



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1002 del 23 ottobre 2019

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Centopercento Servizi S.r.l./CUC Comune di Celico, Comune di Casali del Manco, Comune di Spezzano Sila, Comune di Pietrafitta, Comune di Zumpano – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico degli alunni delle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado del territorio comunale – Importo a base di gara: euro 220.900,00 - S.A.: CUC Comune di Celico Comune di Casali del Manco Comune di Spezzano Sila Comune di Pietrafitta Comune di Zumpano

PREC 150/19/S

Art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016

Mancata stipula del contratto imputabile all'aggiudicatario – astratta idoneità a integrare un grave illecito professionale – impugnazione – obbligo dichiarativo

La decadenza dall'aggiudicazione per mancata stipula del contratto imputabile all'aggiudicatario è pertanto da ritenersi grave illecito professionale astrattamente rilevante ai fini dell'esclusione, in quanto idonea ad incidere sul rapporto di fiducia. Non è da considerarsi ostativa ai predetti effetti l'avvenuta impugnazione della revoca, in considerazione del principio secondo cui l'effetto utile della disposizione normativa sarebbe vanificato nel caso in cui il potere discrezionale della stazione appaltante fosse paralizzato dalla semplice proposizione del ricorso da parte dell'operatore economico.

Rilevato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 68155 del 2 settembre 2019, Centopercento Servizi S.r.l. ha contestato la veridicità della dichiarazione resa dall'operatore economico Duo Service S.r.l., primo nella graduatoria nella gara in epigrafe, in ordine ad asseriti gravi illeciti professionali pregressi.

All'istanza ha aderito la stazione appaltante con nota acquisita al prot. n. 70749 del 10 settembre 2019. L'istante ha riferito che, in passato, Duo Service S.r.l. è stata destinataria di una serie di provvedimenti che, se noti alla stazione appaltante, avrebbero dovuto essere valutati alla luce dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016. In particolare:

- revoca dell'aggiudicazione (con delibera n. 33/2018) di una gara relativa al servizio di trasporto scolastico del Comune di Bisignano, che Duo Service S.r.l. avrebbe impugnato solo con riferimento all'incameramento della cauzione, al solo scopo di lasciare intendere all'attuale stazione appaltante che la revoca sia *sub judice*. La stessa gara del Comune di Bisignano è stata oggetto della delibera Anac n. 505/2019, ampiamente citata dall'istante, nella quale l'Autorità ha censurato la negligenza del Comune per non avere verificato l'attendibilità della documentazione prodotta da Duo Service S.r.l. Dalla delibera emerge l'esistenza di precedenti penali a carico del precedente amministratore e legale rappresentante sig. Antonio Meranda - sentenze irrevocabili di condanna emesse dal Tribunale di Lagonegro nel 2009 e nel 2011 e un



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

decreto penale del Tribunale di Cosenza del 2012 per avere dichiarato il falso in una precedente procedura di gara – che, secondo la ricostruzione dell'Anac, avrebbe dovuto indurre il Comune di Bisignano a disporre controlli più accurati su Duo Service S.r.l.. Quanto ai motivi della revoca, emerge che Duo Service S.r.l. non avrebbe prodotto la documentazione indispensabile per la sottoscrizione del contratto e avrebbe esibito una copia artefatta, astrattamente idonea ad ingannare l'amministrazione circa l'effettiva stipulazione di una polizza assicurativa per l'aggiudicazione definitiva che, in sede di indagine giudiziaria, è risultata non essere mai stata emessa da parte della società assicuratrice intestataria della copia esibita da Duo Service S.r.l.;

- rinvio a giudizio dell'amministratore di fatto (sig. Antonio Meranda) e del precedente amministratore della società, nonché attuale socia della Duo Service S.r.l. per una quota pari al 49%, sig.ra Azzurra Leonetti, per i reati di turbativa d'asta, abuso d'ufficio e falso;
- esecuzione del servizio di trasporto scuolabus per il Comune di Cetraro con automezzi privi di copertura RCA.

