

# A proposito della valutazione dell'omissione informativa ai fini dell'esclusione dalla gara

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 15-4-2024

Oggetto dell'obbligo dichiarativo è qualunque fatto suscettibile di essere qualificato come grave illecito professionale, sì da permettere all'Amministrazione di valutare se il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'Amministrazione e di mettere il fatto così qualificato in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata

Le procedure selettive postulano un dovere particolarmente intenso in capo alle imprese partecipanti di chiarezza e completezza espositiva sia nella presentazione della documentazione volta alla verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale, sia nella formulazione e presentazione delle offerte.

L'operatore economico reticente, oltre a violare i doveri di correttezza e buona fede cui è vincolato, arreca un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura che non può non essere tenuto nella debita considerazione dalla stazione appaltante.

Ferma la preclusione d'introdurre con la *lex specialis* automatismi espulsivi, spetta all'amministrazione valutare in concreto se l'omissione di informazioni rilevanti, previste dalla legge e dalla normativa di gara, sia in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

Tale valutazione deve emergere dal provvedimento di esclusione, sebbene succintamente motivato.

**LEGGI LA SENTENZA**

Pubblicato il 12/04/2024

**N. 03336/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 06699/2023 REG.RIC.**

**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 6699 del 2023, proposto da -OMISSIS- in proprio e quale mandataria Rti, Rti -OMISSIS- s.r.l. (Ora -OMISSIS- s.p.a.), Rti -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8321383E79, rappresentate e difese dagli avvocati Domenico Greco, Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pierpaolo Salvatore Pugliano in Roma, via Giuseppe Gioachino Belli n. 60;

***contro***

Città Metropolitana di Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valentina Manzone, Carlo Scaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Valentina Manzone in Genova, Piazzale Mazzini 2;

***nei confronti***

-OMISSIS- in proprio e quale mandataria costituendo Rti, -OMISSIS- s.r.l. in qualità di mandante Rti, -OMISSIS- s.r.l. in qualità di mandante Rti, -OMISSIS- s.r.l. in qualità di mandante Rti, -OMISSIS- s.p.a. in qualità di mandante Rti, non costituiti in giudizio; -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 644/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e della Città Metropolitana di Genova;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi gli avvocati Pugliano e Sansone e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati Manzone e Scaglia;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'appellante ha partecipato alla gara – da aggiudicarsi tramite il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – indetta dalla Città Metropolitana di Genova e relativa alla conclusione dell' *“accordo quadro per l'affidamento dei Servizi integrati di Facility Management da eseguirsi sugli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni del territorio della Regione Liguria, adibiti prevalentemente ad uso ufficio e/o ad attività scolastiche – Appalto verde (DM 11 ottobre 2017; DM 7 marzo 2012; DM 10 marzo 2020)”* – Lotto 3 CIG 8321383E79.
2. Essa è risultata aggiudicataria in via definitiva del Lotto 3 in esecuzione della sentenza del TAR Liguria (n. 649/2021 del 9 luglio 2021, confermata in sede di appello), che ha accolto il ricorso, proposto da -OMISSIS-, avente ad oggetto il Lotto 1, obbligando la stazione appaltante a rimodulare le graduatorie e ad assegnare al RTI guidato da -OMISSIS- il Lotto 3, oggetto della presente controversia.
3. Avverso l'aggiudicazione, Agriservizi ha proposto ricorso dinnanzi al TAR (R.G. n. 50/2022), che è stato accolto (sentenza n. 595/2022).
4. Riferisce l'appellante che il TAR ha ordinato alla Città Metropolitana di Genova di svolgere apposito supplemento istruttorio al fine di valutare l'incidenza, ai fini partecipativi, di un'omissione dichiarativa.
5. All'esito della citata pronuncia, l'appellante ha ricevuto il provvedimento di esclusione.
6. Nelle more della notificazione del ricorso avverso il suddetto provvedimento di esclusione, la stazione appaltante – con provvedimento del 25 luglio 2022– ha adottato una nuova determinazione che ha sospeso la precedente, decidendo di avviare un procedimento in contraddittorio.
7. La Stazione appaltante ha comunicato – con nota del 26 luglio 2022 – l'avvio del procedimento in contraddittorio, chiedendo all'appellante di depositare entro l'8 agosto 2022 la documentazione relativa alla vicenda, ivi compresa la copia del provvedimento di rinvio a giudizio disposto dal GIP di Cosenza, rilevante per la procedura di gara. -OMISSIS- ha depositato (4 agosto 2022) scritti difensivi, allegando la necessaria documentazione.

8. La Città Metropolitana di Genova ha quindi comunicato (8 settembre 2022) il preavviso di esclusione basato sulla sentenza n. 595/2022 e sul fatto che l'omissione informativa sarebbe sfociata in esclusione.
9. La Città Metropolitana di Genova ha dato termini all'appellante per depositare eventuali controdeduzioni entro il 19 settembre 2022. -OMISSIS- ha depositato i propri scritti difensivi.
10. L'Amministrazione ha confermato (27 settembre 2022) l'esclusione, ritenendo di essere obbligata dalla “[...] *autoregolamentazione che la Stazione Appaltante ha approntato per la procedura de qua e contenuta nella lex specialis di gara [...]*” e concludendo che “[...] *per effetto della valutazione ex ante riportata nella lex specialis di gara la fattispecie omissiva accertata dal T.A.R. Liguria costituisca una condotta sintomatica di inaffidabilità professionale tale da determinare l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara [...]*”.
11. Avverso la disposta esclusione e l'iniziale sospensione, -OMISSIS- ha proposto ricorso dinanzi al TAR Liguria, integrato poi da un primo atto di motivi aggiunti avverso la confermata e nuova esclusione e un secondo atto di motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI di cui fa parte Agriservizi.
12. Il TAR, con sentenza n. 644/2023, dopo aver dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse, ha respinto i due atti di motivi aggiunti.
13. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, -OMISSIS- ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei motivi così rubricati: “*I) Error in iudicando ed error in procedendo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 7 e ss., L. 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli artt. 53 e 80, D. Lgs. 50/2016 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 e del considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, 41 e 97 Cost. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento di atti e di fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia, sviamento; II) Error in iudicando ed error in procedendo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-septies, L. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, D. Lgs. 50/2016 e s.m.i.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57 e del considerando 101 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, 41 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 6. Violazione e falsa applicazione dell'art. 34 c.p.a. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 7 e ss. L. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione della lex specialis e, segnatamente, del punto 2.4 del paragrafo 2 delle Norme di Partecipazione. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento di atti e di fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, non adeguatezza, difetto di proporzionalità, manifesta ingiustizia, sviamento”.*
14. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, la Città metropolitana di Genova e -OMISSIS-.
15. Alla udienza pubblica del 12 dicembre 2023 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

16. Le argomentazioni dell'appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

17. Con il primo motivo l'appellante argomenta come segue.

17.1. -OMISSIS-, in primo grado, ha anzitutto dedotto vizi procedurali, avendo la stazione appaltante consentito la partecipazione al procedimento anche di -OMISSIS-, malgrado lo stesso operatore economico non fosse stato parte processuale del precedente giudizio, e soprattutto inaugurando un contraddittorio claudicante, posto che l'appellante non è stata preavvertita dell'ingresso procedimentale di un soggetto estraneo e non è stata partecipata dei suoi scritti difensivi, venendo privata del diritto di difesa.

17.2. Il TAR ha respinto la censura affermando che il consorzio -OMISSIS- è capogruppo mandatario del raggruppamento che, a seguito dell'esclusione della ricorrente in data 15 luglio 2022, si è collocato al primo posto della graduatoria, assumendo quindi le vesti di soggetto controinteressato in seno al procedimento in questione e che, con nota del 27 luglio 2022, -OMISSIS- ha espressamente chiesto di esercitare i diritti partecipativi nel supplemento istruttorio da svolgersi in ottemperanza della sentenza del T.A.R. Liguria n. 595/2022 di annullamento dell'aggiudicazione a -OMISSIS-, pronunciata su ricorso di -OMISSIS-, mandante del R.T.I. capeggiato da -OMISSIS-

17.3. Il TAR avrebbe errato in quanto:

a) il primo graduato che – all'epoca dell'avvio del procedimento – non era neppure tale, essendo secondo nella graduatoria di merito, non aveva alcun interesse e soprattutto legittimazione a partecipare al procedimento;

b) la decisione di ammettere al contraddittorio anche il soggetto terzo esorbiterebbe dallo spirito e dalla *ratio* della normativa di riferimento (art. 53, d.lgs. 50/2016);

c) -OMISSIS- ha potuto partecipare al procedimento e accedere quindi all'intero fascicolo e ha anche articolato argomentazioni finendo per condizionare la volontà della stazione appaltante.

17.4. La sentenza del TAR, e conseguentemente i provvedimenti gravati in primo grado, sarebbero poi viziati da violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss., L. n. 241/1990, sotto un ulteriore e autonomo profilo. Il contraddittorio sarebbe stato solo formale dato che, nella sostanza, l'esclusione sarebbe stata automatica.

18. Con il secondo motivo l'appellante argomenta, con ampi svolgimenti (da pagina 15 a pagina 39 del ricorso) la tesi secondo cui:

a) la sentenza del TAR sarebbe erronea poiché dagli atti impugnati, emergerebbe una esclusione automatica, conseguenza diretta della sentenza 595/2022 e della prescrizione di gara, di cui alle "*Norme di partecipazione paragrafo 2. "Requisiti generali di ammissione", punto 2.4., capoverso 21"*", la quale prevede l'esclusione nel caso di omissione informativa;

b) il TAR avrebbe forgiato una motivazione postuma sostituendosi alla stazione appaltante;

c) il TAR avrebbe errato, sia perché l'Amministrazione non avrebbe svolto alcuna adeguata istruttoria, sia perché la mancata valutazione dei comportamenti omessi e delle misure di *self cleaning* è sempre necessaria, anche nell'ipotesi di reiterata omissione dichiarativa.

19. Le censure dell'appellante, ulteriormente ribadite nella memoria depositata il 1° dicembre 2023, possono a questo punto essere esaminate.

20. Il primo motivo è infondato.

20.1. Il Consorzio -OMISSIS- è mandatario del RTI collocatosi utilmente nella graduatoria. La verifica della sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo all'appellante è stata effettuata in esecuzione della sentenza del TAR n. 595/2022 resa su ricorso della Società Agriservizi.

20.2. Il TAR non ha errato nel rilevare che, con nota del 27 luglio 2022, -OMISSIS- aveva espressamente chiesto di esercitare i diritti partecipativi nel supplemento istruttorio da svolgersi in ottemperanza della sentenza del T.A.R. Liguria n. 595/2022.

20.3. Estendere il contraddittorio al Consorzio -OMISSIS- non ha leso alcun diritto dell'appellante né violato alcuna regola del procedimento. Non sussiste alcun elemento che possa indurre a ritenere che la volontà della stazione appaltante sia stata viziata dalla partecipazione al procedimento di un soggetto che aveva manifestato interesse a essere coinvolto.

20.4. Le garanzie partecipative non devono risolversi in inutili aggravii procedurali; questo potrebbe essere, semmai, il rilievo da muovere alla stazione appaltante, rilievo in ogni caso ininfluenza nella vicenda qui all'esame. Esse rispondono all'esigenza di provocare l'apporto collaborativo da parte dell'interessato, apporto che, in questo caso, non ha dato alcuna evidenza di avere influito in modo tale da ledere alcun interesse di -OMISSIS-.

21. Anche il secondo motivo è infondato.

21.1. Una questione risulta decisiva: corrisponde al vero il fatto che -OMISSIS- abbia reiterato omissioni dichiarative.

21.2. Il TAR ha correttamente evidenziato:

a) che con la sentenza n. 595 dell'11 luglio 2022 era stata annullata l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS-, sia per errori commessi dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta sia per la mancata valutazione di possibili gravi illeciti professionali da reato;

b) vi era stata l'omessa comunicazione, da parte della concorrente, del decreto di rinvio a giudizio emesso dal G.U.P. di Cosenza nei confronti di soggetti titolari di cariche apicali per i



delitti di frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.), falso ideologico e materiale (artt. 479 e 476 c.p.) e truffa ai danni dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1 c.p.), nonché nei confronti della stessa -OMISSIS- per l'illecito amministrativo da reato ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 231/2001, con riferimento all'appalto per i servizi di pulizia e integrativi presso l'Azienda Ospedaliera cosentina, per un danno quantificato in oltre tre milioni di euro;

c) con decisione n. 3081 del 24 marzo 2023 il Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia di primo grado, rimarcando che l'omissione aveva avuto ad oggetto anche una serie di provvedimenti cautelari antecedenti al rinvio a giudizio, emessi dal G.I.P. (arresti domiciliari e obbligo di dimora) e dal Tribunale del riesame (sequestri preventivi).

21.3. Vero è che, in prima battuta, la stazione appaltante aveva commesso un errore, comminando l'esclusione in virtù di un automatismo espulsivo che l'art. 80 d.lgs. 50/2016 non consente in casi come quello qui all'esame. È però altrettanto vero che tale errore è stato emendato avviando un procedimento in contraddittorio e valutando, nel suo complesso, la situazione dell'operatore economico che è stato considerato non affidabile.

21.4. Occorre rammentare che, oggetto dell'obbligo dichiarativo è qualunque fatto suscettibile di essere qualificato come grave illecito professionale, sì da permettere all'Amministrazione di valutare se il comportamento pregresso assuma la qualificazione oggettiva di comportamento in grado d'incrinare l'affidabilità e integrità dell'operatore nei rapporti con l'Amministrazione e di mettere il fatto così qualificato in relazione con il contratto oggetto dell'affidamento, così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione d'inaffidabilità e assenza d'integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 maggio 2021, n. 3772).

21.5. Scontato che, nel caso che qui occupa il Collegio, non vi è stato alcun automatismo espulsivo, nonostante l'appellante abbia ripetuto il contrario più volte sia nell'atto di appello sia nella memoria depositata il 1° dicembre 2023, si tratta di verificare se, nel contesto della valutazione che spettava all'amministrazione, questa ha in concreto dato peso all'omissione di informazioni rilevanti, previste dalla legge e dalla normativa di gara, e, evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità dell'operatore economico nella particolarissima vicenda qui all'esame.

21.6. Tale complessiva valutazione si evince dall'articolato procedimento e dal provvedimento impugnato in primo grado che, pur succintamente motivato sul punto decisivo della vicenda, contiene un giudizio sulla inaffidabilità dell'operatore economico.

21.7. -OMISSIS-, nonostante abbia argomentato diffusamente la propria tesi, omette di considerare che, in coerenza con l'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della gara e successivamente alla sua conclusione, sussiste in capo ai concorrenti l'onere di comunicare alla stazione appaltante tutte le vicende attinenti lo svolgimento della propria attività professionale al fine di consentire di valutare la loro eventuale incidenza sulla reale affidabilità, morale e professionale.

21.8. L'omissione di -OMISSIS- è stata particolarmente grave ed è questo il punto decisivo

che si evince dal provvedimento della stazione appaltante. La legge di gara, lungi dal prevedere una nuova causa di esclusione, ha semplicemente vincolato la stazione appaltante a connettere un reale peso a informazioni incomplete e condotte reticenti.

21.9. La *lex specialis*, in altre parole, poneva una regola di condotta che, semplicemente, è riconnessa al dovere di operare in modo leale, evitando comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza.

21.10. Va peraltro osservato che l'amministrazione è mossa, nelle procedure selettive, dal bisogno attuale e concreto di acquisire i servizi di cui necessita; le procedure selettive postulano un dovere particolarmente intenso in capo alle imprese partecipanti di chiarezza e completezza espositiva sia nella presentazione della documentazione volta alla verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale sia nella formulazione e presentazione delle offerte. L'operatore economico reticente, oltre a violare i doveri di correttezza e buona fede cui è vincolato, arreca un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura che non può non essere tenuto nella debita considerazione, come in questo caso è avvenuto, dalla stazione appaltante.

21.11. Giustamente, il TAR ha rilevato, senza procedere ad alcuna integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato, quel che era evidente e cioè che -OMISSIS- ha taciuto il rinvio a giudizio dei suoi dirigenti di vertice per ben due volte, vale a dire:

a) in fase di gara, quando il G.U.P. di Cosenza ha disposto la celebrazione del dibattimento con decreto in data 19 novembre 2021;

b) successivamente all'aggiudicazione del 3 dicembre 2021, nell'ambito del supplemento istruttorio svolto dalla stazione appaltante per accertare la permanenza dei requisiti generali di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

22. L'infondatezza alla stregua delle osservazioni svolte cui consegue la conferma della sentenza impugnata e la legittimità degli atti impugnati esclude anche la fondatezza della domanda risarcitoria.

23. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

Le spese del grado di giudizio possono essere compensate tra le parti in causa vista la particolarità, per certi aspetti, delle questioni sottoposte al Collegio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 644/2023.

Spese compensate.



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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore