



DELIBERA N. 587

19 dicembre 2023.

Oggetto

Istanza CONGIUNTA presentata dalla [OMISSIS]S.r.l. e il Comune di Siracusa - Settore Sviluppo Sostenibile e tutela del Territorio e dell'Ambiente e Transazione Energetica - Servizio Igiene Urbana - Procedura negoziata per l'affidamento del Servizio di Direttore dell'esecuzione del contratto relativo al "Servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati, classificato come "verde" ai sensi del DM 13.02.2014, all'interno dell'ARO del Comune di Siracusa, gestito dalla Ditta Tekra S.r.l.. Importo a base di gara euro: 212.000,00. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Siracusa - Settore Sviluppo Sostenibile e tutela del Territorio e dell'Ambiente e Transazione Energetica - Servizio Igiene Urbana

UPREC-PRE 824/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 80, commi 3 e 5 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del Contraente – Esclusione – Grave illecito professionale – falsa dichiarazione – non sussiste.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del Contraente – Esclusione – Grave illecito professionale – falsa dichiarazione – non sussiste.

Premesso che l'omissione dichiarativa non è equiparabile alla falsità e non costituisce di per sé autonoma causa escludente, parimenti l'omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (o la dichiarazione reticente su tali fatti) non è mai nell'art. 80, comma 5, lett. c) autonoma causa di esclusione, allo stesso tempo non sussiste l'obbligo dichiarativo di precedenti esclusioni, trovando applicazione il condiviso principio secondo cui il partecipante ad una gara non è tenuto a dichiarare (e, pertanto non incorre in omissione informativa rilevante ai sensi ai dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016) le esclusioni disposte nei suoi confronti in precedenti gare, poiché la causa di esclusione che potrebbe dar luogo all'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in



cui è maturata, non avendo efficacia ultrattiva in altre procedure, pena, in caso contrario, l'inammissibile riproducibilità a strascico della medesima sanzione espulsiva. L'esclusione, infatti, rileva non in sé come un grave illecito, ma al più come adeguato mezzo di prova dei gravi illeciti professionali da cui è scaturita e la cui valutazione rientra nella discrezionalità della stazione appaltante.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 dicembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 104962 del 23.11.2023, con la quale la [OMISSIS] congiuntamente alla stazione appaltante – Comune di Siracusa – ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso in merito alla legittimità della aggiudicazione della gara di qua all'impresa [OMISSIS]s.r.l.s., in funzione delle presunte omissioni dichiarative rese dalla stessa nel DGUE con riferimento all'art. 80, co. 5 lett. c) – c bis) e f bis) del d.lgs. 50/2016. Oggetto di censura è altresì la presunta violazione degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, co. 3 del d.lgs. 50/2016 da parte del medesimo o.e.;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 106303 del 28.11.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti e dalla stazione appaltante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte precipuamente su una duplice doglianza inerente la legittimità della aggiudicazione disposta a favore dell'o.e. [OMISSIS]s.r.l.s. che, come sopra anticipato, avrebbe violato l'art. 80, co. 5 lett. c) – c bis) e f bis) del d.lgs. 50/2016 e gli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, co. 3;

CONSIDERATO preliminarmente che l'o.e. aggiudicatario controinteressato contesta la tardività dell'istanza - ex art. 7, co. 1 lett. d) del Regolamento vigente in materia di pareri di precontenzioso ex art. 211 del d.lgs. 50/2016 – in quanto vertente su un provvedimento i cui termini per l'impugnazione ex c.p.a. sono ormai scaduti giacché emanato il 30.8.2023, mentre l'istanza risale al 23.11.2023, si osserva quanto segue. Nel caso di specie, la richiesta di parere è stata congiuntamente proposta anche dalla stazione appaltante, ciò comporta che, nonostante la scadenza del termine per impugnare l'aggiudicazione, residua in ogni caso il potere della stessa stazione appaltante di assumere in autotutela tutti i provvedimenti necessari al fine di correggere gli eventuali profili di illegittimità finora non emersi, ivi compresi quelli scaturenti dalla emanazione del presente parere, che viene reso, si rammenta, nell'ambito del più generale potere di vigilanza che compete ad ANAC ex art. 213 del d.lgs 50/2016. Da quanto sopra prospettato, necessariamente consegue il rigetto della dedotta improcedibilità;

RILEVATO, con riferimento alla prima censura, che dall'esame della documentazione di cui al DGUE, sottoscritto in data 7.4.2023, le dichiarazioni oggetto di contestazione sono le seguenti: *"l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali ex art. 80, co. 5 lett. c) del Codice"* al quale è stato risposto negativamente, inoltre che lo stesso o.e., sempre nel DGUE, ha dichiarato che dal



19.1.2022 fino al 8.2.2022 è stato interdetto dalla partecipazione alle pubbliche gare per effetto di una annotazione interdittiva presente nel Casellario informatico di ANAC. Detta annotazione segnatamente reca quanto segue: «*Con nota acquisita al protocollo A.N.AC al n. 20827, del 11.03.2021, la stazione appaltante [OMISSIS](C.F. 96020670822, di seguito "S.A.") ha segnalato, con riferimento alla procedura relativa all'«Affidamento dei servizi tecnici inerenti la progettazione definitiva ed esecutiva, Direzione lavori, misure, contabilità, redazione della relazione geologica e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per la "Realizzazione di una rete di piattaforme di trattamento di biomassa lignocellulosa e agricola in filiera corta"» - CIG: 811259010E, una ipotesi di falsa/omessa dichiarazione da parte dell'Operatore economico "[OMISSIS]s.r.l.s." (C.F./P.I. 06409770820, di seguito "O.e.") in relazione ai requisiti generali di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d. lgs. n. 50/2016. L'O.E. nel periodo dal 19-01-2022 al 08-02-2022 è stato interdetto dalla partecipazione alle gare, dall'affidamento dei subappalti e dalla stipula dei contratti. Pronunce TAR/CdS Tar Sicilia, Palermo, sez. III, sentenza n. 2888 del 14 dicembre 2020.»;*

PRESO ATTO, pertanto, che secondo quanto evidenziato nella richiesta di parere, la mancata dichiarazione della revoca dell'aggiudicazione disposta dalla [OMISSIS]rappresenterebbe una falsa dichiarazione per omissione dell'obbligo dichiarativo circa la sussistenza di gravi illeciti professionali reso nel DGUE, ulteriormente aggravata dalla consapevolezza che tale revoca è stata confermata, anche dal punto di vista della gravità, dal TAR Sicilia – Palermo con sentenza n. 2888/2020. Tale carenza dichiarativa avrebbe inoltre riguardato anche un'ulteriore esclusione disposta con decreto del Provveditorato OO.PP. Campania del 18.2.2022, di cui tuttavia non viene dato ulteriore riscontro documentale, sebbene nelle proprie memorie la ditta [OMISSIS]s.r.l.s. non ne contesti l'esistenza;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 80, co. 5 lett. c e c-bis) è prevista l'esclusione laddove "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; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" e che la successiva lett. f bis) sancisce l'esclusione qualora "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere";

RILEVATO che sulla questione la scrivente Autorità ha aderito (cfr. Delibera n. 331 del 12.7.2022) all'orientamento giurisprudenziale ormai prevalente secondo cui anche nel caso di eventuali omissioni dichiarative «l'esclusione per omissioni dichiarative del concorrente in relazione a reati c.d. "non ostativi" non può essere automatica», affermando che «La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico» (così Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020 n. 16, ma già prima di tale pronuncia l'orientamento maggioritario



della giurisprudenza amministrativa era nel senso che 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);

RILEVATO che secondo un rilevante orientamento giurisprudenziale *“il partecipante ad una gara non è tenuto a dichiarare – e pertanto non incorre in omissione informativa rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016 – le esclusioni disposte nei suoi confronti in precedenti gare, poiché la causa di esclusione che potrebbe dar luogo all’omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva, si riferisce – e si conclude – all’interno della procedura di gara in cui è maturata, non avendo efficacia ultrattiva in altre procedure, pena, in caso contrario, l’inammissibile riproducibilità a strascico della medesima sanzione espulsiva”* (cfr. Consiglio Stato sentenza n. 8642 del 3.10.2023; Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2021 n. 1000; id. 27 settembre 2019, n. 6490; id. 9 gennaio 2019, n. 196; nello stesso senso cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 12 luglio 2021, n. 4806, id. sez. II 31 gennaio 2022, n. 639), con la conseguenza che l’omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (o la dichiarazione reticente su tali fatti) non è mai [nell’art. 80, comma 5, lett. c)] autonoma causa di esclusione, né lo è ai sensi della lett. f-bis), la quale condiziona l’esclusione alla dichiarazione non veritiera e non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393). Inoltre anche se si volesse voler considerare la precedente esclusione dalla gara, come rientrante nel genus dei *“gravi illeciti professionali”* la giurisprudenza ha ribadito costantemente che, in tali casi, *“(…) non è prevista l’automatica espulsione dell’operatore economico, ma la stazione appaltante è tenuta a valutare se essa porti a dubitare dell’integrità e dell’affidabilità dell’operatore economico, con riferimento all’esecuzione del contratto di appalto”* (Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336). Si è dunque al cospetto di una ipotesi di esclusione non già di tipo automatico bensì discrezionale collegata ad una valutazione di esclusiva pertinenza della stazione appaltante (ex multis Corte giustizia UE sez. IV, 19 giugno 2019, causa C-41/2018) la quale deve far emergere fatti connotati da particolare gravità (ex plurimis Consiglio di Stato sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; T.A.R. Emilia – Romagna Bologna sez. I, 19 aprile 2022, n. 354);

RILEVATO quanto sopra, premesso che si deve escludere con riferimento alla prima questione la sussistenza di una falsa dichiarazione discendente automaticamente dall’omissione dichiarativa, si rimette tuttavia alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione delle precedenti vicende in cui è incorsa la società ai fini della eventuale sussistenza del grave illecito professionale e della generale affidabilità ed integrità dell’impresa;

CONSIDERATO con riferimento alla seconda questione, inerente la violazione degli oneri dichiarativi di cui all’art. 80, co. 3 del d.lgs. 50/2016, riferiti alla persona dell’ing. [OMISSIS], si osserva preliminarmente che detto soggetto, precedente direttore tecnico della [OMISSIS]s.r.l.s., non riveste più alcun incarico societario nella ditta aggiudicataria, in esito alla adozione di misure di self cleaning. Dette misure di self cleaning, come si evince dalla sentenza del TAR Palermo n. 2888/2020 sopra richiamata, risalgono a ben più di un anno prima della indizione dell’attuale procedura di gara, ed hanno riguardato il precedente direttore tecnico che aveva una serie di carichi pendenti;

CONSIDERATO che l’art. 80, co. 3 impone obblighi dichiarativi nei confronti dei seguenti soggetti *“titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di*



direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata";

RILEVATO pertanto che, alla luce di quanto previamente osservato, nel caso di specie la posizione del direttore tecnico cessato da un triennio non rientra negli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, co. 3, ne consegue pertanto che anche la seconda questione appare priva di pregio;

CONSIDERATO infine che per quanto riguarda le questioni ulteriormente emerse in istruttoria ove affiorano, da un lato, la rilevanza dei carichi pendenti ricavabili dalla sentenza del TAR sopra menzionata, e dall'altro, i rilievi non contestati, secondo cui l'ing. [OMISSIS], benché cessato dall'incarico, continui ad essere attivamente occupato presso la [OMISSIS]s.r.l.s. (come espressamente indicato nello stesso DGUE tra i professionisti di cui si avvale la società) e si trova in rapporti di strettissima parentela con l'amministratore delegato nonché socio (in quanto è suo padre) e con l'attuale direttore tecnico e socio (in quanto suo marito) nonché con l'altro socio (in quanto suo padre), si richiama quanto chiarito dalla giurisprudenza in materia di "amministratore di fatto", in un caso sovrapponibile a quello in esame, per cui "la valutazione di affidabilità professionale, sottesa alla ratio della disciplina di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, costituisce manifestazione dell'esercizio dell'attività tecnico discrezionale della stazione appaltante e, come tale, può essere sottoposta al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei soli e consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti. Spetta, infatti, all'amministrazione l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente, sicché il relativo sindacato, da parte del Giudice, va rigorosamente mantenuto sul piano della verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione" (cfr. Cons. Stato sez. IV, sentenza n. 768 del 3.2.2022);

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, di invitare la stazione appaltante a valutare, secondo le proprie prerogative discrezionali, la sussistenza del grave illecito professionale alla luce delle coordinate ermeneutiche da ultimo richiamate, al fine di accertare l'affidabilità ed integrità dell'impresa.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 dicembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente