

Publicato il 14/06/2021

N. 04574/2021REG.PROV.COLL.
N. 07943/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7943 del 2020,
proposto da

Pol Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Giuseppe Pitaro, Gaetano Liperoti, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro-
I.N.A.I.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Riccardo D'Alia, Lucia Anna Rita Sonnante, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso lo studio dell'avvocato Lucia Anna Rita Sonnante in Roma, via
Pierluigi Da Palestrina, 8;

nei confronti

Sicurtransport s.p.a. in proprio e in qualità di mandataria di raggruppamento
temporaneo di imprese, Full Service s.r.l., La Torpedine s.r.l., Istituto di
Vigilanza Privata Ancr s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, 13 ottobre 2020, n. 1598, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro- I.N.A.I.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Pitaro, Liperoti e Sonnante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (di seguito *I.N.A.I.L* o Stazione Appaltante), con avviso pubblicato sulla G.U.U.E. dell'11 dicembre 2018, bandiva una gara per l'affidamento mediante procedura aperta del servizio di vigilanza armata presso vari stabili per un periodo di quarantotto mesi (rinnovabile di un anno).

2. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo per il Lazio e poi riassunto, a seguito di declaratoria di incompetenza territoriale, dinanzi al Tribunale amministrativo della Calabria, la società Pol Service s.r.l., la quale aveva partecipato alla procedura ed era risultata prima classificata (con un punteggio complessivo di 79,64 punti) per il lotto 5, avente ad oggetto la vigilanza degli immobili siti nella Regione Calabria per un valore stimato di € 1.556.000,00, impugnava il provvedimento di esclusione disposto dalla Stazione appaltante nei suoi confronti, comunicatole il 6 agosto 2020.

2.1. In particolare, l'esclusione era stata disposta per non avere la società concorrente dichiarato in fase di partecipazione alla gara: a) l'esistenza, risultante dal casellario giudiziale, di un decreto penale di condanna a carico dell'amministratore della società ad un'ammenda di 100 euro per la contravvenzione di cui all'art. 140 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773

(*Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*); b) la sussistenza, emersa dalla visura camerale, di un provvedimento di sequestro preventivo delle quote societarie intestate allo stesso amministratore nell'ambito di un procedimento penale, non ancora definito, per una presunta violazione in materia fiscale.

2.2. Per l'impugnato provvedimento di esclusione le circostanze su indicate avrebbero dovuto essere dichiarate dall'impresa partecipante e valutate dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle Linee guida ANAC n. 6, costituendo tali omissioni dichiarative "*di per sé autonoma causa di esclusione*".

2.3. Con un unico articolato motivo di gravame la ricorrente censurava l'esclusione automatica in ragione delle contestate omissioni dichiarative, domandandone l'annullamento.

3. L'adito Tribunale amministrativo, con la sentenza in epigrafe ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm., nella resistenza dell'INAIL, ha respinto il ricorso, ritenendo che l'omissione dichiarativa contestata rivestisse portata escludente e che la Stazione appaltante avesse comunque operato nel caso concreto una valutazione sull'affidabilità professionale della concorrente.

4. Avverso la sentenza la società Pol Service ha proposto appello, deducendone l'erroneità e chiedendone la riforma per i seguenti motivi: "*1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016- Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione - Violazione della lex specialis in relazione alla mancata previsione di obblighi dichiarativi- Violazione delle Linee Guida ANAC n. 6- Violazione del principio del contraddittorio- Eccesso di potere per arbitrarietà- Difetto dei presupposti; 2) Violazione e falsa applicazione dei punti 2.1.2.3. e 5.1. delle Linee Guida ANAC n. 6- Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016 sotto altro profilo*".

4.1. Si è costituito in resistenza l'INAIL, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

4.2. In vista della camera di consiglio per la trattazione cautelare, la società appellante ha rappresentato che le è stata comunicata la determina di aggiudicazione della gara, disposta in favore del R.T.I. tra la Sicurtransport s.p.a. (mandataria), Full Service s.r.l. e La Torpedine s.r.l. (mandanti) e da essa appellante pure impugnata, con autonomo ricorso al T.a.r. Calabria-Catanzaro, notificato il 27 ottobre 2020 ed iscritto al n. 1250/2020 R.G., con domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* e di subentro nella sua esecuzione.

4.3. Con ordinanza n. 6478 del 12 novembre 2020 il Collegio ha accolto la domanda cautelare ai fini del mantenimento della *res adhuc integra*, ritenendo sussistente il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

4.5. All'udienza del 18 febbraio 2021, udita la discussione dei difensori delle parti in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è fondato e va accolto.

6. L'appellata sentenza, pur richiamando la pronunzia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 28 agosto 2020 e i principi ivi affermati, ha nondimeno respinto il ricorso alla stregua delle seguenti osservazioni:

- il provvedimento di esclusione, sebbene avesse ritenuto le riscontrate omissioni dichiarative automatica causa di esclusione, ha comunque dato conto *“della negativa incidenza sull'integrità e affidabilità del concorrente dei fatti omessi, con le riportate imputazioni poste alla base di condanna e sequestro e per la indicata prossimità dei provvedimenti penali alla procedura di gara”*;

- in particolare, il decreto penale di condanna attiene all'attività di vigilanza oggetto di affidamento, mentre il sequestro concerne dichiarazioni fiscali inerenti l'attività di impresa, sicché dette circostanze andavano rappresentate alla Stazione appaltante per le valutazioni di incidenza sul giudizio di integrità e affidabilità del concorrente, il quale *“per portata e recenza degli addebiti ne risulta in concreto inficiato”*;

- in definitiva, l'impugnata esclusione risponde alle previsioni di cui all'art. 80, comma 5 lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione *ratione temporis* applicabile) e di quanto previsto dal punto 2.1.2.3. delle Linee Guida ANAC, non avendo tra l'altro la ricorrente offerto elementi in fatto che potessero far ritenere all'Amministrazione irrilevanti le informazioni omesse;

- sono parimenti infondate anche le formulate censure di violazione del contraddittorio procedimentale con l'operatore, in ipotesi di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), cit., previsto dal punto 5.1 delle medesime Linee Guida, che è applicabile solo all'ipotesi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, fornendo tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale affidabilità ed integrità nello svolgimento della sua attività professionale, ma non anche alle ipotesi in cui il predetto ha taciuto situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara.

7. Con il primo motivo, l'appellante sostiene che la sentenza impugnata non avrebbe fatto buon governo dei principi affermati dalla menzionata sentenza dell'Adunanza Plenaria, avendo ritenuto legittimo l'automatismo espulsivo in conseguenza delle mere omissioni dichiarative dell'impresa concorrente.

7.1. Con il secondo motivo, l'appellante critica la sentenza appellata anche laddove afferma che l'esclusione disposta risponda alle previsioni di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del *Codice dei contratti pubblici*, *ratione temporis* applicabile, e del punto 2.1.2.3 delle Linee Guida ANAC, ritenendo erroneamente che la *lex specialis* di gara prevedesse l'obbligo di dichiarare le circostanze contestate.

8. Le riassunte doglianze, che possono essere oggetto di trattazione unitaria stante la loro connessione, sono fondate alla stregua delle seguenti considerazioni.

9. In primo luogo, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellata sentenza, la Stazione appaltante non ha compiuto alcuna valutazione di "*negativa incidenza sull'integrità e affidabilità del concorrente dei fatti omessi*".

9.1. Si legge infatti nell'impugnato provvedimento di esclusione che «...*tali omissioni, secondo l'orientamento del Consiglio di Stato..., costituiscono di per sé autonoma causa di esclusione*» ed inoltre che «*l'esclusione del concorrente dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, della condanna penale irrogata, bensì nella mancata indicazione di detta condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente*».

Il provvedimento afferma poi testualmente che «*nel caso di omessa dichiarazione, infatti, è considerato legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante*».

Su queste premesse, il provvedimento impugnato ha concluso nel senso che «*in caso di omessa dichiarazione la stazione appaltante non è più chiamata a dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico ha commesso un grave illecito professionale omettendo la dichiarazione stessa, ma, piuttosto, a prendere atto della omissione in sé*».

9.2. Dal tenore delle su indicate motivazioni emerge dunque inequivocabilmente che per la Stazione appaltante «*l'omissione costituisce in sé causa di esclusione, ai sensi della lett. c-bis del comma 5 dell'art. 80 del codice dei contratti*»: nella fattispecie in esame l'operatore economico, tacendo le su indicate circostanze, si sarebbe così arbitrariamente sostituito all'Amministrazione aggiudicatrice nella valutazione sulla sussistenza di gravi illeciti professionali, violando l'obbligo, incumbente sui concorrenti, di dichiarare in fase di partecipazione alla gara qualunque fatto che possa ragionevolmente influenzare il processo valutativo demandato all'Amministrazione.

Il provvedimento impugnato ha dunque ritenuto causa automatica di esclusione la mera omessa dichiarazione delle circostanze su indicate, senza eseguire, come riconosciuto espressamente, alcuna valutazione circa la gravità delle condotte o la loro riconducibilità ai gravi illeciti professionali menzionati dall'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 quale motivo di esclusione del concorrente.

9.3. La statuizione di rigetto del ricorso di primo grado è pertanto fondata sul presupposto, insussistente, che la Stazione appaltante abbia compiuto la valutazione di incidenza negativa sull'integrità e sull'affidabilità del concorrente delle asserite omissioni dichiarative.

Al riguardo infatti la sentenza osserva che *“il decreto penale di condanna attiene all'attività di vigilanza oggetto del contratto oggetto di gara, mentre il sequestro concerne dichiarazioni fiscali inerenti l'attività di impresa, sicché essi dovevano essere prospettati alla S.A. per le valutazioni di influenza o ininfluenza sul giudizio di integrità e affidabilità del concorrente, il quale per portata e recenza degli addebiti ne risulta in concreto inficiato”*, laddove il provvedimento impugnato si limita ad esporre soltanto che *“i provvedimenti citati in premessa risalgono all'anno 2018 e quindi emessi in prossimità alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte”* e che *“tali provvedimenti avrebbero dovuto essere dichiarati da codesta società”*, senza altro specificare o aggiungere.

9.4. In secondo luogo va osservato che l'appellante non ha reso dichiarazioni false o fuorvianti e non ha nemmeno violato alcun obbligo dichiarativo previsto da una norma di legge o dalla *lex specialis* di gara nel ritenere di non dover dichiarare il decreto penale di condanna (peraltro non risultante dal casellario giudiziale dell'amministratore che la stessa appellante si era premurata di acquisire in vista della partecipazione alla gara) né il provvedimento cautelare di sequestro preventivo di quote sociali, adottato nell'ambito di un procedimento penale per presunte violazioni tributarie, comunque risultante dalla visura camerale. Deve infatti precisarsi che, come chiarito dalla giurisprudenza, l'omissione in sé al più potrebbe rilevare rispetto

ad un presupposto obbligo dichiarativo, in ciò esprimendosi il disvalore di tale causa di esclusione, ed in tanto può parlarsi di “omissione” in quanto l’obbligo dichiarativo sia stato previsto o a livello normativo o dalla stazione appaltante nella legge di gara (Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4316; Consiglio di Stato, 5 agosto 2020, n. 4937). Nello specifico, quanto poi alla mancata dichiarazione del sequestro preventivo delle quote societarie per violazioni tributarie, va per completezza pure evidenziato che la giurisprudenza aveva escluso, già prima del citato arresto dell’Adunanza Plenaria, la rilevanza dell’omessa dichiarazione di tale fattispecie e la sua idoneità a costituire di per sé causa di esclusione, ritenendo che si tratti di omissione non direttamente riconducibile all’affidabilità nello svolgimento dell’attività professionale e alla lealtà nel rapporto contrattuale e considerando più in generale che “*La rilevanza di indagini penali in atto, in ogni caso, ai fini della fattispecie prevista dal comma 5 lett. c), andrebbe sempre valutata in relazione alla categoria “grave violazione professionale”*”(cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; si veda in termini anche Consiglio di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2019, n. 291, ove si afferma che l’ipotesi di sequestro preventivo di quote sociali non integra alcuna delle situazioni e dei motivi di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) in presenza dei quali si impone l’esclusione dell’operatore economico “*in qualsiasi momento della procedura*”).

9.6. Di conseguenza la Stazione appaltante avrebbe soltanto potuto valutare l’omissione dichiarativa al fine di verificare se i fatti non dichiarati fossero tali da integrare gravi illeciti professionali e da minare l’integrità e l’affidabilità del concorrente.

9.6.1. Giova al riguardo evidenziare che il richiamato punto 2.1.2.3 delle Linee Guida ANAC si riferisce espressamente all’omissione di informazioni “dovute”, specificando che «*rilevano i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1 [id est: “gravi illeciti professionali] posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell’amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell’attribuzione del punteggio. La valutazione della*

sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e il parametro di colpa professionale».

9.6.2. Orbene, nel caso di specie la Stazione appaltante non ha neppure accertato, in capo all'odierna appellante, la sussistenza del dolo o della colpa grave in quanto ha affermato espressamente, come evidenziato, di non aver svolto affatto alcuna valutazione di incidenza sull'integrità professionale, cui invece era tenuta.

9.7. In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio rileva come alle omissioni dichiarative ascritte all'appellante non possono invero ricollegarsi gli effetti automaticamente escludenti che conseguono al provvedimento impugnato in prime cure.

9.7.1. Alla gara oggetto di causa, in considerazione della data di pubblicazione del bando, risulta applicabile l'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 nella versione precedente alla novella legislativa di cui al D.L. 135/2018, a mente del quale: *«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 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».*

9.7.2. Orbene, in linea generale, la giurisprudenza amministrativa ha statuito che l'esistenza dei *“gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o*

affidabilità” dell’operatore economico è rimessa alla valutazione discrezionale dell’Amministrazione, potendo perciò essere disposta l’esclusione dalla gara dell’operatore economico solo in presenza di tale concreto ed effettivo apprezzamento da parte della Stazione appaltante delle circostanze rilevanti ai fini della partecipazione alla gara, ma non per la mera omessa dichiarazione di siffatte circostanze.

9.7.2. Invero, come statuito dalla giurisprudenza, la violazione degli obblighi informativi discendenti dall’art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. 50/2016 intanto può comportare l’esclusione del concorrente reticente, in quanto essa sia stata valutata dalla Stazione appaltante in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso sì che *“l’esclusione non è automatica, ma è rimessa all’apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l’omissione dichiarativa abbia intaccato l’attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara”* (così Consiglio di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2019, n. 196): in altri termini, venuta a conoscenza della mancata informativa, la Stazione appaltante potrà escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che l’omissione dichiarativa costituisca prova del fatto che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

9.7.3. La giurisprudenza ha altresì chiarito che *“in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi palesemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell’operatore economico, di cui quest’ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono predicabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso»* (v. Cons. Stato, sentenza n. 4316 del 2020) (Cons. Stato, IV, 5 agosto 2020, n. 4937)

9.7.4. Va infatti conferita *“determinatezza e concretezza”* all’elemento normativo della fattispecie, ovvero al carattere *“dovuto”* dell’informazione, al fine di *“individuare con precisione le condizioni per considerare giuridicamente dovuta l’informazione”*, dovendosi tenere distinte le due fattispecie: a) dell’omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l’incompletezza della dichiarazione resa; e b) della falsità delle dichiarazioni, per tale intendendosi la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero (cfr. ordinanza Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2332). Nelle omissioni dichiarative certamente non può essere insito alcun automatismo escludente, in quanto essa postula sempre un *“apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi in concreto sfavorevole sull’affidabilità del concorrente”* (Consiglio di Stato, ordinanza V, 9 aprile 2020, n. 2332; IV, n. 4937/2020 cit.).

9.7.5. Del resto, nemmeno nelle Linee Guida ANAC n. 6, richiamate nel provvedimento impugnato, si fa alcun riferimento all’esclusione automatica per omessa dichiarazione di circostanze non tipizzate: al punto 4.1, anzi, tali Linee Guida precisano che a dover essere comunicata dall’operatore economico, mediante autocertificazione nel D.G.U.E., è soltanto la sussistenza delle *«cause di esclusione individuate dall’art. 80»*, fra le quali non rientrano quelle oggetto di causa.

9.8. Infine, l’Adunanza Plenaria, con la citata sentenza n. 16 del 28 agosto 2020, ha ribadito che *«l’esclusione per omissioni dichiarative del concorrente in relazione a reati c.d. “non ostativi” non può essere automatica»*.

In particolare, l’Adunanza Plenaria ha affermato il seguente principio di diritto: *«La falsità di informazioni rese dall’operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all’adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l’ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l’aggiudicazione, è riconducibile all’ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis)] dell’art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza*

di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico».

Pertanto anche in caso di informazioni "false o fuorvianti" l'esclusione non può essere disposta se non previa valutazione della loro idoneità ad «influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» della Stazione appaltante. Alle informazioni "false o fuorvianti" sono equiparate quelle "omissioni" che riguardano «informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione», dovendo, a maggior ragione, anche per esse escludersi ogni automatismo espulsivo.

In particolare, l'Adunanza Plenaria ha al riguardo espressamente statuito: «L'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", quanto "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sulla "integrità o affidabilità" dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c)».

La decisione dell'Adunanza Plenaria ha conclusivamente affermato che «Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era 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 allo stesso scopo se

quest'ultimo ha omissso 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. Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo».

9.8.1. Dei riportati principi giurisprudenziali l'appellata sentenza non ha fatto corretta applicazione.

9.8.2. Ed infatti, alla luce delle su indicate coordinate ermeneutiche, per poter ritenere rilevante un'omissione dichiarativa in termini di esclusione dalla gara, la Stazione appaltante dovrà dunque verificare che l'obbligo dichiarativo fosse previsto dalla legge o dalla *lex specialis* di gara e che l'omissione di informazioni rilevanti incida sul giudizio di integrità ed affidabilità del concorrente, laddove nella fattispecie oggetto di giudizio nessun apprezzamento discrezionale e specifica valutazione di incidenza è stata al riguardo compiuta, in relazione ai suddetti profili, dalla Stazione appaltante.

9.9. Sono parimenti erronee le statuizioni della sentenza che non hanno ravvisato la violazione del principio del contraddittorio.

Il punto 5.1 delle Linee Guida ANAC prescrive che *«l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata».*

Nel caso di specie anche la decisione di non instaurare il contraddittorio procedimentale con l'impresa interessata è seguita all'erroneo convincimento della Stazione appaltante in ordine alla sussistenza di un automatismo espulsivo in ragione delle contestate omissioni dichiarative.

La ricorrente ha poi allegato e documentato in giudizio quali fossero le condotte che avevano dato causa ai due episodi contestati, argomentandone espressamente l'irrilevanza, come ben avrebbe potuto fare, se ne fosse stata richiesta, anche in sede di gara.

10. In conclusione, l'Amministrazione non solo non ha attivato alcun previo contraddittorio con l'impresa (che ha così potuto evidenziare soltanto nel giudizio promosso elementi potenzialmente idonei a far ritenere irrilevanti le suddette circostanze), ma ha altresì erroneamente ritenuto che nel caso di omessa dichiarazione sia legittima l'esclusione automatica del concorrente, non sussistendo in capo ad essa alcun obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione.

In tal modo, anche la sentenza in epigrafe qui appellata, di rigetto del ricorso avverso la disposta esclusione, ha finito per ritenere operante quell'automatismo espulsivo ed esistente una valutazione specifica, da parte della Stazione appaltante, di incidenza negativa dell'omissione sul giudizio di integrità ed affidabilità del concorrente che, invece, nel caso di specie è del tutto mancata.

11. Alla fondatezza dei motivi di impugnazione segue l'accoglimento dell'appello e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento del provvedimento di esclusione e degli atti impugnati, fatto salvo il riesercizio dell'azione amministrativa.

12. Sussistono giusti motivi, per la novità e complessità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO