

Prot. n. 272/C/2019

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 18 Ottobre 2019

Oggetto: **Le precedenti esclusioni devono essere dichiarate in gara solo se iscritte nel Casellario ANAC.**

Con sentenza del 27 settembre u.s., n. 6490 il Consiglio di Stato ha ritenuto che, ai sensi del combinato disposto delle lettere c) ed f-ter), comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti, **l'onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento sia da ravvisare**, per quanto riguarda le vicissitudini relative a gare pregresse, **solamente rispetto alle notizie iscritte nel Casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC.**

Iscrizione, questa, che, com'è noto, presuppone l'accertamento, da parte dell'Autorità, del dolo o della colpa grave dell'impresa interessata (art. 80, comma 12).

Nel merito della vicenda, è stata impugnata l'ammissione alla procedura di gara di un operatore economico - ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, del Codice del processo amministrativo, oggi abrogato, che obbligava a presentare ricorso entro trenta giorni dalla comunicazione della lista degli ammessi - sotto due profili: anzitutto, perché aveva omesso di dichiarare di aver avuto precedenti esclusioni per falsa attestazione della regolarità fiscale; in secondo luogo, in ragione della pendenza di tre risoluzioni contrattuali per grave inadempimento, che l'operatore stesso aveva opportunamente segnalato alla stazione appaltante.

Tali esclusioni, ove correttamente dichiarate, avrebbero dimostrato, secondo la tesi sostenuta da parte ricorrente, la palese inaffidabilità della concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), 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). Tale testo, come noto, faceva rientrare tra le condotte idonee a rendere dubbia l'affidabilità e l'integrità del concorrente (cd illecito professionale), quella di aver fornito **"...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"**.

Per completezza, si segnala che la previsione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c), a seguito delle modifiche apportate dal D.lgs. n. 135/2018, è stata suddivisa in tre differenti ipotesi.

Le precedenti esclusioni, sempre secondo la ricostruzione di parte, andavano in ogni caso segnalate alla stazione appaltante, per consentirle di operare un'autonoma e discrezionale valutazione, ad essa solo riservata, rendendole 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.

La violazione degli obblighi dichiarativi costituirebbe, quindi, 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. Il giudice di appello, confermando la decisione del TAR Campania, ha tuttavia disatteso le censure formulate, ritenendo, al contrario, esente da vizi la valutazione della stazione appaltante e, quindi, legittima l'ammissione dell'operatore economico alla procedura *de qua*.

Ciò, per le motivazioni di seguito espresse.

Anzitutto, ha evidenziato che, al termine della scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione, l'impresa non versava in alcuna situazione di irregolarità fiscale rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, dal momento che aveva già provveduto a regolarizzare la propria posizione.

In secondo luogo, ha statuito che un partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché la causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett c), del Codice si riferisce, e si conclude, all'interno della procedura gara in cui è maturata. Contrariamente a quanto sostenuto nell'atto di appello, tale causa di esclusione non è riferita alle false dichiarazioni rese in procedure non in corso e, quindi, già svoltesi, ma, al contrario, alle "informazioni false o fuorvianti" ovvero all'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso" (Cons. di Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576).

Ciò, fatto salvo che tali informazioni siano state iscritte nel Casellario dell'Autorità anticorruzione, nel qual caso tale evenienza integra un'autonoma causa di esclusione, ossia quella della lettera f-ter del comma 5 (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".

Tantomeno, afferma il Supremo Consesso, una precedente esclusione da una gara pubblica per irregolarità fiscale può assumere rilievo, quale motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale.

Diversamente opinando, infatti, si realizzerebbe un'indefinita nonché illegittima protrazione di efficacia "a strascico" delle violazioni relative al pagamento di debiti per imposte e tasse. Conseguentemente, si legge in motivazione, anche qualora, 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.

Pertanto, secondo il Collegio, anche in un'ottica di *favor participationis*, la preclusione alla partecipazione alle gare, per effetto della produzione di false dichiarazioni o falsa documentazione, deve restare confinata alle due ipotesi tipiche:

a) dell'esclusione dalla medesima gara nel cui ambito tale produzione è avvenuta;

b) dell'esclusione da ulteriori e successive gare, ma solamente qualora sia intervenuta l'iscrizione nel Casellario ANAC.

Di talché, resta preclusa per le stazioni appaltanti la possibilità di valutare autonomamente, a fini escludenti, l'omissione della comunicazione di precedenti esclusioni per false dichiarazioni, che non risultino anche iscritte nel summenzionato Casellario. Quanto detto, peraltro, spiega effetti anche in relazione alle esclusioni derivanti dalla mancata comunicazione, in altre gare pregresse, di risoluzioni contrattuali per inadempimento, in cui era incorsa in passato l'impresa appellata e che aveva prontamente dichiarato in gara.

Infatti, secondo i Giudici di Palazzo Spada, anche per esse **non sussisterebbe un generale obbligo di dichiarazione nell'ambito della partecipazione a nuove procedure, valendo il medesimo principio per cui tale dovere sorge esclusivamente in conseguenza dell'iscrizione nell'apposito Casellario.**

Quindi, nell'ambito di una nuova procedura di affidamento, in capo all'impresa grava solamente l'obbligo di comunicare le pregresse risoluzioni per inadempimento, e non anche dichiarare di essere stati esclusi da gare passate per non aver osservato tale obbligo. Ciò in quanto la stazione appaltante deve poter operare la propria valutazione discrezionale circa l'affidabilità dell'impresa partecipante, senza che possa assumere rilievo, ai fini della configurazione di gravi illeciti professionali, una pregressa esclusione disposta da altra committente.

In motivazione, il Giudice ha altresì ribadito, in linea con la precedente giurisprudenza, che il sindacato di legittimità che lo stesso può operare, nello scrutinio della valutazione sulla rilevanza delle pregresse risoluzioni, è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità ed erronea rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio (cd sindacato estrinseco).

In conclusione, la pronuncia del Consiglio di Stato in esame assume una grande importanza, in quanto chiarisce quale sia l'onere dichiarativo che incombe in capo alle imprese partecipanti a gare pubbliche, circoscrivendolo, quanto alle esclusioni passate, alle sole ipotesi in cui i precedenti comportamenti siano stati iscritti nel Casellario Informativo dell'ANAC, nonché chiarisce che le precedenti esclusioni per irregolarità fiscale non possono assumere rilievo, quale autonomo motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale.

Cordialità



ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)