

Pubblicato il 14/06/2022

N. 04831/2022REG.PROV.COLL.
N. 01442/2022 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1442 del 2022, proposto dalla società - OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Giua Marassi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società -OMISSIS-s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Macri, Matilde Mura e Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (sezione seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e della società -OMISSIS-s.p.a.;

Visto l'appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2022 il consigliere Silvia Martino;

Udito l'avvocato Angelo Clarizia;

Dato atto dell'istanza congiunta di passaggio in decisione depositata dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Luisa Giua Marassi e Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per la Sardegna, l'odierna appellante esponeva che il Comune di -OMISSIS- aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati, servizi di igiene urbana e complementari, per la durata di sette anni e un valore stimato in euro 92.161.995,00.

1.1. Alla procedura selettiva, reindetta con determinazione dirigenziale 29 giugno 2020, n. 603, avevano partecipato la società -OMISSIS-s.p.a., gestore uscente, e la società -OMISSIS- s.r.l.

1.2. La prima, in virtù dei punteggi conseguiti, si era classificata prima e, conseguentemente, dopo l'espletamento del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante, con determinazione dirigenziale 22 gennaio 2021, n. 52, le aveva aggiudicato l'appalto.

1.3. Avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli atti presupposti, la società -OMISSIS- deduceva in primo grado 7 mezzi di gravame (da pag. 3 a

pag. 29).

1.4. La società -OMISSIS-a sua volta proponeva ricorso incidentale c.d. “escludente”.

1.5. All’esito della conoscenza dell’offerta tecnica della controinteressata, -OMISSIS- proponeva motivi aggiunti al ricorso principale, evidenziando ulteriori ragioni per le quali -OMISSIS-avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

1.6. Anche la controinteressata proponeva, a sua volta, motivi aggiunti al proprio ricorso incidentale.

1.7. Nella resistenza della società -OMISSIS-e del Comune di -OMISSIS-, il T.a.r., con la sentenza oggetto dell’odierna impugnativa, ha respinto sia il ricorso principale che i motivi aggiunti, dichiarato improcedibile quello incidentale (con i relativi motivi aggiunti) e condannato la ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

2. L’appello della società -OMISSIS- è affidato a tre mezzi di gravame (da pag. 20 a pag. 35) che possono essere così sintetizzati.

I. Dopo avere richiamato le disposizioni europee e l’esegesi giurisprudenziale in materia di rilevanza triennale degli illeciti professionali, l’appellante ha sottolineato le seguenti circostanze:

- è tuttora pendente innanzi alla Corte di Appello di Cagliari un giudizio instaurato nel 2018, avente ad oggetto l’impugnazione di una sentenza del Tribunale di Cagliari con la quale vi è stata la condanna a carico di esponenti di -OMISSIS-per l’infortunio sul lavoro di un dipendente addetto al lavaggio di automezzi (punto 11 dell’elenco recato dal doc. 7.1);

- rientrano nel triennio di riferimento la citazione a giudizio disposta nel 2019 per un infortunio presso l’isola comunale di -OMISSIS- (punto 15 dell’elenco recato dal doc. 7.1), il provvedimento del 2018 di sequestro della discarica presso il Comune di -OMISSIS-(punto 14 dell’elenco recato dal doc. 7.1), il rinvio a giudizio del 2018 riferito a presunti inadempimenti nell’esecuzione di pubbliche forniture (punto 10 dell’elenco recato dal doc. 7.1);

- ancora rilevante sarebbe la vicenda di -OMISSIS-, visto che si è chiusa con una sentenza che ha dichiarato la prescrizione del reato solo nel 2019;
- la dichiarazione della -OMISSIS-in ordine ad ulteriori vicende sarebbe inoltre confusa, e, comunque, la s.a. non avrebbe operato alcun approfondimento, come invece avrebbe dovuto.

I.1. L'appellante ha poi evidenziato che sul rilievo degli illeciti professionali (*in thesi*) commessi da -OMISSIS-vi sarebbero differenti e contrastanti orientamenti delle Sezioni di questo Consiglio di Stato - sia in ordine al *dies a quo* dal quale far decorrere il triennio di irrilevanza dell'illecito professionale, sia con riferimento all'onere istruttorio e motivazionale gravante sulle amministrazioni che siano chiamate ad effettuare una valutazione di affidabilità dell'operatore economico - tali da richiedere la rimessione all'Adunanza plenaria.

II. Parimenti non condivisibile sarebbe la motivazione del rigetto del quinto motivo di gravame. L'appellante, al riguardo, censura la statuizione del T.a.r. in ordine all'assenza di qualsivoglia onere dichiarativo riferito alle precedenti estromissioni da altre gare pubbliche disposte in danno della concorrente.

Anche in questo caso – secondo -OMISSIS- - vi sarebbe orientamenti difformi delle sezioni semplici di questo Consiglio, i quali richiederebbero l'intervento chiarificatore dell'Adunanza plenaria.

III. La società ha poi dichiarato espressamente di rinunciare alla riproposizione del settimo motivo del ricorso principale di primo grado, e ha riproposto invece (criticamente rispetto alla sentenza impugnata) il primo motivo aggiunto, incentrato sul fatto che alcuni esponenti di -OMISSIS-sono stati colpiti, successivamente alla stipulazione del contratto, da una misura cautelare penale recante l'interdizione dall'esercizio di attività di impresa per un anno, in relazione ai lavori di bonifica di una discarica a -OMISSIS-realizzati nel 2016.

Anche in questa vicenda l'appellante ravvisa una omissione dichiarativa perché ritiene che la società appellata avesse già contezza delle indagini in

corso delle quali avrebbe dovuto riferire in sede di gara.

In ogni caso la società aggiudicataria avrebbe dovuto aggiornare le proprie autocertificazioni.

4. Si sono costituiti, per resistere, il Comune di -OMISSIS- e la società -OMISSIS-.

5. Quest'ultima ha proposto altresì appello incidentale, deducendo in primo luogo che la sentenza in esame avrebbe erroneamente dichiarato improcedibile - senza esaminarlo - il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, che sono stati pertanto riproposti per devolverne l'esame in appello.

5.1. Anche l'appello incidentale di -OMISSIS- è incentrato sull'omesso rilievo da parte della s.a. di alcune vicende riguardanti -OMISSIS- (risoluzione dei contratti di appalto con il Comune di -OMISSIS- e con il Comune di -OMISSIS-).

5.2. I motivi aggiunti al ricorso incidentale di primo grado, riproposti in appello, riguardano invece rilievi critici in merito al contenuto dell'offerta dell'odierna appellante.

6. Si è costituito per resistere ad entrambi gli appelli, con dovizia di argomentazioni, il Comune di -OMISSIS-.

7. Le parti hanno depositato memorie conclusionali (in data 3 maggio 2022) e di replica (rispettivamente in data 6 e 7 maggio 2022).

7.1. La società -OMISSIS- ha evidenziato profili di inammissibilità dell'appello principale e ha formulato una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, con riferimento all'interpretazione offerta da -OMISSIS- dell'art. 80, comma 10 - *bis*, del codice dei contratti (a tale richiesta l'appellante principale, in sede di replica, ha espressamente aderito).

8. L'appello, infine, è passato in decisione alla pubblica udienza del 19 maggio 2022.

9. In via preliminare, va dato atto del fatto che non sono state impugnate da -OMISSIS- le statuizioni con cui il T.a.r. ha respinto il settimo motivo del

ricorso principale (che è stato anzi espressamente rinunciato) e il secondo motivo aggiunto.

9.1. Sempre in via preliminare, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla società contro interessata, secondo cui l'appellante non avrebbe specificamente impugnato il capo di sentenza che non ha condiviso *“l'assunto, leggibile nelle memorie difensive della ricorrente, secondo cui il mancato inserimento nell'art. 80, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50/2016, di un termine finale di rilevanza di tali vicende penali non sfociate in sentenza di condanna esprimerebbe la volontà del legislatore di conferire loro rilevanza ostativa anche se ultratriennali: una simile conclusione, infatti, oltre a porsi in frontale con il consolidato canone di immediata rilevanza delle direttive comunitarie self executing, condurrebbe al paradossale risultato di attribuire a vicende penali non definitivamente accertate in sede giurisdizionale una rilevanza temporale addirittura più “longeva” (sostanzialmente illimitata) rispetto a quella espressamente riconosciuta alle stesse fattispecie ove sfociate in una sentenza di accertamento delle relative responsabilità penali”*.

Deve infatti convenirsi con l'appellante che quello innanzi riportato non è un capo autonomo della sentenza, ma solo un passaggio argomentativo volto ad esplicitare ulteriormente le ragioni che hanno indotto il primo giudice a rigettare i motivi finalizzati, in varia guisa, a conseguire l'esclusione della società contro interessata.

Inoltre, è agevole rilevare che tutto l'impianto del gravame si fonda su una ricostruzione della normativa europea – quanto alla decorrenza del termine triennale di rilevanza dell'illecito professionale – opposta a quella predicata dal T.a.r.

Non vi era pertanto necessità di confutare specificamente il richiamato passaggio argomentativo.

10. Nel merito, l'appello principale è infondato e deve essere respinto.

11. Il primo ordine di rilievi svolto dalla società -OMISSIS- riguarda le argomentazioni con cui il primo giudice – esaminando congiuntamente i motivi dal primo al sesto del ricorso principale - ha ritenuto che le vicende penali indicate nel D.G.U.E. non siano rilevanti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, poiché si riferiscono a fatti risalenti a più di tre anni prima del 10 agosto 2020, termine ultimo fissato per la presentazione delle offerte nella gara in esame.

Al riguardo, il T.a.r. ha affermato di condividere *“l’orientamento giurisprudenziale espresso in numerose sentenze del Consiglio di Stato (si vedano, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4934; 26 agosto 2020, n. 5228; 22 luglio 2019, n. 5171, 6 maggio 2019, n. 2895; nonché, da ultimo, 7 settembre 2021, n. 6233), secondo cui:*

- *l’ordinamento nazionale presenta una lacuna relativa alla rilevanza temporale -quali possibili gravi illeciti professionali, ai sensi dell’art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici- delle imputazioni penali non confermate da sentenze di condanne passate in giudicato;*
- *difatti, mentre la rilevanza temporale delle sentenze irrevocabili di condanna è espressamente disciplinata dall’art. 80, comma 10, del Codice, così come quella dei provvedimenti di esclusione da pregresse procedure di gara è espressamente stabilita dal comma 10 bis del medesimo art. 80, nessuna disposizione nazionale circoscrive la rilevanza nel tempo di “fatti penali” che non abbiano conseguito un “sigillo” giurisdizionale definitivo;*
- *su tali ultime fattispecie, però, soccorre in via integrativa il disposto di cui all’art. 57, paragrafo 7, della direttiva 24/2014 UE, -la quale, pacificamente self executing, ben può essere applicata direttamente nell’ordinamento nazionale per colmare eventuali lacune- secondo cui l’effetto potenzialmente ostativo alla partecipazione non supera i tre anni dalla data del “fatto” nelle ipotesi di cui “al precedente paragrafo 4”, all’interno del quale trovano collocazione, esattamente alla lett. c), i “gravi illeciti professionali” suscettibili di mettere in dubbio l’integrità dell’operatore economico, tra*

questi i fatti potenzialmente dotati di rilevanza penale non accertati in sede giurisdizionale;

- né può condividersi l'assunto, leggibile nelle memorie difensive della ricorrente, secondo cui il mancato inserimento nell'art. 80, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50/2016, di un termine finale di rilevanza di tali vicende penali non sfociate in sentenza di condanna esprimerebbe la volontà del legislatore di conferire loro rilevanza ostativa anche se ultratriennali: una simile conclusione, infatti, oltre a porsi in frontale con il consolidato canone di immediata rilevanza delle direttive comunitarie self executing, condurrebbe al paradossale risultato di attribuire a vicende penali non definitivamente accertate in sede giurisdizionale una rilevanza temporale addirittura più "longeva" (sostanzialmente illimitata) rispetto a quella espressamente riconosciuta alle stesse fattispecie ove sfociate in una sentenza di accertamento delle relative responsabilità penali.

Su tali presupposti, dunque, sussistono precise ragioni ermeneutiche, di ordine sia letterale che sistematico, che portano a escludere qualunque possibile rilevanza, anche solo potenziale, delle imputazioni a suo tempo contestate, e non sfociate in sentenze di condanna, ai vertici aziendali di - OMISSIS-, con la conseguente infondatezza tanto delle censure relative alla mancata valutazione della rilevanza di tali vicende da parte della stazione appaltante quanto delle censure aventi a oggetto pretese omissioni dichiarative commesse dalla controinteressata in sede di DGUE e di successive integrazioni istruttorie, per l'evidente ragione che alcune omissione dichiarativa può logicamente configurarsi in relazione a circostanze neppure potenzialmente rilevanti ai fini della partecipazione alla gara (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 dicembre 2020, n. 8563)".

11.1. Ciò posto, avuto riguardo alla motivazione del provvedimento di ammissione alla gara della società contro interessata, il Collegio reputa che, a prescindere dalla fondatezza delle critiche svolte alle argomentazioni spese dal T.a.r., le doglianze articolate dalla ricorrente in primo grado siano infondate.

11.2. In linea generale va ricordato che:

- ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, l'esclusione per motivi di onorabilità e affidabilità è rimessa all'ampia valutazione discrezionale della stazione appaltante così come è discrezionale la valutazione di cui alle successive lettere c- *bis*, c-*ter* e c-*quater*; in tal senso, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha ribadito che relativamente al giudizio svolto dalla stazione appaltante operano *“i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente" [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione”* (decisione n. 16 del 20 agosto 2020, par. 15);
- la stazione appaltante che procede all'ammissione alla gara di un'impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente o *per facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; *id.* 9 settembre 2019, n. 6112);
- la motivazione può essere ricavata *per relationem* dall'adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui, nel rendere le rispettive

controdeduzioni, le società partecipanti alla gara hanno contestualmente indicato le ragioni idonee ad escludere l'incidenza delle vicende ivi indicate sulla propria integrità e affidabilità professionale (Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7501).

- è invece il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di "gravità" tali da minare la affidabilità del concorrente, a necessitare di una espressa e puntuale motivazione; la stazione appaltante deve quindi motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850; id., VI, 18 maggio 2016, n. 3198);

- solo una pregressa vicenda professionale che appaia, *ictu oculi*, di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura (Cons. Stato, sez. V, n. 1500 del 2021, cit.).

11.3. Nel caso di specie, emerge dagli atti che la stazione appaltante ha svolto una approfondita istruttoria in merito alla moralità professionale di entrambe le società poiché le stesse avevano sollecitato in corso di gara la reciproca esclusione in forza di pregresse vicende giudiziarie ovvero di omissioni dichiarative.

All'esito di tale subprocedimento, il Comune ha deciso di ammettere alle successive fasi della gara entrambe le società, sulla base di un provvedimento plurimotivato in cui ha dato conto di tutte le contestazioni mosse alle concorrenti da parte della rispettiva avversaria e delle ragioni del loro superamento (determinazione dirigenziale n. 1028 del 21 ottobre 2020, in atti).

11.4. Per quanto riguarda la società -OMISSIS-, il Comune ha esaminato nel merito tutte le vicende dichiarate (e quindi non soltanto quelle rientranti nel

triennio di rilevanza), ritenendo non sussistenti elementi critici ai fini del giudizio di affidabilità in quanto:

“- *Non risultano sentenze di condanna né provvedimenti che abbiano rilievo relativamente alla gara in esame;*

- *I procedimenti penali contestati non sono risultati ostativi ai fini dell'iscrizione della -OMISSIS-nella White list degli operatori non soggetti a tentativi di infiltrazione malavitosa [...]*”.

11.5. Deve altresì convenirsi con il Comune che, in ogni caso, il decorso del tempo costituisce naturalmente un elemento di valutazione, non solo e non tanto alla luce del termine ostativo di cui all'art. 80, comma 10 – *bis* d.lgs. 50/2016 (quale che sia la corretta interpretazione delle disposizioni interne ed europee in ordine alla decorrenza della rilevanza triennale delle “mende” morali) ma, in primo luogo, alla luce del principio di proporzionalità.

Va sottolineato, inoltre, che tutte le vicende enfatizzate, sia in primo grado che in appello, dalla -OMISSIS- avevano comunque formato oggetto di una apposita dichiarazione resa da -OMISSIS-, nella quale la società controinteressata aveva anche indicato perché, a suo dire, tali vicende pendenti non fossero rilevanti ai fini del giudizio di moralità professionale.

Ulteriori chiarimenti sono stati poi offerti dalla società in seno al subprocedimento sfociato nella citata d.d. n. 1028 del 2020.

Pertanto, la motivazione dell'ammissione di -OMISSIS- si ricava pianamente, *per relationem*, anche dall'adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui, nel rendere tali dichiarazioni, la società appellata ha contestualmente indicato le ragioni che, a suo dire, escludevano l'incidenza delle vicende indicate sulla propria integrità e affidabilità professionale (sul punto, cfr., Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 7501 del 2021, cit.).

11.6. Del tutto irrilevante, infine, è la circostanza che in alcuni precedenti giurisprudenziali i medesimi fatti commessi dall'aggiudicataria sarebbero stati considerati come cause di esclusione dell'odierna appellata.

Al riguardo, la Sezione ha infatti già evidenziato (sentenza 31 dicembre 2020, n. 8563) che la stazione appaltante conserva un'autonoma sfera di discrezionalità nel valutare i fatti che possono minare l'affidabilità degli operatori economici partecipanti alla gara, senza che possa assumere rilievo determinante la circostanza che quei medesimi fatti siano stati considerati giusta causa di esclusione da parte di un'altra stazione appaltante.

In tal senso, la Sezione ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui *“se un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione”* (Corte di giustizia UE, Sez. IV, sentenza del 19 giugno 2019, in causa C-41/18).

11.7. Quanto testé evidenziato in ordine alle ragioni che hanno condotto la stazione appaltante ad ammettere la società controinteressata (e l'odierna ricorrente), al prosieguo della gara, rende irrilevanti sia la richiesta dell'appellante di rimessione all'Adunanza plenaria della questione relativa alla decorrenza del termine triennale di rilevanza degli illeciti professionali, sia la richiesta di rinvio pregiudiziale di -OMISSIS-in merito all'interpretazione dell'art. 5 punto 7 della direttiva 24/2014 UE (sulla irrilevanza della questione interpretativa quale causa di deroga all'obbligo del giudice nazionale supremo di disporre il rinvio *ex art. 267 TFUE* cfr. Corte di giustizia UE, grande sezione, 6 ottobre 2021, C-561/19; per applicazioni successive, Cons. Stato, sez. IV, sentenza 2446 del 2022; C.g.a n. 972 del 2021).

18. In concreto, per ragioni di completezza, il Collegio osserva che – pur facendo applicazione dell'orientamento, sino ad oggi seguito dalla Sezione, che attribuisce rilievo ai fini della decorrenza del termine triennale non già alla data del “fatto storico” quanto a quella della qualificazione giuridica del fatto – la maggior parte delle fattispecie richiamate in appello dalla -OMISSIS-rimarrebbe, comunque, irrilevante.

18.1. Nella vicenda di Cagliari occorre considerare che la sentenza di condanna n. 147 del 16 maggio 2017 risale a tre anni prima del 10 agosto 2020, termine ultimo fissato per la presentazione delle offerte nella gara di cui trattasi.

18.2. Quanto alla vicenda di -OMISSIS- non vi è contestazione sul fatto che il presunto danneggiato, in data 28 agosto 2020, abbia rimesso la querela.

Pertanto, non vi è stato alcun accertamento in ordine all'ipotizzato reato.

18.3. Le deduzioni svolte in appello in ordine alla vicenda di -OMISSIS-sono inammissibili (come eccepito sia da -OMISSIS-che dal Comune) per violazione del divieto di *ius novorum*, in appello.

Nel ricorso di primo grado, infatti, nessun riferimento è stato fatto a tale procedimento, sebbene indicato nella dichiarazione della -OMISSIS-(punto 14 del D.G.U.E.).

18.4. Anche i procedimenti richiamati nel ricorso di primo grado, sono, ormai, non più rilevanti.

18.4.1. Il procedimento penale incardinato dinanzi al Tribunale di Latina, si è concluso con una pronuncia di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione.

Relativamente alla stessa vicenda, la Sezione ha peraltro già chiarito che *“l'accertamento operato con i richiamati provvedimenti cautelari del 2013, disposti nell'ambito del procedimento penale incardinato dinanzi al Tribunale di Latina, costituisce termine iniziale per il decorso del citato triennio di rilevanza giuridica dei fatti penalmente rilevanti”* (sentenza n. 8563 del 2020, cit.).

Poiché il termine ultimo per la presentazione delle offerte nella gara in esame, risultava fissato nel giorno 10 agosto 2020, il triennio è, ormai, ampiamente trascorso.

18.4.2. In merito al procedimento pendente dinanzi al Tribunale di Avellino, non è ancora intervenuta una sentenza di condanna definitiva.

Inoltre, non solo l'“accertamento” del fatto risale al 14 gennaio 2015, data del rinvio a giudizio degli esponenti aziendali di -OMISSIS- ma, come sottolineato dal Comune, la vicenda non è stata ritenuta ostativa ai fini dell'iscrizione della società nella “White list” degli operatori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa.

18.4.3. Per quanto riguarda, infine, la vicenda di Salerno, si è già sottolineata la circostanza che la società appellata ha prodotto in sede di gara ampie ed articolate dichiarazioni (cfr. il punto 10 del D.G.U.E.), considerate evidentemente esaustive dalla stazione appaltante, la quale non ha rilevato alcuna situazione idonea a porre in dubbio l'affidabilità del concorrente.

19. Anche la reiezione del quinto motivo di ricorso articolato in primo grado, relativo alla mancata comunicazione di precedenti esclusioni per omissioni dichiarative, è corretta.

19.1. Con tale motivo -OMISSIS- ha contestato il fatto che in sede di gara -OMISSIS- non abbia dato conto dell'intervenuto annullamento della propria ammissione a tre precedenti gare per gravi illeciti professionali.

Nello specifico:

- con sentenza del T.a.r. Piemonte, Sez. I, -OMISSIS- (confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, -OMISSIS-) è stata annullata l'aggiudicazione già disposta in favore di -OMISSIS- da parte del -OMISSIS- per avere l'aggiudicataria commesso delle gravi omissioni dichiarative;
- con sentenza del Tar Lazio, Sez. II *quater*, -OMISSIS-, è stata annullata l'ammissione di -OMISSIS- alla gara indetta dal Comune di -OMISSIS- per gravi omissioni dichiarative;
- con provvedimento del Comune di -OMISSIS-, comunicato con nota del 29 gennaio 2020, è stata disposta l'esclusione della società dalla gara d'appalto per la raccolta dei rifiuti urbani indetta in data 5 ottobre 2018.

19.2. In primo luogo, si osserva che non è contestata la circostanza che i fatti cui si riferiscono le predette esclusioni, nella gara in esame siano stati integralmente dichiarati.

Tale circostanza priva di rilevanza i più recenti arresti giurisprudenziali citati dalla società appellante, adottati quali sintomatici di un contrasto giurisprudenziale in materia.

In tali pronunce è stata infatti sottolineato che l'obbligo di dichiarare una precedente esclusione *“è formula sintetica per dire che il concorrente è tenuto a dichiarare quella pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale come operatore chiamato all'esecuzione di un contratto d'appalto (che abbia condotto la stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione”* (Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2021, n. 6407), ovvero che l'esclusione può essere comminata quando *“per effetto del silenzio serbato dall'offerente sulle pregresse esclusioni, la stazione appaltante non sia stata messa nelle condizioni di aver conoscenza di uno o più precedenti significativi in grado di orientarne il giudizio”*(Cons. St., Sez. III, 24 dicembre 2021, n. 8596).

Nel caso in esame, al contrario, non solo le vicende oggetto delle precedenti esclusioni sono state dichiarate da -OMISSIS- ma il Comune ha comunque chiesto ulteriori chiarimenti, i quali sono stati debitamente forniti dall'impresa (cfr. i documenti n. 22 e n. 23, depositati in primo grado del Comune).

L'Amministrazione ha quindi legittimamente ritenuto tali episodi, relativi ad altre gare, non ostativi all'ammissione di -OMISSIS-, in linea con l'orientamento richiamato dal T.a.r., secondo cui *“il partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata (in termini, Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 21*

novembre 2018, n. 6576; V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 26 luglio 2018, n. 4594)” (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 1000).

Il rilievo meramente interno alla singola procedura di gara della tipologia di esclusione in esame, trova poi conferma anche nella giurisprudenza più recente, la quale ha sottolineato che il legislatore ha chiaramente definito le condotte che danno luogo ad una esclusione automatica prolungata nel tempo da ogni procedura di gara, “così mostrando il chiaro intento di specificare i casi che per il loro disvalore possono giustificare il propagarsi degli effetti espulsivi in via automatica. Si tratta dei casi per i quali è prevista l’iscrizione nel casellario informatico tenuto dall’A.n.a.c. (art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) vale a dire la presentazione in gara di false dichiarazioni o di falsa documentazione e a condizione che l’A.n.a.c. ravvisi che esse siano state rese con dolo o colpa grave “in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione” (così il comma 12 del citato art. 80); questi episodi comportano l’esclusione da ogni procedura di gara per il tempo in cui perdura l’iscrizione nel casellario giudiziario (cfr. art. 80, comma 5, lett. f-ter e g).

Sarebbe, allora, poco ragionevole che il legislatore, da un lato, abbia previsto in dettaglio quelle vicende tra le varie previste dal comma 5 dell’art. 80 cit. che danno luogo a prolungata esclusione da ogni procedura di gara e, dall’altro, al comma 10 – bis abbia poi introdotto una generalizzata estensione temporale dei provvedimenti di espulsione, valevole, cioè, quale che sia stata la causa di esclusione tra quelle previste dal comma 5 dell’art. 80 e per ogni altra procedura di gara.” (Cons. Stato, sez. V, n. 8406 del 16 dicembre 2021).

Vero è che “v’è un obbligo dichiarativo a carico dell’operatore economico che è comunque tenuto a dichiarare in altre procedure il precedente provvedimento espulsivo subito, con conseguente onere dell’altra stazione appaltante, nella procedura di gara da sé stessa indetta, di (ri)valutare

nuovamente l'episodio causa di esclusione e decidere autonomamente se ammettere il concorrente o (ri)affermare nuovamente la rilevanza espulsiva della condotta”.

Tuttavia non si può predicare alcun effetto espulsivo automatico dalla nuova procedura di gara cui l'impresa abbia richiesto di partecipare, sussistendo un principio generale per il quale *“ogni provvedimento di esclusione si genera e si consuma all'interno della procedura di gara per il quale è stato adottato dalla stazione appaltante [...] salvi gli obblighi dichiarativi in capo a ciascun operatore economico che dovrà informare la stazione appaltante delle precedenti esclusioni; in coerenza logica, la disposizione del comma 10 – bis si pone quale norma di chiusura di questo microsistema poiché delimita il periodo di rilevanza ai fini espulsivi di una pregressa vicenda professionale della quale sia stata informata la stazione appaltante (e correlativo il periodo al quale gli obblighi dichiarativo debbono aver riferimento)”* (così ancora la sentenza n. 8406/2021, cit.).

20. Il terzo mezzo dell'appello critica la reiezione da parte del T.a.r. del primo motivo aggiunto articolato in primo grado, relativo alla pretesa omissione dichiarativa in ordine ad una misura cautelare penale sopravvenuta rispetto alla stipulazione del contratto, recante l'interdizione di -OMISSIS- dall'esercizio dell'attività d'impresa per un anno, misura adottata nell'ambito di un'indagine penale svolta dalla Procura di Avellino per lavori di bonifica eseguiti nel 2016 in -OMISSIS-.

20.1 Il T.a.r. ha motivato il rigetto sulla base delle seguenti statuizioni:

- 1) la misura cautelare è ampiamente successiva allo svolgimento della gara e alla stessa stipulazione del contratto di appalto, sicché la stazione appaltante non poteva tenerne conto in sede di gara;
- 2) non vi è prova che la controinteressata, durante lo svolgimento della gara, fosse già a conoscenza del procedimento penale, i cui atti erano coperti dal segreto istruttorio;

3) i fatti, oggetto di tale procedimento, risalgono al 2016 e quindi si collocano oltre il triennio rilevante *ex art. 57* della direttiva 24/2014.

20.2. Il terzo mezzo dell'appello è anzitutto inammissibile nella parte in cui non ha impugnato il primo autonomo argomento utilizzato dal T.a.r. per respingere il primo motivo aggiunto.

20.2.1. Ad ogni buon conto, il motivo è infondato nel merito perché, come già rilevato dalla Sezione (sentenza n. 8563 del 2020), ai sensi dell'art. 80, comma 6, del d.lgs n. 50 del 2016, per le stazioni appaltanti è doverosa l'esclusione dell'operatore economico che risulti trovarsi in una delle situazioni che il medesimo art. 80, ai commi 1, 2, 4 e 5, contempla quali motivi di esclusione, *“in qualunque momento della procedura”*.

Nel caso in esame è tuttavia dirimente osservare che le misure cautelari che l'appellante invoca sono sopravvenute rispetto alla definizione del procedimento di gara.

Esse non hanno dunque potuto incidere sulla legittimità dell'atto di aggiudicazione poiché intervenute quando *“la procedura”* era conclusa e, quindi, oltre il limite temporale individuato dalla norma di cui all'art. 80 comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

20.2.2. Infine, nemmeno corrisponde al vero che la società appellata, in sede di gara, non abbia fatto alcun riferimento alla vicenda penale poi sfociata nell'adozione delle suddette misure.

Nel D.G.U.E. di -OMISSIS-, depositato dalla stessa appellante (doc. 7.1., primo grado), la vicenda di -OMISSIS-è infatti espressamente indicata al punto 14.

21. In definitiva, per quanto sopra argomentato, l'appello principale deve essere respinto.

22. Anche l'appello incidentale di -OMISSIS-deve essere respinto.

Va infatti confermato il capo della pronuncia di primo grado nel quale si è statuito di non esaminare il ricorso incidentale della società, per sopravvenute carenza di interesse.

22.1. Come già più volte rilevato dalla Sezione (cfr. le sentenze n. 8563 del 2020, cit., e n. 26 del 2022, alle quali si rinvia ai sensi degli articoli 3, comma 2 74, e 120, comma 10, c.p.a.), in applicazione del principio della ragione più liquida (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5) ben può il giudice decidere di esaminare il ricorso principale infondato e non esaminare il ricorso incidentale c.d. escludente.

Inoltre il ricorso incidentale:

- i) è ammissibile solo se effettivamente in grado, ove accolto, di neutralizzare l'avversa impugnazione;
- ii) è procedibile solo in caso di ritenuta fondatezza dell'impugnazione principale, posto che, in caso contrario, l'assetto degli interessi fissato in via amministrativa resterebbe comunque immutato.

A sostegno dell'impugnazione incidentale non vi è infatti una lesione attuale (che richiede l'esperimento di una impugnazione autonoma), ma una mera lesione virtuale conseguente all'ipotetico accoglimento dell'impugnazione principale.

Ove venga meno questo pericolo, la finalità difensiva cui è preordinato il ricorso incidentale è pienamente soddisfatta, sì che l'impugnazione incidentale perde *naturaliter* di interesse.

Ne consegue che la reiezione, per qualsivoglia ragione, del ricorso principale di primo grado rende, in ogni caso, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale e conseguentemente irrilevante la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia formulata da -OMISSIS-.

21. In definitiva, per quanto sopra argomentato, sia l'appello principale che quello incidentale debbono essere rigettati.

In ragione della reciproca soccombenza, sussistono evidenti ragioni per compensare le spese del presente grado di giudizio nei rapporti tra le due società.

Entrambe, invece, debbono essere condannate, in solido tra loro, a rifondere le spese al Comune di -OMISSIS-, nella misura che si liquida in dispositivo

sulla base dei criteri indicati dall'art. 26, comma 1, c.p.a., e dei parametri disciplinati dal Regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 1442 del 2022, così provvede:

- respinge l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale;
- compensa le spese del grado nei rapporti tra la società -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS-s.p.a.:
- condanna le società -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS-s.p.a., in solido tra loro, alla rifusione delle spese del grado in favore del Comune di -OMISSIS-, che liquida, complessivamente, in euro 20.000,00 (ventimila/00), oltre IVA, CPA e spese generali al 15%, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Claudio Tucciarelli, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Vito Poli

IL SEGRETARIO

