

APPALTI: Contratti della p.a. - Grave illecito professionale - Sentenza penale di condanna non definitiva - Esclusione dalla gara - Non può andare oltre il termine di tre anni dal fatto che ha originato la condanna.

Tar Campania – Napoli, Sez. I, 31 marzo 2022, n. 2149

- in *Guida al diritto*, 16, 2022, pag. 88 e ss., con commento di Gaetana Natale, *Escludere la società per fatti risalenti è contro il principio di proporzionalità*.

“[...] Emerge dunque che tra il fatto rilevante quale illecito professionale e l’indizione della gara siano decorsi ben più di tre anni (dato che rileva per quanto si dirà).

Ciò chiarito in punto di fatto, l’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 non stabilisce alcunché in ordine all’efficacia temporale della causa di esclusione, laddove il fatto valutabile come illecito professionale, ai sensi del co. 5, lett. c), derivi da una sentenza penale non definitiva.

I commi 10 e 10-bis dell’art. 80, infatti, si occupano della durata dell’esclusione, nell’ipotesi in cui essa si tragga dalla sentenza penale di condanna definitiva, che non fissi la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (commi 10 e 10-bis, primo periodo), ovvero nel caso di adozione di un provvedimento amministrativo di esclusione (con decorrenza dal passaggio in giudicato della sentenza, ove contestato in giudizio: comma 10-bis, secondo periodo).

Allorquando invece venga in rilievo un fatto che, come nella specie, sia valutato quale illecito professionale in base a una sentenza penale di condanna non definitiva, occorre rifarsi alla “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»” [...].

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2022 il dott. Giuseppe Esposito e udita l'avvocato dello Stato Maria Sannino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Società ricorrente partecipava alla gara telematica indetta dal Comune di Macerata Campania per l'affidamento dei lavori di completamento del campo sportivo comunale, della pista di atletica e degli spogliatoi lato bocciodromo, per un importo di € 137.500,00.

Dopo aver richiesto chiarimenti la stazione appaltante la escludeva per sussistenza di un grave illecito professionale, vista la sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere n. -OMISSIS-, recante condanna del legale rappresentante alla pena di anni tre di reclusione (per colpa generica e colpa specifica consistita nella violazione delle norme antinfortunistiche, in relazione all'evento che aveva causato la caduta dall'alto e il decesso l'11/4/2015 di un operaio edile).

Il provvedimento di esclusione veniva comunicato il 14/12/2021, risultando altresì dalla consultazione del portale l'indicazione quale "Aggiudicatario provvisorio" della controinteressata (presumibilmente trattandosi della proposta di aggiudicazione, atteso che "a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 la figura dell'aggiudicazione provvisoria risulta ormai espunta dall'ordinamento": Cons. Stato, sez. V, 10/10/2019 n. 6904).

Con ricorso notificato il 20/12/2021 e depositato il 21/12/2021, la ricorrente ha impugnato l'esclusione e i provvedimenti indicati in epigrafe.

Con un unico motivo di ricorso deduce la violazione degli articoli 3 e 97 Cost., dell'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 della legge n. 241/90, nonché l'eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, sostenendo che:

- occorre vagliare la rilevanza dei fatti ed esternare con un'adeguata motivazione l'incidenza negativa sulla moralità professionale, essendosi invece l'Amministrazione limitata a richiamare la sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere;
- il titolare è stato ritenuto responsabile per non aver esortato il lavoratore a dotarsi di apposita cintura di sicurezza e per non aver predisposto idonei mezzi di prevenzione per le lavorazioni dall'alto, per cui non si è trattata di una violazione di specifiche norme di diritto e bisognava valutarne lo specifico comportamento;
- non si è tenuto conto che, ai fini dell'esclusione, l'illecito o la condotta devono riferirsi a precedenti contratti di appalti pubblici (mentre la condotta omissiva contestata ha riguardato un appalto privato).

Il Comune e la controinteressata, ai quali il ricorso è stato notificato con pec del 20/12/2021, non si sono costituiti in giudizio (la ricorrente ha esibito altresì la copia del ricorso notificato al Comune con spedizione postale, unicamente all'avviso di ricevimento della raccomandata n. 78506692096-1, ricevuta il 27/12/2021).

Si è costituito il Ministero dell'Economia e delle Finanze evocato in giudizio.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 13/1/2022 n. 77.

Per l'udienza pubblica il Ministero ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva e chiesto l'estromissione dal giudizio.

La ricorrente ha chiesto con note il passaggio in decisione della causa.

All'udienza pubblica del 23 marzo 2022 il ricorso è stato assegnato in decisione.

2.- Occorre preliminarmente dar conto dell'eccezione sollevata dalla difesa erariale, la quale osserva che la domanda di annullamento è volta a censurare provvedimenti dell'Ente locale e che, pertanto, il Ministero evocato in giudizio è privo di legittimazione passiva.

L'eccezione è fondata, non rinvenendosi alcuna ragione che giustifichi la partecipazione al giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, alla cui sfera di competenze non è riconducibile l'attività che ha condotto all'aggiudicazione controversa (avendo "prestato" la piattaforma MePA).

Conseguentemente, ne va disposta l'estromissione dal giudizio.

3.- Tanto premesso, il ricorso è fondato nei seguenti termini.

In sede cautelare è stata posta *"l'esigenza di individuare i limiti temporali entro cui va circoscritta la causa di esclusione in questione"* (ordinanza 13/1/2022 n. 77).

Risulta dalla sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che il fatto che ha originato la condanna è avvenuto l'11 aprile 2015.

Sebbene non sia fornito agli atti di causa il riferimento alla data di indizione della gara in questione, essa può dirsi avviata nell'anno 2021 (poiché era fissata al 30/11/2021 la data ultima per la presentazione delle offerte).

Emerge dunque che tra il fatto rilevante quale illecito professionale e l'indizione della gara siano decorsi ben più di tre anni (dato che rileva per quanto si dirà).

Ciò chiarito in punto di fatto, l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 non stabilisce alcunché in ordine all'efficacia temporale della causa di esclusione, laddove il fatto valutabile come illecito professionale, ai sensi del co. 5, lett. c), derivi da una sentenza penale non definitiva.

I commi 10 e 10-bis dell'art. 80, infatti, si occupano della durata dell'esclusione, nell'ipotesi in cui essa si tragga dalla sentenza penale di condanna definitiva, che non fissi la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (commi 10 e 10-bis, primo periodo), ovvero nel caso di adozione di un provvedimento amministrativo di esclusione (con decorrenza dal passaggio in giudicato della sentenza, ove contestato in giudizio: comma 10-bis, secondo periodo).

Allorquando invece venga in rilievo un fatto che, come nella specie, sia valutato quale illecito professionale in base a una sentenza penale di condanna non definitiva, occorre rifarsi alla *"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»» (di recente, Cons. Stato, sez. V, 27/1/2022 n. 575, aggiungendo che: “Alla disposizione contenuta nella direttiva la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha attribuito efficacia diretta nell'ordinamento interno, con conseguente immediata applicabilità”).

In analogia fattispecie, con la richiamata sentenza si è così ritenuto che: “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. 5171; si veda anche Cons. Stato V, 6 maggio 2019, n. 2895). 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. 6233; V, 26 agosto 2020, n. 5228; V, 5 agosto 2020, n. 4934)”.

Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche, nel caso di specie il Comune non avrebbe potuto procedere all'esclusione della ricorrente, atteso che tra il fatto che aveva originato la sentenza di condanna non definitiva (11/4/2015) e l'indizione della gara sono trascorsi più di tre anni.

Ne discende la fondatezza della censura con cui è dedotto che non è stata vagliata la rilevanza dei fatti e l'incidenza negativa sulla moralità professionale dell'operatore economico.

Conclusivamente, previamente estromesso dal giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il ricorso va accolto e vanno annullati i provvedimenti impugnati.

Per la novità e peculiarità della questione esaminata sono ravvisabili giustificati motivi per dichiarare irripetibili le spese di giudizio nei confronti del Comune e della controinteressata, disponendone la compensazione per l'intero tra la ricorrente e il Ministero costituitosi in giudizio, ponendo a carico del Comune di Macerata Campania il rimborso del contributo unificato, previa regolarizzazione del versamento che non risulta effettuata, con distrazione in favore del difensore dichiaratosi anticipatario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) estromette dal giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze;
- 2) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- 3) dichiara irripetibili le spese di giudizio nei confronti del Comune e della controinteressata, disponendone la compensazione per l'intero tra la ricorrente e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ponendo a carico del Comune di Macerata Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, il rimborso del contributo unificato, previa regolarizzazione del versamento, con attribuzione all'avvocato Luciano Costanzo, dichiaratosi anticipatario.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 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 nonché di ogni altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche e giuridiche menzionate nella presente sentenza.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF
Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore
Domenico De Falco, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Gianmario Palliggiano

IL SEGRETARIO