



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 73 DEL 7 febbraio 2019

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da ____OMISSIS____ S.r.l./Comune di Casale Monferrato – procedura aperta ex art. 60 d.lgs. n. 50/2016 per l'aggiudicazione dell'intervento di bonifica/messa in sicurezza permanente di tratto del canale Lanza in adiacenza all'area dell'ex stabilimento Eternit – Capo B – Opere Edili – Importo a base di gara: euro 1.296.876,51 - S.A.: Comune di Casale Monferrato – centrale unica di committenza

PREC 2/19/L

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 105734 del 24 dicembre 2018, il Comune di Casale Monferrato e l'operatore economico ____OMISSIS____ S.r.l. hanno congiuntamente sottoposto all'Autorità la questione degli effetti dell'annotazione nel casellario informatico di una sanzione interdittiva dalla partecipazione alle gare di 15 giorni, intervenuta a carico dell'aggiudicatario provvisorio nella fase di verifica dei requisiti, sul positivo accertamento dei requisiti in capo allo stesso aggiudicatario.

Le parti hanno rappresentato che il costituendo RTI ____OMISSIS____ S.r.l. – ____OMISSIS____ S.r.l. è risultato il migliore offerente nella gara in epigrafe (seduta pubblica del 21 novembre 2018) e che nel corso della verifica (effettuata in data 27 novembre 2018) del possesso dei requisiti autodichiarati in sede di gara è emersa un'annotazione nel Casellario Informatico presso ANAC a carico dell'impresa mandataria ____OMISSIS____ S.r.l. «per aver prodotto documenti falsi in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta» nel corso di una precedente procedura di affidamento indetta dal Comune di Tremosine sul Garda. L'annotazione, pubblicata in data 23 novembre 2018, reca una sanzione deliberata dall'Anac pari a 15 giorni di interdizione dalla partecipazione alle procedure di gara a decorrere dalla data di pubblicazione dell'annotazione stessa.

Ad avviso della stazione appaltante, la sanzione irrogata dall'Autorità comproverebbe pienamente la sussistenza in capo all'operatore economico di un grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, che le misure di *self-cleaning* poste in atto da ____OMISSIS____ S.r.l. (provvedimento disciplinare a carico del dipendente protagonista dell'accaduto, sostituzione del legale rappresentante, ridisegno dell'organigramma aziendale, adozione modello organizzativo aziendale ai sensi del d.lgs. n. 231/2001) non consentirebbero di ritenere superato in maniera indubbia. Ciò comporterebbe che, avendo dichiarato nella presente gara «di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità», ____OMISSIS____ S.r.l. avrebbe reso una dichiarazione non veritiera. Infine, secondo la ricostruzione della stazione appaltante, sarebbe da valutare anche l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-ter) del d.lgs. n. 50/2016 poiché l'intervenuta sanzione dell'interdizione dalla partecipazione alle gare, riscontrata durante l'attività di verifica dei requisiti generali, comporterebbe il venire meno del requisito (assenza di annotazione per falsa dichiarazione) dell'operatore economico seppure per il perdurare della sanzione stessa.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Secondo quanto prospettato dall'operatore economico, le misure di *self cleaning* adottate, già valutate positivamente dall'Anac nell'ambito del procedimento per l'irrogazione della sanzione interdittiva tanto da determinare l'applicazione dei minimi edittali, consentirebbero di superare i dubbi sull'affidabilità della ____OMISSIS____ S.r.l.. Inoltre, l'annotazione nel casellario di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), d.lgs. n. 50/2016 non potrebbe produrre effetti interdittivi nella gara in esame perché invocabile solo nelle gare future, pena la sua applicazione retroattiva, e non potrebbe comunque produrre effetti dopo la scadenza della sua breve durata (15 giorni), pena il riconoscimento di una sua portata ultrattiva. A seguito della comunicazione di avvio del procedimento con nota prot. n. 2745 del 14 gennaio 2019, nessuna delle parti interessate ha prodotto ulteriori memorie o documenti.

Ritenuto in diritto

Nell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, il legislatore nazionale ha delineato una nozione di grave illecito professionale molto ampia che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come nella disciplina previgente (art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006), ma anche in fase di gara (informazioni false e fuorvianti, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante). A ciò si è giunti facendo confluire nell'istituto del grave illecito professionale condotte che il paragrafo 4 dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE annovera separatamente quali autonome cause di esclusione (art. 5, par. 4, lett. g) e lett. i)).

Ha invece conservato la valenza di causa di esclusione autonoma la presentazione in sede di gara di documentazione o dichiarazioni non veritiere prevista dall'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016. Si tratta di un'ipotesi di esclusione che, a differenza del grave illecito professionale, opera automaticamente non essendo condizionata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Secondo l'approccio interpretativo seguito dall'Anac nelle Linee guida n. 6 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'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», i casi di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione e i casi di omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura, elencati nella lettera c) del comma 5 tra le ipotesi di grave illecito professionale, rappresenterebbero condotte diverse da quelle rientranti nella lettera f-bis) del comma 5 e sarebbero individuabili, a titolo esemplificativo, nella: «1. presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara; 2. presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione; 3. omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa» (Cfr. Linee guida cit.).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Sulla base di quanto considerato, la presentazione di documenti falsi in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta integra una condotta sussumibile nella lettera f-bis) e non nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80.

Conseguentemente, la dichiarazione di ____OMISSIS____ S.r.l. «di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità» non può essere considerata una falsa dichiarazione.

Come puntualizzato dal Consiglio di Stato, «la preclusione alla partecipazione alle gare per effetto della produzione di false dichiarazioni o falsa documentazione resta confinata alle due ipotesi tipiche: a) dell'esclusione dalla medesima gara nel cui ambito tale produzione è avvenuta; b) dall'esclusione da ulteriori e successive gare (ma soltanto nel caso in cui sia intervenuta l'iscrizione dell'impresa nel casellario informatico nelle ipotesi e con i limiti di cui al comma 5, lettera f-ter) e di cui al comma 12 dell'art. 80). Resta invece preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare autonomamente ai fini escludenti la condotta di un concorrente il quale abbia prodotto false dichiarazioni o falsa documentazione nell'ambito di una precedente gara e non sia stato iscritto nel casellario informatico dell'Autorità» (Consiglio di Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5365).

Ciò che va pertanto valutata ai fini dell'accertamento del possesso dei requisiti da parte di ____OMISSIS____ S.r.l. è l'efficacia interdittiva dell'annotazione nel casellario informatico sopravvenuta in fase di gara e rilevata in sede di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario.

Al riguardo, occorre in primo luogo considerare che le cause di esclusione di cui all'art. 80 sono preclusive non solo della partecipazione alle gare ma anche della stipula dei relativi contratti (art. 80, comma 14). Ne consegue, come già rilevato dal Consiglio di Stato (con riferimento alla previgente normativa ma con argomentazioni replicabili nei confronti dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016), che è impedita la stipula anche al concorrente inizialmente ammesso alla gara ma nei cui confronti risulti l'iscrizione di tale inibitoria nel corso della stessa gara. «In ciò non è ravvisabile alcuna retroazione del provvedimento sanzionatorio, poiché con esso viene impedita la stipula del contratto non ancora intervenuta» (Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6294).

Per quanto poi attiene al periodo di efficacia della sanzione e alla necessità che l'effetto preclusivo resti circoscritto alla durata della sanzione stessa stabilita dall'Autorità (in questo caso di 15 giorni) e decorrente dall'iscrizione nel casellario informatico, occorre rilevare che l'effetto escludente si produce quando ricade nel periodo di efficacia della sanzione non solo il termine di presentazione delle offerte (momento rispetto al quale va valutato il possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione alla gara) ma anche lo svolgimento del controllo dei requisiti dell'aggiudicatario al cui esito positivo è condizionata l'efficacia dell'aggiudicazione e, di conseguenza, la decorrenza del termine per la stipula del contratto (art. 32, commi 7 e 8, d.lgs. n. 50/2016). In questo senso l'Autorità ha già preso posizione nell'Atto di segnalazione n. 5 del 9 ottobre 2013 recante Efficacia della sanzione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 del Codice dei contratti.

Il successivo spirare della durata della sanzione non ha rilevanza avendo la stessa ormai già prodotto il proprio effetto preclusivo rispetto alla fase integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione e alla successiva stipula.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- la sopravvenienza dell'annotazione della sanzione interdittiva a carico dell'operatore economico nella fase di verifica dei requisiti è preclusiva della stipula del contratto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2019

Il segretario Maria Esposito

Formato pdf 201 kb