L'avvio del procedimento è stato comunicato con nota prot. n. 73457 del 20 settembre 2019.

Duo Service S.r.l. ha affidato la sua replica alle note acquisite al prot. n. 68949 del 4 settembre 2019 e n. 70778 dell'11 settembre 2019, nelle quali ha evidenziato:

- per ciò che concerne la presunta omessa dichiarazione, di avere dichiarato, in sede di domanda di partecipazione, «*pur non avendone l'obbligo, trattandosi di evento irrilevante ai fini di cui all'art. 80 del Codice degli appalti*», l'adozione della determina n. 33/2018 del Comune di Bisignano e la sua tempestiva impugnazione innanzi al TAR Calabria e di non avere potuto dichiarare la delibera Anac n. 505/2019 in quanto venutone a conoscenza solo successivamente. A conferma dell'assenza di alcun obbligo dichiarativo a suo carico, Duo Service S.r.l. cita la sentenza del TAR Calabria n. 332/2018 - che ha rigettato il ricorso incidentale proposto da Centopercento Servizi S.r.l. volto ad ottenere l'esclusione di Duo Service S.r.l. da una precedente gara bandita dalla CUC del Comune di Dipignano - nella quale è stato statuito che i soggetti riferibili alla Duo Service S.r.l. attinti dai procedimenti penali non rientrano tra quelli indicati all'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016;
- con riferimento alla revoca pronunciata dal Comune di Bisignano, che l'impugnazione è estesa alla parte del provvedimento che le addebita la mancata stipula del contratto; ha inoltre sottolineato che non rientrano tra i gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'art. 80, comma 5, quelli eventualmente commessi nella fase prodromica alla stipula del contratto e che, al momento, non risulta alcuna annotazione a suo carico nel Casellario dell'Autorità;
- per quanto riguarda le condanne penali, che esse riguardano persone fisiche che da tempo non hanno nulla a che vedere con la società o che comunque non hanno alcuna funzione direttiva;
- quanto all'esecuzione del trasporto scolastico per altro Comune con automezzi privi di copertura RCA, che si tratterebbe di circostanza non veritiera.

Infine, Duo Service S.r.l. ha, a sua volta, censurato la posizione dell'istante a motivo della revoca, intervenuta nelle more della gara in oggetto, dell'aggiudicazione di altro appalto, bandito dall'Azienda di Servizi per la Mobilità di Cosenza (anche ASMC), «stante il grave inadempimento contrattuale di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

codesta ditta», evidenziando come tale circostanza, che costituisce un grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), rappresenti una causa di esclusione sopravvenuta a carico di Centopercento Servizi S.r.l. Nella specie, dalla determinazione di revoca dell'aggiudicazione, prodotta da Duo Service S.r.l., emerge che Centopercento Servizi S.r.l., risultata aggiudicataria della gara, non avrebbe provveduto a presentare alla stazione appaltante, nonostante le reiterate richieste, la documentazione, prevista dall'art. 10 del Disciplinare, attestante la idoneità dei mezzi da impiegare nel servizio (copia delle carte di circolazione e del certificato di assicurazione dei mezzi, copia delle patenti e di CQC dei conducenti, copia delle licenze comunali) oltre che la cauzione definitiva e la dichiarazione di presa visione del DUVRI.

Con nota acquisita al prot. n. 74433 del 24 settembre 2019, l'istante ha eccepito l'impossibilità che si configuri un grave inadempimento a suo carico, visto che la stazione appaltante non aveva ancora adottato l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non si può ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 80, comma 5, il quale opera solo ove il grave illecito professionale si riferisca ad un pregresso rapporto contrattuale conclusosi con un manifesto inadempimento. Contestualmente ha riferito di avere impugnato la revoca dell'aggiudicazione.

A seguito di richiesta di integrazione documentale, al fine del completamento dell'istruttoria, con nota acquisita al prot. n. 78897 del 7 ottobre 2019 la stazione appaltante ha prodotto la domanda di partecipazione, il DGUE e le dichiarazioni rese da Duo Service S.r.l. in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80, da cui emerge che, nella domanda di partecipazione e nel DGUE, il legale rappresentante ha dichiarato di non essersi reso colpevole di gravi illeciti professionali mentre, nella dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 circa l'assenza della cause di esclusione dell'art. 80, ha dato atto dell'intervenuta revoca dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Bisignano, citandone gli estremi, e della successiva impugnazione della stessa, dichiarandosi «disponibili, per una maggiore trasparenza e buona fede, a fornire ulteriori chiarimenti».

Ritenuto in diritto

Il riscontro alle istanze formulate, reciprocamente, da entrambi gli operatori economici richiede una preliminare sintetica ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione anteriore alla novella del d.l. n. 135/2018, disponeva l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto quando 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. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Le Linee guida Anac 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», aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017, unitamente al prevalente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto che le fattispecie ivi elencate fossero indicate a titolo esemplificativo e che le stazioni appaltanti potessero attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate nel Codice e nelle Linee guida, purché le stesse fossero oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dalla norma e sempre che ne ricorressero i presupposti oggettivi e soggettivi. Specularmente è stato riconosciuto alla stazione appaltante un margine significativo di discrezionalità e di apprezzamento nel valutare in concreto, con riguardo alla singola fattispecie trattata, i comportamenti idonei a costituire gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, non essendo stato ritenuto possibile, pena un eccessivo irrigidimento del sistema con potenziale vanificazione delle finalità della norma, vincolare la stazione appaltante a un elenco tassativo e automatico di casi di esclusione (cfr. Parere n. 2616/2018 reso dal Consiglio di Stato sulla proposta di aggiornamento delle Linee guida).

Il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 ha scorporato la lettera c) del comma 5, elevando ad autonome cause di esclusione quelle che prima erano fattispecie tipizzanti della fattispecie generale “grave illecito professionale”, facendole confluire nelle lettere c- bis) e c-ter) le fattispecie tipizzanti della fattispecie. L'attuale lettera c) del comma 5, rimasta priva di indicazioni, anche solo esemplificative, di comportamenti rilevanti, pare delineare una sorta di fattispecie escludente aperta, suscettibile di intercettare una molteplicità di pregresse vicende professionali potenzialmente significative, ulteriori rispetto a quelle indicate nelle lettere c-ter) e c-quater).

Non vi sono tuttavia motivi per non ritenere applicabile il criterio, delineato dall'Autorità nelle richiamate Linee guida n. 6 (attualmente in fase di revisione al fine di armonizzarle con la novella), secondo cui «I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice» (par. 3.1), al fine di circoscrivere, sotto il profilo soggettivo, la platea delle fattispecie astrattamente riconducibili nel grave illecito professionale e, al contempo, il contenuto dell'obbligo informativo gravante sull'operatore economico. Sotto il profilo temporale, è il comma 10-bis) dell'art. 80 a definire la durata dell'effetto interdittivo alla partecipazione alle procedure di affidamento delle fattispecie di cui al comma 5, lett. c).

Per quanto riguarda gli effetti della violazione dell'obbligo dichiarativo delle fattispecie astrattamente idonee a configurare il grave illecito professionale, nelle più volte richiamate Linee guida, l'Autorità ha ritenuto che tanto la falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento quanto l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportino l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del Codice (par. 4.2), determinando l'automatica esclusione del concorrente.

Venendo al caso in esame, per ciò che riguarda la posizione di Duo Service S.r.l., si ritiene che la revoca dell'aggiudicazione della gara del servizio di trasporto scolastico del Comune di Bisignano intervenuta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

nel 2018 sia fattispecie astrattamente idonea a configurare il grave illecito professionale. Costituisce approdo consolidato della giurisprudenza quello secondo cui il grave illecito professionale include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale ma anche in fase di gara (cfr. TAR Sicilia 22 ottobre 2018, n. 2148 e giurispr. *ivi citata*); in particolare, l'Autorità ha rilevato, nelle menzionate Linee guida, che «assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice» (par. 2.1.2.4). La decadenza dall'aggiudicazione per mancata stipula del contratto imputabile all'aggiudicatario è pertanto da ritenersi grave illecito professionale astrattamente rilevante ai fini dell'esclusione, in quanto idonea ad incidere sul rapporto di fiducia (Consiglio di Stato, 22 luglio 2019, n. 5171). Non è inoltre da considerarsi ostativa ai predetti effetti l'avvenuta impugnazione della revoca, in considerazione del principio espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza 19 giugno 2019 C-41/18, con riferimento alla risoluzione del contratto ma estendibile anche al caso della revoca, secondo cui l'effetto utile della direttiva sarebbe vanificato nel caso in cui il potere discrezionale della stazione appaltante fosse paralizzato dalla semplice proposizione del ricorso da parte dell'operatore economico (cfr. Parere di precontenzioso n. 678 del 17 luglio 2019).

Per quanto concerne le condanne penali e il rinvio a giudizio, esse non appaiono, sotto il profilo soggettivo, riconducibili nel perimetro delle fattispecie astrattamente rilevanti, poiché riguardanti persone fisiche che non rientrano tra i soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 (dalla consultazione di Infocamere, Leonetti Azzura, attuale socia di minoranza, risulta cessata dalla carica di amministratore unico e da socia unica da oltre un anno dalla pubblicazione del bando e Meranda Antonio non risulta avere mai rivestito cariche sociali).

Quanto all'accennata circostanza dell'avvenuta esecuzione del servizio di trasporto scuolabus per il Comune di Cetraro con automezzi privi di copertura RCA, supportata da articoli di stampa, si evidenzia che la giurisprudenza ha ritenuto che i fatti suscettibili di apprezzamento, alla luce dell'art. 80, comma 5, lett. c), devono trovare traccia, al fine di generare il corrispondente onere dichiarativo in capo all'operatore economico, in atti e/o documenti dotati di un minimo di attendibilità e valenza dimostrativa, per potere fornire alla stazione appaltante la base probatoria (i "mezzi adeguati" di cui alla disposizione citata) al fine di formulare le eventuali conseguenti contestazioni di inaffidabilità professionale e che tale livello di significatività probatoria non è stato ritenuto raggiunto dalle notizie di stampa (Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2019 n. 2493). Del pari, l'Autorità non può essere ritenuta in grado di formulare valutazioni in ordine alla astratta idoneità delle circostanze denunciate a incidere sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico sulla base di mere notizie di stampa.

A fronte dell'obbligo, deducibile sulla base di quanto sin qui considerato, di Duo Service S.r.l. di dichiarare in sede di offerta l'intervenuta revoca dell'aggiudicazione della gara del Comune di Bisignano, le dichiarazioni rese dall'operatore economico appaiono contraddittorie (dichiarazione negativa nel DGUE vs dichiarazione della revoca contenuta in altra dichiarazione resa dall'Amministratore Unico). Al riguardo, si ritiene tuttavia che, ai fini della valutazione del rispetto del predetto obbligo dichiarativo,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

le due dichiarazioni debbano essere lette congiuntamente e che ciò porti ad escludere che Duo Service S.r.l. abbia reso una falsa dichiarazione (Cfr. Consiglio di Stato, 12 aprile 2019, n. 2407). Indipendentemente dal fatto che DUO Service S.r.l. possa non ritenere la revoca subita astrattamente idonea ad integrare un grave illecito professionale, si crede infatti che debba essere valorizzata la circostanza che la stazione appaltante è stata informata ed è stata messa nelle condizioni di valutare la revoca ai fini dell'eventuale esclusione. L'indicazione degli estremi del provvedimento e la disponibilità mostrata a fornire ulteriori chiarimenti inducono a ritenere altresì che la stazione appaltante sarà posta in grado di svolgere il processo valutativo disponendo di tutte le informazioni che riterrà utili allo scopo. Resta inteso che qualora, nel corso del contraddittorio con la stazione appaltante, Duo Service S.r.l. dovesse fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare la decisione sull'esclusione o dovesse omettere informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, rientrerebbe nell'ambito di applicazione della lettera c-bis) del comma 5.

Per ciò che riguarda la posizione di Centopercento Servizi S.r.l., la revoca dell'aggiudicazione della precedente gara di ASMC, impugnata avanti al TAR Calabria, costituisce, per le medesime ragioni già illustrate con riferimento a Duo Service s.r.l., fattispecie astrattamente idonea ad integrare un grave illecito professionale. Essendo intervenuta dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, essa non ha potuto essere dichiarata in sede di partecipazione; tuttavia, trattandosi di fattispecie potenzialmente incidente sul possesso di uno dei requisiti di carattere generale che, come noto, in forza del principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione, devono essere mantenuti dall'operatore economico per tutta la durata della gara e, da parte dell'aggiudicatario, anche nella fase di esecuzione del contratto (Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 28 dicembre 2017, n. 6135, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5701, Adunanza plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5, Adunanza plenaria, 20 luglio 2015, n. 8), avrebbe dovuto essere portata a conoscenza della CUC Comune di Celico al fine di porla nella condizione di valutare la persistenza del possesso del requisito in questione.

L'omissione del tipo in cui è incorsa Centopercento Servizi S.r.l. (che, per quanto consta, non ha dichiarato la sopravvenuta revoca dell'aggiudicazione), nelle Linee guida n. 6, è stata ritenuta dall'Autorità fattispecie riconducibile alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione» (par. 2.1.2.3), confluite, dopo la novella, nella fattispecie di cui alla lettera c-bis).

Secondo la giurisprudenza (da ultimo prevalente) formatasi sotto il vigore della norma previgente rispetto alla novella (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 3 settembre 2018, n. 5142; Consiglio di Stato, 16 novembre 2018 n. 6461; Consiglio di Stato, 24 settembre 2018, n. 5500), ma ripresa anche da quella successiva (cfr. Consiglio di Stato, 22 luglio 2019, n. 5171), la disposizione costituisce una sorta di clausola di chiusura del sistema, che impone agli operatori economici di portare la stazione appaltante a conoscenza di tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, al fine di consentire il formarsi di un più sicuro giudizio sull'integrità ed affidabilità dello stesso operatore economico. L'omessa - cui la giurisprudenza equipara anche la reticente (ovvero non completa) - dichiarazione di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

informazioni da ritenersi rilevanti secondo i canoni sopra delineati, secondo la richiamata giurisprudenza, deve essere valutata, ai fini dell'esclusione, dalla stazione appaltante, sotto il profilo dell'idoneità a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che la revoca dell'aggiudicazione della gara del servizio di trasporto scolastico del Comune di Bisignano, intervenuta nel 2018, sia fattispecie astrattamente idonea a configurare a carico di Duo Service S.r.l. un grave illecito professionale la cui rilevanza, ai fini dell'esclusione, va valutata dalla stazione appaltante all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico;
- che la revoca dell'aggiudicazione della gara del servizio di trasporto scolastico dell'Azienda di Servizi per la Mobilità di Cosenza, intervenuta nelle more della presente gara, sia fattispecie astrattamente idonea a configurare a carico di Centopercento Servizi S.r.l. un grave illecito professionale che l'operatore economico avrebbe dovuto dichiarare al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare la sopravvenienza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016;
- che l'omessa dichiarazione della sopravvenuta revoca dell'aggiudicazione, integrante la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016, va valutata – all'esito di un procedimento in contraddittorio – dalla stazione appaltante, ai fini dell'esclusione di Centopercento Servizi S.r.l., sotto il profilo dell'idoneità a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 novembre 2019

Il Segretario Maria Esposito