

Il mero avvio di un'istruttoria AGCM non rileva ai fini dell'affidabilità del partecipante alla gara

Scritto da Interdata Cuzzola | 22/06/2023

L'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016) dispone che: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: ...*

1. *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;*

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

Come affermato dalla giurisprudenza in precedenza (cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, nella sent. 3 aprile 2023, n. 191, *“La causa di esclusione di cui all'art. 80, lett. c) (nella versione risultante dopo lo scorporo delle ipotesi speciali di cui alle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), dell'art. 80, comma 5, è una norma residuale perché idonea a ricomprendere nello spettro valutativo dell'affidabilità professionale qualsiasi fatto o condotta violativa di norme civili, penali o amministrative, se connotato in termini di grave illecito professionale; tuttavia, l'omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (o la dichiarazione reticente su tali fatti) non è mai nell'art. 80, comma 5, lett. c) autonoma causa di esclusione, né lo è ai sensi della lett. f-bis), la quale condiziona l'esclusione alla dichiarazione non veritiera (ossia alla dichiarazione di fatti che non trovano corrispondenza nella realtà), non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393)”.*

In buona sostanza, come ribadito dal TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, nella sent. 14 giugno 2023, n. 372, la mera omissione dichiarativa di circostanze astrattamente rilevanti non integra dichiarazione mendace e non legittima di per sé l'esclusione della concorrente, in quanto risultando implicate valutazioni di carattere giuridico – opinabili tanto per la stazione appaltante quanto per l'operatore economico – deve negarsi qualsivoglia ipotesi di falsità della dichiarazione con cui quest'ultimo abbia affermato di non aver commesso “gravi” violazioni in materia; parimenti, deve escludersi ogni idoneità automaticamente ostativa delle mere omissioni dichiarative, essendo al contrario ferma la necessità in ogni caso di una valutazione in concreto sull'informazione omessa: tale elemento deve essere apprezzato nel contesto della complessiva valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. 12 aprile 2023, n. 6308, che ha richiamato l'Adunanza Plenaria n. 16/2020 nonché Consiglio di Stato, sez. V –

20/1/2021 n. 632, ed ha aggiunto che *“Il giudizio di affidabilità del concorrente è, dunque, riservato alla stazione appaltante anche nella fattispecie di cui alle lettere c) e c-bis) dell’art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e non rileva, ai fini della relativa verifica che le informazioni dovute siano state omesse in sede di gara, “tanto è vero che si tratta di omissione suscettibile di soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, V, n. 7922/19)” (Consiglio di Stato, Sezione V, 18 marzo 2021, n. 2350/2022)”*.

In definitiva, la giurisprudenza esclude che l’omissione dichiarativa costituisca di per sé autonoma causa escludente, sufficiente a condurre all’estromissione del concorrente a prescindere dalla concreta rilevanza dell’informazione taciuta, richiedendo invece una valutazione in concreto della stazione appaltante che deve accertare; nel contesto di questa valutazione “in concreto”, l’amministrazione dovrà pertanto stabilire:

- se l’informazione è effettivamente falsa o fuorviante;
- se la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni;
- se il comportamento tenuto dall’operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità;
- 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.

Tanto premesso, come evidenziato dal TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, nella citata sent. 14 giugno 2023, n. 372, l’avvio di un’istruttoria da parte di AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato) diretta ad accertare presunte violazioni delle norme in materia di concorrenza, avvenuto quando le dichiarazioni di gara erano già state rese, non è elemento rilevante ai fini della valutazione circa l’affidabilità dell’operatore concorrente, considerato, peraltro, che l’avvio di un’istruttoria è l’atto meramente prodromico all’irrogazione di una sanzione del tutto futura ed ipotetica, ancora ben “distante” dal provvedimento definitivo.