

**GIURISDIZIONE: Agricoltura biologica - Operatore sottoposto a verifica - Non conformità - Organismo di controllo - Misure - Controversia - Giurisdizione ordinaria.**

**Cass. civ., Sez. Unite, 28 gennaio 2021, n. 1914**

- in *Il Foro Italiano*, 5, 2021, pag. 1730 e ss.

*“[...] Rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia tra organismo di controllo e operatore nel settore dell’agricoltura biologica, avente ad oggetto le misure adottate da parte del primo in caso di riscontrate non conformità da parte dell’operatore sottoposto a verifica [...]”.*

***Svolgimento del processo***

L'Azienda agricola F.V. svolge attività di produzione di albicocche con il metodo della produzione biologica sui terreni, compiutamente descritti in atti, dell'azienda medesima, siti in (OMISSIS).

In data 26 marzo 2014 stipulò, con l'organismo di controllo Istituto di Certificazione fisica e ambientale (di seguito ICEA o Istituto), autorizzato dal Ministero delle Politiche agricole e forestali, contratto in virtù del quale si assoggettava al controllo dell'ente anzidetto, in ordine alla verifica del rispetto della normativa regolante l'esercizio di attività di agricoltura biologica.

Nel vigore di detto contratto l'Azienda agricola fu destinataria di due provvedimenti, n. 63 e n. 64, resi nei suoi confronti, in data 24 maggio 2016, non impugnati, con i quali l'ICEA disponeva rispettivamente la sospensione temporanea dell'efficacia del certificato di conformità biologica e la soppressione dell'indicazione biologica su tutto il raccolto di albicocche per l'anno 2016, avendo riscontrato, a seguito dell'esperimento delle analisi presso laboratorio indicato dal Ministero sul campione prelevato da tecnico dell'istituto nel corso di visita ispettiva, la presenza di anticrittogamici ed insetticida in misura eccedente i limiti consentiti nell'esercizio dell'agricoltura biologica.

Successivamente, nel corso dell'ispezione annuale, eseguita in data 6 giugno 2018 da tecnico dell'ICEA presso lo stesso albicoccheto, erano prelevati nuovi campioni di frutti e foglie di albicocco e sottoposti ad analisi, che evidenziavano, su una delle aliquote contrassegnate, nuovamente la presenza di anticrittogamico in misura eccedente il limite consentito.

In conseguenza di ciò, il Responsabile del Comitato di Certificazione dell'ICEA ha emanato tre provvedimenti.

Il primo dei quali, n. 130 del 24 luglio 2018, disponeva il divieto di commercializzazione per il periodo di giorni 180 per l'azienda delle albicocche con indicazioni riferite al metodo della produzione biologica.

Il secondo, n. 132, reso in pari data, disponeva il divieto, per la predetta azienda agricola, di riportare nelle etichette delle albicocche le indicazioni inerenti al metodo della produzione biologica.

Il terzo, n. 138, emanato il 3 agosto 2018, comunicava all'azienda agricola la risoluzione di diritto dei rapporti tra le parti e l'avvio della procedura di cancellazione dell'azienda dall'elenco degli operatori biologici.

Il successivo ricorso dell'azienda in sede amministrativa avverso i summenzionati provvedimenti era quindi respinto dal Comitato Ricorsi dell'ICEA con decisione del 30 agosto 2018.

Tutti i sopra menzionati provvedimenti amministrativi erano impugnati dall'azienda dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) della Basilicata sulla base della prospettazione di plurimi vizi di legittimità, con conseguente domanda di annullamento dei provvedimenti medesimi. Nel costituirsi l'ICEA, oltre a sostenere l'infondatezza dell'avverso ricorso, eccepiva preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito.

