

Cause di esclusione dalla gara: nuovi chiarimenti dal Consiglio di Stato

30 Agosto 2018

Il Codice dei contratti (D.Lgs. n. 50/2016) prevede due distinte ipotesi di esclusione dalla gara: la prima, prevista **all'art. 80, comma 5, lett. c)** rimette alla stazione appaltante la valutazione sulla rilevanza dei "gravi illeciti professionali" tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico; la seconda, prevista **all'art. 80, comma 5, lett. f-bis)**, con la quale l'esclusione diventa un atto vincolato automatico nel caso in cui l'operatore economico abbia presentato documentazione o dichiarazioni non veritiere.

Lo ha chiarito il Consiglio di Stato con la **sentenza n. 5040 del 23 agosto 2018** che ha rigettato il ricorso presentato contro una precedente decisione di primo grado che aveva a sua volta respinto il ricorso presentato per l'esclusione dalla gara di un concorrente che aveva ommesso di dichiarare all'interno del documento di gara unico europeo (DGUE) la risoluzione di un precedente contratto da parte di una pubblica amministrazione, non impugnata dalla alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (lo sarà solo successivamente).

La decisione del Consiglio di Stato

I giudici di Palazzo Spada hanno preliminarmente rilevato che all'interno del D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. *Codice dei contratti*) è prevista una sostanziale differenza tra le **ipotesi di esclusione dalla gara** di cui alle lettere c) e f-bis) dell'art. 80, comma 5. In particolare:

- con l'**art. 80, comma 5, lettera c)** viene prevista l'espulsione dalla gara qualora *"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 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"*;
- con la successiva **lettera f-bis)**, invece, è prevista un'azione automatica delle stazioni appaltanti che devono escludere *"l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere"*.

Nel caso di specie, la concorrente aveva ommesso di segnalare nel DGUE la subita risoluzione del contratto da parte di una pubblica amministrazione. Dalla disamina degli atti di causa si evince che:

- la precedente risoluzione di un contratto è stata effettivamente disposta, con effetto immediato, prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara oggetto della controversia;
- tale risoluzione non è risultata dichiarata nel DGUE;
- alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara la risoluzione non era stata impugnata (lo sarà solo dopo).

Ciò premesso, la giurisprudenza ha già chiarito che, in alcuni casi, la violazione degli obblighi dichiarativi refluiscie nella categoria del c.d. **illecito professionale** di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che, come noto, annovera, tra le altre, anche la seguente fattispecie *"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 delle procedure di selezione"*. In siffatta evenienza, l'accertamento del presupposto necessita di una **adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante**.

La concorrente aveva barrato la voce "no" in corrispondenza della risposta alla domanda contenuta nel DGUE se *"L'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice"* in quanto prima ancora della risoluzione del contratto aveva già formalmente comunicato all'amministrazione la propria volontà di recedere dal rapporto contratto con le altre due componenti del R.T.I. aggiudicatario, avvalendosi espressamente della facoltà prevista dall'articolo 48 comma 19 del D.Lgs n. 50/2016 per il quale *"E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara"*.

Prima ancora che la stazione appaltante avviasse il procedimento che ha portato alla risoluzione, la concorrente oggetto del presente giudizio aveva già posto in essere le premesse dello scioglimento del vincolo di mandato, partecipando alla stazione appaltante le proprie determinazioni.

Ed a riprova di ciò vi è il fatto che le altre due ditte già componenti l'originario RTI ebbero a costituire una nuova aggregazione per l'esecuzione del contratto de quo, determinando, all'insaputa della stazione appaltante, quella modifica delle condizioni soggettive del contraente che costituisce la ragione fondante su cui riposa la disposta risoluzione.

A fronte di quanto fin qui evidenziato, e per le specifiche ragioni suesposte, vanno, in definitiva, condivise le statuizioni della decisione di prime cure nella parte in cui, relativamente alla documentazione amministrativa prodotta dalla Isimed, ha ritenuto che non si ravvisano elementi per far ritenere che essa fosse tenuta a dichiarare nel DGUE presentato le vicende del precedente rapporto. Per effetto delle sollecitazioni dell'odierna appellante, la stazione appaltante aveva già autonomamente provveduto, in regime di autotutela, a valutare la rilevanza della pregressa vicenda contrattuale ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera c), stimando la vicenda sopra descritta come priva di indici sintomatici di *"...gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

[sentenza-cds-23.08.2018-5040](#)