Pubblicato il 08/03/2021

N. 00208/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00746/2020 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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 746 del 2020, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Coccoli, Marco Di Lullo e Lorenzo Aureli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonella Trentini e Monica Cattoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Monica Cattoli in Bologna, piazza Maggiore 6;

nei confronti

Sater – Sistema per gli Acquisti Telematici dell'Emilia-Romagna Intercent-Er, Agenzia per Lo Sviluppo dei Mercati Telematici non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensiva

a) della Determina n. DD/PRO/2020/-OMISSIS- adottata dal Capo Area Segreteria Generale Partecipate e Appalti Opere Pubbliche - UI Appalti e Contratti del Comune di Bologna, recante l'annullamento ex art. 21-nonies, Legge n. 241/1990 del provvedimento di aggiudicazione di cui alla determinazione dirigenziale P.G. n. -OMISSIS-;

b) di ogni altro atto e/o provvedimento ad esso presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non conosciuto;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi

a) sia mediante reintegrazione in forma specifica con subentro nell'esecuzione del servizio e nel contratto di appalto ove stipulato;

b) sia mediante ristoro per equivalente nella misura da quantificare in corso di causa, fatta salva la valutazione equitativa

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bologna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021 il dott. Paolo Amovilli uditi i difensori da remoto e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna società ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori per -OMISSIS-" indetta dal Comune di Bologna con bando pubblicato il -OMISSIS-

Con determinazione dirigenziale P.G. n. -OMISSIS-la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione del suindicato appalto in favore della ricorrente, subordinatamente agli accertamenti sul possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 e s.m.

Con determina dirigenziale n. DD/PRO/2020/-OMISSIS- la stazione appaltante ha disposto ex art. 21-nonies, legge n. 241/1990 l'annullamento in autotutela del suindicato provvedimento, motivata tra l'altro dall'aver la ricorrente omesso in sede di gara la dichiarazione di aver riportato condanna penale definitiva (per il reato di cui all'art. 216 c.p.) trattandosi di fattispecie esplicitamente ricompresa, al punto 2.2, tra quelle richiamate nelle linea guida ANAC n. 6 quali rilevanti ai fini dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di appalto, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett.c) e f-bis) del d.lgs. 50/2016. La stazione appaltante ha altresì evidenziato il comportamento reticente e contraddittorio serbato successivamente all'aggiudicazione in sede di verifica del possesso dei requisiti morali.

La ricorrente ha impugnato il suddetto provvedimento deducendo motivi così riassumibili:

I)VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 80 E 83 DEL D.LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI.

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3 E 21-NONIES DELLA L. N. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 6. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER ILLOGICITÁ E IRRAZIONALITÁ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÁ DI TRATTAMENTO: non si sarebbe al cospetto di una dichiarazione falsa, ai sensi dell'art. 80 c. 5, lett f-bis del d.lgs. 50/2016, bensì di una dichiarazione reticente tuttalpiù rilevante ai fini della lett. c) previo motivato giudizio di inaffidabilità, secondo la distinzione tracciata di recente anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 2020.

II -VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 80.E 83 DEL D.LGS. 50/2016.VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3 E 21-NONIES DELLA L. N. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLE LINEE GUIDA ANAC N. 6. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER ILLOGICITÁ E IRRAZIONALITÁ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO

DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÁ DI TRATTAMENTO: anche a voler interpretare il provvedimento di esclusione dalla gara come emesso ai sensi della lett. c) del comma quinto dell'art. 80 d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante avrebbe del tutto omesso di motivare sulla idoneità della sentenza di condanna riportata dal legale rappresentante ad incidere negativamente sull'affidabilità professionale dell'impresa ricorrente.

III-IN VIA SUBORDINATA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 12, D.LGS. N. 50/20156. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 3 E 21-NONIES DELLA L. N. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, PROPORZIONALITÀ, RAGIONEVOLEZZA E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER ILLOGICITÁ E IRRAZIONALITÁ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÁ DI TRATTAMENTO: in via subordinata impugna *in parte qua* la determinazione di esclusione dalla gara nella parte che dispone la segnalazione all'Anac ai sensi dell'art. 80 c. 12 d.lgs. 50/2016 per falsa dichiarazione, non ricorrendo un'ipotesi di dichiarazione mendace bensì, a tutto concedere, reticente.

Si è costituito in giudizio il Comune di Bologna eccependo l'infondatezza di tutti i motivi dedotti, poiché in sintesi:- la ricorrente

non ha indicato nel DGUE di aver riportato condanna definitiva per bancarotta fraudolenta ai sensi dell'art 216 c. 1 c.p., in violazione dell' obbligo posto a carico di ogni concorrente di indicare in sede di gara tutte le informazioni utili e le condanne; - la ricorrente avrebbe tenuto nel procedimento di autotutela un comportamento contraddittorio e reticente, idoneo a fuorviare le decisioni della stazione appaltante; - sarebbe infondato anche il terzo motivo, venendo in questione la presentazione di una dichiarazione in tutto e per tutto da ritenersi falsa.

La difesa comunale ha inoltre rappresentato la necessità di rivedere il progetto posto a base di gara, si da escludere una nuova aggiudicazione dei lavori in esame.

Alla camera di consiglio del 10 dicembre 2020 la ricorrente ha rinunciato alla domanda incidentale cautelare.

In prossimità della discussione nel merito le parti hanno depositato memorie e precisato le proprie conclusioni.

La ricorrente, in particolare, ha ribadito l'insussistenza nel caso di specie di una dichiarazione falsa nel senso restrittivo recentemente tracciato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, non potendosi ammettere alcun automatismo espulsivo, rappresentando come nella pur subita condanna per bancarotta fraudolenta, divenuta irrevocabile il -OMISSIS-, il GUP del Tribunale di -OMISSIS-abbia rilevato la tenuità del fatto e concesso il beneficio della sospensione condizionale.

Il Comune di Bologna, di contro, ha evidenziato come a pag 4 del DGUE la ricorrente abbia barrato la casella "NO" alla richiesta della stazione appaltante di esser stato condannato per i reati di cui sopra

(tra cui era ricompresa la "frode") insistendo per il rigetto di tutti i motivi ivi compreso di quello proposto in via subordinata.

All'udienza pubblica del 24 febbraio 2021 uditi i difensori da remoto la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità del provvedimento con cui il Comune di Bologna ha annullato in autotutela ex art. 21-nonies L.241/90, in seguito alla verifica del possesso dei requisiti morali indicati in sede di gara, il provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente dell'appalto dei lavori -OMISSIS-

A motivo dell'annullamento l'Amministrazione ha indicato la sussistenza a carico del legale rappresentante di una condanna penale definitiva per bancarotta fraudolenta non dichiarata in sede di gara, con conseguente segnalazione all'Anac ai sensi del comma 12 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 oltre che l'inaffidabilità conseguente al comportamento contraddittorio e reticente serbato dopo la stessa aggiudicazione.

Contesta in buona sintesi parte ricorrente di aver prodotto in sede di gara dichiarazioni false (art. 80 c. 5 lett f-bis d.lgs. 50/2016) avendo tuttalpiù fornito dichiarazioni incomplete o reticenti, da reputarsi rilevanti, ai sensi della lett. c) del medesimo comma, soltanto a seguito di un motivato giudizio di rilevanza della condanna ai fini dell'attendibilità e integrità dell'operatore economico, secondo la distinzione tracciata dalla più recente giurisprudenza amministrativa, motivato giudizio nella fattispecie completamente omesso.

2.- Il ricorso va in parte respinto ed accolto limitatamente all'impugnativa della segnalazione all'Anac ex art. 80 c. 12 d.lgs. 50/2016, come in seguito indicato.

3.- In punto di fatto giova premettere che in sede di verifica del possesso dei requisiti conseguente all'aggiudicazione è emerso dal Casellario Giudiziale a carico del legale rappresentante e direttore tecnico dell'impresa ricorrente una condanna penale ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per il reato di bancarotta fraudolenta ex art. 216 c. 1 c.p. divenuta irrevocabile il -OMISSIS- (ovvero prima della gara) condanna - come è pacifico - non dichiarata nel DGUE presentato in sede di gara.

A pag. 4 del DGUE alla domanda "i soggetti di cui all'art. 80 c. 3 del codice sono stati condannati con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena richiesta ai sensi dell'art. 444 del c.p.p. per uno dei motivi indicati sopra (n.d. tra cui è ricompresa la "frode") con sentenza pronunciata non più di cinque anni fa o in seguito alla quale sia ancora applicabile un periodo di esclusione stabilito direttamente nella sentenza ? " il legale rappresentante dell'-OMISSIS-ha risposto "No", pur in presenza della sopra citata sentenza del Tribunale di -OMISSIS-.

A pag. 6 del medesimo DGUE alle domande "L'operatore economico può confermare di: a) non essersi reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione; b) non avere occultato tali informazioni?" è stato risposto "SI" ad entrambe.

4. - Ritiene il Collegio che la suddetta dichiarazione non possa presentare i caratteri della dichiarazione mendace ai sensi e per gli effetti della lett. f-bis) comma 5 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016.

4.1. - L'art. 80 comma 5 del vigente Codice appalti contempla, per quel che qui interessa, due distinte fattispecie escludenti ovvero l'ipotesi di cui cui (lett. c) ove "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrita' o affidabilita'" e quella di cui alla lett. f-bis) "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

E' senz'altro vero quanto affermato dal ricorrente circa la distinzione operata dalla più recente giurisprudenza (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850, id. Adunanza Plenaria 28 agosto 2020, n. 16; id. sez. V, 12 maggio 2020, n. 2976; id. sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 26 febbraio 2021, n. 1301) tra l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (Consiglio di Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142) e la falsità delle dichiarazioni, ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, dove si rappresenta una circostanza in fatto diversa dal vero, cui consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla

procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso (Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407)

Solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso (...). Il concetto di "falso", nell'ordinamento vigente, si desume dal codice penale, nel senso di attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera. Dunque, il falso non può essere meramente colposo, ma deve essere doloso (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 12 maggio 2020, n. 2976).

4.2. - Tanto doverosamente premesso è evidente come nel caso di specie la ricorrente abbia solo apparentemente presentato una dichiarazione mendace, rispondendo negativamente alla precisa domanda della stazione appaltante circa le condanne penali riportate nell'arco del quinquennio.

Occorre precisare sul punto come il riferimento operato nella pag. 4 del DGUE alla condanna (tra gli altri) per "frode" (ricompreso nell'elenco ivi predisposto dalla stazione appaltante) e non già a quelle di "bancarotta fraudolenta" concretamente riportata, possa esimere da responsabilità il dichiarante, non rientrandovi la fattispecie di cui all'art. 216 c.p., secondo un interpretazione necessariamente non estensiva stante il principio di tassatività delle cause di esclusione valevole in "*subiecta materia"* (*ex multis* Consiglio di

Stato sez. V, 23 marzo 2015, n.1565) e coerente con la disciplina comunitaria.

La condanna per frode indicata nello schema di DGUE predisposto dalla stazione appaltante tra le condanne da dichiarare da parte dei concorrenti opera un chiaro riferimento all'art. 80 comma 1 del d.lgs. 50/2016 in tema di condanne penali definitive automaticamente escludenti, tra cui alla lett c) è ricompresa la "frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee".

Trattasi, secondo il Collegio, di una fattispecie incriminatrice riguardante i soli fatti commessi in danno della predetta Comunità potendovi ad es. far rientrare la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 c.p.) ma non la bancarotta fraudolenta, stante la non identità del bene protetto dalla norma ovvero in tal ultima fattispecie dell'interesse dei creditori all'integrità del patrimonio del debitore a garanzia del soddisfacimento del credito (*ex multis* Cassazione penale sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043).

Non a caso la stessa Anac nelle Linee Guida n. 6 pur non avendo tale atto valore normativo né vincolante per la stazione appaltante (T.A.R. Trentino-Alto Adige Bolzano 22 gennaio 2019, n.14) annovera i reati fallimentari tra le cause di esclusione non automaticamente escludenti di cui al citato comma 5 lett c) e non del comma 1 dell'art. 80 d.lgs. 50/2016.

Sul punto può invece condividersi come nessuna rilevanza può assumere il fatto dell'essere la condanna in questione pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. dal momento che il primo comma dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 pone sullo stesso piano le condanne penali e le

sentenze di condanna patteggiate (*ex multis* T.A.R.Lazio Roma, sez. III, 2 novembre 2017, n.10965) né della concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 febbraio 2018, n. 1991) in assenza di formale provvedimento giudiziale del giudice penale di riabilitazione o di estinzione del reato (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092).

4.3. - Tale ragionevole dubbio sull'individuazione della concreta fattispecie incriminatrice oggetto della dichiarazione resa dalla ricorrente esclude la sussistenza della "*immutatio veri*" e dunque della falsità della dichiarazione, con conseguente fondatezza del primo motivo.

5. - Ciò premesso, quanto invece al concorrente motivo di esclusione di cui all'art. 80 c. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 parimenti indicato dalla stazione appaltante, non può condividersi l'assunto della ricorrente in merito all'omessa valutazione in termini negativi della propria affidabilità professionale.

Mette conto premettere che - per giurisprudenza pacifica - con riferimento agli adempimenti dichiarativi, i concorrenti sono tenuti a rendere una dichiarazione omnicomprensiva, segnalando tutte le vicende afferenti la propria attività professionale sulla base del noto principio per cui non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; Id., 11 giugno 2018, n. 3592; Id., 19 novembre 2018, n. 6530). Nel caso di specie l'Amministrazione ha ritenuto non affidabile la condotta serbata

dalla ricorrente, la quale non solo ha omesso la dichiarazione della suindicata condanna in sede di DGUE ma ha serbato un comportamento reticente e fuorviante anche nel successivo contraddittorio intercorso tra le parti.

In seguito alla mail comunale del 23 marzo 2020 il sig -OMISSIS-ha dichiarato all'Amministrazione di non sapere nulla in merito alla condanna risultante dal casellario giudiziale cambiando poi versione dopo pochi giorni ovvero il 27 marzo ammettendo l'esistenza della condanna, peraltro come detto patteggiata, seppur escludendo l'obbligo dichiarativo.

Come chiaramente evidenziato nel provvedimento di riesame impugnato la stazione appaltante negli incontri calendarizzati ha ravvisato nella fase della verifica dei requisiti successiva all'aggiudicazione una condotta complessivamente contraddittoria e reticente ed incurante degli obblighi di correttezza e auto-responsabilità gravanti sull'impresa ricorrente, si da ritener venuta meno l'affidabilità che deve contraddistinguere l'impresa appaltatrice.

Giova rilevare come la violazione degli obblighi informativi da parte del concorrente ben può essere apprezzata dalla stazione appaltante quale "grave illecito professionale" ex art. 80 c. 5 lett. c) *(ex multis* T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 15 giugno 2020, n. 2376) in considerazione dell'ampiezza di tale fattispecie comprensiva di condotte illecite collegate all'esercizio dell'attività professionale (T.A.R. Lazio Roma sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732) riguardanti sia la fase di esecuzione del contratto che la fase della stessa gara.

Non può parimenti rilevare neppure la dichiarazione effettuata dalla ricorrente di essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 c. 5 lett. c) d.lgs. 50/2016 in considerazione non solo della

esaminata distinzione tra la suddetta fattispecie e quella ben più ristretta delineata dalla lett. f bis) del comma 5 quanto soprattutto della genericità del contenuto dichiarativo.

6.- Alla luce delle suesposte considerazioni il secondo motivo risulta infondato con conseguente legittimità dell' esclusione disposta dall'Amministrazione in sede di riesame dell'aggiudicazione.

7. - Merita invece condivisione il terzo motivo, gradato in via subordinata e consequenziale rispetto al primo, in considerazione dell'accertata natura non mendace della dichiarazione, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato nella parte in cui si effettua la segnalazione all'Anac ai sensi del comma 12 dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016.

8.- Per i suesposti motivi il ricorso va in parte respinto ed in parte accolto, come da motivazione.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese processuali in relazione all'esito della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo accoglie, come da motivazione, e per l'effetto annulla in "*parte qua*" la disposta esclusione.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 tenutasi da remoto mediante videoconferenza con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozzi, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozzi

IL SEGRETARIO