

Pubblicato il 06/07/2020

N. 07742/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02377/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2377 del 2020, proposto da -OMISSIS- -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Daniele Bracci e Giuseppe Imbergamo, con domicilio digitale come in atti;

contro

Consip -OMISSIS-., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Sciaudone, con domicilio digitale come in atti;

-OMISSIS- non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento Prot. n. 5600/2020 del 17.02.2020 con cui Consip -OMISSIS- ha comunicato l'esclusione della società ricorrente dalla "Procedura negoziata art. 36 comma 2 lett. b e comma 6 - -OMISSIS---

OMISSIS-- Iniziativa -OMISSIS- -OMISSIS- --OMISSIS-- “Acquisizione licenze-OMISSIS-e relativi servizi di manutenzione e supporto”;

- della nota Prot. n. 7110-2020 del 27.02.2020 di Consip -OMISSIS-. di segnalazione all’ANAC ai sensi dell’art. 80, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016;

- ove occorra, del provvedimento recante “comunicazione di non aggiudicazione” pubblicato sul portale di Consip -OMISSIS-;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2020 la dott.ssa Giovanna Vigliotti e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell’art. 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e successivamente modificato dall’art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata ex articolo 36, comma 2, lett b) e comma 6 del D.Lgs 50/2016 (nel prosieguo anche “Codice”) indetta da Consip -OMISSIS-. per conto di -OMISSIS- pubblicata in data 10 ottobre 2019 con -OMISSIS- n.-OMISSIS-relativa all’ *“Acquisizione licenze-OMISSIS-e relativi servizi di manutenzione e supporto”*.

2. All'esito della predetta procedura, la ricorrente – unico concorrente rimasto in gara - risultava aggiudicataria provvisoria e, in data 10.12.2019, la stazione appaltante avviava i controlli relativi al possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 del Codice.
3. Dai controlli effettuati emergeva a carico del legale rappresentante della ricorrente il reato di cui all'art. 10-ter del D.Lgs. n. 74/2000, commesso il 29.12.2008 e riguardante il mancato versamento dell'IVA per l'anno 2007 da parte della Ditta – diversa dall'odierna ricorrente – “-OMISSIS--OMISSIS-”, della quale all'epoca egli era il legale rappresentante.
4. Il reato in questione era stato accertato con sentenza del 12.2.2014 del Tribunale di Milano – in composizione monocratica – confermata dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza del 17.7.2015, divenuta irrevocabile il 1.6.2016 essendo stato dichiarato inammissibile il ricorso per Cassazione proposto.
5. La condanna prevedeva -OMISSIS-, con beneficio della sospensione condizionale della pena, della concessione delle attenuanti generiche e della non menzione, nonché, per quanto di interesse in quella sede, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione per un anno, perdurante, in concreto fino al 1.6.2017.
6. La stazione appaltante, sul presupposto che la fattispecie in questione non sarebbe stata dichiarata, con nota Prot. n. 2333\2020 del 23.1.2020, chiedeva alla ricorrente di *“fornire ogni informazione e documentazione utile, atta a chiarire la motivazione circa la violazione dell'obbligo informativo, posto in capo ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del D.Lgs n. 50/2016, su un fatto rilevante ai fini delle valutazioni di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del medesimo decreto”*. La ricorrente riscontrava la suddetta nota in data 5.2.2020.

7. Successivamente, la stazione appaltante, con il Provvedimento Prot. n. 5600/2020 del 17.02.2020, disponeva l'esclusione della -OMISSIS- -OMISSIS-. dalla procedura di gara *“ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), per dichiarazione non veritiera, avendo omesso di rendere informazioni idonee ad incidere sul processo decisionale della stazione appaltante in ordine alla moralità dell'operatore stesso e dei suoi esponenti aziendali (art. 80 comma 3).”*

8. Consip, successivamente, preso atto dell'assenza di altri concorrenti ammessi alla gara, con provvedimento del 17.2.2020 disponeva la non aggiudicazione della procedura e in seguito, con nota Prot. n. 7110-2020 del 27.02.2020, segnalava l'esclusione della ricorrente all'ANAC ai sensi dell'art. ai sensi dell'art. 80, comma 12, e per gli effetti previsti da tale norma e dall'art. 213, comma 13, del D.Lgs. n. 50/2016.

9. Avverso i suddetti provvedimenti, al fine di tutelare la propria reputazione e affidabilità professionale, la ricorrente adiva Codesto Tribunale deducendo i seguenti motivi di gravame.

10. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, co. 1, lett. g), co. 5, lett. c), c-bis), f-bis), commi 10 e 10-bis del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 97, Cost., dell'art. 57, par. 7 della Direttiva 2014/24/UE, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà e difetto d'istruttoria.

11. Nella prospettazione della ricorrente, l'esclusione disposta con riferimento all'articolo 80, comma 1, lett. g) del Codice sarebbe illegittima in quanto la rilevanza della condanna non menzionata ai fini delle dichiarazioni rese nell'ambito della procedura oggetto del presente giudizio concerneva non il reato in sé bensì la sola pena accessoria comminata dalla sentenza che, al momento delle dichiarazioni concernenti i requisiti di

partecipazione, aveva cessato la propria efficacia da oramai due anni e non sarebbe stata, pertanto, suscettibile di determinare l'automatismo espulsivo previsto dalla norma richiamata dalla stazione appaltante. Alcuna falsità dichiarativa, pertanto, può essere ascritta alla ricorrente con riferimento al possesso dei requisiti di moralità professionale di cui all'articolo 80 comma 1.

12. Quanto alla mancata dichiarazione della medesima condanna ai fini della valutazione discrezionale rimessa alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett c) del Codice, la ricorrente ritiene che parimenti non sussistesse alcun obbligo dichiarativo in ragione del fatto che il reato tributario di cui alla sentenza non menzionata non era riferibile all'operatore economico partecipante alla gara, come richiesto espressamente dal citato comma 5 dell'articolo 80, bensì ad altro operatore economico. Inoltre, al momento dell'indizione della procedura oggetto del presente giudizio, erano trascorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna e oltre 11 anni dalla condotta costituente reato.

13. Con il secondo motivo di ricorso, viene dedotta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 85 del D.Lgs. n. 50/2016, del punto 2, paragrafo 1 della-OMISSIS-, dell'art. 97, Cost., nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e ingiustizia manifesta.

14. La ricorrente sostiene che, benché non sussistesse alcun obbligo dichiarativo in relazione alla sentenza di condanna non menzionata nelle dichiarazioni concernenti i requisiti di moralità professionale, la società aveva dato conto dell'esistenza della suddetta condanna nell'ambito di precedenti gare bandite dalla medesima stazione appaltante in ragione del fatto che la modulistica di gara in quei casi consentiva l'inserimento di informazioni aggiuntive. Nel caso di specie, invece, la modulistica

predisposta dalla stazione appaltante non consentiva di integrare le dichiarazioni richieste circa l'assenza di cause ostative alla partecipazione alla gara.

15. Con l'ultimo motivo di ricorso la società ricorrente censura i provvedimenti impugnati sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, co. 9 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 36, co. 6-bis del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 97 Cost., nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e ingiustizia manifesta. La censura denuncia, in primo luogo, l'omessa attivazione in favore della ricorrente del soccorso istruttorio, nonché l'illegittimità della verifica dei requisiti disposta sull'aggiudicatario in ragione del fatto che l'articolo 36, comma 6 bis del Codice prevede che ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici, la verifica circa l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 sia effettuato esclusivamente su un campione significativo.

16. La stazione appaltante si è costituita in giudizio resistendo al gravame e difendendo la legittimità del proprio operato.

17. In via preliminare, Consip ha eccepito la carenza di interesse a ricorrere in capo alla -OMISSIS- in ragione del fatto che la società, per sua stessa ammissione, agirebbe per tutelare la propria reputazione e affidabilità professionale e non anche per ottenere il bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara oggetto del giudizio.

18. Nel merito, la difesa della resistente ritiene che le censure proposte dalla ricorrente non colgano nel segno in quanto la stazione appaltante non ha escluso la -OMISSIS- in ragione della sussistenza in concreto di una causa di esclusione ex articolo 80, comma 1 del Codice ovvero per la sussistenza di un illecito professionale ai sensi dell'articolo 80, comma 5 lett. c), bensì in virtù dell'omissione dichiarativa ai sensi dell'articolo 80, comma 5 lett. c-bis

e f-bis, per aver omesso di dichiarare una condanna astrattamente rilevante ai fini delle valutazioni rimesse alla stazione appaltante in ordine alla sussistenza dei requisiti morali e professionali in capo all'aggiudicataria provvisoria. Una volta accertata l'omissione della dichiarazione, nessun'altra valutazione deve compiere la stazione appaltante in ragione del fatto che la falsa o omessa dichiarazione costituisce una autonoma causa di esclusione.

19. Consip contesta, altresì, le argomentazioni della ricorrente circa l'insussistenza dell'obbligo dichiarativo in virtù del fatto che il reato per il quale il proprio legale rappresentante era stato condannato non era riferibile alla società in quanto commesso in rappresentanza di altro operatore economico. Nella prospettazione della stazione appaltante, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'articolo 80, comma 3 del Codice tra cui figura anche il legale rappresentante.

20. Parimenti il decorso del triennio invocato dalla ricorrente non inciderebbe sull'obbligo dichiarativo in quanto la previsione relativa alla durata massima del periodo di interdizione dalle gare sarebbe riferibile alle sole condizioni che abbiano efficacia automaticamente escludente, e non anche all'ipotesi residuale di cui al comma 5, lett. c) dell'articolo 80.

21. Quanto al secondo motivo di ricorso, Consip contesta che la modulistica di gara non consentisse di inserire le informazioni dovute e ritiene irrilevante la circostanza che la ricorrente avesse dichiarato il precedente penale in questione nell'ambito di una diversa gara pure gestita da Consip, trattandosi di procedure distinte.

22. Infine, con riguardo al profilo relativo alla mancata attivazione del soccorso istruttorio, la resistente deduce che nel caso di specie, trattandosi di informazione omessa, non sarebbe stato ammesso il ricorso al soccorso istruttorio attivabile nei soli casi di informazioni incomplete suscettibili di essere integrate.

23. Le parti hanno poi ulteriormente illustrato con memorie e repliche le proprie posizioni e, all'esito dell'udienza tenutasi in data 17 giugno 2020, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dall'articolo 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

DIRITTO

24. In via pregiudiziale, deve essere disattesa l'eccezione di carenza di interesse a ricorrere sollevata dalla difesa di Consip in quanto, a tale riguardo, non rileva che la ricorrente non abbia articolato censure specifiche avverso l'esito finale della gara (ossia la non aggiudicazione, che pure è stata oggetto di impugnazione), sussistendo in capo alla stessa un interesse a che sia in ipotesi accertata la correttezza del proprio comportamento al fine di evitare le conseguenze lesive derivanti dal provvedimento di esclusione, suscettibili di pregiudicare la partecipazione a future procedure di gara in quanto incidenti sulla reputazione aziendale che è anch'essa indubbiamente un bene giuridico tutelato dall'ordinamento (si pensi solo in materia di appalti pubblici agli istituti del rating di legalità e del rating di impresa).

25. L'utilità ricavabile dall'accoglimento del ricorso non deve necessariamente involgere la sfera patrimoniale del ricorrente potendo consistere anche nella lesione del prestigio o dell'immagine dello stesso ed incidere, pertanto, sulla sfera morale della persona fisica o giuridica.

26. Inoltre, nella fattispecie, essendo la ricorrente l'unico concorrente rimasto in gara al momento dell'impugnata esclusione, è evidente che in

caso di esito favorevole del gravame, la procedura regredirebbe alla fase dell'aggiudicazione provvisoria e della verifica dei requisiti con la possibilità per la società di conseguire l'aggiudicazione definitiva. Così come, laddove l'amministrazione avesse nelle more bandito una nuova procedura, ovvero deciso di non assegnare più la commessa, residuerebbe in capo alla ricorrente, sussistendone i presupposti, la possibilità di proporre un'azione risarcitoria.

27. Ciò rilevato in rito circa l'ammissibilità del gravame proposto, nel merito il ricorso, i cui motivi sono suscettibili di essere trattati congiuntamente, è meritevole di accoglimento per le ragioni che si illustreranno nel prosieguo.

28. La questione di fondo che deve essere risolta per poter valutare la legittimità del provvedimento di esclusione in questa sede impugnato concerne la sussistenza dell'obbligo dichiarativo in capo alla ricorrente in relazione alla sentenza di condanna del proprio legale rappresentante per il reato di omesso versamento dell'IVA, astrattamente rilevante ai sensi dell'articolo 80, comma 1, lett. g) del Codice in virtù dell'applicazione della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione della durata di un anno. Solo in caso di sussistenza dell'obbligo dichiarativo si potrà, infatti, ritenere integrata, da un punto di vista oggettivo, la fattispecie di falsa dichiarazione con le conseguenze espulsive che la stessa comporta.

29. La risoluzione della suddetta questione non può che essere valutata con riferimento alle circostanze concrete che connotano la fattispecie oggetto di esame. Non vi è dubbio, infatti, che in astratto le condanne per i reati dai quali derivi l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione debbano essere portate a conoscenza della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 80, comma 1, lett. g) in quanto esse, nel caso in cui la pena

accessoria sia perdurante, determinano *ex lege* l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche. La dichiarazione *de qua* è, infatti, finalizzata alla verifica dell'insussistenza di cause di esclusione automatica in relazione alle quali alla stazione appaltante non è riconosciuta alcuna discrezionalità.

30. La dichiarazione richiesta ai partecipanti circa il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara, al di là della sua formulazione predefinita dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante, consiste nel dichiarare che la società non versa in alcuna delle ipotesi di esclusione automatica previste dall'articolo 80, comma 1. Pertanto, la falsità della dichiarazione ai sensi degli articoli 46 e 47 del DPR n. 445/2000 deve essere valutata avuto riguardo all'effettiva assenza delle suddette cause di esclusione.

31. Ebbene, nella fattispecie in esame la condanna di cui non è stata fatta menzione nella dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di moralità professionale concerneva una pena accessoria di incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione della durata di un anno che aveva esaurito i propri effetti interdittivi più di due anni prima dell'indizione della gara oggetto del presente giudizio e che, pertanto, non poteva più ritenersi rilevante ai fini dell'esclusione automatica della società per effetto di quanto disposto dall'articolo 80, comma 10 del Codice. Alla luce di tale circostanza e della valutazione vincolata circa la sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 80, comma 1 del Codice, non si può ritenere che la ricorrente abbia falsamente attestato di possedere i requisiti per la partecipazione alla gara ai sensi della citata disposizione. La natura strumentale dell'obbligo dichiarativo rispetto alla verifica circa il possesso dei requisiti, conduce a ritenere sproporzionata l'esclusione della ricorrente per il solo fatto di aver

omesso di dichiarare l'esistenza di una condanna in relazione alla quale la stazione appaltante non avrebbe potuto fare altro che rilevare l'assenza di conseguenze interdittive.

32. Il comma 10 dell'articolo 80, così come modificato dalla Legge 55/2019, dispone che la durata della rilevanza temporale della pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche è equivalente alla durata stessa della pena laddove questa sia stabilita dalla sentenza di condanna. Nel caso di specie, pertanto, al momento della partecipazione alla gara, e anche al momento dell'abilitazione al portale MEPA, nessuna rilevanza escludente era riconducibile alla condanna subita dal legale rappresentante della ricorrente con la conseguenza che nessuna falsità dichiarativa in merito all'assenza di cause ostative alla partecipazione alla gara può essere ascritta alla società.

33. D'altro canto lo stesso Capitolato d'oneri per l'abilitazione dei fornitori al MEPA al paragrafo 3 richiedeva la *"non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. 50/2016"*, e al paragrafo 6 dedicato alle dichiarazioni stabiliva che dalle stesse dovesse risultare *"l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 s.m.i. e il possesso dei requisiti di ordine generale e di idoneità professionale di cui al precedente paragrafo 3"* e che *"Il legale rappresentante/procuratore dell'operatore economico dovrà rendere le dichiarazioni sull'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 1, 2 e 5 lett. l) del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. per conto di tutti i soggetti indicati nel comma 3 del medesimo articolo"*. L'obbligo dichiarativo, pertanto, anche ai sensi della *lex specialis* concerneva esclusivamente l'assenza di cause ostative e il conseguente possesso dei requisiti di partecipazione.

34. La falsità dichiarativa non può, d'altro canto, ravvisarsi nemmeno con riguardo al comma 5 dell'articolo 80 che, in astratto, consentirebbe alla stazione appaltante di svolgere una valutazione discrezionale circa la sussistenza di un'ipotesi di grave illecito professionale ascrivibile all'operatore economico. Nella fattispecie, infatti, al momento dell'indizione della gara (ottobre 2019) erano trascorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna (giugno 2016) con la conseguenza che, anche con riguardo a tale ipotesi, in concreto non residuava in capo alla stazione appaltante la facoltà di effettuare una valutazione della condanna ai fini di una eventuale esclusione.

35. Come noto, infatti, sia ai sensi della normativa comunitaria direttamente applicabile (articolo 57 , comma 7, della Direttiva 2014/24/UE) che ai sensi della più recente normativa introdotta a livello nazionale e applicabile *ratione temporis* alla fattispecie (articolo 80, comma 10 bis), la stazione appaltante non può escludere ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c) un concorrente laddove le circostanze che potrebbero costituire un grave illecito professionale si siano verificate nel periodo antecedente l'ultimo triennio. Tale arco temporale nel caso di contestazione giudiziale deve essere computato a far data dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. Nel caso di specie, i fatti costituenti la condotta sanzionata sono relativi ad oltre 11 anni prima rispetto all'indizione della gara e, al momento della partecipazione erano comunque decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna con la conseguenza che, in caso di espressa menzione della condanna, la stessa non avrebbe potuto formare oggetto di valutazione ai fini dell'esclusione da parte della stazione appaltante.

36. Si rileva in punto di diritto che la più recente giurisprudenza si è orientata alla individuazione di un limite temporale all'obbligo dichiarativo, ancorato alla postulata irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore all'adozione degli atti indittivi in virtù della diretta operatività di quanto disposto dall'articolo 57 della Direttiva 2014/24/UE (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; Tar Lazio, sede di Roma, Sez. II-ter, sentenza n. 4917 dell'11 maggio 2020). La suddetta disciplina, circoscrivendo lo *spatium temporis* del divieto di contrarre vale, altresì, a determinare nel tempo la rilevanza giuridica dei fatti oggetto delle sentenze di condanna ovvero degli atti amministrativi di accertamento dell'illecito.

37. A ciò si aggiunga che il reato tributario in questione era stato commesso dal legale rappresentante della ricorrente ma quando questi ricopriva il ruolo di legale rappresentante di un diverso operatore economico e, quindi, evidentemente nell'esclusivo interesse di quest'ultimo. In relazione al suddetto profilo si rileva che la giurisprudenza citata dalla resistente e il richiamo alle Linee Guida Anac (n. 6) non appaiono risolutivi con riguardo alla fattispecie in quanto, se è vero che le condanne riportate dalle figure apicali di una società possono essere valutate dalla stazione appaltante ai fini della sussistenza di un grave illecito professionale stante il principio dell'immedesimazione organica e in ragione della considerazione che il nostro sistema penalistico non prevede, se non nella forma peculiare di cui al D.Lgs 231/2001, la responsabilità penale delle persone giuridiche, è anche vero che quantomeno deve ritenersi necessario che il reato commesso dalla figura apicale sia commesso a vantaggio o nell'interesse dell'ente (che è il medesimo requisito richiesto anche ai fini dell'imputabilità della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai sensi dell'articolo 5 del D.Lgs 231/2001), o tutt'al più nell'ambito dell'attività

professionale svolta in concomitanza con la carica ricoperta. Di certo non si può condividere un'interpretazione estensiva tale da imputare all'operatore economico condotte poste in essere a beneficio di altra persona giuridica in virtù dell'invocato principio di immedesimazione organica, in quanto in tal caso l'illecito professionale consisterebbe nell'imputazione soggettiva di una *culpa in eligendo* dei propri rappresentanti, mentre il fondamento della responsabilità dell'operatore economico per i reati commessi dai soggetti apicali della compagine societaria è imperniata sull'imputazione soggettiva per *culpa in vigilando*, la cui sussistenza presuppone che la società possa prevenire attraverso l'organizzazione aziendale la commissione di illeciti e reati da parte di coloro che agiscono per conto dell'ente. Altrimenti opinando non vi sarebbe un fondamento soggettivo per la riferibilità e la rimproverabilità dell'illecito professionale all'operatore economico in aperto contrasto con la lettera della disposizione normativa.

38. Si rileva che la medesima stazione appaltante ha ritenuto nel sopraccitato Capitolato d'oneri di specificare con riguardo alle ipotesi di esclusione previste dal medesimo articolo 80, comma 5, lett. a) che *“Tra le infrazioni debitamente accertate delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché degli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. (di cui all'art. 80, comma 5, lett. a), D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.), rientrano anche quelle da cui siano derivati provvedimenti definitivi di condanna nei confronti dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per condotte poste in essere nell'esercizio delle funzioni ad essi conferite dall'operatore economico richiedente l'abilitazione.”* Non sarebbe coerente, pertanto, nemmeno ai sensi della *lex specialis* invocare un diverso criterio di imputazione per le condanne rilevanti ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lett. c).

39. Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge altresì l'erroneità del riferimento operato dalla stazione appaltante all'articolo 80, comma 5 lett. c)-bis come autonoma causa di esclusione in quanto, affinché il concorrente possa essere escluso ai sensi della citata disposizione la norma richiede che le informazioni false, fuorvianti ovvero omesse siano suscettibili di *"influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"* o di incidere sul *"corretto svolgimento della procedura"*. Da quanto sin qui rilevato, è evidente che nel caso di specie l'informazione non fornita circa l'esistenza della predetta condanna non era suscettibile né di incidere sul corretto svolgimento della procedura, in quanto l'incongruenza rilevata avrebbe potuto risolversi in sede di richiesta di chiarimenti senza particolare aggravio per la stazione appaltante, né tantomeno di influenzare le determinazioni di Consip in merito all'esclusione del concorrente in ragione del fatto che in concreto la ricorrente non avrebbe potuto essere esclusa né ai sensi dell'articolo 80, comma 1 né ai sensi del comma 5, lett. c). Sostenere che in astratto la stazione appaltante non è stata messa in condizione di effettuare delle valutazioni che in concreto non potevano essere svolte in ragione del mero decorso del tempo, costituisce una motivazione tautologica.

40. La stazione appaltante ha ben operato nel richiedere i chiarimenti laddove si è resa conto dell'incongruenza emersa dagli accertamenti disposti, ma in esito alla fase endoprocedimentale seguita alla richiesta di chiarimenti, essa aveva tutti gli elementi necessari a concludere positivamente la verifica circa la sussistenza dei requisiti di moralità professionale in capo all'aggiudicataria provvisoria.

41. Dalle informazioni fornite in sede di chiarimenti, emergeva, altresì, la buona fede della ricorrente che in una precedente gara gestita sempre da

Consip aveva dichiarato (sotto forma di inserzione di informazioni aggiuntive) l'esistenza della sentenza di condanna in questione e, nonostante ciò, in seguito alla richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, era stata ammessa a partecipare alla fase successiva della gara. Nessun vantaggio, pertanto, avrebbe tratto la -OMISSIS- dalla falsa dichiarazione contestata avendo già avuto modo di verificare in altra gara che la stazione appaltante non riteneva il precedente penale rilevante nel merito ai fini della valutazione circa l'affidabilità e l'onorabilità della società. Pertanto, la determinazione della stazione appaltante non appare sorretta nemmeno dalla necessità di tutelarsi rispetto ad una presunta inaffidabilità della società ricorrente comprovata dalla reticenza nel fornire le informazioni dovute.

42. La falsità, dunque, non può essere imputata alla ricorrente nemmeno sotto un profilo soggettivo in quanto manca evidentemente la volontà di rendere una dichiarazione mendace nella specie del dolo generico, non essendo prevista dall'ordinamento la forma colposa del reato in questione.

43. E' d'uopo rilevare che la giurisprudenza citata dalla resistente a sostegno della correttezza del proprio operato ritiene legittima l'esclusione del concorrente in caso di violazione dell'obbligo dichiarativo in tutti quei casi in cui, attraverso l'omessa dichiarazione, si impedisce alla stazione appaltante di valutare discrezionalmente la rilevanza delle informazioni omesse ai fini dell'articolo 80, comma 5. Va da sé che nel diverso caso in cui tali informazioni non sono più scrutinabili ai sensi della suddetta disposizione in virtù del mero decorso del tempo, l'omissione informativa non è suscettibile di ledere le prerogative della stazione appaltante e nemmeno di minare l'instaurando rapporto fiduciario. Vi è, infatti, differenza tra la rilevanza sostanziale della condotta illecita e del

provvedimento che l'ha sanzionata, la quale non può che essere affidata al giudizio della sola stazione appaltante, dalla sua rilevanza temporale, cioè il periodo massimo di tempo entro il quale si esplica l'astratta idoneità della condotta (e del relativo provvedimento) a configurare una causa di esclusione. Quando, come nel caso di specie, ci si trovi oltre tale periodo di tempo, deve ritenersi che la condotta illecita e il provvedimento non siano neppure in astratto idonei a configurare la causa di esclusione e, quindi, fuoriescano dal succitato obbligo dichiarativo.

44. La pretesa di un obbligo dichiarativo che non abbia una durata temporale predeterminata e correlata alla rilevanza della circostanza oggetto della dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara, deve ritenersi contraria al principio di ragionevolezza e di non aggravamento, così come un'esclusione fondata sulla mera inottemperanza a tale obbligo appare del tutto sproporzionata risolvendosi, altresì, nel caso di specie in una violazione dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa stante la conclusione della gara con una non aggiudicazione della stessa con evidente frustrazione non solo dell'interesse privato ma anche dell'interesse pubblico all'affidamento della commessa.

45. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, l'esclusione della ricorrente e gli atti ad essa consequenziali devono essere annullati, impregiudicati gli ulteriori provvedimenti di competenza della stazione appaltante.

46. In ragione della peculiarità della fattispecie e della giurisprudenza non univoca in materia di obblighi dichiarativi ex articolo 80, comma 5, lett. c e c-bis come dimostrato, *inter alia*, dalla recente rimessione all'Adunanza Plenaria della questione (Cons. Stato, Sez. V, ord. 9 aprile 2020, n. 2332), si

ritiene che sussistano i presupposti per la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati come specificato in motivazione.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta della ricorrente e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte interessata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Giovanna Vigliotti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanna Vigliotti

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO