

Appalti 09 Settembre 2020

# Gare, la mancata dichiarazione di una risoluzione contrattuale non comporta l'esclusione automatica

Stampa

di Roberto Mangani

## In breve

**Consiglio di Stato:** anche se è in danno dell'impresa la stazione appaltante deve tenere conto della rilevanza del fatto e del tempo trascorso

La mancata dichiarazione da parte del concorrente di una pregressa risoluzione contrattuale in danno non costituisce causa di automatica esclusione dalla procedura di gara.

Tale omessa dichiarazione può essere peraltro oggetto di valutazione da parte dell'ente appaltante, che va operata tenendo conto della rilevanza del fatto omesso e del tempo trascorso dal compimento del medesimo.

Si è espresso in questi termini il [Consiglio di Stato, Sez. V, 26 agosto 2020, n. 5228](#) che interviene – ribadendo in parte alcuni pregressi orientamenti giurisprudenziali - sulla controversa materia dell'estensione degli obblighi dichiarativi in sede di gara, su cui peraltro si è recentemente espressa la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020.

### Il fatto

Un comune aveva bandito una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico, efficientamento energetico e messa in sicurezza di un edificio scolastico. Alla procedura partecipavano solo due concorrenti.

A fronte dell'intervenuta aggiudicazione l'altro concorrente non aggiudicatario proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo. A fondamento del ricorso adduceva la circostanza secondo cui l'aggiudicatario doveva in realtà essere escluso dalla procedura in quanto non aveva dichiarato in sede di gara l'esistenza di una pregressa risoluzione di un precedente contratto di appalto disposta in suo danno da un altro ente appaltante.

Il Tar Calabria accoglieva il ricorso sulla base della ricostruzione delle disposizioni dell'[articolo 80 del D.lgs. 50/2016](#) sulle cause di esclusione.

Nello specifico sottolineava che la lettera c – ter) del comma 5 prevede l'esclusione del concorrente che abbia posto in essere significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, tali da causare la risoluzione per inadempimento (ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili).

La norma dunque non prevede più – come nella precedente versione – che la risoluzione debba essere non contestata in giudizio ovvero confermata all'esito di un giudizio, per cui ai fini della stessa è irrilevante che la determinazione dell'ente appaltante in merito alla risoluzione sia stata o meno contestata dall'appaltatore.

D'altronde questa nuova formulazione della norma appare coerente con l'orientamento espresso dal giudice comunitario secondo cui non sarebbe coerente con la normativa Ue una disposizione nazionale in cui la contestazione in giudizio della decisione dell'ente appaltante di risolvere il contratto di appalto impedisse qualunque valutazione da parte di altra stazione appaltante in merito all'affidabilità del concorrente e conseguentemente alla sua eventuale esclusione dalla gara.

Di conseguenza, poiché l'intervenuta risoluzione di un precedente contratto di appalto è fatto di per sé oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante ai fini di deliberare una eventuale esclusione ex lettera c-ter) del [comma 5 dell'articolo 80](#), la sua omessa dichiarazione deve essa stessa essere considerata causa di esclusione ai sensi della successiva lettera f-bis), secondo cui va escluso dalla gara il concorrente che abbia presentato documentazione o dichiarazioni non veritiere. La decisione del giudice amministrativo di primo grado è stata impugnata dall'originario ricorrente davanti al Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza in commento.

### La posizione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione del primo giudice, ritenendo quindi che non vi fossero gli elementi per procedere a un'esclusione automatica del concorrente giustificata dalla omessa dichiarazione di una precedente risoluzione contrattuale.

Per arrivare a questa conclusione il massimo giudice amministrativo ricorda che per consolidato orientamento giurisprudenziale il periodo di esclusione relativo a una pregressa risoluzione contrattuale ha durata triennale dalla data del fatto, per tale intendendosi la data di adozione della determinazione di risoluzione unilaterale da parte dell'ente appaltante. Il triennio di riferimento è quello che va dalla data del bando alla data del fatto, intesa nei termini indicati. Ciò anche alla luce della circostanza che una diversa interpretazione volta a non porre alcun limite temporale alla rilevanza della pregressa risoluzione contrattuale si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria.

Sotto altro profilo il Consiglio di Stato ricorda la distinzione che è stata operata sempre dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla causa di esclusione riconducibile alle false dichiarazioni. Tale distinzione si sostanzia nel discriminare tra: omessa dichiarazione, che si ha quando il concorrente non riferisce alcuna fatto pregresso astrattamente qualificabile come grave illecito professionale; dichiarazione reticente, quando le vicende pregresse sono solo accennate ma senza la descrizione necessaria alla stazione appaltante per accertarne l'effettiva portata in termini di affidabilità del concorrente; falsa dichiarazione, che implica la rappresentazione di una circostanza di fatto diversa dal vero.

Nello specifico, l'omissione in sede di dichiarazione da rilasciare ai fini della partecipazione alla gara non può comportare di per sé e in maniera automatica l'esclusione dalla gara medesima. Tale omissione va infatti valutata caso per caso dalla stazione appaltante, che è chiamata ad apprezzare non solo il fatto omesso in sé considerato, ma anche il comportamento complessivo del concorrente in modo da poter dare una valutazione d'insieme sulla sua persistente affidabilità.

Alla luce di questo principio il Consiglio di Stato ha ritenuto che nel caso di specie il fatto che il concorrente avesse omesso di dichiarare l'intervenuta pregressa risoluzione contrattuale in data anteriore al triennio non potesse costituire causa di esclusione automatica dalla gara. Tale omissione, infatti, non può essere considerata rilevante di per sé ai fini di un'eventuale esclusione, ma deve essere adeguatamente valutata dall'ente appaltante tenendo conto della consistenza del fatto omesso e del tempo trascorso dalla sua commissione.

Ne consegue che la mancata dichiarazione di una pregressa risoluzione contrattuale non può integrare la causa di esclusione riconducibile alla "falsa dichiarazione" di cui alla lettera f- bis) del [comma 5 dell'articolo 80](#).

Resta naturalmente fermo il potere della stazione appaltante di operare il dovuto apprezzamento in merito al comportamento del concorrente, ai fini di valutare complessivamente la sua affidabilità e quindi la conseguente idoneità a rendersi eventualmente aggiudicatario dell'appalto. Ma si tratta di un apprezzamento discrezionale che non prevede alcun genere di automatismo, e che anzi implica l'attenta valutazione di tutti gli elementi probatori da operare anche attraverso un idoneo contraddittorio con il soggetto interessato.

#### **La pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 16 del 2020**

Il tema degli obblighi dichiarativi che gravano sui concorrenti in sede di gara e degli effetti che conseguono a un non corretto assolvimento degli stessi è stato recentemente affrontato dall'[Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 16 del 28 agosto 2020](#).

In termini sostanzialmente coerenti con le affermazioni contenute nella sentenza in commento, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha evidenziato che la falsità delle dichiarazioni rese dal concorrente in sede di gara è in linea generale riconducibile alla causa di esclusione prevista dalla lettera c – bis) del comma 5 dell'articolo 80, che fa riferimento a informazioni false o fuorvianti fornite dal concorrente ai fini di influenzare le determinazioni dell'ente appaltante o a omissioni di informazioni idonee ad alterare il corretto svolgimento della gara.

Ciò comporta che, a fronte di questi eventi, l'ente appaltante è tenuto a svolgere le proprie valutazioni in merito all'integrità e affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo ai fini dell'eventuale esclusione. Questa conclusione vale anche per l'ipotesi di omissioni di informazioni, rispetto alla quale quindi rilevano per i potenziali effetti escludenti solo quelle che, a seguito di un'attenta valutazione della stazione appaltante, incidono in maniera negativa sull'integrità e affidabilità del concorrente. In questo senso va operata una lettura integrata delle disposizioni contenute alla lettera c – bis e alla successiva lettera f – bis), nel senso che quest'ultima ha carattere residuale e si applica a tutte le ipotesi non contemplate dalla prima. In sostanza, secondo l'Adunanza Plenaria è indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla lettera c).

Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione deve pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa è in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire se quest'ultimo ha omesso di

fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Infine, sempre secondo l'Adunanza Plenaria, qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo, in virtù del principio di separazione dei poteri. Laddove invece sia stata svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

---

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

Il Sole **24 ORE**