

**T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, Sent., (ud. 23/10/2019) 04-11-2019, n. 5232**

**AMMINISTRAZIONE PUBBLICA**

Contratti

**OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI)**

Servizi e forniture

**Fatto Diritto P.Q.M.**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania  
(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3500 del 2019, proposto da  
S.B. S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato  
Giuseppe Vitolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio  
Ezio Maria Zuppari in Napoli, viale Gramsci, 16;

contro

Indire - Istituto Nazionale di Documentazione Innovazione e Ricerca Educativa, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex  
lege e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

E. S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del Decreto direttoriale prot. n.(...) del 03.07.2019, recante l'esclusione automatica della ricorrente, ai  
sensi dell'art.80, comma 5 lett. f bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016, dalla gara d'appalto 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 Euro 16.428,52 comprensivo di IVA, con facoltà di proroga.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2019 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i  
difensori come specificato nel verbale;

**Svolgimento del processo**

1. La società ricorrente S.B. SCPA ha partecipato alla procedura di gara indetta dall'Istituto Nazionale  
Documentazione Innovazione Ricerca Educativa (d'ora innanzi INDIRE) per l'affidamento dei servizi di pulizia  
ed igienizzazione della sede dell'Istituto - Nucleo Territoriale Sud, Via G. M. n. 4 N., e dei servizi aggiuntivi  
(apertura/chiusura sede, servizio trasporto e facchinaggio), per 12 mesi prorogabili.

1.1. La stazione appaltante, a seguito della aggiudicazione non definitiva alla ricorrente, ha proceduto alla  
verifica dei requisiti, da cui è emerso a carico della stessa un'annotazione nel sistema AVCPass dell'ANAC  
relativa alla presenza di un provvedimento di risoluzione del contratto di appalto stipulato dell'Agenzia delle  
Entrate della Campania e della Basilicata (Lotto 8", CIG: (...)).

L'amministrazione, dopo articolata istruttoria in cui sono state acquisite le argomentazioni a difesa della  
ricorrente, ha ritenuto, in disparte ogni valutazione in ordine alla sussistenza di gravi illeciti professionali  
ai sensi dell'art. 80, comma 5 lettera c) del D.Lgs. n. 50 del 2016, di dover procedere all'esclusione  
dell'aggiudicatario provvisoria poiché la stessa avrebbe reso false dichiarazioni, che, ai sensi dell'art. 80,  
comma 5 lettera f bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016, sono causa automatica di espulsione dalla gara. Inoltre ha  
proceduto all'incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'ANAC.

1.2. Avverso l'esito infausto della verifica dei requisiti e della conseguente esclusione, la S.B. SCPA ha  
proposto ricorso ai sensi dell'art. 120 C.p.a., con cui sono rivolte le censure di difetto di motivazione, di falsa  
applicazione dell'art. 80, comma 5 lettera f bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016 (sussistendo i presupposti per  
verificare in concreto l'esistenza di un eventuale grave illecito professionale) e di illegittima irrogazione della  
sanzione dell'incameramento della cauzione e della segnalazione.

1.3. Si è difeso l'Istituto di ricerca, che insiste per la reiezione dell'impugnazione.

1.4. All'udienza del 23 ottobre 2019 fissata per la trattazione del merito, il ricorso è ritenuto in decisione.

**Motivi della decisione**

2. In limine litis, il Collegio evidenzia che la presente sentenza è redatta in forma semplificata, trattandosi  
di lite in materia di affidamenti di appalti, servizi e forniture (art. 120, comma 6, c.p.a.).

3. Il ricorso non merita accoglimento.

3.1. È bene precisare, in punto di fatto, che la ricorrente ha dichiarato, mediante la compilazione del DGUE,  
di non aver commesso gravi illeciti professionali, mentre dal casellario ANAC è emerso un atto risolutorio da  
parte di una stazione appaltante nei confronti di un r.t.i. di cui la S.B. faceva parte; tale atto, e la connessa

segnalazione, come emerso in sede di istruttoria procedimentale, è stato contestato in sede giurisdizionale ed è tuttora sub judice.

3.2. Ancora, in linea generale, mette conto osservare che l'originario articolo 80, comma 5 lettera c) del D.Lgs. n. 50 del 2016, prevedeva che la stazione appaltante escludesse l'operatore economico quando essa "dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Tra questi rientrano:

- le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
- il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;
- il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Tale previsione già aveva una portata molto più ampia rispetto a quella contenuta nell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 in quanto, da un lato, non operava alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, dall'altro non faceva riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara.

Il D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12), ha novellato la disposizione in esame, prevedendo che integrino distinte cause di esclusione le seguenti circostanze:

"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;

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico abbia 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; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa."

Tale novella legislativa chiarisce bene che la valutazione di inidoneità professionale deriva da un apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che non è necessariamente vincolata alla definitività degli addebiti relativi a pregressi inadempimenti contrattuali.

Per completezza deve ancora essere segnalato che la successiva lettera f-bis) della medesima disposizione prevede, per le dichiarazioni non veritiere, l'espulsione automatica dalla gara.

3.3. La stazione appaltante ha motivato, con ampie ed approfondite argomentazioni, nonché richiami a precedenti giurisdizionali (C.d.S. n.7231 del 27/12/2018), l'applicazione di tale ultima misura sanzionatoria sul rilievo che sussiste un obbligo dichiarativo a carico degli operatori economici di comunicare tutti quegli eventi potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi.

Sotto questo aspetto alcun dubbio è lecito in ordine alla rilevanza - quanto meno potenziale - della risoluzione per inadempimento pronunciata dall'Agenzia delle Entrate in un contratto di appalto pregresso.

3.4. Il punto focale della controversia, invece, concerne la equiparabilità della dichiarazione omissa (o reticente) rispetto a quella non veritiera ai fini della comminazione della esclusione automatica sancita dal citato art. 80 D.Lgs. n. 50 del 2016, 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).

3.4.1. Sebbene la regolazione europea della materia spinga chiaramente nella direzione di un superamento di un approccio formalistico, di fronte ad un espresso provvedimento risolutivo (peraltro soggetto ad annotazione ANAC) subito dalla concorrente, viene in rilievo una dichiarazione mendace resa consapevolmente della concorrente, la quale, celando un importante precedente sui gravi illeciti professionali, si è così posta al di fuori della disciplina della gara, non consentendo alla stazione appaltante di poter svolgere un vaglio adeguato e a tutto campo. Vale solo ribadire, in questa sede, che la non definitività dell'atto risolutivo, alla luce della novella del 2018, non rileva ai fini che qui interessano.

3.4.2. Le esposte considerazioni conducono al rigetto delle censure proposte dalla ricorrente sul punto, con conseguente legittimità della decisione resa dalla stazione appaltante di escludere la concorrente dalla gara. In ogni caso, quand'anche non si volesse ritenere applicabile l'articolo 80, comma 5, lett. f-bis), l'esclusione andrebbe irrogata ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c-bis), poiché l'ommissa dichiarazione (qui considerata dal legislatore espressamente come autonoma fattispecie sanzionata) ha - quanto meno - alterato "il corretto svolgimento della procedura di selezione".

4. La legittimità della misura espulsiva rende non pertinenti le ulteriori censure rivolte avverso l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Anac, entrambe misure vincolate, da irrogare automaticamente a seguito della verifica del comportamento non leale tenuto dalla concorrente.

5. In definitiva il ricorso va respinto, mentre la delicatezza della questione, la presenza di orientamenti diversificati e la novità della legislazione suggeriscono la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta. Spese compensate e contributo a carico della società che lo ha anticipato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

Luca Cestaro, Consigliere