

Sull'omessa indicazione di una precedente esclusione da una gara per false attestazioni di regolarità tributaria ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016.

di Giovanni Corbyons

Data di pubblicazione: 20-3-2017

1) *Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante esclude da una procedura un operatore economico quando "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;*

2) *La ratio della disposizione sull'esclusione è di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa partecipante nell'esercizio dell'attività professionale, ai fini del buon esito dell'appalto da affidare.*

3) *La circostanza che il citato art. 80 stabilisce che la stazione appaltante accerti "con adeguati mezzi" che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti nell'esercizio dell'attività professionale implica l'obbligo di dichiarazione da parte dell'impresa partecipante degli errori commessi nell'esercizio della pregressa attività.*

4) *A differenza di quanto avveniva sotto il codice previgente, l'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 tipizza le fattispecie rilevanti e attribuisce un filtro sugli episodi di "grave illecito professionale" all'impresa partecipante, la quale, a maggior ragione, è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio che possa influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.*

5) *Non vale a sanare ex post tale mancata dichiarazione, l'affermazione del Comune resistente secondo il quale non vi sarebbe prova della falsità delle dichiarazioni rese dalla società aggiudicataria nella precedente gara, poiché in tal modo la stazione appaltante compie, in sede giurisdizionale, quelle valutazioni che avrebbe dovuto fare al momento della decisione sull'ammissione o sull'esclusione dell'operatore economico.*

1, 2) Conformi: Consiglio di Stato, sezione V, 11 aprile 2016, n. 1412; Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Salerno, Sez. I, 2 gennaio 2017, n. 10; Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna – Cagliari, Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 124.

Guida alla lettura

Nella vicenda sottoposta all'esame del Tar Campania, la ricorrente ha impugnato l'ammissione alla gara della società controinteressata - poi divenuta aggiudicataria – per violazione dei requisiti generali di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016.

La ricorrente, in particolare, ha lamentato il difetto, in capo all'impresa aggiudicataria, del requisito della moralità professionale richiamato dalla citata norma, per essere stata esclusa da una precedente gara a causa di false dichiarazioni in ordine al requisito di regolarità tributaria.

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, infatti, è onere della stazione appaltante escludere dalla procedura di gara l'operatore economico quando dimostri, con mezzi adeguati, il compimento di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità.

Tra gli illeciti professionali previsti dalla norma, e che interessano il caso in esame, rientra 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 procedure di selezione.

Secondo il Collegio e la giurisprudenza maggioritaria formatasi sul punto, lo scopo della richiamata disposizione è appunto quello di consentire alla stazione appaltante di valutare il comportamento dell'impresa ai fini del buon esito della procedura di affidamento.

Tale accertamento, da compiersi "con adeguati mezzi", comporta l'obbligo dell'operatore economico partecipante di dichiarare gli eventuali errori commessi nell'esercizio e nello svolgimento di pregresse procedure di gara.

Nel caso di specie, dunque, il Collegio ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione nei confronti della società controinteressata per omessa dichiarazione di una precedente esclusione basata su false dichiarazioni della regolarità tributaria e, dunque, per violazione del requisito della moralità professionale previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c).

Diversamente da quanto previsto nel codice previgente, inoltre, la tipizzazione degli illeciti professionali prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c, rafforza l'obbligo per l'impresa

partecipante di informare la stazione appaltante su qualsiasi avvenimento che possa influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero di non omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara.

Infine, conclude il Tar Campania, le dichiarazioni della stazione appaltante circa l'assenza di prova delle false dichiarazioni rese dall'aggiudicataria nella precedente gara, non sanano *ex post* tale omissione. Il Comune, infatti, non può compiere, in sede giurisdizionale, valutazioni che gli sarebbero spettate al momento della decisione sull'ammissione o esclusione dell'operatore economico.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di [registro](#) generale 4163 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Quadrelle 2001 Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo n. 323;

contro

la Centrale Unica di Committenza Penisola Sorrentina in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

il Comune di Sant'Agnello, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto con domicilio eletto presso l'avvocato Erik Furno in Napoli, via Cesario Console, 3;

nei confronti di

la società Slem a r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dall'avvocato Aldo Starace, con domicilio eletto presso l'avvocato Antonio Donnarumma in Napoli, piazza Bovio, n. 22;

la società Global Service a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Moschetta, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Gabriele Iannelli n. 45/H;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante nei confronti della ricorrente, come comunicato verbalmente nella seduta di gara del 17.8.2016;

- di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento al verbale n. 1 del 30.8.2016, n. 2 del 6.9.2016, n. 3 e n. 4 del 9.9.2016;

- della nota della stazione appaltante, senza data e protocollo di rigetto dell'istanza di autotutela trasmessa via PEC dalla ricorrente in data 13.9.2016 ore 16.54;

ove e per quanto lesivo del silenzio rigetto serbato dalla P.A. in ordine all'istanza in autotutela 13.9.2016 relativamente all'esclusione delle concorrenti SLEM e Global Service;

ove e per quanto lesiva della determina del Comune di Sant'Agnello n. 62 del 4.8.2016;

- del bando di gara, del disciplinare di gara e del Capitolato speciale di appalto laddove interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante;

quanto ai motivi aggiunti, depositati il 25.10.2016:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Global Service s.r.l. emanato dalla Seconda Unità del Comune di Sant'Agnello prot. n. 76 del 13.10.2016.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Agnello e della società Slem a r.l. e della società Global Service a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2017 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso, notificato il 27.9.2016 e depositato il successivo 28.9.2016, la società cooperativa Quadrelle 2001 ha impugnato la sua esclusione dalla gara bandita dalla centrale unica di committenza Penisola Sorrentina per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel Comune di Sant'Agnello per il periodo 1.10.2016/31.5.2019, nonché l'ammissione alla procedura delle controinteressate società SLEM a r.l. e Global Service a r.l., deducendo l'illegittimità dei predetti provvedimenti per violazione di legge (artt. 80, comma 5, lett. c), 83, comma 8, del D.lgs. n. 50 del 2016; art. 75 del D.P.R. n. 445 del 2000; art. 97 Cost.) e per eccesso di potere sotto molteplici profili.

2. Con decreto cautelare n. 15783 del 29.9.2016 questo Tribunale ha disposto l'ammissione con riserva della società ricorrente alle operazioni di gara.

2.1. All'udienza camerale del 25.10.2016 parte ricorrente ha dichiarato l'intervenuta cessazione della materia del contendere in relazione alla sua esclusione dalla gara, avendo la stazione appaltante provveduto alla sua ammissione alla procedura senza alcuna riserva.

2.2. Contestualmente la società Quadrelle 2001 ha depositato i motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata società Global Service a r.l., deducendo l'illegittimità del predetto provvedimento e degli atti presupposti per le medesime censure già articolate nel ricorso principale avverso la mancata esclusione sia della società Global Service, divenuta aggiudicataria della procedura, che della società SLEM, terza classificata, in posizione deteriore rispetto alla odierna ricorrente, classificatasi seconda.

La società ricorrente ha anche avanzato un'istanza istruttoria affinché la Stazione appaltante depositasse tutta la documentazione di gara posta a fondamento del provvedimento di aggiudicazione, evidenziando la circostanza della mancata risposta all'istanza di accesso presentata dalla Quadrelle 2001 e avente ad oggetto i predetti atti.

3. Con l'ordinanza collegiale 5190 del 10.11.2016 la Sezione ha preso atto del venir meno delle esigenze cautelari in relazione al ricorso principale e della rinuncia della parte ricorrente alla domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti ed ha rigettato l'istanza istruttoria in considerazione della carenza di interesse rispetto alla SLEM s.r.l., attesa la posizione deteriore occupata da quest'ultima nella graduatoria finale, e rispetto alla Global Service, considerata la decidibilità delle censure sollevate nei di lei confronti allo stato degli atti.

4. Alla pubblica udienza del 10.1.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Deve essere in primo luogo dichiarata la cessazione della materia del contendere in

relazione al provvedimento con il quale la Stazione appaltante aveva escluso la società odierna ricorrente dalla gara bandita per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel Comune di Sant'Agnello poiché, a seguito del decreto cautelare di questa Sezione n. 15783 del 29.9.2016, la Società Quadrelle 2001 è stata ammessa a partecipare alla procedura senza alcuna riserva, risultando all'esito dell'espletamento della stessa seconda, alle spalle della società Global Service a r.l., aggiudicataria, e avanti alla società Slem a r.l., collocatasi terza in graduatoria.

6. Occorre, dunque, esaminare il ricorso principale solo per quanto concerne l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione alla procedura delle società controinteressate e, segnatamente, della società Global Service a r.l., aggiudicataria della gara, in quanto la società Slem occupa nella graduatoria finale una posizione peggiore rispetto a quella dell'odierna ricorrente.

Ne discende che l'eventuale illegittimità della sua ammissione non gioverebbe in alcun modo alla società Quadrelle 2001, anche alla luce del fatto che la Slem non ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione della odierna ricorrente, né risulta che abbia impugnato la determina di aggiudicazione definitiva.

7. Come evidenziato nell'ordinanza collegiale n. 5190 del 10.11.2016 la società ricorrente ha articolato nei confronti dell'ammissione della società Global Service a r.l. due censure di illegittimità: a) per omessa dichiarazione da parte della controinteressata di una violazione grave definitivamente accertata; b) per violazione da parte della stazione appaltante dell'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016 in materia di soccorso istruttorio.

8. Premesso che la società Quadrelle 2001 non contesta i punteggi attribuiti e le valutazioni operate sull'offerta tecnica e su quella economica, ad avviso della stessa la determina di aggiudicazione n. 76 del 13.10.2016, impugnata con i motivi aggiunti depositati il 25.10.2016, sarebbe illegittima perché la stazione appaltante non avrebbe dovuto ammettere la Global Service a partecipare alla gara in quanto priva dei requisiti generali di cui all'art. 80, comma 5, lett.c) del D.lgs. n. 50/2016.

8.1. Secondo la prospettazione della società ricorrente la controinteressata sarebbe priva della moralità professionale poiché sarebbe stata già esclusa con provvedimento definitivo (in quanto non revocato dalla stazione appaltante e non impugnato) dalla gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nel Comune di Castel Madama per avere falsamente dichiarato la sussistenza del requisito della regolarità tributaria. Né varrebbe ad elidere tale circostanza il certificato dell'Agenzia delle Entrate prodotto dalla controinteressata nella rammentata procedura perché quest'ultimo attesterebbe la regolarità alle date del 16.11.2015 e del 21.9.2016, mentre la predetta condizione avrebbe dovuto sussistere alla data del 14.9.2016, termine per la presentazione delle offerte.

8.2. Ad ulteriore supporto della propria prospettazione parte ricorrente richiama l'ordinanza n. 2035 del 9.12.2016, adottata da altra Sezione di questo Tribunale, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione dell'aggiudicazione del servizio di refezione scolastica emessa in favore della Global Service dal Comune di San Marco Evangelista proprio sul presupposto

“che a carico della Global Service srl risultavano <violazioni “gravi” definitivamente accertate> alla data del 29.12.2015 e del 14.1.2016 (ovvero quando il procedimento di gara di cui al presente giudizio era in corso), e che la controinteressata ha proceduto alla regolarizzazione della propria posizione soltanto a seguito dell'accoglimento di istanza di rateizzazione dell'esistente debito, presentata in data 13.1.2016”.

9. La censura è fondata e meritevole di accoglimento.

9.1. Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante esclude da una procedura un operatore economico quando “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”.

9.2. Tanto premesso secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza, formatosi sotto la vigenza del precedente codice degli appalti, la ratio della disposizione sull'esclusione è di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa partecipante nell'esercizio dell'attività professionale, ai fini del buon esito dell'appalto da affidare (cfr. Cons. Stato, V, 11.4.2016, n. 1412).

La circostanza che il citato art. 80 stabilisce che la stazione appaltante accerti “con adeguati mezzi” che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti nell'esercizio dell'attività professionale implica l'obbligo di dichiarazione da parte dell'impresa partecipante degli errori commessi nell'esercizio della pregressa attività.

Corollario di tale prospettazione è la regola secondo la quale la gravità dell'evento è valutata dall'amministrazione procedente e, pertanto, l'operatore economico è tenuto a dichiarare tutte le circostanze e informazioni suscettibili di incidere sulla gara.

Peraltro, a differenza di quanto avveniva sotto il codice previgente, attualmente l'art. 80, comma 5 lett. c), del D.lgs. n. 50 del 2016 tipizza le fattispecie rilevanti e attribuisce un filtro sugli episodi di “grave illecito professionale” all'impresa partecipante, la quale, a maggior ragione, è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio che possa “influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione” ovvero a non omettere “le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

9.3. Orbene nel caso di specie ciò che rileva ai fini della decisione è l'omessa dichiarazione da parte della società controinteressata della precedente esclusione da analoga gara presso il Comune di Castel Madama, basata su un'asserita falsa attestazione della regolarità tributaria.

9.3.1. Né, ad avviso del Collegio, vale a sanare ex post tale mancata dichiarazione, l'affermazione del Comune resistente secondo la quale non vi sarebbe prova della falsità delle dichiarazioni rese dalla società aggiudicataria nella gara bandita dal Comune di Castel Madama, come si evincerebbe anche da una serie di atti prodotti nel presente giudizio (cfr. certificazione dell'Agenzia delle Entrate; polizza fideiussoria svincolata dal Comune di Castel Madama con nota del 10.2.2016; nota ANAC del 29.9.2016), poiché in tal modo la Stazione appaltante compie, in sede giurisdizionale, quelle valutazioni che avrebbe dovuto fare al momento della decisione sull'ammissione o sull'esclusione dell'operatore economico.

9.3.2. Anzi, il Collegio ritiene che proprio il fatto che il Comune resistente affermi che all'esito di tutta la documentazione prodotta "risulta pienamente provata l'assenza di dichiarazioni false "da parte della società Global Service, poi divenuta aggiudicataria della gara, dimostra che quest'ultima avrebbe dovuto portare a conoscenza della stazione appaltante il provvedimento di esclusione dalla procedura presso il Comune di Castel Madama in quanto idoneo a "influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione".

10. La predetta censura risulta assorbente rispetto a quella ulteriore con la quale parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50 del 2016 poiché la stazione appaltante non avrebbe potuto ammettere al beneficio del soccorso istruttorio la controinteressata per le omesse dichiarazioni di cui a pag .12 lett. a1) e b1), afferenti la remuneratività dell'offerta economica presentata, censura comunque infondata.

10.1. E, infatti, dalla documentazione versata agli atti la società Global Service non sembra aver usufruito del soccorso istruttorio in relazione alle predette dichiarazioni poiché con nota dell'1.9.2016 ha dichiarato di non ritenere di dover ricorrere al rammentato istituto. Ne discende, pertanto, che non è ravvisabile nel caso di specie alcuna violazione dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50 del 2016, a prescindere da ogni considerazione sulla possibilità di escludere un operatore economico che non abbia reso la dichiarazione di remuneratività.

11. Per le suesposte ragioni deve, pertanto, essere dichiarata la cessazione della materia del contendere in relazione alla dichiarazione di esclusione della società ricorrente, impugnata con il ricorso principale; devono, invece, essere accolti il ricorso principale e i motivi aggiunti per le ragioni esposte in parte motiva per la parte relativa alla ammissione della controinteressata Global Service a r.l. con conseguente annullamento della determina di aggiudicazione n. 76 del 13.10.2016.

12. Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara cessata la materia del contendere in relazione alla dichiarazione di esclusione della società ricorrente; accoglie il ricorso e i motivi aggiunti, depositati il 25.10.2016, e per l'effetto annulla la determina di aggiudicazione n. 76 del 13.10.2016.

Condanna l'Amministrazione comunale resistente e le controinteressate costituite alla rifusione in favore della società ricorrente delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), di cui euro 2.000,00 a carico del Comune ed euro 1.000,00 per ciascuno a carico delle controinteressate, oltre IVA, CPA e spese come per legge, con attribuzione in favore del procuratore antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente FF

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Luca De Gennaro, Primo Referendario