Il TAR Basilicata pronunciava sentenza n. 772/2018, pubblicata il 22 novembre 2018, con la quale, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'ICEA, dichiarava inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, ritenendo la stessa essere devoluta al giudice ordinario. La sentenza del giudice amministrativo di primo grado era oggetto di ricorso in appello da parte dell'azienda agricola dinanzi al Consiglio di Stato, che, con sentenza della Sezione terza, n. 4119/2019, pubblicata il 18 giugno 2019, non notificata, accolse l'appello, annullando la pronuncia impugnata con rinvio dinanzi al TAR Basilicata, ritenendo che la controversia appartenesse alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato, pur ribadendo la natura dell'ICEA quale soggetto di diritto privato, precisamente quale consorzio con attività esterna secondo la disciplina degli artt. 2612 c.c. e segg., come risultante dalle disposizioni dello Statuto depositato in atti, ritenne che lo stesso svolgesse attività avente carattere pubblicistico, operando per effetto di delega del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, di modo che, trattandosi dell'esercizio di una funzione pubblica per effetto di delega, la posizione giuridica del privato di fronte all'esercizio di un tale potere autoritativo, avesse consistenza di interesse legittimo.

La sentenza del Consiglio di Stato in questa sede impugnata ha altresì testualmente statuito nel senso che "la disciplina sopravvenuta, recata dal D.Lgs. n. 20 del 2018, relativa alla natura di lodo

arbitrale dei pronunciamenti dell'organo collegiale dei ricorsi, come da specifica clausola compromissoria sottoscritta nel contratto di assoggettamento al controllo, esula dal presente giudizio di appello, atteso che la questione relativa all'inapplicabilità al caso di specie di tale disciplina è coperta da giudicato interno: la questione, infatti, è stata sollevata anche in primo grado ed il TAR ha formalmente dichiarato l'inapplicabilità di tale normativa al caso di specie (anche in senso meramente interpretativo) e tale statuizione non è stata investita da impugnazione".

Avverso detta sentenza ricorre per cassazione l'ICEA in base ad un unico motivo di ricorso.

L'Azienda Agricola F.V. resiste con controricorso.

La Regione Basilicata è rimasta intimata.

Tanto l'Istituto ricorrente quanto l'Azienda agricola controricorrente hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

### ***Motivi della decisione***

1. Con l'unico motivo di ricorso l'Istituto ricorrente denuncia l'erroneità della sentenza impugnata per motivi di giurisdizione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 110 (cod. proc. amm.), deducendo che il Consiglio di Stato ha erroneamente affermato nella controversia in esame, vertente tra organismo di controllo ed operatore del settore dell'agricoltura biologica, avente ad oggetto le misure previste dal D.Lgs. 23 febbraio 2018, n. 20, art. 5 e dal D.M. 20 dicembre 2013, adottate da parte dell'organismo di controllo in caso di riscontrate non conformità da parte dell'operatore sottoposto a verifica; ciò sia per avere la decisione impugnata omesso di considerare come per un sistema, quale quello delle Società Organismi di Attestazione (SOA), analogo a quello del biologico, la giurisprudenza sia invece concorde nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario nell'ambito dei rapporti tra SOA ed imprese di costruzione, sia per avere omesso di considerare come il D.Lgs. n. 20 del 2018, nel prevedere l'assoggettamento ad arbitrato di tali controversie, aventi base contrattuale, presupponga necessariamente che le stesse vertano su diritti soggettivi.

1.1. Segnatamente, in relazione a tale ultimo profilo, nell'ambito dell'unico motivo col quale viene denunciato il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1, parte ricorrente rileva comunque come "del tutto errata", la decisione impugnata quanto alla ritenuta formazione del giudicato interno sull'inapplicabilità al caso di specie della disposizione di cui all'all. 2, lett. C, comma 8, lett. b), del D.Lgs. n. 20 del 2018, nella parte in cui prevede che i pronunciamenti dell'organo collegiale dell'organismo di controllo deputato all'esame dei ricorsi "hanno natura di lodo arbitrale, come da specifica clausola compromissoria sottoscritta nel contratto di assoggettamento al controllo, ai sensi del titolo VIII del libro quarto del Codice di procedura civile".

1.2. Il ricorrente deduce in proposito come non abbia mai invocato l'applicazione diretta di tale disposizione nella controversia in esame, essendo ben consapevole del fatto che nel contratto stipulato tra le parti, sottoscritto, come innanzi detto, nel 2014, non era stata sottoscritta dal F. alcuna clausola compromissoria, e di avere richiamato l'anzidetta disposizione unicamente al fine di trarne un ulteriore elemento, in via interpretativa, utile a qualificare come di diritto soggettivo la posizione giuridica soggettiva dell'azienda destinataria delle misure emesse a seguito dell'attività di controllo da parte dell'organismo prescelto, in adempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di certificazione.

2. Appare opportuno dar conto, in via preliminare, nell'esame del motivo, quantunque sinteticamente, dell'evoluzione della disciplina di fonte sovranazionale succedutasi in tema di metodo biologico di produzione di prodotti agricoli, originariamente introdotta dal Regolamento CEE del Consiglio 24 giugno 1991, n. 2092 e dal Regolamento attuativo della Commissione Europea 6 agosto 1991, n. 2416.

2.1. Detta disciplina è stata più volte modificata, dapprima dal Regolamento CEE del Consiglio 19 luglio 1999, n. 1804 e dal Regolamento (CE) 28 giugno 2007, n. 834, cui è seguita l'approvazione dei regolamenti attuativi della Commissione 5 settembre 2008, n. 889 e 8 dicembre 2008, n. 1235, ed ancora dal Regolamento (CE) del Consiglio 29 settembre 2008, n. 967, di cui è stata disposta l'attuazione con Regolamento della Commissione del 15 dicembre 2008.

2.2. Quale elemento cardine della disciplina di settore si è posta, sin dall'inizio, la previsione secondo la quale gli operatori dediti alla produzione biologica dei prodotti agricoli, affinché fosse verificato il rispetto dei requisiti minimi in materia, tale da consentire l'indicazione sull'etichetta di "Agricoltura Biologica - Regime di controllo CE", potessero rivolgersi ad organismo privato, al quale affidare il controllo e competente a rilasciare la relativa certificazione, sulla base di un provvedimento autorizzatorio dell'Autorità competente dello Stato membro, in Italia individuato, a partire dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 220, nell'allora Ministero delle risorse agricole ed alimentari (oggi Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali), cui compete, insieme alle Regioni, ed alle Province autonome di Trento e Bolzano, per i rispettivi ambiti territoriali di competenza, la vigilanza sugli organismi di certificazione.

2.3. La succitata evoluzione della disciplina di settore in ambito Europeo ha determinato la necessità dell'adeguamento del diritto interno alle nuove disposizioni regolamentari, le cui tappe salienti, successivamente all'adozione del succitato D.Lgs. n. 220 del 1995, possono essere individuate nel D.M. 20 dicembre 2013, in tema di adozione di un elenco di "non conformità", riguardanti la qualificazione biologica dei prodotti e le corrispondenti misure che gli Organismi di

controllo devono applicare agli operatori, ai sensi del Reg. (CE) n. 889/2008, modificato dal Regolamento di esecuzione (UE) n. 392/2013 della Commissione del 29 aprile 2013 e nel D.Lgs. 23 febbraio 2018, n. 20, che ha abrogato il precedente D.Lgs. n. 220 del 1995.

3. Appare utile premettere che il D.Lgs. n. 20 del 2018, è entrato in vigore il 22 marzo 2018 e quindi, sul piano procedimentale, salvo quanto di seguito precisato (si veda infra par. 4.6), è certamente applicabile alla controversia in oggetto riguardante, come si è detto, impugnazione di provvedimenti resi dall'organismo di controllo nei confronti dell'azienda agricola nel periodo luglio - agosto 2018.

3.1. Le ipotesi di "non conformità" sono modulate, da ultimo, secondo il disposto del citato D.Lgs. n. 20 del 2018, art. 5, secondo un ordine decrescente di gravità, indicate rispettivamente quali "infrazioni", "irregolarità" ed "inosservanze", secondo la definizione rispettivamente fattane dal D.Lgs. n. 20 del 2018, art. 5, comma 4, del citato art. 5, comma 6 e dal comma 8 del suddetto Decreto.

3.2. In particolare del D.Lgs. n. 20 del 2018, citato art. 5, comma 7, prevede che "L'accertamento di una o più irregolarità comporta l'applicazione, da parte dell'organismo di controllo al quale è assoggettato l'operatore, previa diffida in caso di irregolarità sanabili, della soppressione delle indicazioni biologiche, in proporzione all'importanza del requisito violato e alla natura e alle circostanze particolari delle attività irregolari. La soppressione comporta il divieto per l'operatore di riportare le indicazioni relative al metodo di produzione biologica, nell'etichettatura e nella pubblicità dell'intera partita o dell'intero ciclo di produzione in cui è stata riscontrata irregolarità".

3.3. L'art. 6, comma 1, lett. d), del citato Decreto prevede che "Nell'esercizio dell'attività di controllo, fermo restando quanto previsto dall'art. 4, comma 6, l'organismo di controllo, ha l'obbligo di:

adottare, in caso di irregolarità o infrazioni, le misure corrispondenti a carico degli operatori, anche se receduti o esclusi dal sistema, per fatti antecedenti al recesso o all'esclusione".

L'art. 4, comma 6, richiamato nella disposizione precedente citata, disciplina i requisiti necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione, che debbono essere assicurati, senza soluzione di continuità, per l'intera durata dell'autorizzazione medesima.

4. Ciò premesso, il motivo e quindi il ricorso su di esso basato debbono ritenersi fondati, dovendo trovare ulteriore conferma le considerazioni già espresse dalle Sezioni Unite di questa Corte, in sede di decisione su istanza di regolamento di giurisdizione, con l'ordinanza 5 aprile 2019, n. 9678.

4.1. In quella sede, nell'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, si evidenziava come la Corte di Lussemburgo avesse affermato, nella vigenza

dell'originario Regolamento (CE) n. 2092/91, di seguito abrogato dal succitato Regolamento (CE) n. 834/07, che gli organismi privati "mettono in atto, conformemente all'art. 9, n. 3 del regolamento n. 2092/91, le misure di controllo e le misure precauzionali elencate all'allegato III dello stesso", e, "ai sensi dell'art. 9, n. 9, lett. a) e b), del regolamento n. 2091/91 (...) possono, sulla scorta dei controlli effettuati, permettere o meno agli operatori controllati di utilizzare indicazioni relative al metodo di produzione biologico per i prodotti messi in commercio e, qualora accertino un'infrazione manifesta o avente effetti prolungati, ritirare al singolo operatore il diritto di commercializzare prodotti recanti indicazioni siffatte per un periodo da convenirsi con l'autorità pubblica competente, dovendo "in forza dell'art. 9, nn. 6, lett. c) e 8, lett. a) e b) sempre del regolamento n. 2092/91 (...) rendere conto della loro attività all'autorità incaricata del riconoscimento e della sorveglianza, rispettivamente, informandola delle irregolarità e delle infrazioni constatate nonché delle sanzioni inflitte, fornendole tutte le informazioni richieste e trasmettendole ogni anno un elenco degli operatori da essi controllati ed un rapporto di attività (cfr. Corte Giust., 29 novembre 2007, C-393/05; Corte Giust., 29 novembre 2007, C-404/05). Se, dunque, come rilevato dalla stessa Corte di Giustizia nella succitate decisioni, l'attività degli organismi di controllo non è limitata alla mera organizzazione dei controlli di conformità dei prodotti dell'agricoltura biologica, ma si estende all'applicazione delle misure connesse all'esito dei controlli espletati, l'assoggettamento alla sorveglianza dell'autorità pubblica competente risulta tale da garantire l'obiettività ed accertare l'efficienza dei controlli effettuati dagli organismi privati.

4.2. Da tale argomentazione le citate decisioni hanno tratto la duplice conclusione che "il ruolo ausiliario e preparatorio attribuito agli organismi privati di tale regolamento nei confronti dell'autorità di sorveglianza non può essere considerato una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri", atteso che "l'attività degli organismi privati quale definita dal regolamento n. 2092/91 non costituisce di per sé una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, tale che ogni ulteriore attività che partecipi ai pubblici ne sia necessariamente separabile".

4.3. Sebbene la Corte di Giustizia non abbia negato la possibilità per gli Stati membri di attribuire ai certificati natura pubblica, il sistema, quale ridisegnato da ultimo dal legislatore nazionale ai fini dell'armonizzazione e razionalizzazione della normativa sui controlli in materia di agricoltura biologica, alla stregua del Regolamento (CE) n. 834/07, quale modificato dal Regolamento (CE) n. 967/08, non sembra giustificare le diverse conclusioni alle quali è pervenuto il Consiglio di Stato nell'impugnata decisione, il cui nucleo essenziale sta, secondo quanto sopra indicato, nell'affermazione secondo cui "L'attività dell'ICEA oggetto del presente giudizio, può (...)

qualificarsi come esercizio privato di una funzione pubblica (...). Trattandosi dell'esercizio di una funzione pubblica per effetto di delega, la posizione giuridica del privato di fronte all'esercizio di tale potere autoritativo ha consistenza di interesse legittimo".

4.4. In effetti del citato D.Lgs. n. 20 del 2018, art. 3, comma 2, prevede che "Il Ministero delega i compiti di controllo, ai sensi dell'art. 27, paragrafo 4, lettera b) del regolamento" per tale dovendo intendersi, per effetto dell'art. 2, il Regolamento (CE) del Consiglio n. 834/2007, "ad uno o più degli organismi di controllo che, a tal fine, presentano istanza di autorizzazione ai sensi dell'art. 4, comma 1".

4.5. Ritiene tuttavia la Corte che non possa offrirsi una lettura del succitato termine "delega" se non nell'ambito del sistema complessivamente delineato che, non diversamente da quanto nella normativa sovranazionale previgente quale interpretata dalla corte di Giustizia, presuppone in realtà l'esercizio di un potere di autorizzazione dell'autorità pubblica di vigilanza subordinato al rispetto della sussistenza di requisiti tassativi previsti dalla legge in capo agli organismi di controllo, di modo che risulti garantita l'obiettività ed assicurata l'efficienza dei controlli effettuati dagli organismi privati, che segnatamente nell'ambito dell'attività di certificazione, legata a parametri tecnici, operano secondo il diritto privato in adempimento di obbligazioni aventi fonte contrattuale con il produttore biologico, che si assoggetta alla relativa certificazione di conformità.

4.6. Sul piano procedimentale va peraltro opportunamente precisato che, sebbene il contratto stipulato inter partes sia stato sottoscritto in data 26 marzo 2014, cioè anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 20 del 2018, le relative disposizioni sulla natura delle rilevate "non conformità" trovavano già disciplina nel citato D.M. 20 dicembre 2013, così come la relativa disciplina concernente le misure da adottare secondo la gravità delle accertate "non conformità", senza che alcuna discrezionalità amministrativa potesse configurarsi in capo all'organo deputato a comminare le misure previste, così come la previsione della facoltà di chiedere il riesame dei provvedimenti emanati allo stesso organismo di controllo, che, nel caso dell'ICEA, ne aveva disciplinato l'esercizio secondo le disposizioni del proprio regolamento interno depositato in atti; sicchè l'unica disposizione effettivamente inapplicabile nel giudizio in esame, pacificamente non essendo stata prevista nel contratto intercorso tra le parti alcuna clausola compromissoria, è quella di cui al richiamato allegato 2, lett. C, comma 8, lett. b), del D.Lgs. n. 20 del 2018, nella parte in cui prevede che i pronunciamenti dell'organo collegiale dell'organismo di controllo deputato all'esame dei ricorsi "hanno natura di lodo arbitrale, come da specifica clausola compromissoria sottoscritta nel contratto di assoggettamento al controllo, ai sensi del titolo VIII del libro quarto del Codice di procedura civile".

4.7. Ciò, in effetti, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza impugnata nel passaggio testualmente sopra trascritto nella parte inerente l'esposizione dei fatti di causa, era stato rilevato come mero obiter dictum dal TAR Basilicata, che, dopo aver già dichiarato "l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del ricorso" dinanzi ad esso proposto dall'azienda agricola, riteneva di aggiungervi "la precisazione che non può tenersi conto delle disposizioni dettate dal punto 8, lett. b) dell'Allegato 2 al D.Lgs. n. 20 del 2018, in quanto nel contratto, stipulato il 26.3.2014, tra l'azienda agricola F.V. e l'ICEA, non vi è la clausola compromissoria", applicabilità diretta peraltro non invocata nella controversia dinanzi al TAR dall'Istituto nella propria comparsa di costituzione, essendone stato fatto riferimento unicamente per trarne, in via argomentativa, ulteriore elemento a sostegno della tesi esposta della devoluzione della controversia al giudice ordinario.

4.8. Al riguardo va ribadito come compete alla Corte di Cassazione, nell'ambito dell'esame di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenza del Consiglio di Stato "non soltanto il giudizio vertente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni non meramente processuali, che regolano il rilievo del difetto di giurisdizione, nonché di quelle correlate attinenti al sistema delle impugnazioni" (cfr. Cass. SU 23 novembre 2011, n. 20727).

5. Deve, pertanto, ribadirsi l'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, secondo quanto già affermato dalla citata Cass. SU, ord. n. 9678/2019.

5.1. Nè a ciò osta il diverso petitum di annullamento dei provvedimenti impugnati, oggetto della domanda originariamente proposta dall'azienda agricola F.V. dinanzi al TAR Basilicata, rispetto alla domanda risarcitoria nei confronti dell'organismo privato autorizzato che aveva - secondo il produttore di limoni nel giudizio nel corso del quale era stata avanzata l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione definito dalla succitata ordinanza di questa Corte - "ingiustamente e negligenemente" disposto, in esecuzione del contratto di certificazione "bio" il divieto di commercializzazione del prodotto come biologico sulla base del prelevamento di un solo campione dello stesso.

5.2. Dovendo infatti, farsi riferimento, ai fini della decisione sulla giurisdizione, al c.d. petitum sostanziale, la domanda va correlata alla posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, che, alla stregua delle considerazioni sopra esposte, deve ritenersi, diversamente da quanto affermato dal Consiglio di Stato, di diritto soggettivo, dovendo escludersi che l'organismo autorizzato assuma la veste di pubblica amministrazione ex art. 7, comma 2, cod. proc. amm., ovvero eserciti, nell'ambito dell'esecuzione del contratto di certificazione, funzioni pubbliche.

5.3. Come già affermato da questa Corte con la citata Cass. SU ord. n. 9678/19, le certificazioni si configurano, infatti, come "strumenti di circolazione di "informazioni" destinate in particolare ai consumatori, quali attestazioni di conformità del prodotto agli standards di legge e di "garanzia" dell'affidabilità al riguardo dell'impresa e dei suoi prodotti". Ciò risponde all'esigenza, esplicitata nel considerando 22 del citato Reg. (CE) n. 834/07, che afferma che "E' importante preservare la fiducia del consumatore nei prodotti biologici. Le eccezioni ai requisiti della produzione biologica dovrebbero pertanto essere strettamente limitate ai casi in cui sia ritenuta giustificata l'applicazione di norme meno restrittive".

6. Il ricorso va pertanto accolto e la sentenza impugnata cassata, con conseguente dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale vanno rimesse le parti anche per le spese del giudizio di legittimità.

#### ***P.Q.M.***

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale rimette le parti anche per le spese del giudizio di legittimità.

#### ***Conclusionione***

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 15 settembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 28 gennaio 2021

- - Preferiti
  - Stampa
  - Download
  - Aggiungi ad una pratica in Kleos

#### **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 Tfu, 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. h)]) 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 Tfu, 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

IL SEGRETARIO