

## DELIBERA N. 586

8 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 dalla Ulivo Soc. coop.– Procedura aperta per l'affidamento Del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria e realizzazione delle aree a verde comunali per l'anno 2020. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 259.016,39 euro. S.A.Comune di Dalmine.

PREC 118/2020/S- PB

### Riferimenti normativi

Articolo 80 comma 5 lett. c e f-bis d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Motivi di esclusione, grave illecito professionale, rinvio a giudizio.

### Massima

**Motivi di esclusione - Grave illecito professionale- Rinvio a giudizio del socio di maggioranza – Omessa dichiarazione – Esclusione automatica – Va esclusa.**

Ai fini della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), non è sufficiente il mero richiamo all'esistenza del rinvio a giudizio, seppur per fattispecie di reati gravi, essendo necessario che la SA valuti, nell'esercizio della propria discrezionalità la gravità dei fatti ed il loro inquadramento come "*grave illecito professionale*".

La causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), non opera alla stregua di una esclusione automatica, a fronte di qualsiasi omissione dichiarativa da parte dell'operatore, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza dei fatti non dichiarati. Esclusa la fattispecie (che nel

caso di specie non ricorre, della falsa dichiarazione), le condotte omissive o reticenti dell'operatore comportano l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso. tale motivo di esclusione, dunque, non opera con riferimento all'omessa dichiarazione del rinvio a giudizio del socio dell'aggiudicataria, a fronte della ritenuta irrilevanza di tale circostanza da parte della SA e della conseguente conferma dell'aggiudicazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'8 luglio 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n.41657 del 5 giugno 2020, presentata dalla Ulivo soc.coop. Sociale relativa alla procedura per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto;

VISTA la documentazione di gara e le memorie trasmesse dalle parti;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione adottato in favore della società Vivai Marrone S.r.l., il cui socio di maggioranza e direttore tecnico (come risulterebbe da alcuni articoli di giornale allegati all'istanza), era stato arrestato pochi mesi prima dell'aggiudicazione e rinviato a giudizio per i reati di corruzione e turbativa d'asta in relazione a una vicenda riguardante un'altra procedura di gara; circostanza che l'impresa aggiudicataria aveva omesso di dichiarare alla stazione appaltante. Pertanto, ad avviso dell'istante, l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016 per grave illecito professionale o comunque per omissione di dichiarazioni rilevanti ai fini dell'affidabilità ai sensi della lett. f-*bis*) del comma 5 della medesima disposizione;

VISTA la richiesta di accesso agli atti formulata dall'istante e il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione in favore della società Vivai Marrone da parte della stazione appaltante emesso nonostante la notizia dell'incriminazione appresa attraverso la denuncia dell'odierno istante;

VISTO l'avvio del procedimento trasmesso con nota prot. n. 42235 del 9 giugno 2020;

VISTE le memorie della società aggiudicataria e della stazione appaltante, nelle quali, seguendo una comune linea difensiva, viene sostenuto che, secondo la giurisprudenza (cit. TAR Calabria, sez. I, 07.02.19, n. 258) e la prassi (cfr. Linee Guida n. 6 Anac), l'eventuale rinvio a giudizio e le misure cautelari non costituiscono adeguati mezzi di prova della commissione del grave illecito professionale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c), inoltre, sostengono che l'elencazione delle cause di esclusione è ritenuta tassativa e non suscettibile di applicazione analogica;

CONSIDERATO che l'aggiudicataria aggiunge che la *lex specialis* di gara non prevedeva un obbligo informativo relativo alle vicende del socio di maggioranza e direttore tecnico, pertanto l'omissione dichiarativa non equivarrebbe a falsa dichiarazione e che il novero dei soggetti indicati come obbligati a rendere le dichiarazioni ai sensi dell'art. 80 comma 3 non è estensibile in via interpretativa;

RILEVATO che l'istanza è procedibile e può essere decisa ai sensi dell'art. 11 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n.10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO che il rinvio a giudizio del socio di maggioranza della società aggiudicataria non rientra tra i casi di esclusione automatica dell'operatore economico di cui all'art. 80, comma 1, del Codice, atteso che tale disposizione si riferisce esclusivamente alle condanne definitive per le fattispecie di reato indicate alle lettere a) – g);

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di gara un operatore economico quando questi sia colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Come precisato dall'Autorità nelle Linee guida n. 6, nonché come affermato dalla giurisprudenza maggioritaria (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n.1299 e 27 aprile 2017, n. 1955), le fattispecie di grave illecito professionale enunciate nelle Linee guida e nel medesimo art. 80, hanno carattere esemplificativo, potendo la SA porre alla base della propria valutazione discrezionale anche altri *"mezzi di prova adeguati"*, da cui ricavare gravi indizi sull'eventuale inaffidabilità dell'operatore;

CONSIDERATO che la questione relativa alla sussistenza o meno dell'obbligo di dichiarare il rinvio a giudizio dei soggetti muniti di poteri di amministrazione e rappresentanza nella compagnie sociale di un concorrente, ed in particolare se il rinvio a giudizio ovvero l'applicazione di una misura cautelare costituiscono *"adeguati mezzi di prova"* della commissione di un grave illecito professionale, è dibattuta in giurisprudenza. Secondo un primo orientamento (richiamato dalla società aggiudicataria e dalla SA), il rinvio a giudizio non costituirebbe un adeguato mezzo di prova della commissione di un grave illecito professionale, con la conseguenza che la sua omessa dichiarazione non configurerebbe la causa di esclusione dell'operatore ai sensi della successiva lett. f-bis (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 258). Secondo altro orientamento (richiamato dall'istante), invece, sussisterebbe l'obbligo degli operatori di dichiarare il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico degli amministratori della società concorrente, ancorché non espressamente contemplati quale causa di esclusione, in quanto trattasi di fatti astrattamente idonei a compromettere la professionalità e l'affidabilità dell'operatore (TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 gennaio 2020, n. 22; di recente, TAR Campania, Salerno, sez. I, 3 giugno 2020, n. 632);

CONSIDERATO che l'Autorità, in una fattispecie analoga (relativa all'omessa dichiarazione del rinvio a giudizio del legale rappresentante di un'impresa), ha evidenziato che tale circostanza non determina l'esclusione automatica dell'operatore, ai sensi dell'art. 80, comma 1, del Codice e che *"qualora la stazione appaltante avesse ritenuto di inquadrare la fattispecie alla stregua di un grave illecito professionale (...) avrebbe dovuto motivare il provvedimento di esclusione con specifico riferimento alle ragioni che l'avevano condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla gravità della fattispecie e alla connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare, non essendo sufficiente il mero richiamo all'esistenza del rinvio a giudizio, seppur per fattispecie di reati gravi"* (Delibera n. 1153 dell'11 dicembre 2019);

CONSIDERATO, peraltro, che, con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2332, è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa alla consistenza, alla perimetrazione e agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura di gara, con particolare riferimento ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis) del Codice; pronuncia della Plenaria, allo stato, non ancora intervenuta;

RITENUTO di aderire l'indirizzo interpretativo secondo cui l'omessa dichiarazione del rinvio a giudizio del socio di maggioranza della società aggiudicataria non determina l'esclusione automatica della gara, né ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice né ai sensi della lett. f-*bis*) del medesimo comma;

RITENUTO, in particolare, quanto al comma 5, lett. c) dell'art. 80, che, ai fini dell'esclusione di un operatore (come chiarito nella citata Delibera n. 1153/2019) non è, infatti, sufficiente il mero richiamo all'esistenza del rinvio a giudizio, seppur per fattispecie di reati gravi, essendo, invece, necessario che la SA valuti, nell'esercizio della propria discrezionalità la gravità dei fatti ed il loro inquadramento come "*grave illecito professionale*". Nel caso di specie, la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha valutato l'illecito penale contestato al socio dell'impresa (relativo a fatti accaduti nel 2014), ritenendo che lo stesso allo stato non incida sull'affidabilità professionale dell'impresa aggiudicataria (anche perché il Tribunale del riesame ha revocato la misura della custodia cautelare di tale soggetto);

RITENUTO, inoltre, per quanto concerne la lett. f-*bis*) del comma 5 dell'art. 80, che (nelle more della pronuncia dell'Adunanza Plenaria) anche tale causa di esclusione non vada intesa alla stregua di una esclusione automatica, nel senso cioè di applicare la misura espulsiva a fronte di qualsiasi omissione dichiarativa da parte dell'operatore, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza dei fatti non dichiarati. Sotto tale profilo, l'Autorità intende aderire all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara, poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso (Cons. Stato, V, sentenza n. 5171/2019). La sanzione dell'espulsione per presentazione di "*dichiarazioni non veritieri*", ai sensi della cit. lett. f-*bis*), non trova, invece, applicazione con riferimento all'omessa dichiarazione del rinvio a giudizio del socio dell'aggiudicataria, a fronte peraltro della ritenuta irrilevanza di tale circostanza da parte della SA e della conseguente conferma dell'aggiudicazione.

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 luglio 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente