

Consiglio di Stato sez. V 27/9/2019 n. 6490

Esclusione per irregolarità fiscale in precedente gara - Non rileva quale grave illecito professionale in gara successiva

N. 06490/2019REG.PROV.COLL.

N. 02083/2019 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 in appello iscritto al numero di registro generale 2083 del 2019, proposto da OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato.....;

contro

OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato.....;

nei confronti

OMISSIS s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato.....;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Quarta, 7 febbraio 2019, n. 675, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS s.p.a. e della OMISSIS s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati.....;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'OMISSISs.p.a. (di seguito "OMISSIS"), società pubblica interamente partecipata dal Comune di Napoli, ha bandito una gara per l'affidamento dell'appalto dei "servizi di vigilanza e dei servizi fiduciari da eseguirsi su alcuni siti aziendali lotto unico", della durata di ventiquattro mesi prorogabili per un massimo di ulteriori dodici e per il valore a base d'asta di euro 5.500.364,84, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con

l'attribuzione di massimo 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica).

Alla procedura di gara partecipavano, tra le altre imprese, la OMISSIS s.r.l. (nel prosieguo "Security"), odierna appellante, e la OMISSIS s.p.a. ("OMISSIS").

2. Con ricorso ex art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm., Security ha, infatti, impugnato gli esiti favorevoli del procedimento di verifica dei requisiti avviato dalla stazione appaltante e l'ammissione alla procedura della OMISSIS dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania che, con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, nella resistenza dell'OMISSIS. e della controinteressata, prescindendo dall'eccezione di irricevibilità per tardività dell'impugnativa (in quanto proposta entro il termine di trenta giorni decorrente dall'ostensione della documentazione amministrativa sull'ammissione della concorrente, anziché dalla comunicazione degli ammessi sul profilo internet della committente ex art. 29 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016) in limine sollevata dalle parti resistenti, ha respinto nel merito, ritenendoli infondati, i motivi di ricorso con cui la Security aveva lamentato: "Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 80, comma 5. D.Lgs. 50/2016 in connessione con le disposizioni di cui al Disciplinare di gara e con l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.- Violazione dei principi di par condicio nelle gare pubbliche- Eccesso di potere per difetto di istruttoria- carenza della motivazione e travisamento dei fatti- Sviamento".

2.1. In particolare, la ricorrente con le censure formulate, premesso che la OMISSIS aveva dichiarato in gara il possesso dei requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 evidenziando, nel contempo, anche la pendenza di tre risoluzioni contrattuali per grave inadempimento eccpite nei suoi confronti (rispettivamente dalla EAV, dalla Napoli Holding e dal Comune di Brindisi), deduceva l'illegittimità del provvedimento di ammissione della concorrente OMISSIS al prosieguo delle operazioni (di cui al verbale di gara del 12 aprile 2018), testualmente così motivato: "In relazione al concorrente OMISSIS- in particolare alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 80, commi 3 e 5, del D.Lgs. 50/2016- valutate le circostanze e la rilevanza di quanto dichiarato, alla luce delle linee guida ANAC e delle evoluzioni normative e giurisprudenziali, nonché rilevata la mancanza di annotazioni al Casellario ANAC in capo alla Società, il Seggio di Gara scioglie la riserva ritenendo che non sussistono elementi tali da inficiare l'affidabilità del concorrente in rapporto alla futura prestazione oggetto della gara de quo".

2.1. Il Tribunale amministrativo ha, tuttavia, ritenuto esente dai vizi dedotti di violazione di legge ed eccesso di potere (sub specie di omessa congrua motivazione, nonché di difetto di istruttoria, sviamento e travisamento dei fatti) la positiva valutazione della Commissione sulla moralità e affidabilità professionale della concorrente, asseritamente non compromessa dalle risoluzioni contrattuali dichiarate né dall'omessa dichiarazione, da parte della stessa impresa, di precedenti esclusioni da gare di appalto per false dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione: ha perciò concluso che non fosse integrata, nella fattispecie, l'ipotesi del grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) del del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice dei contratti pubblici"), comportante l'esclusione dalla gara.

3. Per la riforma della sentenza Security ha proposto appello, deducendone l'erroneità ed ingiustizia alla stregua di tre motivi di diritto rispettivamente così rubricati: "I. Error in iudicando sul terzo e quarto motivo di ricorso: Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) T.U. 50/2016 in connessione con le disposizioni di cui e con l'art. 120 co. 2 bis C.P.A.- Violazione dei principi di par condicio nelle gare pubbliche - Motivazione erronea su un punto decisivo della controversia; II Error in iudicando sul primo motivo di ricorso. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 80 co 5 T.U. 50/2016 in

connessione con le disposizioni di cui al Disciplinare di gara e con l'art. 120 co 2 bis C.P.A. - Violazione dei principi di par condicio nelle gare pubbliche - Motivazione erronea su un punto decisivo della controversia; III. Error in iudicando sul secondo motivo di ricorso di primo grado. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 80 co. 5 T.U. 50/2016 in connessione con le disposizioni di cui al Disciplinare di gara e con l'art. 120 co 2 bis C.P.A. - Violazione dei principi di par condicio nelle gare pubbliche- Motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia”.

3.1. Si sono costituite in giudizio per resistere all'appello l'OMISSIS. e la OMISSIS che hanno entrambe in via preliminare riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., l'eccezione di irricevibilità del ricorso sulla quale il tribunale non ha espressamente pronunciato stante la sua ritenuta infondatezza (pur avendo, comunque, ritenuto implicitamente tempestiva l'impugnazione e osservato, per completezza, che il relativo termine decorresse non dalla pubblicazione degli atti relativi alle ammissioni ed esclusioni sul sito istituzionale del committente, ma dal momento in cui gli stessi atti sono in concreto resi disponibili, corredati di motivazione, nei confronti del soggetto che intende contestarli) e, nel merito, hanno comunque sostenuto l'infondatezza del gravame, chiedendone il rigetto.

3.2. All'udienza camerale del 30 maggio 2019, la causa è stata infine trattenuta in decisione

DIRITTO

4. Come già accennato nella parte in fatto, con i motivi di doglianza articolati parte appellante ha sostanzialmente riproposto le censure di primo grado, criticando la sentenza del tribunale che le ha ritenute infondate e non ha ravvisato l'errore in cui è incorsa la stazione appaltante nel ritenere professionalmente affidabile la concorrente OMISSIS “in rapporto alla futura prestazione oggetto della gara de quo” pur sussistendo i presupposti per addebitarle un grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“Codice dei contratti pubblici”), stante le tre risoluzioni contrattuali per inadempimento dichiarate e l'omessa dichiarazione da parte dell'impresa di esclusioni in precedenza subite in altre gare per falsità e incompletezza delle dichiarazioni ivi rese.

5. In particolare, i motivi di appello possono essere così sinteticamente illustrati.

5.1. Con il primo motivo di censura, l'appellante è tornata a sostenere l'illegittimità dell'ammissione della OMISSIS per non avere questa dichiarato, nella domanda di partecipazione alla presente gara, numerose esclusioni disposte in altrettante procedure pubbliche cui aveva partecipato (e che si erano finanche concluse con l'aggiudicazione a suo favore), per aver reso dichiarazioni false o comunque omissive sul possesso dei requisiti di partecipazione alle stesse gare ovvero su risoluzioni contrattuali per grave inadempimento in precedenza subite.

5.1.1. L'appellante ha fatto, in dettaglio, riferimento alla gara indetta per l'affidamento dei servizi di vigilanza dalla ASL NA 3 SUD, ove OMISSIS ha falsamente dichiarato il possesso del requisito di regolarità fiscale, nonostante sussistesse una violazione definitivamente accertata in materia di omesso versamento di imposte e tasse (in relazione ad un debito tributario iscritto a ruolo di ben 159.000,00 euro) sì da integrare una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (come statuito anche con sentenza del Tribunale Amministrativo per la Campania, V, 10 ottobre 2018, n. 5848).

5.1.2. L'appellante ha, altresì, richiamato precedenti esclusioni da gare pubbliche in cui OMISSIS è incorsa per non aver reso alcuna dichiarazione in ordine alle gravi risoluzioni contrattuali per inadempimento poste in essere nei suoi confronti (ovvero alle vicende risolutorie, qui invece dichiarate, occorse nelle gare indette dalla Circumvesuviana/EAV, dalla Napoli

Holding e dal Comune di Brindisi).

5.1.3. Tali esclusioni, ove correttamente dichiarate, avrebbero, invece, dimostrato la palese inaffidabilità della concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo vigente secondo la disciplina del tempo (ossia quello anteriore alla novella di cui al d.lgs. 14 dicembre 2018, n. 135), che testualmente prevede: "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ...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 queste rientrano ...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".

5.1.4. Secondo l'appellante sarebbe, dunque, errato l'assunto del primo giudice secondo cui le esclusioni da precedenti gare di appalto per false dichiarazioni (perché ingannevoli o inesatte) sul possesso dei requisiti prescritti non andrebbero dichiarate nelle successive gare né comporterebbero la perdita del requisito di affidabilità professionale per il concorrente.

5.1.5. Al contrario, tali esclusioni motivate dall'insussistenza dei requisiti di partecipazione e dall'aver reso al riguardo dichiarazioni non veritiere andavano, in ogni caso, segnalate alla stazione appaltante per consentirle di operare un'autonoma e discrezionale valutazione, ad essa solo riservata, e di renderle quindi possibile il corretto esercizio di tale potere di apprezzamento discrezionale in ordine all'effettiva integrità e affidabilità dell'impresa, desumibile da tutte le condotte pregresse tenute dall'impresa e sanzionate in precedenti gare.

5.1.6. Di conseguenza, la violazione degli obblighi dichiarativi costituirebbe, sempre ad avviso dell'appellante, un'autonoma causa di esclusione dalla selezione per essere l'operatore economico tenuto a dichiarare tutte le circostanze e informazioni suscettibili di incidere anche sulla gara in corso, ininfluente essendo il fatto che la ditta possedeva allo stato i requisiti all'epoca mancanti e falsamente dichiarati.

5.2. Con il secondo motivo di gravame, l'appellante critica le statuizioni di prime cure che non hanno accolto il primo motivo di ricorso con cui si contestava l'illegittimità dell'ammissione alla gara della OMISSIS sotto il profilo della carenza di motivazione e di istruttoria del relativo provvedimento.

5.2.1. In particolare, la Security torna a censurare il giudizio di affidabilità professionale espresso dalla commissione che avrebbe ommesso, a suo avviso, la doverosa valutazione dei fatti dichiarati (in particolare le menzionate risoluzioni contrattuali per grave inadempimento rispettivamente opposte nei confronti della OMISSIS dalla EAV, dalla Napoli Holding e dal Comune di Brindisi) e la conseguente valutazione della loro concreta incidenza sulla moralità e integrità professionale del concorrente.

5.2.2. Avrebbe, dunque, errato il Collegio di prime cure nel richiamare "un'articolazione procedimentale" e "una motivazione in essa contenuta", di fatto inesistenti negli atti di gara, come facilmente può evincersi dalla stringata e laconica motivazione del provvedimento di ammissione (di cui al verbale del 12 novembre 2018), dalla quale non emerge in alcun modo il percorso logico-argomentativo seguito dalla Commissione, né sono esplicitate le ragioni fattuali e giuridiche che l'hanno indotta a giudicare irrilevanti le risoluzioni dichiarate dalla OMISSIS, laddove occorreva una valutazione congrua e adeguata riguardo all'effettiva portata invalidante

di quelle risoluzioni ai fini del possesso del requisito di integrità e affidabilità professionale: il difetto di adeguata motivazione sulla moralità professionale della società impedirebbe, infatti, finanche di verificare se una siffatta valutazione sia stata in concreto operata dalla stazione appaltante e di effettuare il relativo sindacato in sede giurisdizionale sul legittimo e corretto esercizio di tale potere di apprezzamento discrezionale, anche solo in termini di macroscopica illogicità.

5.2.3. Il concorrente, sul quale incombe, infatti, l'onere ex lege di impugnare l'ammissione alla gara dei partecipanti ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, cod. proc. amm. secondo la disciplina ratione temporis applicabile, deve essere messo in condizione di comprendere se la stazione appaltante abbia veramente effettuato le valutazioni di sua competenza e di conoscere, sia pure succintamente, le ragioni di ritenuta irrilevanza delle risoluzioni e penali dichiarate dall'impresa partecipante ed insussistenza dei presupposti di un grave illecito professionale.

5.2.4. L'appellante ha inoltre evidenziato come tale doveroso apprezzamento discrezionale sull'integrità e affidabilità dei concorrenti non viene poi meno laddove l'accertamento dell'illecito professionale sia stato contestato in giudizio e sia ancora sub iudice (come nella fattispecie in esame), ciò comportando soltanto un obbligo di prova e motivazione più stringente e rigorosa in capo alla stazione appaltante che intenda, ciò nonostante, procedere all'esclusione.

5.2.5. Tale difetto di motivazione ed istruttoria sarebbe poi ancor più vistoso e censurabile con riferimento alla risoluzione per grave inadempimento (disposta in data 20 dicembre 2013 per omessa rendicontazione e mancata consegna di ingenti somme), dichiarata nella presente gara dalla OMISSIS, dell'appalto Napoli Holding, società pubblica interamente confluita nell'OMISSIS, a seguito di cessione di ramo d'azienda nel gennaio 2014: in quel caso in cui la vicenda risolutoria aveva sostanzialmente riguardo la medesima stazione appaltante della gara de qua, risultava, infatti, del tutto immotivata la carenza di qualsivoglia valutazione o approfondimento istruttorio sull'affidabilità della candidata, che apparivano ancor più relegate a mero simulacro procedimentale.

L'accordo transattivo successivamente stipulato tra le parti non elide, ma conferma la portata invalidante sul giudizio di affidabilità della concorrente, in quanto detto accordo (che ha previsto l'applicazione di una penale e di un obbligo risarcitorio dei danni provocati a carico della OMISSIS) attesta l'esistenza del grave inadempimento che ha dato causa alla risoluzione del rapporto (come statuito con sentenza di questa V Sezione, 15 giugno 2015, n. 2928, resa nell'ambito di una gara bandita nel 2011 dalla stessa OMISSIS, in cui la OMISSIS era stata esclusa proprio a causa della medesima vicenda risolutoria che la stazione appaltante, con valutazione evidentemente contraddittoria, ha considerato invece irrilevante ai fini dell'odierno giudizio di idoneità professionale).

6. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione di irricevibilità del ricorso di prime cure riproposta nel presente giudizio, in quanto i motivi di censura, che per la loro connessione possono essere oggetto di trattazione unitaria, sono infondati nel merito.

7. In primo luogo, deve evidenziarsi come non meriti accoglimento l'assunto dell'appellante secondo cui la OMISSIS avrebbe dovuto dichiarare all'OMISSIS, a pena di esclusione, le precedenti determinazioni di altre stazioni appaltanti che l'hanno estromessa dalle rispettive gare per non aver ivi dichiarato una pregressa situazione di irregolarità a fini fiscali o le risoluzioni contrattuali in cui era incorsa, al fine di consentirle di valutare se quell'estromissione e la condotta ivi osservata (dichiarazione ingannevole o inesatta) rivelassero un'ipotesi ascrivibile al "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" e, in quest'ottica, potessero integrare un "grave illecito professionale", idoneo a legittimare dubbi sull'integrità e affidabilità della concorrente.

7.1. In punto di fatto, occorre premettere alcune circostanze rilevanti ai fini del decidere.

7.2. Risulta dagli atti (ed è evidenziato anche nel provvedimento di ammissione impugnato) che l'ANAC non abbia disposto in danno dell'appellata l'iscrizione al casellario informatico ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera f-ter), e comma 12 per aver reso - con dolo o colpa grave - false dichiarazioni ovvero per aver presentato in gara falsa documentazione.

7.3. Non risultano, inoltre, a carico dell'appellata gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), nella forma delle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione" né risulta che in suo danno siano state disposte condanne al risarcimento del danno o ad altre sanzioni ai sensi della medesima disposizione.

7.4. Infine, è pacifico e non contestato che al termine della scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione l'appellante non versasse in alcuna situazione di irregolarità fiscale rilevante ai fini dell'art. 80, comma 4, citato: al riguardo, va anzi soggiunto che questo Consiglio, con sentenza III, 2 aprile 2019, n. 2183, ha accolto l'appello della OMISSIS e per l'effetto riformato la menzionata sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 5848 del 2018, così accertando che non sussistessero nemmeno le divise condizioni operative affinché potesse operare, in quella fattispecie, la clausola espulsiva connessa ad infrazioni di natura tributaria (id est: che il relativo credito sia già definito quanto a sorte principale e ad "eventuali interessi o multe" e che, ciò nonostante, la parte sia, comunque, rimasta colpevolmente inadempiente).

7.5. Tanto premesso, il thema decidendum è costituito allora dal rilievo che assume la mancata dichiarazione di precedenti esclusioni da analoghe gare disposte per falsa attestazione della regolarità tributaria (nonostante l'irregolarità ai fini fiscali sia stata medio tempore rimossa e non risulti alcuna iscrizione nel casellario informatico ai sensi e per gli effetti dei cui al comma 5, lettera f-ter), e 12 dell'art. 80) e per mancata dichiarazione di precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento (sebbene tali vicende siano state puntualmente dichiarate dalla concorrente nella presente gara alla stazione appaltante che è stata, quindi, messa nelle condizioni di valutarne la portata e l'effettiva incidenza sulla sua affidabilità).

7.6. A tale riguardo ritiene il Collegio che non meritino censura le statuizioni di prime cure laddove hanno rilevato che la concorrente non sia tenuta a dichiarare nelle successive gare le precedenti esclusioni comminate nei suoi confronti per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, "tale causa di esclusione si riferisce- e si conchiude- all'interno della procedura di gara in cui è maturata".

7.6.1. Ed infatti, il primo giudice si è conformato e ha correttamente applicato i consolidati principi affermati in subiecta materia dalla recente giurisprudenza che il Collegio condivide e al quale intende dare continuità (cfr. Cons. di Stato, V, 26 luglio 2018, n. 4594; id. V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 24 gennaio 2019, n. 597).

7.6.2. Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale espresso nei precedenti richiamati,

una precedente espulsione da una gara pubblica per irregolarità fiscale non può assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale e, quindi, di circostanza da dichiarare, posto che, diversamente opinando, “si realizzerebbe un’ indefinita protrazione di efficacia, “a strascico”, delle violazioni relative all’obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse”, laddove l’art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 riconosce efficacia escludente alla partecipazione alla gara solamente sino al momento in cui il concorrente non provveda alla regolarizzazione della propria posizione: ebbene, come evidenziato, non solo è pacifico che l’appellata fosse in regola con gli obblighi di natura fiscale al momento della scadenza del termine di partecipazione, ma è stato anche accertato con sentenza passata in giudicato che non fosse originariamente carente del requisito di regolarità tributaria neanche all’epoca della gara in cui fu esclusa.

7.7. Non può, dunque, ammettersi che in danno dell’appellata potesse sussistere la preclusione alla partecipazione derivante da una precedente esclusione disposta in ragione di una pregressa contestata irregolarità fiscale medio tempore rimossa: anche qualora, poi, l’appellata avesse dichiarato la precedente esclusione, la stazione appaltante non avrebbe potuto tenerne conto ai fini escludenti sia perché tale circostanza non era qualificabile ex se quale grave illecito professionale, sia perché risultava priva del carattere dell’attualità.

7.7.1. È stato infatti, a tale proposito, pure osservato che “l’art. 80, comma 5, lettera c) del Codice dei contratti pubblici - per quanto sia norma di non agevole esegesi stante la disomogeneità delle fattispecie contemplate- sembra comunque permeata da una nozione di attualità dell’illecito, nel senso di annettere rilievo ai soli fatti commessi in un arco temporale tale da far ritenere vulnerato il rapporto fiduciario con il concorrente” (Cons. di Stato, V, 13 settembre 2018, n. 5365).

7.7.2. Per quanto qui ancor più rileva, è stato anche affermato, in giurisprudenza, che “l’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, contrariamente a quanto si sostiene nell’atto di appello, non è “riferito alle false dichiarazioni rese in procedure concorsuali non in corso e, quindi, già svoltesi”, ma al contrario, anche se non detto espressamente, “si riferisce alle “informazioni false o fuorvianti” ovvero all’omissione di “informazioni dovute” nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso”: ne consegue che “il rilievo ostativo alla partecipazione non è certo l’aver reso “false dichiarazioni in precedenti gare” (...), ma il rendere, nella gara in corso, dichiarazioni false o fuorvianti, ovvero l’omettere dichiarazioni dovute” (Cons. di Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576).

7.8. Del resto, tale conclusione ben si raccorda con l’autonoma causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lettera f-ter (introdotta dal d.lgs. n. 56 del 2017) per la quale l’aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare è motivo di esclusione soltanto se abbia comportato l’iscrizione nel casellario informatico (ai sensi del comma 12 dello stesso art. 80) e “perdura fino a quando opera l’iscrizione nel casellario informatico”.

7.8.1. Richiamando, dunque, le argomentazioni svolte nei citati precedenti, va perciò affermato che, in riferimento all’omessa dichiarazione dell’esclusione da una precedente gara d’appalto, per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 (“omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”) è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento: è stato perciò chiarito che “eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando

risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora l'ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione dell'importanza e della gravità dei fatti (v. sul punto anche Cons. di Stato, V, 4 luglio 2017, nn. 3257 e 3258)” (così Cons. di Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2063 relativa ad analoga fattispecie in cui questa Sezione ha accolto l'appello della OMISSIS e riformato la sentenza di primo grado che aveva ritenuto obbligatoria ai fini della partecipazione alla gara la dichiarazione da parte della OMISSIS di aver subito la risoluzione contrattuale adottata dal Comune di Brindisi, come accertato dal T.A.R. Puglia, Lecce, con la sentenza n. 860 del 2016).

7.8.2. La giurisprudenza ha inoltre affermato che in relazione alle fattispecie che qui vengono in rilievo non è quindi più predicabile il precedente (sebbene non univoco) orientamento - formatosi nella vigenza dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 - secondo cui graverebbe sul concorrente l'obbligo di rappresentare alla stazione appaltante qualunque circostanza o informazione suscettibile di incidere sulla gara, per cui la mancata dichiarazione di tali circostanze e informazioni sarebbe di per sé indice sintomatico rivelatore di scarsa affidabilità professionale del concorrente.

7.9. Né può, ad avviso del Collegio, pervenirsi a conclusioni diverse da quelle indicate aderendo all'orientamento secondo cui il comma 5, lettera c), non comporta una preclusione assoluta della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante circa la gravità di inadempienze le quali, pur non essendo immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti, siano nondimeno astrattamente qualificabili come “gravi illeciti professionali”, sì da risultare comunque ostative alla partecipazione alla gara (in tal senso: Cons. di Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299; V, 13 settembre 2018, n. 5365).

7.9.1. Non può, infatti, ritenersi nella presente fattispecie che, per effetto del silenzio serbato dall'offerente sulle pregresse esclusioni, la stazione appaltante non sia stata messa nelle condizioni di non aver conoscenza di uno o più precedenti significativi in grado di orientarne il giudizio (come precisato in tema di obblighi dichiarativi nel precedente della Sezione 11 giugno 2018, n. 3592).

7.9.2. Invero, deve escludersi che una siffatta evenienza si sia verificata nella presente fattispecie.

Ed infatti, anche impostando i termini della questione sulla base di tale prospettiva, non può ravvisarsi, anche in un'ottica di favor participationis, “un grave illecito professionale” in una irregolarità fiscale da tempo superata e, comunque, non avente più attuale rilevanza (alla luce, peraltro, di quanto statuito dalla citata sentenza di questo Consiglio, III, 2 aprile 2019, n. 2183, che ha escluso l'operatività nei confronti della OMISSIS della clausola espulsiva connessa a infrazioni tributarie difettandone i presupposti); né essa può ravvisarsi nella mancata dichiarazione in altre gare di pregresse risoluzioni che sono state invece qui puntualmente dichiarate alla stazione appaltante.

7.9.3. In conclusione, il combinato disposto di cui al comma 5, lettere c), ed f-ter), nonché di cui al comma 12 dell'articolo 80 del nuovo codice dei contratti pubblici, deve essere inteso nel senso di non annettere valenza univocamente escludente a qualunque falsità o omissione dichiarativa, ma di distinguere una duplice valenza, con effetti sia interni (in relazione alla singola gara in cui la falsità e/o l'omissione si è prodotta, e sanzionata con l'immediata e automatica esclusione dalla gara in base alle testuali previsioni di cui allo stesso art. 80, comma 5, lett. c), citato), sia esterni alla procedura in cui la circostanza si è verificata, in relazione a qualunque ulteriore e

successiva gara, ove invece le disposizioni richiamate non dispongono affatto un illimitato obbligo dichiarativo in capo alle partecipanti alla gara né è dato inferire dalle stesse conseguenze escludenti anche a prescindere dalla valutazione che l'Autorità di settore abbia fatto dell'originaria falsità e/o omissione.

7.9.4. Alla luce delle indicate coordinate ermeneutiche emerge, quindi, che la preclusione alla partecipazione alle gare per effetto della produzione di false dichiarazioni o falsa documentazione resti confinata alle due ipotesi tipiche: a) dell'esclusione dalla medesima gara nel cui ambito tale produzione è avvenuta; b) dall'esclusione da ulteriori e successive gare (ma soltanto nel caso in cui sia intervenuta l'iscrizione dell'impresa nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, nelle ipotesi e con i limiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-ter), e comma 12.

7.9.5. Resta, invece, preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare autonomamente ai fini escludenti la condotta di un concorrente il quale abbia reso false e/o omissive dichiarazioni nell'ambito di una precedente gara e non sia stato iscritto nell'indicata casellario, fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui perduri, al momento della procedura in corso, la circostanza escludente cui si riferiva l'originaria falsità (ad esempio, la situazione di regolarità fiscale o contributiva, dichiarata sussistente, ma in realtà non posseduta).

7.9.5. Alla luce delle argomentazioni svolte deve, dunque, concludersi che nella fattispecie qui al vaglio, per un verso, la OMISSIS non era soggetta ad alcun obbligo di dichiarare in gara le esclusioni subite in altre e precedenti gare per false o omesse dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione, per altro verso la stazione appaltante, quand'anche la concorrente avesse dichiarato quelle circostanze, non avrebbe potuto escluderla dalla procedura.

7.9.6. Né poteva inferirsi un siffatto obbligo con riferimento ad ipotesi in cui l'esclusione è dipesa dalla mancata dichiarazione, nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici, di precedenti episodi di risoluzione contrattuale che sono stati invece regolarmente dichiarati dalla OMISSIS nella presente gara e positivamente valutati dall'odierna stazione appaltante.

7.9.7. Le stesse affermazioni sono riproducibili con riguardo alle esclusioni subite (nelle gare indette dall'ANM e dall'EAV) non già per omessa dichiarazione da parte della concorrente di precedenti episodi di risoluzione, bensì in conseguenza dell'esercizio del potere discrezionale previsto dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006 da parte della stazione appaltante che ha negativamente valutato le pregresse risoluzioni disposta in altra gara in danno della OMISSIS: anche tali esclusioni, determinate da un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice sulla complessiva inaffidabilità del soggetto ad eseguire l'appalto indetto, non andavano dichiarate, mentre sussisteva l'obbligo di dichiarare le risoluzioni subite.

8. Passando, quindi, ad esaminare gli ulteriori motivi di censura, va, infatti, evidenziato come nella presente fattispecie la concorrente, nel dichiarare puntualmente tali risoluzioni contrattuali, ha posto la stazione appaltante nella condizione di individuare, con apprezzamento discrezionale, il punto di rottura dell'affidamento del futuro contraente.

8.1. Occorre, allora, verificare se è corretto e legittimo il giudizio discrezionale espresso dall'OMISSIS. sulla perdurante integrità ed affidabilità della concorrente, dovendosi a tale riguardo rammentare che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale potere valutativo - connotato da eminenti profili di discrezionalità tecnica - è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità ed erronea o

rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio (cfr. Cons. di Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 3 gennaio 2019, n. 72): in particolare, il sindacato sulla motivazione deve essere mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti, non potendo per converso pervenire “ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa (così Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312) (cfr. Cons. di Stato, V, 20 marzo 2019, n. 1846).

8.2. Deve allora osservarsi, alla stregua di siffatte coordinate interpretative, che sia esente dalle censure dedotte la sentenza appellata nella parte in cui il primo giudice ha ritenuto privo di consistenza il motivo con cui la ricorrente aveva contestato l’assenza di motivazione del provvedimento di ammissione.

8.3. Invero, le censure formulate non sovvertono le ragionevoli conclusioni cui è pervenuto il tribunale nella misura in cui ha ritenuto che l’ammissione della OMISSIS sia scaturita da una specifica valutazione degli elementi di fatto esibiti nella dichiarazione sostitutiva resa in gara.

8.4. A tale proposito, il Tribunale amministrativo ha infatti correttamente premesso che, mentre per i provvedimenti di esclusione è richiesta una motivazione più approfondita e rafforzata (specie allorché la stazione appaltante si determini all’esclusione in relazione ad un illecito professionale ancora sub iudice), in caso di esito fausto della valutazione la motivazione del provvedimento è costituita dalla sostanziale adesione alle considerazioni offerte dal privato destinatario dell’atto.

8.5. Pertanto, il tribunale ha scrutinato la plausibilità ed adeguatezza delle giustificazioni addotte dalla controinteressata, puntualmente evidenziando che esse si appuntavano su un duplice rilievo: da un lato, la lieve entità delle inadempienze contrattuali che hanno dato luogo alla risoluzione, dall’altro la circostanza che gli episodi dichiarati sono contestati in giudizio ed ancora sub iudice (e, in sostanza, privi dei connotati della definitività dell’accertamento), mentre, nel caso dell’appalto affidato dal Comune di Brindisi, gli addebiti ipotizzati erano imputabili allo svolgimento del servizio da parte della società Sveviapol che, solo successivamente, ha ceduto il ramo d’azienda, con il connesso rapporto contrattuale, alla OMISSIS.

8.6. Come bene rilevato dal primo giudice, assume dunque rilievo preminente nella fattispecie sia la mancanza di annotazioni inserite nel casellario, valorizzata dalla stazione appaltante, sia la pregnanza di contestazioni, anche giudiziali, evocate dalla OMISSIS in merito a ciascuno degli addebiti mossi, anche alla luce del recente scrutinio in sede giurisdizionale e, in particolare, di quanto statuito dalla decisione di questo Consiglio (la richiamata n. 2063 del 2018 di questa Sezione) sull’insussistenza di gravi illeciti professionali a carico della controinteressata (rimanendo tuttora impregiudicato il giudizio civile contro l’atto di risoluzione adottato dalla stazione appaltante e privo di effetti il parallelo contenzioso amministrativo contro lo stesso atto, in quanto la sentenza del Consiglio di Stato 20 febbraio 2017, n. 747, si è limitata a dichiarare l’improcedibilità dell’appello per la sopravvenuta carenza di interesse derivante dalla mancata impugnazione dell’aggiudicazione).

8.7. In particolare, il Tribunale amministrativo ha osservato, con statuizioni immuni da censure, che la vicenda relativa alla risoluzione nell’appalto affidato dalla Napoli Holding è stata del pari ritenuta infondata, perché l’accordo transattivo ha contenuto meramente patrimoniale e dunque non è conferente ai fini di un riconoscimento delle proprie responsabilità (non potendo propriamente ritenersi che esso abbia dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché tali previsioni, ove inserite in un titolo transattivo, non costituiscono espressione di un potere

giurisdizionale o amministrativo né rinvergono in tale potere la loro fonte, ma rappresentano piuttosto la regolazione in via consensuale di un rapporto che l'impresa potrebbe avere volontariamente accettato sulla base di una mera valutazione del rapporto costo/benefici rispetto alla controversia instaurabile, come chiarito anche da Cons. di Stato, III, 12 luglio 2018, n. 4266). Va ulteriormente considerato poi che la vicenda, dopo la transazione, è stata oggetto di un'azione davanti al Tribunale di Avellino con ricorso ex art.702 bis c.p.c. con cui l'appellante ha chiesto l'accertamento dell'inesistenza e/o la nullità e/o l'illegittimità della risoluzione contrattuale, per insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto, stante l'assoluta inesistenza di inadempimento o inesatto adempimento da parte di OMISSIS alle obbligazioni contrattuali, e l'invalidità ed infondatezza dell'atto con cui le venivano ascritti i pretesi inadempimenti.

8.8. Pertanto, alla luce di tali elementi specificatamente richiamati nella sentenza impugnata, è infondato anche il terzo motivo di appello con cui Security lamenta l'erroneità della sentenza per non aver dichiarato l'illegittimità dell'ammissione alla gara della OMISSIS in ragione della risoluzione dell'appalto disposta da Napoli Holding: anche in tal caso infatti non risulta illogico né irragionevole il giudizio di affidabilità formulato dalla stazione appaltante, valutati i presupposti che hanno determinato la risoluzione del rapporto contrattuale.

8.9. In conclusione, sulla base degli atti acquisiti al procedimento amministrativo e dell'istruttoria svolta da parte dell'OMISSIS, non può ritenersi illogica né irragionevole la motivazione dell'ammissione alla gara dell'appellata non potendo, per quanto detto, trarsi elementi di inaffidabilità della OMISSIS dalle tre risoluzioni dichiarate: deve, di conseguenza, ritenersi che la stazione appaltante abbia compiuto la valutazione discrezionale ex art. 80, comma 5, lett. c), ai fini del giudizio di ammissione, considerato che non sussiste nella vigente disciplina (né, del resto, nella precedente) un'automatica causa di esclusione connessa a precedenti gravi episodi di inadempimento, essendo esso sempre rimesso al giudizio discrezionale dell'amministrazione circa l'incidenza dei precedenti episodi sull'affidabilità e sull'eventuale compromissione del rapporto di fiducia. Non risulta neppure meritevole di accoglimento l'assunto secondo cui l'ammissione avrebbe necessitato di una motivazione rafforzata posto che la Napoli Holding era nelle more confluita nella stessa stazione appaltante: in relazione a tale ultimo profilo deve al contrario osservarsi che detta risoluzione, proprio in quanto vicenda ben nota alla stazione appaltante, non richiedeva affatto una motivazione più rigorosa.

8.9.1. Da tali elementi il Tribunale ha, dunque, tratto il ragionevole e corretto convincimento secondo cui la stazione appaltante abbia in concreto effettuato la valutazione sull'integrità ed affidabilità ed abbia ritenuto con motivazione logica e coerente, scevra dalle censure dedotte, che le risoluzioni subite (ivi compresa quella disposta da Napoli Holding nel frattempo confluita in OMISSIS.) non fossero idonee a ingenerare fondati dubbi sul venir meno di tali requisiti in capo alla concorrente.

8.9.2. A fronte di tali circostanze di fatto, specificamente indicate dall'appellata, e dei contenuti e della motivazione congrua del provvedimento gravato deve evidenziarsi, invece, come la Security non abbia fornito alcun elemento di prova, anche solo indiziario, da cui desumere una complessiva inaffidabilità dell'appellata.

9. Per i motivi sin qui esposti e a ragione dell'infondatezza delle censure formulate avverso la sentenza impugnata l'appello va, dunque, respinto.

10. Il Collegio ritiene, tuttavia, che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio, in considerazione della complessità e almeno

parziale opinabilità delle quaestiones iuris sottese alla presente decisione nonché tenuto conto delle peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

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

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

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
Angela Rotondano Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO