



DELIBERA N. 550 del 28 novembre 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 presentata dal Comune di [OMISSIS]- Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di mensa scolastica ex art. 50 comma 1 lett. E) del d.lgs. n. 36/2023 per gli anni scolastici 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027- CIG: [OMISSIS]- S.A.: Comune [OMISSIS]

UPREC/PRE/0321/2024/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 95, comma 1, lett. e) d.lgs. 36/2023

Art. 98 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Grave illecito professionale – Informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare il processo decisionale

Massima

Appalto pubblico – In genere – Cause non automatiche di esclusione – Grave illecito professionale – Condizioni – Devono essere cumulativamente presenti - Necessità

Il provvedimento che dispone l'esclusione del concorrente per grave illecito professionale richiede un'adeguata motivazione in ordine alla sussistenza di tutte le condizioni indicate all'art. 98, comma 2, del Codice. A fronte della tipizzazione normativa degli elementi integranti un illecito professionale e dei mezzi adeguati a provarne la sussistenza, è riconosciuta un'ampia discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'incidenza del grave illecito sull'affidabilità e integrità del concorrente.



Appalto pubblico – In genere – Grave illecito professionale – Elementi integranti illecito – Fornire informazioni false o fuorvianti – Impatto sulle decisioni della Stazione appaltante – Verifica in concreto – Sussiste

La fattispecie del fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti tali da incidere sulle decisioni della Stazione appaltante in ordine all'ammissione, esclusione o aggiudicazione della gara, richiede che l'Amministrazione valuti, in concreto, se l'informazione fornita abbia avuto impatti decisivi sulle determinazioni assunte, verificando, in particolare, se, in mancanza di tale informazione, sarebbe stata assunta una determinazione diversa.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 novembre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 120700 del 17 ottobre 2024, con cui il Comune di [OMISSIS] ha rappresentato che, nel corso delle verifiche sulle dichiarazioni rese in fase di gara dal soggetto primo classificato in graduatoria ([OMISSIS]s.r.l.), due Stazioni appaltanti, presso le quali il suddetto operatore ha dichiarato di aver svolto servizi analoghi a quelli oggetto di gara, non hanno confermato la dichiarazione resa, affermando anzi, al contrario, che l'o.e. [OMISSIS]S.r.l. non ha mai svolto alcun servizio presso il loro Ente;

RILEVATO che, a seguito della ricezione delle suddette note, il Comune di [OMISSIS] chiedeva chiarimenti all'o.e. [OMISSIS]S.r.l. che questi riscontrava affermando che:

- analoga problematica si era verificata in passato durante le medesime verifiche in vista dell'aggiudicazione del servizio di ristorazione scolastica in favore del Comune di [OMISSIS], in occasione delle quali i medesimi due Comuni ([OMISSIS]), negarono la partecipazione della Società nello svolgimento dei servizi di refezione scolastica nel periodo maggio - giugno 2022. Tuttavia, dopo la presentazione della documentazione comprovante la veridicità di quanto dichiarato, il Comune di [OMISSIS] procedeva con l'aggiudicazione definitiva del servizio;
- la società si è costituita il 09.05.2022 e dal 17.05.2022 è subentrata nella gestione degli appalti della [OMISSIS]Srl, in virtù di un Contratto di Affitto di Azienda. Tra questi, anche il contratto presso il Comune di [OMISSIS], dove la [OMISSIS] era mandante del RTI con mandataria la Coop. [OMISSIS] e quello presso il Comune di [OMISSIS] ove la [OMISSIS]s.r.l. figurava ugualmente come mandante del RTI con la [OMISSIS]S.r.l.;
- Contestualmente alla sottoscrizione del contratto di affitto di ramo d'azienda e al subentro nei suddetti appalti, tutte le aziende interessate e quindi l'Azienda uscente [OMISSIS]srl, la subentrante [OMISSIS]Srl e le mandatarie di ciascun RTI hanno comunicato agli Enti tale modifica, oltre all'attivazione degli obblighi di cui all'art. 2112 del c.c., per l'assorbimento del personale in forza nella [OMISSIS]Srl;
- Per gli appalti in cui la [OMISSIS] Srl era mandante, la società è subentrata naturalmente come mandante, fatturando i servizi in quota di partecipazione ed esecuzione non alla Committente ma



alla mandataria del RTI. Allega, a tal fine, le fatture indirizzate alla Coop. [OMISSIS], in relazione all'appalto svolto presso il Comune di [OMISSIS], in uno al ricorso per decreto ingiuntivo, stante il mancato pagamento delle stesse;

- Il Comune di [OMISSIS] ed [OMISSIS] erano consapevoli della cessione del ramo d'azienda e nessun problema hanno sollevato nel periodo di esecuzione del servizio (maggio-giugno 2022);
- In ogni caso, l'impresa è in grado di coprire interamente i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa attraverso il contratto di avvalimento prodotto in gara;

RILEVATO che il Comune [OMISSIS], premettendo di non potersi ergere a giudice della verità tra ciò che dichiarano i due Comuni ([OMISSIS] ed [OMISSIS]) e ciò che afferma l'Operatore economico [OMISSIS]srl, chiede dell'Autorità di pronunciarsi sull'esatta interpretazione ed applicazione nel caso di specie della causa di esclusione di cui all'art. 98 del Codice - nella parte in cui prevede che va escluso dalla gara l'operatore economico che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione - alla luce dei principi del risultato, della fiducia e del legittimo affidamento tra Stazione appaltante ed operatori economici;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 122821 del 22 ottobre 2024;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 124434 del 24 ottobre 2024 con cui la [OMISSIS]s.r.l. ha insistito per l'avvenuto svolgimento dei servizi presso i Comuni di [OMISSIS] ed Elmar e per il soddisfacimento del requisito richiesto nella procedura in oggetto tramite il contratto di avvalimento prodotto in gara;

VISTA la nota prot. n. 126658 del 30 ottobre 2024 con cui si chiedeva alla Stazione appaltante di trasmettere tutta la documentazione amministrativa presentata dalla [OMISSIS]S.r.l. nella procedura di gara in oggetto e il riscontro della Stazione appaltante e dell'o.e.;

VISTO il vigente Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO che la questione su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concerne l'interpretazione della causa di esclusione non automatica del grave illecito professionale costituita dal fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;

VISTO l'art. 95, comma 1, lett. e) del d.lgs. 36/2023, a mente del quale la Stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti che *"l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrarli i medesimi"*;

RILEVATO che l'art. 98 del Codice, al comma 2, stabilisce che l'esclusione per grave illecito professionale può essere disposta al ricorrere di tre condizioni: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6. Il successivo comma 8 prevede poi che il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni indicate;

RILEVATO che l'art. 98, comma 3, lett. b) indica tra gli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale, la "condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.". Il successivo comma 4 specifica poi che la



valutazione di gravità deve tenere conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta, del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa;

RILEVATO, infine, quanto alla condizione di cui alla lett. c), ovvero ai mezzi di prova adeguati, che il comma 6 dell'art. 98 stabilisce che essi sono costituiti, quanto alla lettera b), dalla presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;

CONSIDERATO che dal complesso delle disposizioni testé citate deve, anzitutto, osservarsi che, in tema di grave illecito professionale, il nuovo Codice si pone in forte discontinuità rispetto alla disciplina recata dal d.lgs. 50/2016. Si ricorda, infatti, che, nell'impianto codicistico previgente e nell'interpretazione di esso fornita dalla giurisprudenza e dall'Autorità, l'elencazione delle fattispecie integranti un illecito professionale non era considerata tassativa ma abbracciava tutti quei fatti riguardanti l'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, passibili di valutazione sull'affidabilità professionale. Al carattere aperto del previgente "grave illecito professionale", il nuovo Codice contrappone l'elencazione tassativa degli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale e dei mezzi di prova che le amministrazioni aggiudicatrici devono utilizzare per dimostrarlo;

CONSIDERATO, tuttavia, che pur essendo necessaria la sussistenza di una delle fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, la giurisprudenza e l'Autorità hanno rilevato come non sia invece mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico. In particolare, si è osservato che "In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante...in relazione al sindacato giurisdizionale sulla valutazione di inaffidabilità si è anche di recente ribadito che "è la stazione appaltante a fissare il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente perché è ad essa che è rimesso il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un grave illecito professionale" (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72, che richiama sul tema Cass., SS.UU., 17 febbraio 2012, n. 2312). Rispetto a tale valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto al rilievo di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, erroneità e irragionevolezza della ridetta valutazione. Sotto questo profilo, si è evidenziato come la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colori di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti alla luce del Principio della fiducia, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023. E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice ("le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore" (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12.12.2023, n. 3738); (TAR Sardegna, 11 marzo 2024, n. 204 confermata da Cons. stato, 25 ottobre 2024, n. 8529; Parere funzione consultiva ANAC n. 21/2024);



CONSIDERATO, quanto alla condotta dell'operatore economico che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la nota sentenza n. 16 del 2020, ha avuto modo di precisare che I) le informazioni false sono quelle dirette e in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara; II) l'informazione fuorviante è quella avente attitudine decettiva, di «influenza indebita», ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante; III) la rilevanza di tali informazioni false o fuorvianti deve essere sempre apprezzata "in concreto" dalla stazione appaltante, valutando, in particolare, se detta informazione abbia inciso sulle determinazioni da assumere in materia di ammissione/esclusione/aggiudicazione (sulla necessità di una valutazione in concreto cfr. anche Cons. Stato, 12 agosto 2024, n. 7096; Cons. Stato, 3 novembre 2023, n. 9540; Delibera ANAC n. 725 del 9 settembre 2020). Proprio muovendo dalla valutazione "in concreto", l'Adunanza Plenaria giunge a ritenere ininfluenza ai fini della decisione sull'ammissione/esclusione del concorrente dalla gara – e, dunque, inidonea a provare l'avvenuta commissione di un grave illecito professionale – l'inclusione nel computo del fatturato anche della quota parte di fatturato maturato da una consorziata sospesa dal Consorzio stabile, tenuto conto che il requisito economico-finanziario richiesto dal bando di gara risultava comunque ampiamente soddisfatto dal fatturato delle altre consorziate;

RILEVATO che, nel caso di specie, la dichiarazione resa dall'operatore economico [OMISSIS]S.r.l. circa l'avvenuto espletamento del servizio di ristorazione scolastica presso i due Comuni di [OMISSIS] ed Elmar nei mesi di maggio/giugno 2022 non è stata comprovata attraverso idonea documentazione (certificato di avvenuta esecuzione del servizio/contratto e fatture quietanzate); né è stata prodotta l'autorizzazione delle due citate Stazioni appaltanti al subentro nel contratto in luogo della originaria mandante del RTI (anzi, il Comune di [OMISSIS], con determinazione dirigenziale dell'ottobre 2022 ha escluso la possibilità di subentro della [OMISSIS]S.r.l. alla [OMISSIS]S.r.l. e, in ogni caso, le citate SS.AA. hanno dichiarato espressamente che il suddetto operatore non ha svolto alcun servizio presso il loro Ente). In tale contesto, le fatture e i cedolini delle buste paga prodotte dalla [OMISSIS] costituiscono elementi indiziari dell'avvenuto svolgimento, di fatto, dei servizi ma giammai possono ritenersi idonee a comprovare l'esecuzione autorizzata del servizio stesso presso le suddette Stazioni appaltanti;

RITENUTO, pertanto, che la dichiarazione resa dall'operatore economico [OMISSIS]S.r.l. in merito all'avvenuto svolgimento del servizio presso i due Enti (Comuni di [OMISSIS]), in quanto finalizzata ad attestare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara e non comprovata attraverso idonea documentazione, presenta astrattamente, ovvero considerata in modo isolato rispetto al resto delle dichiarazioni rese, gli elementi tipici della fattispecie di cui al citato art. 98, comma 3, lett. b) del Codice, in quanto potenzialmente idonea a sviare le decisioni della Stazione appaltante in merito all'esclusione/ammissione/aggiudicazione dell'o.e. dalla gara; tuttavia, le indicazioni fornite dalla giurisprudenza sopra richiamata impediscono di attribuire efficacia escludente ad una dichiarazione che, seppur falsa o fuorviante, non abbia avuto, in concreto – ovvero valutata nel contesto delle altre dichiarazioni rese e della documentazione presentata, specie con riferimento alla dichiarazione di avvalimento - incidenza decisiva sul processo decisionale della Stazione appaltante in ordine all'ammissione/esclusione/aggiudicazione del concorrente dalla gara;

RITENUTO, pertanto, che, ai fini della valutazione circa la sussistenza di un grave illecito professionale, la Stazione appaltante è tenuta a stabilire:

- Se l'informazione fornita dall'o.e. [OMISSIS]S.r.l. sia stata idonea ad influenzare il processo decisionale in ordine alla sua ammissione e aggiudicazione della gara. In tale prospettiva, tenuto



conto dell'indirizzo sopra richiamato circa la valutazione "in concreto" dell'informazione resa, l'amministrazione resistente dovrà verificare se le dichiarazioni rese in merito ai servizi svolti presso i Comuni di [OMISSIS] ed [OMISSIS] abbiano sviato il processo decisionale circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando di gara, tenuto conto, a tal fine, delle ulteriori dichiarazioni rese in merito all'avvalimento e ai requisiti prestati dall'ausiliaria;

- Qualora l'informazione fornita, sebbene fuorviante, non abbia sviato il processo decisionale della Stazione appaltante in ordine all'ammissione del concorrente alla gara, non potrà ritenersi sussistente la condizione sub a) dell'art. 98, comma 2, del Codice, con conseguente inconfigurabilità del grave illecito professionale;
- In caso contrario, ovvero se l'informazione abbia concretamente inciso sulle decisioni dell'Ente, la Stazione appaltante sarà chiamata a compiere la valutazione, ampiamente discrezionale e rimessa alla sua esclusiva competenza, in ordine alla gravità dell'illecito professionale e alla sua incidenza sull'affidabilità e integrità del concorrente;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'informazione resa dalla [OMISSIS]S.r.l. circa l'avvenuto espletamento di taluni servizi analoghi presso i Comuni di [OMISSIS] ed [OMISSIS], in quanto non confermata da tali Enti, rientra nel novero delle informazioni false e fuorvianti idonee ad incidere sul processo decisionale della Stazione appaltante circa l'ammissione, esclusione, aggiudicazione. Tenuto conto, tuttavia, che la [OMISSIS]S.r.l. ha fatto ricorso anche all'avvalimento per soddisfare i requisiti di partecipazione richiesti dal bando di gara, la Stazione appaltante è tenuta a valutare la concreta incidenza della dichiarazione resa sulle proprie decisioni finali in ordine all'ammissione/aggiudicazione della gara; nel caso in cui la suddetta informazione abbia avuto concreta incidenza sul processo decisionale, la Stazione appaltante sarà chiamata a valutare e a motivare adeguatamente in ordine alla gravità dell'illecito professionale e alla sua incidenza sull'affidabilità e integrità del concorrente.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2024
Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente