

APPALTI: Gara - Esclusione - Ex art. 80, comma 5, lett. a) e c) d.lgs. n. 50 del 2016 - Omessa dichiarazione di una sentenza penale di condanna non passata in giudicato - Per omicidio colposo a seguito di infortunio sul lavoro - Fatti risalenti ad oltre tre anni prima dalla pubblicazione del bando - Illegittimità - Ragioni.

Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2021, n. 6233

- in *Urb. e appalti*, 2, 2022, pag. 215 e ss., con commento di Roberto Cippitani, *Principio di proporzionalità e applicazione verticale della direttiva appalti: la rilevanza temporale dei motivi di esclusione*.

1. “[...] è irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all’art. 80 comma 5, cit., che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara [...]”.

2. “[...] 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 [...]”.

[...] 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 disciplina unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell’operatore economico.

La questione [...] va risolta alla luce della norma di cui all’articolo 57, § 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 dei 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») [...]”.

3. “[...] la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un determinato limite temporale [implica] un evidente contrasto con il principio di proporzionalità, 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 la individuazione di un generale limite di operatività «potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa 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» [...]».

FATTO e DIRITTO

1. - La società -*OMISSIS*- ha partecipato alla procedura di gara, indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., per l'affidamento dei "*lavori di adeguamento degli impianti di illuminazione e di emergenza*" dello stabilimento di Foggia, collocandosi al primo posto della graduatoria provvisoria. All'esito della verifica del possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara è stata esclusa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *a*) e *c*), del Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016), in quanto il socio unico della società è risultato destinatario di una condanna penale per il reato di omicidio colposo connesso ad infortunio sul lavoro, con sentenza non passata in giudicato (Tribunale di Trani n. -*OMISSIS*-, confermata da Corte d'Appello di Bari n. -*OMISSIS*-); fatto commesso dal socio in qualità di legale rappresentante di altra ditta (la -*OMISSIS*-).

2. - La società -*OMISSIS*- ha impugnato il predetto provvedimento di esclusione, nonché il provvedimento di aggiudicazione al -*OMISSIS*-, con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, deducendo:

I) violazione dell'art. 80, comma 5, lettere *a*) e *c*), del Codice dei contratti pubblici, in quanto le cause di esclusione ivi previste non si applicherebbero quando il fatto non è direttamente riferibile all'operatore economico partecipante alla procedura di gara, ma si riferisce a un diverso operatore; nel caso di specie, si tratterebbe di condotta posta in essere dal socio unico, -*OMISSIS*-, quando quest'ultimo rivestiva la qualità di legale rappresentante della distinta ditta -*OMISSIS*-

II) violazione dell'art. 80, commi 5, 10 e 10-*bis*, cit., poiché la vicenda sarebbe comunque irrilevante, in quanto il fatto è stato commesso oltre tredici anni prima della procedura in esame, al di fuori, quindi, dell'arco temporale di tre anni indicato dal comma 10-*bis* dell'art. 80 cit., interpretato e integrato alla luce dei principi comunitari e dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014;

III) anche l'accertamento dell'infrazione della normativa della sicurezza sul lavoro risalirebbe a oltre tre anni prima della gara di cui trattasi;

IV) difetto di motivazione, perché la stazione appaltante si sarebbe limitata a riportare il contenuto della sentenza d'appello, senza valutare diverse circostanze rilevanti (il risarcimento completo dei danni, la distanza temporale del fatto, l'estraneità alla condotta della -*OMISSIS*-, la quale ha anche adottato il modello organizzativo e gestionale di cui al decreto legislativo n. 231 del 2001).

3. - Con sentenza 28 gennaio 2021 n. 177, il Tribunale amministrativo ha ritenuto infondate tutte le censure.

4. - La soccombente -*OMISSIS*- ha proposto appello, riproponendo essenzialmente i motivi dedotti in primo grado, in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

5. - Resistono in giudizio l'I.P.Z.S. e il -*OMISSIS*-, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. - All'udienza del 24 giugno 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - È fondata, e assorbente, la censura con la quale l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato la violazione dell'art. 80, commi 5, 10 e 10-*bis*, del Codice dei contratti pubblici, con riferimento alla circostanza che la vicenda contestata riguarda un infortunio sul lavoro occorso nel 2007 e quindi oltre il termine di rilevanza triennale posto dall'art. 80, comma 10-*bis*, da interpretare sulla scorta di quanto disposto dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014, La società appellante, in specie, ritiene erronea la sentenza nella parte in cui sostiene che la norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*), del Codice dei contratti pubblici, non prevede espressamente limiti cronologici alla rilevanza dei fatti costituenti gravi illeciti professionali.

7.1. - Come anticipato, il motivo è fondato.

7.2. - Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, e di questa Sezione in particolare, è irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, 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 il principio di proporzionalità, 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 la individuazione di un generale limite di operatività «*potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa 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. St., V, 22 luglio 2019, n. 5171; si veda anche Cons. St. V, 6 maggio 2019, n. 2895). E poi invocando l'applicazione dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014, il quale stabilisce che «*in 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 norma 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, dopo decorsi tre anni dalla data della sua commissione. (cfr. Cons. St. V, 5 agosto 2020, n. 4934; V, 26 agosto 2020, n. 5228)

7.3. - Si osservi ulteriormente sul punto, 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 disciplina unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell'operatore economico.

7.4. - La questione, in definitiva, va risolta alla luce della norma di cui all'articolo 57, § 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 dei 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»*).

7.5. - Alla norma della direttiva la giurisprudenza della Sezione ha attribuito efficacia diretta (c.d. “verticale”) nell’ordinamento interno e la 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 motivata con riguardo a risoluzione pronunciata da oltre tre anni, da computarsi a ritroso dalla data del bando; nonché Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605; 12 marzo 2020, n. 1774); e ciò anche sulla scia della Corte di Giustizia dell’U.E. (la quale, 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*»).

8. - Applicando gli enunciati principi al caso di specie, posto che i fatti oggetto della sentenza penale di condanna sono stati commessi nel corso del 2007, ossia quasi tredici anni prima della pubblicazione del bando di gara (avvenuta il 5 giugno 2020), gli stessi fatti non possono più ritenersi idonei a dimostrare l’inaffidabilità della società appellante.

9. - In conclusione, assorbite le ulteriori censure dedotte dall’appellante, l’appello va accolto e, previa riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado, con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione e, in via di illegittimità derivata, del provvedimento di aggiudicazione in favore di -OMISSIS-

10. – 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 e annulla la determinazione dell’I.P.Z.S., n. 151/C del 28.10.2020, relativa all’esclusione di -OMISSIS-S.r.l. dalla procedura di gara e il provvedimento dell’I.P.Z.S. del 09.11.2020, avente per oggetto l’aggiudicazione in favore di -OMISSIS-
Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021, tenuta in collegamento da remoto, con l’intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO
