

## **Mancata dichiarazione di precedenti gravi inadempimenti. Il limite temporale dei 3 anni vale solo per le condizioni che comportano esclusione automatica.**

*di Stefano Maria Sisto*

*Data di pubblicazione: 28-2-2019*

1. alla Stazione appaltante è rimesso un potere discrezionale e di apprezzamento in merito ai requisiti di affidabilità e integrità di coloro che prendono parte alla gara;
2. la valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico e rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante;
3. il periodo di 3 anni si riferisce alle condizioni in base alle quali si dispone l'esclusione in maniera automatica e non anche a quelle che, invece, sono soggette a valutazione discrezionale della Stazione appaltante.

### Guida alla lettura

La vicenda sulla quale si è pronunciato il T.A.R. Lazio riguarda una procedura aperta per l'affidamento di un servizio di gestione e manutenzione.

Una delle società partecipanti, che ha poi presentato ricorso, ha ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione per l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lettere c) e f-bis), d.lgs. 50/2016.

Nello specifico, la contestazione muove dall'aver dichiarato nel DGUE di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, quando in realtà, da successivi controlli è emerso che la società era iscritta nel casellario informatico dell'ANAC a seguito della mancata stipula di un contratto per l'affidamento di servizi con altra P.A..

La società ricorrente ha ritenuto che non fosse in alcun modo tenuta a dichiarare tale vicenda per la quale era stata iscritta nel casellario informatico ANAC dal 2014 poiché, dalla data di pubblicazione del bando, erano ormai decorsi tre anni da quando questa era stata accertata.

Come ormai affermato più volte in giurisprudenza, **alla Stazione appaltante è rimesso un potere discrezionale e di apprezzamento in merito ai requisiti di affidabilità e integrità di coloro che hanno preso parte alla gara.**

Tuttavia, affinché la Stazione appaltante possa esercitare tale potere, **è necessario che l'operatore economico dichiari e renda note** tutte quelle vicende idonee *“astrattamente ad integrare la causa di esclusione ai sensi dell'art. 80 co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico e rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante”*.

Sulla base di tale considerazione, il T.A.R. ha ritenuto che l'impresa concorrente avrebbe dovuto comunque dichiarare tale circostanza **soprattutto per il fatto che vi era stata un'iscrizione al casellario ANAC.**

Inoltre, i giudici amministrativi affermano come irrilevante sia l'assunto della ricorrente secondo il quale il decorso dei tre anni comportava la mancata applicazione dell'esclusione con conseguente venir meno dell'onere dichiarativo.

Infatti, a tal fine, il T.A.R. ha affermato che *“una limitazione triennale è invero richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto”*.

In conclusione, afferma il Collegio, **il periodo di 3 anni si riferisce alle condizioni in base alle quali si dispone l'esclusione in maniera automatica e non anche a quelle che, invece, sono soggette a valutazione discrezionale della Stazione appaltante.**

## Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

### (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13755 del 2018, proposto da Barbara B, Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Faggiano, Mariacristina Sapone e Marco Stefano Marzano, elettivamente domiciliata in Roma, via Ildebrando Goiran 4, presso lo studio dell'avv. Marco Stefano Marzano;

**contro**

Comune di Sesto Fiorentino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Cristina Vannucci e Chiara Doretti, elettivamente domiciliato in Roma, corso D'Italia 102, presso lo studio dell'avv. Giovanni Pasquale Mosca;  
Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Sesto Fiorentino, Vaglia e Signa, non costituita in giudizio;

### ***nei confronti***

Samarcanda Società Cooperativa Sociale a r.l. - Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Righi, domiciliata ex art. 25 c.p.a. in Roma, presso la Segreteria del Tar;  
S.I.L.V.E. S.p.A., non costituita in giudizio;  
Autorità nazionale anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

### ***per l'annullamento***

- della determinazione n. 1233, del 26/10/2018, del Responsabile del settore affari generali di approvazione dei verbali delle sedute di gara, di approvazione del parere n. 71153 del 26/10/2018 del Responsabile del Servizio Gare, nonché di esclusione della ricorrente dalla "procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 svolta in modalità telematica per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione ordinaria dei cimiteri del Comune di Sesto Fiorentino" (CIG 7605065A2A);
- del parere n. 71153 del 26/10/2018 del Responsabile del Servizio Gare, contenente i motivi della predetta esclusione;
- di tutti i verbali di gara;
- della graduatoria provvisoria pubblicata sulla piattaforma START in data 12/11/2018;
- della Determinazione dirigenziale n. 1343 del 16 novembre 2018 con cui è stato approvato il verbale delle operazioni di gara e la proposta di aggiudicazione del servizio al RTI Samarcanda Società Cooperativa Sociale e r.l. Onlus e S.I.L.V.E. S.p.A.;
- occorrendo, del paragrafo 2.1.2.4 dell'aggiornamento Linee Guida n. 6, approvate con deliberazione Consiglio ANAC n. 1008 dell'11 ottobre 2017;
- occorrendo, dell'art. 38 del Regolamento ANAC per la gestione del Casellario Informatico, approvato con delibera del 6 giugno 2018, nella parte in cui prevede che la pubblicazione delle annotazioni può avvenire per un periodo superiore a quello indicato dagli artt. 57, paragrafo 7 Direttiva 2014/24/UE e 80, comma 10, D.Lgs. 50/2016;
- di ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, confermativo, comunque connesso, anche non noto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sesto Fiorentino, Samarcanda Società Cooperativa Sociale a r.l. - Onlus e dell'Autorità nazionale anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La società ricorrente espone di aver partecipato ad una procedura aperta, indetta dalla Centrale unica di committenza dei Comuni di Sesto Fiorentino, Vaglia e Signa con bando pubblicato sulla GURI il 7 settembre 2018 per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione ordinaria dei cimiteri del Comune di Sesto Fiorentino.

