

Falsa, omessa o reticente dichiarazione resa in fase di gara: quando l'operatore economico è "automaticamente" escluso dalla Stazione appaltante?

di Leonardo Davide de Gennaro

Data di pubblicazione: 4-6-2020

L'esclusione automatica, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), di un operatore economico da una gara d'appalto è disposta solo a seguito di una (sua) condotta integrante la fattispecie astratta della falsa dichiarazione che depono, in maniera inequivocabile, a sfavore della sua affidabilità e integrità per l'esecuzione della prestazione richiesta dalla P.A.; ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che ritenga (discrezionalmente) l'o.e. partecipante inaffidabile per l'esecuzione del contratto pubblico.

GUIDA ALLA LETTURA

La vicenda esaminata dalla V^a Sezione del Consiglio di Stato concerne l'esclusione di un operatore economico da una procedura negoziata telematica ex art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di pulizia e igienizzazione di una delle sedi operative della Stazione appaltante.

Quest'ultima disponeva il provvedimento in esame ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del d. lgs. cit. atteso che, in sede di verifica dei requisiti, rilevava in capo alla concorrente un'annotazione nel casellario informatico dell'ANAC da cui risultava una risoluzione contrattuale relativa a un servizio svolto precedentemente.

Tale circostanza, invero, era sconosciuta alla stazione appaltante perché la società partecipante aveva dichiarato nel DGUE (rispondendo "No") di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, né di aver dimostrato significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto pubblico tanto da causarne la sua risoluzione o l'irrogazione di altre sanzioni.

Sicché la civica P.A. (oltre a disporre la citata l'esclusione), inviava segnalazione all'ANAC, escuteva la sua cauzione provvisoria e, infine, disponeva l'aggiudicazione della gara nei confronti di altra concorrente.

Avverso la sentenza del T.A.R. Campania (Napoli) che ha respinto il gravame proposto dalla società esclusa nei confronti di tutti i provvedimenti menzionati, quest'ultima proponeva appello.

Il Consiglio di Stato ha deciso di accogliere il ricorso, deducendo l'illegittimità del provvedimento esclusivo poiché adottato ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis).

Ad avviso della V^a Sezione, infatti, per addivenire alla risoluzione della controversia, è necessario preliminarmente definire le fattispecie di falsa, omessa e reticente dichiarazione.

Un costante orientamento della giurisprudenza amministrativa afferma che: *"v'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come 'grave illecito professionale'; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una immutatio veri; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero"* (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 30.12.2019, n. 8906; Cons. Stato, Sez. V, 22.7.2019, n. 5171; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11.6.2019, n. 1140; T.A.R. Campania, Salerno, 16.1.2020, n. 93).

Ciò detto, sempre secondo tale orientamento è possibile distinguere le menzionate fattispecie, nonché verificarne la concreta realizzazione, attraverso la qualificazione della condotta tenuta dal soggetto partecipante alla gara e non, invece, tenendo conto dell'oggetto della dichiarazione rilasciata sulla base di quesiti *standard* previsti all'interno del D.G.U.E..

In ragione di tanto la V^a Sezione ha ritenuto di qualificare il comportamento adottato dall'appellante al momento della presentazione del D.G.U.E., come meramente omissivo, atteso che la sua dichiarazione era soltanto incompleta e non espressamente falsa. Solo in quest'ultimo caso, la civica P.A. avrebbe potuto escluderla "automaticamente".

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, invero, le domande formulate nel documento di gara richiedevano che l'operatore economico prendesse posizione sulla qualificazione giuridica di precedenti vicende contrattuali, che avrebbero potuto essere confermate come "gravi illeciti professionali" e, così, comportare la sua esclusione, solo a seguito di una valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione o con sentenza passata in giudicato [art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis)].

Inoltre, l'assenza di alcun comportamento doloso, in termini di falsa dichiarazione, era provata, ad avviso del Collegio, dall'intervenuta contestazione, da parte della società esclusa, della precedente risoluzione contrattuale dinanzi al Tribunale delle Imprese.

Pertanto, prosegue il G.A., la risposta "No" alle domande citate nel DGUE, non poteva costituire motivo di esclusione "automatica" dalla gara ai sensi del comma 5, lett. f-bis) dell'art. 80 cit., atteso che l'ambito applicativo di tale norma, come definito dalla giurisprudenza amministrativa: *"si riferisce (testualmente) all'ipotesi in cui venga resa una dichiarazione*

espressa "non veritiera", ossia falsa, ma non anche a quella - affatto diversa - della semplice omissione dichiarativa." (Cons. Stato, Sez. V, 9.1.2019, n.196; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 12.2.2019, n. 230).

Di qui, la fondatezza dell'appello.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9236 del 2019, proposto da Santa Brigida s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Vitolo, con domicilio eletto presso lo studio Giancarlo Viglione in Roma, Lungotevere dei Mellini 17;

contro

INDIRE - Istituto Nazionale Documentazione Innovazione Ricerca Educativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti

Ecoteam s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sede di Napoli (sezione quarta) n. 5232 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di INDIRE - Istituto Nazionale Documentazione Innovazione Ricerca Educativa;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 come da verbale, il Cons. Elena Quadri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Santa Brigida s.c.p.a. ha proposto ricorso per l'annullamento del decreto direttoriale prot. n. 20097/2019 del 3 luglio 2019, con cui è stata esclusa, ai sensi dell'art.80, comma 5, lett. *f bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016, dalla procedura negoziata telematica – indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. *b*) e 6 del d.lgs. n. 50 del 2016 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – per l'affidamento del servizio di pulizia ed igienizzazione della sede INDIRE, Nucleo Territoriale Sud di Napoli, per la durata di 12 mesi e per un importo a base d'asta di € 16.428,52, comprensivo di IVA, con facoltà di proroga, nonché dell'atto di segnalazione all'ANAC e dei provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria e di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Ecoteam s.r.l.

Con sentenza n. 5232 del 2019 il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha respinto il ricorso.

Santa Brigida ha proposto appello contro la suddetta sentenza, affidandolo ai seguenti motivi di diritto:

I) e II) error in iudicando, violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., nonché della direttiva 2014/24/UE; eccesso di potere per arbitrarietà, carenza di motivazione, erroneità, difetto dei presupposti e di istruttoria, contraddittorietà, illogicità e sviamento;

III) error in iudicando, illegittimità derivata, violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 93, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., nonché della direttiva 2014/24/UE; eccesso di potere per arbitrarietà, carenza di motivazione, erroneità, difetto dei presupposti e di istruttoria, contraddittorietà, illogicità e sviamento.

Si è costituito in giudizio per resistere all'appello INDIRE.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

Alla camera di consiglio del 21 aprile 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 come da verbale, l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto dalla Santa Brigida s.c.p.a. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 5232 del 2019 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento del decreto direttoriale del 3 luglio 2019, con cui è stata esclusa, ai sensi dell'art.80, comma 5, lett. *f bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016, dalla procedura negoziata telematica indetta per l'affidamento del servizio di pulizia ed igienizzazione della sede INDIRE, Nucleo Territoriale Sud di Napoli, per la durata di 12 mesi e per un importo a base d'asta di € 16.428,52, comprensivo di IVA, con facoltà di proroga, nonché dell'atto di segnalazione all'ANAC e dei provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria e di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Ecoteam s.r.l.

Deve premettersi che la società, in fase di compilazione del Documento di gara unico europeo (DGUE), nella "*Parte III*", punto "*C: Motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o illeciti professionali*", ha risposto "*NO*" alle seguenti domande prestampate:

- "*L'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità ai sensi dell'art.80 comma 5 lett. c)?*";
- "*L'operatore economico ha dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili ai sensi dell'art.80 comma 5 lett. c-ter) del Codice?*".

Dopo aver aggiudicato la procedura concorsuale alla Santa Brigida, in sede di verifica sul possesso dei requisiti generali e speciali dichiarati in gara la stazione appaltante ha rinvenuto, in capo alla stessa, un'annotazione nel casellario informatico ANAC, inserita il 19 febbraio 2018, dalla quale risultava la risoluzione contrattuale disposta il 7 marzo 2017 dall'Agenzia delle Entrate per un grave inadempimento contrattuale nell'ambito del servizio di pulizia da essa svolto presso la sede campana. Dalla stessa annotazione risultava, altresì, che la Società aveva proposto ricorso, ancora pendente, avverso il provvedimento di risoluzione dinanzi al Tribunale delle Imprese di Roma.

Preso atto dell'annotazione, con nota prot. n.1366/2019 del 14 maggio 2019, la stazione appaltante ha chiesto alla Santa Brigida chiarimenti in merito alla vicenda e le motivazioni della sua omessa segnalazione nel DGUE.

Con nota del 24 maggio 2019 l'odierna appellante ha riscontrato la citata richiesta di chiarimenti del RUP, allegando gli atti richiesti ed evidenziando di non avere segnalato l'annotazione ritenendo di non essersi mai resa colpevole di gravi illeciti professionali idonei a rendere dubbia la sua integrità e affidabilità e di non aver mai mostrato significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto. Secondo l'appellante la risoluzione sarebbe stata disposta con riferimento a una sola parte di contratto (sede Campania) e nei

confronti di un R.T.I. di cui la Santa Brigida faceva parte, non essendo, in ogni caso, mai venuto meno il rapporto fiduciario con l'amministrazione, atteso che la Santa Brigida sarebbe l'attuale gestore del servizio di pulizia delle sedi della Basilicata, del Molise e della Puglia. In più, la stessa Agenzia delle Entrate - Riscossione, a dimostrazione della serietà e affidabilità professionale della società, dopo l'intervenuta risoluzione, avvenuta nel marzo 2017, ha continuato a riporre fiducia nella stessa, con la quale, nel mese di dicembre 2017, ha sottoscritto un nuovo contratto d'appalto di servizio di facchinaggio interno ed esterno (Lotto 3 Campania), dell'importo di euro 144.119,62 oltre IVA, della durata di 18 mesi a decorrere da gennaio 2018 e prorogato fino al 31 dicembre 2019.

Per il giudice di prime cure: *“Il punto focale della controversia, ..., concerne la equiparabilità della dichiarazione omessa (o reticente) rispetto a quella non veritiera ai fini della comminazione della esclusione automatica sancita dal citato art. 80, comma 5, lett. f-bis).*

In linea generale vi è un'ontologica differenza fra il falso (che presuppone un comportamento attivo del dichiarante volto ad alterare la realtà) e la reticenza (che si configura come un comportamento passivo di mancata ostensione della verità); tuttavia, in presenza di uno specifico obbligo dichiarativo, la condotta di falsità (al pari di ogni condotta criminosa) può essere commessa per azione ovvero per omissione (secondo il paradigma – di matrice penalistica – del giudizio controfattuale)”.

Con i primi due motivi Santa Brigida deduce l'erroneità della sentenza per la violazione dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che non si tratterebbe di falsità (art. 80, comma 5, lett. *f bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016), bensì di mera omissione della dichiarazione (art. 80, comma 5, lett. *c*), del d.lgs. n. 50 del 2016), che l'amministrazione avrebbe dovuto valutare discrezionalmente, senza applicare l'esclusione automatica. In particolare, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare la gravità della violazione e il tempo trascorso dall'episodio.

Per la Santa Brigida la sentenza appellata sarebbe pertanto il frutto di una superficiale valutazione dei fatti e degli atti di causa, che avrebbe portato a ritenere, superando il dato formalistico, che l'appellante, secondo un preteso paradigma probabilistico di matrice penalistica, ha reso consapevolmente una dichiarazione mendace, al fine di aggiudicarsi un appalto del valore di circa 11.000 euro.

L'appellante con il terzo motivo contesta, in via derivata, anche la segnalazione automatica all'ANAC inviata dalla stazione appaltante, sulla base della quale è stato avviato nei suoi confronti il procedimento sanzionatorio per l'iscrizione nel casellario informatico di annotazione interdittiva e per l'applicazione della sanzione pecuniaria, rispettivamente ai sensi degli artt. 80, comma 12, e 213, comma 13, del Codice dei contratti pubblici.

Per INDIRE l'appello sarebbe infondato, atteso che la Santa Brigida ha risposto negativamente in ordine alla sussistenza di carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento, nonostante fosse bene a conoscenza della precedente risoluzione, così rendendo una falsa dichiarazione ed impedendo all'amministrazione di effettuare il controllo sulla gravità o meno

dell'inadempimento.

Tutto ciò premesso, il Collegio ritiene che l'esame della concreta fattispecie evidenzi la fondatezza dell'appello.

Dalla documentazione versata in atti emerge che la risoluzione non dichiarata era imputabile al presunto inadempimento del raggruppamento di cui faceva parte l'odierna appellante, che la Società aveva proposto ricorso, ancora pendente, avverso il provvedimento di risoluzione dinanzi al Tribunale delle Imprese di Roma e che, nonostante la medesima risoluzione, l'Agenzia delle Entrate aveva effettivamente continuato a riporre fiducia nella Santa Brigida, sottoscrivendo con la stessa un nuovo contratto d'appalto di servizio di facchinaggio interno ed esterno (Lotto 3 Campania), dell'importo di euro 144.119,62 oltre IVA, della durata di 18 mesi a decorrere da gennaio 2018 e prorogato fino al 31 dicembre 2019.

In ragione delle circostanze ora richiamate non può ritenersi che l'appellante abbia dolosamente taciuto un proprio precedente contrattuale qualificabile come grave illecito professionale, in quanto la stessa costituiva solo una possibile qualificazione dei fatti pregressi, qualificazione che solo una decisione giudiziaria o un'interpretazione amministrativa avrebbero potuto confermare.

Va al riguardo ricordato che secondo la giurisprudenza in materia: *«La dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare «gravi illeciti professionali» può essere omessa, reticente o completamente falsa; è configurabile omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come «grave illecito professionale»; è configurabile dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; è, infine, configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero; la distinzione tra le tre fattispecie non risiede, dunque, nell'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (la pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto, piuttosto, nella condotta di quest'ultimo; e ciò vale a meglio spiegare anche il regime giuridico: solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso»* (Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Con più specifico riguardo al caso di specie, si afferma che *«Il concetto di "falso", nell'ordinamento vigente, si desume dal codice penale, nel senso di attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera. Dunque, il falso non può essere meramente colposo, ma deve essere doloso»* (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4504).

Nel caso di specie non si può ritenere provato che la dichiarazione resa dalla Santa Brigida in

fase di compilazione del DGUE (“*Parte III*”, punto “*C: Motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o illeciti professionali*”) fosse non veritiera nei termini ora precisati.

Ciò, innanzitutto, per la considerazione che le domande formulate nel documento di gara richiedevano che l’operatore economico prendesse posizione in merito alla qualificazione giuridica delle precedenti vicende contrattuali in termini di grave illecito professionale, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità o di significative e persistenti carenze nell’esecuzione del contratto tali da causarne la risoluzione, rispettivamente ai sensi delle sopra citate lettere c) e c-ter) dell’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, in contrasto tuttavia con la contestazione sollevata nella competente sede giurisdizionale. Inoltre, può ragionevolmente presumersi che rispetto all’operazione di qualificazione giuridica che le domande sollecitavano possa avere avuto un peso determinante nell’odierna appellante la convinzione di non avere commesso alcun illecito professionale o inadempimento contrattuale, derivatagli dal fatto di avere in seguito ricevuto ulteriori affidamenti dalla stessa amministrazione che aveva segnalato il fatto.

Sulla base delle considerazioni ora svolte la dichiarazione non poteva pertanto essere qualificata come “*falsa dichiarazione*”, ma casomai come incompleta, tale dunque da non determinare l’esclusione automatica dalla gara, la pregiudizievole segnalazione all’ANAC e l’escussione della cauzione provvisoria.

Seppur in un contesto di incertezza derivante dalla mancanza di chiarezza normativa e dalle oscillazioni della giurisprudenza sul tema controverso nel presente giudizio (al riguardo si richiama la recente rimessione all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, da parte di questa Sezione, con ordinanza del 9 aprile 2020, n. 2332), la stazione appaltante, invece di disporre l’esclusione automatica dalla gara della Santa Brigida, avrebbe pertanto dovuto valutare se il comportamento illecito incidesse, in concreto, sull’integrità o sull’affidabilità dell’operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto, ai sensi dell’art.80, comma 5, lett. c) e c-ter), del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto, ai sensi della lett. c-ter) della succitata disposizione normativa, sulle carenze che hanno causato la risoluzione la stazione appaltante deve anche motivare con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

Ne consegue l’illegittimità dell’esclusione automatica dell’appellante dalla gara per l’affidamento del servizio, disposta ai sensi dell’art.80, comma 5, lett. f-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché, in via derivata, della segnalazione all’ANAC effettuata ai sensi dell’art.80, comma 12, e della richiesta di escussione della garanzia provvisoria.

Alla luce delle suesposte considerazioni l’appello va accolto, e, per l’effetto, va disposta la riforma della sentenza appellata.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della fattispecie e dei contrasti di giurisprudenza da ultimo segnalati, giusti motivi per disporre l’integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone la riforma della sentenza appellata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati.