore economico;

RITENUTO che nel contesto sopra descritto, la mancata indicazione di taluno dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del Codice che hanno rivestito cariche societarie nell'anno antecedente alla dichiarazione resa, costituisce un'ipotesi di carenza formale della domanda di partecipazione, un'omissione dichiarativa, sanabile attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio; dagli accertamenti compiuti dall'Amministrazione, non è emersa, infatti, l'esistenza di un motivo di esclusione (attinente ai requisiti di ordine generale/speciale ovvero alle altre condizioni di partecipazione) falsamente attestato in gara;

CONSIDERATO, quanto alla terza questione sollevata, che l'art. 80, comma 3, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che i soggetti ivi contemplati sono tenuti a rendere la dichiarazione circa l'assenza dei motivi di esclusione di cui ai commi 1 e 2; il successivo comma 5 dell'art. 80, alla lett. c), prevede che l'operatore economico è escluso dalla gara quando si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da incidere sulla sua integrità od affidabilità;

CONSIDERATO che nelle Linee Guida n. 6 l'Autorità ha espresso l'orientamento secondo cui i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara quando *sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice* che per esso operano; tuttavia, si rappresenta l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale, seppur minoritario, che, prendendo le mosse dal dato letterale delle norme coinvolte e ribadendo la vigenza del principio di tipicità e tassatività nelle cause di esclusione dalle gare pubbliche, stabilito dall'art. 83, comma 8, D.lgs. 50/2016, restringe l'ambito di operatività delle cause di esclusione di cui al comma 5 al solo operatore economico, ritenendo che i soggetti di cui all'art. 80, comma 3, siano tenuti a dichiarare solo l'esistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, commi 1 e 2 (cfr. T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, 22 gennaio 2019, n. 14; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29 gennaio 2019, n. 14, TAR Lazio, sez. II ter, nella sentenza 7836 del 17 giugno 2019);

RITENUTO, preliminarmente, di escludere che la dichiarazione resa dall'operatore economico circa l'assenza di condanne in capo ai soggetti cessati dalle cariche societarie negli anni 2018 e 2019 costituisca una falsa dichiarazione per aver omesso di indicare il decreto penale di condanna del sindaco cessato; invero, dalla piana trasposizione dell'*incipit* dell'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016, tenuto conto non solo dell'assenza di indicazioni nel disciplinare di gara circa le condanne da dichiarare ma anche dell'indirizzo minoritario sopra citato, al quale l'aggiudicatario ha ritenuto di adeguarsi, risulta evidente che la dichiarazione resa dalla Castel Monte Soc. coop. Onlus fosse riferita solo all'assenza di condanne gravi ed automaticamente escludenti con la conseguenza che la mancata dichiarazione del decreto penale di condanna appare costituire, piuttosto, un'omessa dichiarazione;



CONSIDERATO, altresì, che nelle Linee Guida n. 6, l'Autorità ha precisato, quanto all'ipotesi legale dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione» (oggi, art. 80, comma 5, lett. c-bis)) che 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. Tali circostanze non determinano di per sé l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 del codice che può invece essere disposta solo quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare. L'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico e alla gravità della fattispecie;

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. E' stato, infatti, 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 mancata dichiarazione del decreto penale di condanna riportato dal sindaco cessato, per un reato non ricompreso 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 è 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;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- l'omessa dichiarazione di alcuni soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del d.lgs. 50/2016, che hanno rivestito cariche societarie nell'anno antecedente alla dichiarazione presentata, costituisce una carenza formale della domanda di partecipazione, sanabile in sede di soccorso istruttorio;
- la violazione dell'obbligo dichiarativo di un decreto penale di condanna, conseguente ad una fattispecie di reato 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 4 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente