

Publicato il 27/01/2022

N. 00575/2022REG.PROV.COLL.

N. 04099/2021 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 4099 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa ed Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

***contro***

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Paolo Bello, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

***nei confronti***

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da Pec Registri di

giustizia;

Vis s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione -OMISSIS-, -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2022 il Cons. Giorgio Manca ed uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Pellegrino, Testa, Bello e Fraccastoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La -OMISSIS- ha partecipato, in associazione temporanea con altre imprese, alla «*procedura aperta per l'affidamento del servizio di controllo di sicurezza dei passeggeri e dei bagagli a mano e da stiva presso gli Aeroporti Civili costituenti la rete aeroportuale pugliese*», indetta da -OMISSIS-, risultando aggiudicataria (giusta determinazione del 6 ottobre 2020 della stazione appaltante).

L'aggiudicazione veniva impugnata dal raggruppamento con mandataria la -OMISSIS- (-OMISSIS-), che proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia incentrato sull'omessa segnalazione, da parte dell'aggiudicatario, di alcune vicende riguardanti gli amministratori di -OMISSIS- che avrebbero potuto integrare gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) e così determinare l'esclusione del raggruppamento.

Alla luce dei rilievi contenuti negli scritti difensivi, l'amministrazione si determinava ad una riapertura dell'istruttoria, all'esito della quale annullava l'aggiudicazione in favore del raggruppamento facente capo a -OMISSIS-, che veniva anzi esclusa dalla gara e sottoposta ad escussione della cauzione provvisoria prestata.

La stazione appaltante provvedeva quindi ad aggiudicare la gara al raggruppamento -OMISSIS-.

2. - Le predette determinazioni sono state impugnate da -OMISSIS-Puglia innanzi al T.a.r. per la Puglia, che ha respinto il ricorso ritenendo, nella specie, che l'omessa dichiarazione, da parte della -OMISSIS-, di una condanna alla reclusione di 2 anni ed 8 mesi per il reato di estorsione di cui all'art. 629 Cod. pen., disposta con sentenza del Tribunale di -OMISSIS- (non passata in giudicato) a carico di un soggetto che aveva in passato ricoperto il ruolo di socio di maggioranza di -OMISSIS-Puglia (sia pure "cessato" dal ruolo nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara), costituisca fattispecie autonomamente apprezzabile da parte della stazione appaltante come causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e *c-bis*), del *Codice dei contratti pubblici*.

Sul punto il primo giudice richiama lo specifico precedente di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, V, -OMISSIS-, che ha considerato legittima l'esclusione dalla gara della società -OMISSIS-, partecipata dal socio unico -OMISSIS-, relativamente al cui socio di maggioranza (con una quota pari al 98,5% del capitale sociale) era stata omessa la dichiarazione di un significativo precedente penale.

Né, secondo il giudice di prime cure, assumerebbe rilevanza l'epoca in cui la condanna è intervenuta, considerato che in base ad un determinato orientamento del Consiglio di Stato il fatto andava comunque dichiarato in sede di partecipazione alla gara, a prescindere dal limite temporale dei tre anni dal fatto o dalla sentenza.

3. - La società soccombente -*OMISSIS*--*OMISSIS*-. ha proposto appello, ribadendo i motivi già dedotti nel primo grado di giudizio alla luce dei rilievi contenuti nella sentenza impugnata.

4. - Si sono costituite in giudizio le società -*OMISSIS*- ed -*OMISSIS*-, concludendo per il rigetto dell'appello; in particolare, , le parti appellate sollecitano il deferimento della questione dell'esatto ambito di applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c*), e commi 10 e 10-*bis*, del *Codice dei contratti pubblici* all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ritenendo esistente sul punto un contrasto giurisprudenziale con riguardo all'onere dichiarativo di cui ai predetti commi dell'art. 80 *cit.*, al fine di precisare quale arco temporale debba rilevare ai fini della dichiarazione di pregresse vicende cristallizzate in una sentenza di condanna non ancora definitiva e potenzialmente rilevanti quali gravi illeciti professionali.

In subordine, -*OMISSIS*- chiede che sia disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267, comma terzo, del T'fue, per il contrasto tra l'art. 80, comma 10-*bis*, del *Codice dei contratti pubblici*, se inteso nel senso proposto dall'appellante, ed il principio affermato dall'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, come interpretato dalla Corte di giustizia con sentenza del 19 giugno 2019 (*Meca S.r.l. c. Comune di Napoli*, causa C-41/18).

5. - All'udienza del 13 gennaio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il primo motivo, l'appellante -*OMISSIS-Puglia* denuncia l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la condanna dell'ex socio, pur se il fatto e la sentenza risalgono a oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara, debba essere oggetto di valutazione nell'ambito del giudizio di affidabilità professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c*), del *Codice dei contratti pubblici*, deducendo al riguardo che il limite temporale previsto dall'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, non sarebbe applicabile alle ipotesi di esclusione per gravi illeciti professionali ed al conseguente onere dichiarativo.

In senso contrario, l'appellante sottolinea come la questione debba essere esaminata e risolta aderendo alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha individuato un limite generale di operatività degli obblighi dichiarativi derivante dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE – norma di diretta applicazione nell'ordinamento nazionale – che ha fissato in tre anni dalla data del fatto la rilevanza del grave illecito professionale: nel caso di specie, pertanto, la vicenda richiamata a fondamento delle determinazioni impugnate in primo grado risulterebbe del tutto irrilevante dal punto di vista temporale, atteso che il precedente relativo all'ex socio di *-OMISSIS-Puglia*, sia quanto al fatto (commesso nel 2013), sia quanto alla decisione del giudice penale di primo grado (sentenza del 24 marzo 2016), sarebbe anteriore di oltre tre anni rispetto alla data di indizione della gara in oggetto (16 settembre 2019).

6.1. - Il motivo è fondato e assorbente.

6.2. - La questione sollevata dall'appellante va risolta alla luce dei precedenti della Sezione (cfr., tra i più recenti, Cons. Stato, V, 12 gennaio 2021, n. *-OMISSIS-*; V, 7 settembre 2021, n. *-OMISSIS-*), secondo i quali è irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, lett. c), cit., che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara; conclusione alla quale si è giunti, dapprima, richiamando il principio generale di proporzionalità di derivazione unionale e osservando come la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un determinato limite temporale implicasse un evidente contrasto con tale principio, per la possibilità riconosciuta all'amministrazione appaltante di dare rilevanza a fatti che – per il tempo trascorso – non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

Un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza l'individuazione di un preciso limite di operatività, infatti, *«potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali*

*ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa»:* in tal senso Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. -OMISSIS-; si veda anche Cons. Stato V, 6 maggio 2019, -OMISSIS-).

E poi invocando l'applicazione dell'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014, il quale stabilisce che «*[i]n forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri [...] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4*» (paragrafo, quest'ultimo, che – alla lett. c) – contempla la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali).

Pertanto, per effetto della diretta applicazione della disposizione unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta decorsi tre anni dalla data della sua commissione (cfr. Cons. Stato, V, 7 settembre 2021, n. -OMISSIS-; V, 26 agosto 2020, n. -OMISSIS-; V, 5 agosto 2020, n. -OMISSIS-).

6.4. - Si osservi inoltre che l'art. 80, comma 5, lett. c), cit., non contempla un generale limite cronologico, superato il quale i fatti idonei a mettere in dubbio l'affidabilità o l'integrità professionale dell'operatore economico non potrebbero assumere rilevanza come gravi illeciti professionali; gli unici riferimenti alla durata dell'effetto giuridico impeditivo della partecipazione alle procedure di gara sono contenuti nell'art. 80, comma 10 (ricollegato alla sentenza di condanna definitiva, per l'ipotesi in cui la sentenza non fissasse la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare o non fosse intervenuta la riabilitazione) e comma 10-*bis*, il quale – al secondo periodo, per quel che rileva nel caso di specie – prevede che «*[n]ei casi di cui*

*al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso».*

Anche quest'ultima disposizione, quindi, non prevede un limite generale di rilevanza del fatto, quale quello posto dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, ma regola unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell'operatore economico.

6.5. - Deve quindi ribadirsi che la disciplina dettata dal comma 10 e dal primo periodo del comma 10-*bis* dell'art. 80 *cit.* prende in considerazione solo quei fatti che hanno dato luogo a una «*sentenza penale di condanna definitiva*» che non abbia fissato «*la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*».

La seconda parte del comma 10-*bis* (quella che inizia facendo riferimento ai «*casi di cui al comma 5*») si distacca dal riferimento alla sentenza penale di condanna definitiva, consentendo alla stazione appaltante di valutare [anche ai fini della dell'art. 80, comma 5, lett. *c*)] tutti quei fatti potenzialmente idonei a compromettere l'affidabilità professionale dell'operatore economico, ancorando la decorrenza del termine massimo di efficacia dell'esclusione all'adozione del provvedimento di esclusione o al passaggio in giudicato della sentenza. Nelle more del giudizio, la stazione appaltante deve tener conto del fatto che ha determinato la precedente esclusione.

6.6. - Ciò si deve intendere nel senso che la stazione appaltante:

- può valutare tutti i fatti che, anche se non hanno formato oggetto di una sentenza passata in giudicato, possono integrare (insieme ad altri elementi) una delle situazioni che giustificano l'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5;

- se tali fatti hanno portato all'adozione di provvedimenti di esclusione in precedenti procedure di gara, e l'esclusione non è stata impugnata, l'effetto escludente dalle gare successive si protrae per tre anni;
- se l'esclusione è impugnata, il termine comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della eventuale sentenza che conferma il provvedimento di esclusione;
- in questo caso, nelle more del giudizio, la stazione appaltante non può escludere automaticamente l'operatore economico ma deve valutare autonomamente e specificamente il fatto per stabilire se esso integri, in concreto, una causa di esclusione (in particolare, nell'ipotesi di fatto astrattamente idoneo a incidere sull'affidabilità professionale dell'operatore economico, deve effettuare la valutazione concreta richiesta dall'art. 80, comma 5, lett. c).

6.7. - Si conferma, quindi, che le disposizioni di cui ai commi 10 e 10-*bis* dell'art. 80 *cit.*, non fissano alcun limite cronologico di carattere generale entro il quale opera la rilevanza dei fatti valutabili nell'ambito delle cause di esclusione di cui al comma 5.

6.8. - La questione, pertanto, va risolta alla luce della norma di cui all'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione per gravi illeciti professionali [lett. c]), sia quella delle «*false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione*» [lett. b]) non può essere superiore a «*tre anni dalla data del fatto in questione*»).

Alla disposizione contenuta nella direttiva la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha attribuito efficacia diretta nell'ordinamento interno, con conseguente immediata applicabilità (si veda, in tal senso, anche Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576, con riferimento alla illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara dovuta a risoluzione pronunciata da oltre tre anni, da computarsi a ritroso dalla data

del bando; nonché Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605; V, 12 marzo 2020, n. 1774).

6.9. - Neppure è pertinente il richiamo alla sentenza del 19 giugno 2019, *Meca S.r.l. c. Comune di Napoli*, causa C-41/18, invocata dall'appellata -OMISSIS- per motivare la richiesta di rinvio pregiudiziale. Tale decisione, infatti, si limita a riconoscere la facoltà della stazione appaltante di valutare l'incidenza del fatto costituente grave illecito professionale anche quando sull'accertamento dello stesso è ancora pendente un giudizio (nella specie si verteva sulla risoluzione di un precedente contratto per inadempimento, contestata in giudizio).

Si tratta infatti della questione risolta dall'art. 80, comma 10-*bis*, del *Codice dei contratti pubblici*, con le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 20, lettera *o*), n. 5, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, il quale stabilisce che se il provvedimento di esclusione è contestato in giudizio, la stazione appaltante deve comunque tenere conto del fatto che ha portato all'esclusione e valutarne la portata quale presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.

La sentenza non affronta, invece, il problema sotto il profilo della rilevanza temporale del fatto, ossia non esamina la questione della rilevanza del fatto che in astratto potrebbe configurare il grave illecito professionale ma che non sia stato oggetto di una sentenza penale di condanna definitiva o di un provvedimento di esclusione in precedenti procedure di gara commesso oltre tre anni prima della indizione della gara.

La questione, nei suoi termini generali, è stata peraltro esaminata in altra occasione dalla Corte di giustizia U.E. che, nella sentenza della Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, ha ribadito che «*ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione [...] detto periodo non può, se il periodo*

*di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dalla data del fatto in questione».*

6.10. - Sia il chiaro tenore letterale, sia la giurisprudenza della Corte di giustizia, convergono dunque nel senso che l'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24 impone comunque un limite temporale alla rilevanza dei fatti valutabili come gravi illeciti professionali.

Ricorre, pertanto, uno dei casi in cui, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, non sussiste l'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267, terzo comma, del Tfeue, per il giudice nazionale di ultima istanza (in tal senso, da ultima, la sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management*, nella causa C-561/19, che – in particolare ai punti 33 ss. – ha precisato i criteri della c.d. *giurisprudenza Cilfit* sottolineando come, per escludere l'obbligo del rinvio, può considerarsi non solo il precedente riguardante un caso identico, ma anche una o più pronunce relative a situazioni analoghe a quella oggetto del giudizio nazionale).

6.11. - Non può essere accolta neppure la richiesta di rimessione della questione all'Adunanza plenaria di questo Consiglio, non sussistendo un effettivo contrasto interno rispetto all'indirizzo seguito dalle Sezioni (in particolare, a sostegno dell'invocato contrasto di giurisprudenza non possono essere richiamate le sentenze della Sezione III – 5 marzo 2020, n. 1633; 22 maggio 2019, n. 3331 – basate sul testo dell'art. 80, commi 5, 10 e 10-bis, del *Codice dei contratti pubblici*, antecedente alle modifiche apportate, prima, dall'art. 5, comma 1, del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12 e poi dall'art. 1, comma 20, lett. "o" n. 5, del citato d.l. n. 32 del 2019).

7. - Applicando gli enunciati principi al caso di specie, tenuto conto che la gara è stata indetta il 16 settembre 2019, il termine triennale di rilevanza risulta decorso sia se si ha riguardo ai fatti oggetto della sentenza penale di condanna non definitiva

(commessi nel corso del 2013), sia che si assuma come riferimento la data della sentenza di condanna di cui trattasi (24 marzo 2016).

8. - In conclusione, assorbite le ulteriori censure dedotte dall'appellante, l'appello deve ritenersi fondato e, previa riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado, con il conseguente annullamento dei provvedimenti ivi gravati.

9. - La complessità e la parziale novità della questione esaminata giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese giudiziali di entrambi i gradi del giudizio.

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 ed annulla i provvedimenti con questo impugnati.

Compensa tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (e degli artt. 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Annamaria Fasano, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giorgio Manca**

**IL PRESIDENTE**

**Valerio Perotti**

**IL SEGRETARIO**