Rappresenta poi come, essendo stata sorteggiata per la verifica a campione delle dichiarazioni sostitutive circa il possesso dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara, essa abbia ricevuto, il 18 ottobre 2018, una comunicazione di avvio del procedimento di esclusione per l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lettere c) e f-bis) del d.lgs. 50/2016.

In particolare, riferisce la società, le veniva contestato il fatto di aver dichiarato, nell'apposita sezione del DGUE, di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità, mentre, a seguito di controllo sul casellario informatico, a carico dell'impresa era risultata un'annotazione, inserita il 29 novembre 2014, ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. p) del d.P.R. 207/2010, che rappresentava che <<la S.A. Comune di Cagliari – con atto di segnalazione del 10.7.2014 ) [...] ha comunicato la mancata stipula del contratto per l'affidamento del servizio di Pulizia, Giardinaggio e diserbo dei cimiteri cittadini nei confronti dell'O.E. "Cooperativa Sociale Barbara B">>.

La società rappresenta come, benché essa ricorrente, in sede di controdeduzioni, abbia chiarito che la mancata stipula doveva ritenersi legittima ai sensi dell'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006, evidenziando altresì la risalenza dei fatti oggetto dell'annotazione, l'amministrazione abbia comunque adottato il provvedimento di esclusione oggi impugnato.

Seguivano la determinazione del Responsabile del settore affari generali n. 1233 del 26 ottobre 2018, di approvazione dei verbali di gara, e la determinazione dirigenziale n. 1343 del 16 novembre 2018, con la quale è stato approvato il verbale delle operazioni di gara e la proposta di aggiudicazione del servizio al costituendo RTI Samarcanda Società cooperativa

sociale a r.l. e S.I.L.V.E. S.p.A., entrambe impugnate con il ricorso in esame, esteso anche agli atti endoprocedimentali e, in via cautelativa, al paragrafo 2.1.2.4 dell'aggiornamento Linee Guida n. 6, approvate con deliberazione Consiglio ANAC n. 1008 dell'11 ottobre 2017, e all'art. 38 del Regolamento Anac per la gestione del Casellario Informativo, approvato con delibera del 6 giugno 2018.

Questi i motivi di doglianza:

I. Inesistenza di un illecito professionale emergente dagli atti; errore e travisamento dei fatti, carenza di istruttoria.

La ricorrente avrebbe rinunciato alla stipula del contratto con il Comune di Cagliari nel rispetto delle prescrizioni di legge.

Sarebbe stata l'Anac a modificare, senza che essa ricorrente se ne avvedesse, il titolo dell'annotazione rispetto a quanto comunicato in sede in avvio del procedimento, iscrivendo la vicenda non nella categoria residuale di cui all'art. 8, comma 2, lett. dd) del d.P.R. 207/2017 (concernente tutte le notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Autorità ritenute utili ai fini della tenuta del casellario), ma in quella di cui all'art. 8, comma 2, lett. p) del medesimo d.P.R. (concernente episodi di grave negligenza o errore grave nell'esecuzione dei contratti, ovvero gravi inadempienze contrattuali).

La ricorrente sostiene quindi che, poiché il contenuto sostanziale dell'annotazione (a suo giudizio non sussumibile nell'art. 8, comma 2, lett. p) del d.P.R. 207/2010) deve prevalere sulla sua collocazione all'interno delle sezioni del Casellario informatico, la dichiarazione da essa resa non avrebbe potuto rilevare ai fini dell'esclusione.

Il Violazione art. 57, paragrafo 7, direttiva 2014/24/UE; art. 80, comma 10, d. lgs. 50/2016 e paragrafo 5.1 Linee guida ANAC n. 6

La ricorrente rappresenta come, alla data di pubblicazione del bando da parte della Centrale unica di committenza dei Comuni di Sesto Fiorentino, Vaglia e Signa, era oramai trascorso il periodo massimo di 3 anni dalla data dell'accertamento definitivo del fatto in questione.

La parte, dunque, al momento della redazione del DGUE, non era tenuta a dichiarare nulla, essendo ormai venuta meno la permanenza massima dell'effetto escludente dipendente dalla eventuale commissione di gravi illeciti professionali di cui l'operatore economico si sia reso colpevole.

III Eccesso di potere per omessa istruttoria.

La ricorrente lamenta che la stazione appaltante, avendo erroneamente ritenuto che l'omessa dichiarazione della mancata stipula costituisca una dichiarazione non veritiera ai sensi dell'art. 80, lettera f-bis), abbia poi omesso di porre in essere un'autonoma istruttoria sulla questione.

Si sono costituiti il comune di Sesto Fiorentino, l'Anac e la controinteressata, che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 19 dicembre 2018, la domanda di sospensione cautelare del provvedimento è stata respinta.

Alla camera di consiglio del 30 gennaio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato.

In punto di fatto è opportuno ribadire come l'esclusione della ricorrente dalla procedura sia stata disposta per avere la società Barbara B omesso di segnalare nel DGEU i fatti oggetto di un'annotazione a suo carico iscritta nel casellario informatico dal novembre 2014.

L'esistenza e il contenuto dell'annotazione non sono controversi, come pure non è contestato il fatto che la non coincidenza tra la situazione di fatto che ha determinato l'iscrizione e il contenuto della stessa, sostenuta in ricorso dalla società Barbara B, non è stata da questa tempestivamente contestata in sede giudiziale.

L'esclusione oggetto dei provvedimenti impugnati è avvenuta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) a norma del quale, nel testo a vigente al momento dei fatti, *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, [...] c) 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”*.

Ai sensi della successiva lettera *f-bis*) l'esclusione è, inoltre, disposta nei confronti de *“l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

La disposizione, come noto, pur individuando una serie di ipotesi esemplificative in cui il comportamento dell'operatore economico è ritenuto già in astratto tale da porre in dubbio la sua integrità o affidabilità, rimette alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di *“integrità o affidabilità”* dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592).

Al fine di consentire il corretto esercizio di tale potere di valutazione è previsto, in capo ai partecipanti alla procedura, un onere dichiarativo avente ad oggetto qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530).

La sanzione espulsiva, in tali casi, si riconnette non già all'illecito professionale in quanto tale, ma all'aver l'operatore taciuto una circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80 co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico e rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

Ciò è tanto più vero nel caso in esame, in considerazione del fatto che *“la circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione”* aveva formato oggetto di un'iscrizione nel casellario informatico, la (pretesa) erroneità della quale non era stata tempestivamente contestata dalla ricorrente.

Ne discende, in ragione della pacifica ricorrenza di un'omissione dichiarativa, la legittimità dell'operato dell'Amministrazione che ha disposto l'esclusione.

Alla luce di quanto osservato vanno respinti il primo e il terzo motivo di ricorso, con i quali la ricorrente ha, rispettivamente, lamentato l'inesistenza di un illecito professionale emergente dagli atti e la carenza dell'istruttoria posta in essere dall'amministrazione in ordine alla rilevanza dei fatti occorsi nel 2014.

E infatti, accertata la violazione dell'onere dichiarativo, rilevante in sé, a prescindere dalla valutazione della situazione a cui si riferisce l'omessa menzione, l'Amministrazione ha legittimamente proceduto all'esclusione, né la stessa era tenuta a svolgere un'istruttoria tesa a valutare l'episodio che aveva dato vita all'iscrizione a suo tempo non contestata dall'interessata.

La ricostruzione e la valutazione dei fatti sottesi alla mancata stipula del 2014 è stata infatti preclusa proprio dalla violazione dell'onere dichiarativo, integrando un'ipotesi tipizzata di ragione escludente.

La ricorrente non può essere seguita neppure laddove afferma che la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se l'Anac avesse, a suo tempo, correttamente operato l'iscrizione nel casellario, atteso che la prospettata erroneità - riferita alla non corretta ascrizione alle diverse ipotesi previste dall'art. 8, comma 2, del d.P.R. 207/2010 - non era valutabile dall'amministrazione procedente sulla base dei dati testuali presenti nel casellario medesimo.

Va pure respinto il secondo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha sostenuto che era trascorso, dal tempo di accertamento del fatto, il periodo massimo di tre anni, decorso il quale la normativa nazionale e comunitaria prevedono il venir meno dell'effetto escludente.

Deve infatti osservarsi come l'art. 80, comma 5, non contiene alcuna espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali, ciò che è coerente con il

potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante.

Una limitazione triennale è invero richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 25 gennaio 2019 n. 122).

In sostanza le previsioni di durata massima del periodo di interdizione dalle gare si riferisce alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente e in presenza delle quali la stazione appaltante è priva di poteri di valutazione.

La riferibilità del periodo massimo triennale ai soli casi di effetti interdittivi automatici e non agli obblighi dichiarativi, esclude, infine, la necessità, prospettata dalla ricorrente, di rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale relativa alla legittimità comunitaria delle disposizioni nazionali.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 1.000 a favore dell'amministrazione costituita e di ciascun controinteressato e così per complessivi € 3.000, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario