

Le ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis) alla luce del dettato della recente Adunanza Plenaria n. 16/2020

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 2-10-2020

Le ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), d.lgs. n. 50/2016 non rappresentano ipotesi di estromissione automatica del concorrente, in quanto, in linea con il precedente dell'Adunanza plenaria, spesso fondate su una lettura dell'elemento dichiarativo atomistica e non parametrata ai documenti di gara, né volta a sindacare la irragionevolezza della valutazione legittimamente operata dall'Amministrazione, a fronte di una imprecisione non decisiva ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione e ben riconoscibile in base alla qualità dei soggetti interessati.

Guida alla lettura

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha rilevato come la dichiarazione resa dall'aggiudicataria – *sub specie*, tale dichiarazione non coincideva, temporalmente, con il servizio effettivamente svolto in passato dall'operatore economico risultato vittorioso – **non rileva direttamente** ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, in mancanza di una previsione sulla durata minima dei pregressi servizi, considerato che, così come precisato dalla recente sentenza dell'Adunanza plenaria n. 16/2020, “**le ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), d.lgs. n. 50/2016 non rappresentano ipotesi di estromissione automatica**” dell'operatore economico partecipante alla gara. Pertanto, per i giudici di Palazzo Spada, non può essere disposta **l'esclusione automatica** in base ai parametri normativi sopra richiamati, ciò “*in linea con il precedente dell'Adunanza plenaria sopra evidenziato, in quanto fondata su una lettura dell'elemento dichiarativo atomistica e non parametrata ai documenti di gara, né volta a sindacare la irragionevolezza della valutazione legittimamente operata dall'Amministrazione, a fronte di una imprecisione non decisiva ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione e ben riconoscibile in base alla qualità dei soggetti interessati*”.

Per quanto qui di interesse, si rammenta brevemente come – con la sentenza della Plenaria n. 16/2020 – l'Alto Consesso ha chiarito che, per l'applicazione del disposto previsto dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera f-bis), non è sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa “*sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara*”. Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara, inoltre, all'informazione falsa quella “**fuorviante**”, ovvero rilevante nella sua “**attitudine decettiva, di influenza**”.

indebita, ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante, e che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero". Nella medesima direzione si spiega la circostanza che l'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016 preveda anche "**l'omissione di informazioni** dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione", a completamento e chiusura, in buona sostanza, di quella precedente.

L'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti è dato dal fatto che in nessuno di questi casi si ha **l'automatismo espulsivo**. Infatti, tanto "*il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*", quanto "*l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sulla integrità o affidabilità dell'operatore economico. È pertanto fondamentale, sul punto, una valutazione **specificata ed "in concreto" della stazione appaltante**, che dovrà stabilire (i) se l'informazione è effettivamente **falsa o fuorviante**; (ii) se la stessa era in grado di **sviare le proprie valutazioni**; (iii) se il comportamento tenuto dall'operatore economico **incida in senso negativo** sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti ai sensi di legge o della *lex specialis*.

In conclusione, le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante "sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" e concretamente idonee ad influenzarle. Alla luce di ciò, l'ambito di applicazione della lettera f-bis) viene a restringersi alle ipotesi – di non agevole verifica – in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano **obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità**, e non siano finalizzate "*all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)*".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 6354 del 2020, proposto dalla Impresa Individuale Sandro D'Alò, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Furlan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, Galleria Santa Lucia, 1;

contro

Ulss 6 Euganea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Cacciavillani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. Paisiello n. 55;

nei confronti

Triveneta Multiservizi Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 00551/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ulss 6 Euganea e di Triveneta Multiservizi Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2020 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Davide Furlan, Chiara Cacciavillani e Massimiliano Brugnoletti;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - L'impresa individuale Sandro D'Alò appella, chiedendo la sospensione dell'esecutività, la sentenza del TAR per il Veneto, Sezione III, che ha respinto il suo ricorso concernente l'aggiudicazione, alla contro interessata Triveneta Multiservizi - società cooperativa sociale, di uno dei lotti della gara indetta dalla Azienda u.l.s.s. n. 6 Euganea per l'affidamento del servizio di «recupero e cattura di cani vaganti e/o randagi e animali feriti e bisognosi di assistenza», del quale l'appellante è l'attuale affidataria in proroga. Occorre fin da ora evidenziare che con separato gravame è stata appellata la diversa sentenza che ha ugualmente respinto il ricorso contro l'affidamento di un altro dei lotti in gara alla medesima contro interessata.

2 - La gara disciplinava l'affidamento di tre lotti territoriali secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo la possibilità di attribuire fino a 30 punti per l'offerta economica, nonché e fino a 70 punti per l'offerta tecnica secondo cinque criteri di valutazione, indicando per ciascun criterio il punteggio massimo attribuibile e il metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio.

3 - Il lotto in esame è stato aggiudicato alla contro interessata, classificata prima nella graduatoria complessiva, mentre la seconda graduata ha impugnato dinanzi al TAR per il Veneto il provvedimento di aggiudicazione del lotto deducendo due motivi: in via principale, la mancata esclusione dell'aggiudicataria e, in via subordinata, l'attribuzione di eccessivo punteggio per merito tecnico all'offerta della contro interessata relativamente a due criteri di valutazione: il secondo – caratteristiche dei mezzi di trasporto utilizzati per l'espletamento del servizio – e il quinto – esperienza nel settore e conoscenza del territorio sul quale si prevede di operare e delle sue peculiarità.

4 - Il TAR ha rigettato il ricorso. La soccombente ha appellato la sentenza di rigetto riproponendo entrambe le censure di primo grado. Si sono costituiti in giudizio la stazione appaltante e la contro interessata, che hanno confutato le predette censure argomentando l'esattezza della appellata sentenza. Le parti in giudizio hanno articolato le proprie difese mediante un ripetuto scambio di memorie.

5 – Le questioni controverse, ancorchè tecnicamente complesse possono essere ricondotte, per la loro decisione, alla definizione di due singoli punti nodali in diritto, risultando possibile decidere l'appello, contestualmente al separato appello di cui si è dato conto, mediante sentenza succintamente motivata previa comunicazione ai difensori di parte presenti in udienza.

5.1 - Con il primo motivo di appello si contesta il mancato apprezzamento, da parte del TAR, della censura di primo grado secondo cui la contro interessata avrebbe reso una dichiarazione falsa in sede di offerta tecnica, avendo dichiarato di aver svolto, «negli anni 2016-2018», un servizio analogo nel distretto territoriale della ex Azienda u.l.s.s. n. 17 (dal 2017 incorporata dalla Azienda u.l.s.s. n. 6, odierna stazione appaltante) mentre l'affidamento era cessato il 1°luglio 2017.

5.1.1 - Il TAR ha ritenuto il motivo infondato perché l'offerta tecnica in esame è stata oggetto di valutazione complessiva, in relazione ai molteplici fattori ed elementi che la connotano relativamente al criterio di riferimento, e non è stato attribuito rilievo dirimente alla durata

dell'esperienza nel settore, e del resto secondo il disciplinare (non impugnato) il giudizio non era legato alla durata, comunque ben conosciuta dall'aggiudicataria, in quanto succeduta alla precedente USL.

Il TAR ha anche considerato che l'appellante aveva già conseguito il maggior punteggio, in relazione all'esperienza maturata nel settore in un più vasto territorio a partire dal 2014, mentre l'indicazione da parte della contro interessata del periodo 2016-2018, plausibilmente frutto di mero errore materiale, non avrebbe avuto alcun rilievo ai fini dell'attribuzione del punteggio.

5.2 - Con il secondo motivo d'appello l'appellante contesta il capo della sentenza concernente il suo secondo motivo di ricorso di primo grado, con il quale si censurava, in via subordinata, l'assegnazione di punteggio alla contro interessata conseguente alla valorizzazione di un automezzo e di una esperienza in realtà posseduti non dall'impresa ma da un suo collaboratore.

5.2.1 – Tale motivo è stato ritenuto dal TAR inammissibile e infondato perché contestante un'operazione eminentemente discrezionale e propria della stazione appaltante e perché basato su una ricostruzione meramente apodittica del punteggio ritenuto assegnabile.

6 – A giudizio del collegio la decisione del TAR in ordine alle due censure di primo grado risulta scevra dai vizi dedotti con l'appello, che deve pertanto essere respinto con la conseguente conferma della decisione di primo grado.

6.1 – Con il primo motivo di gravame, l'appellante argomenta che il TAR sarebbe incorso in errore circa i presupposti fattuali della doglianza, avendo confuso il requisito di capacità tecnica documentato dalla contro interessata ai fini dell'ammissione (servizio analogo nel triennio anteriore) con la valutazione del merito tecnico per il criterio n. 5 (esperienza nel settore, senza riferimento al triennio). L'appellante critica altresì l'iter logico seguito dal TAR, laddove ha ritenuto che la dichiarazione non collimante temporalmente con il servizio effettivamente svolto in passato non avrebbe assunto «alcuno specifico rilievo» nella valutazione svolta dalla commissione, basata invece su «plurimi elementi», quando invece, argomenta l'appellante, il giudizio della commissione relativamente alla contro interessata («buona l'esperienza nel settore» sarebbe evidentemente riferibile alla valorizzazione di una durata superiore a quella effettiva dell'affidamento pregresso.

6.1.1 - Secondo la stazione appaltante e l'impresa contro interessata la censura sarebbe inammissibile, come inammissibile sarebbe stato il motivo di ricorso avanti il TAR, dal momento che la ricorrente-appellante postula quale doveroso l'esercizio di un potere che, invece, è fondato sulla valutazione discrezionale della ricorrenza in concreto della fattispecie di dichiarazione falsa e fuorviante.

6.1.2 - La decisione dipende quindi dal rilievo che si vuole attribuire alla citata indicazione non rispondente al vero, come comportante l'esclusione automatica ovvero come comportante una valutazione discrezionale dell'Amministrazione circa la sua conoscibilità, la sua riconducibilità o meno a un errore materiale e la sua rilevanza o meno ai fini della graduatoria.

6.1.3 – Al riguardo il collegio, premesso che l'indicazione in esame non rilevava direttamente ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, non essendo prevista una durata minima dei pregressi servizi, considera che, così come autorevolmente statuito dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, le ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), d.lgs. n. 50/2016 non rappresentano ipotesi di estromissione automatica del concorrente. Nella fattispecie in esame, l'amministrazione, prima, e il giudice di primo grado, poi, hanno compiutamente valutato tutti gli elementi indicati nelle offerte tecniche dei due contendenti, anche al fine di valorizzare la rispettiva esperienza nel settore, ed hanno attribuito il relativo punteggio premiando non il periodo di svolgimento del servizio in quel territorio (non previsto dal bando quale criterio e comunque ben conosciuto dall'Azienda sanitaria, essendo essa l'unica committente ed essendosi i due concorrenti alternati nello svolgimento) bensì la sua estensione sul territorio, ritenuta maggiore proprio per l'appellante.

Peraltro, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico complessivo ha concorso l'applicazione, non contestata, degli altri criteri previsti e, ad esempio, in relazione alla qualità e idoneità dell'offerta rispetto alle finalità di tutela e accudimento degli animali interessati il punteggio ha seguito un andamento diverso rispetto a quello, di cui si è detto, per la pregressa esperienza.

6.1.4 – La censura deve essere pertanto respinta, in linea con il precedente dell'Adunanza plenaria sopra evidenziato, in quanto fondata su una lettura dell'elemento dichiarativo atomistica e non parametrata ai documenti di gara, né volta a sindacare la irragionevolezza della valutazione legittimamente operata dall'Amministrazione, a fronte di una imprecisione non decisiva ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione e ben riconoscibile in base alla qualità dei soggetti interessati.

6.2 - Con il secondo motivo d'appello si contesta un'omissione di pronuncia sulla seconda censura dedotta in primo grado, in quanto il TAR l'avrebbe dichiarata infondata nel merito sottraendosi alle questioni di diritto poste.

6.2.1 - Secondo la stazione appaltante e l'impresa contro interessata il Giudice avrebbe invece ben enucleato le specifiche ragioni di infondatezza, non prescrivendo il bando l'attuale possesso (contestato dal ricorrente-appellante) dei mezzi per l'espletamento del servizio, mentre l'esperienza nel settore e la conoscenza del territorio del responsabile operativo del servizio posto in gara sarebbero state comprovate anche attraverso la produzione in giudizio del contratto di collaborazione con l'impresa.

6.2.3 - Assume quindi rilievo dirimente la questione se sia possibile allegare la disponibilità delle risorse materiali e immateriali valutate ai fini dell'offerta tecnica, ovvero se sia necessario dimostrare la loro stabile connessione organizzativa con l'impresa concorrente.

6.2.4 – Neppure la doglianza in esame risulta peraltro fondata, non essendo rinvenibile né nell'ordinamento, né nella lex di gara, una norma che vieti oppure imponga all'operatore economico di assumere un determinato assetto organizzativo nei rapporti con il soggetto sul quale intende fare affidamento nell'esecuzione del contratto, nell'ambito dell'istituto dell'avvalimento –ben diverso da quello del subappalto – previsto dalla oramai consolidata

giurisprudenza euro-unitaria.

7 – Alla stregua delle pregresse considerazioni l'appello può essere respinto in punto di diritto con sentenza succintamente motivata. Sussistono tuttavia giustificate ragioni, in relazione alla complessità tecnica delle descritte fattispecie di fatto sottostanti ai punti controversi, per disporre la compensazione fra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente decidendo sull'appello in epigrafe, lo respinge.