

La comunicazione di avvio del procedimento non si applica nei casi in cui si accerta l'assenza dei requisiti di partecipazione

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 10-4-2019

- La comunicazione di avvio del procedimento non si applica nei casi in cui si accerta l'assenza dei requisiti di partecipazione, anche se il concorrente omette di dichiarare condanne attinenti a reati diversi da quelli previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo 50/2016.

- Nelle gare di appalto il contraddittorio è ammesso solo nel caso in cui il concorrente si sia comportato, nei confronti della stazione appaltante, in modo leale e trasparente.

Guida alla lettura

La sentenza in esame affronta in modo dettagliato quattro interessanti tematiche in materia di:

- valenza generale del principio di esclusione dalla gara;
- casi in cui non viene esperita la comunicazione di avvio del procedimento;
- applicazione del principio del contraddittorio negli appalti
- rilevanza della condotta *contra legem* del concorrente.

In merito al primo punto, sulla valenza generale del principio di esclusione dalla gara, la pronuncia evidenzia che il suddetto criterio opera anche se il concorrente omette di dichiarare condanne attinenti a reati diversi previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo 50/2016. La suddetta portata generale del principio in questione si deduce da quanto specificamente affermato dallo stesso Collegio il quale sottolinea l'importanza dello stesso "(*ex multis*, Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 834; V, 29 aprile 2016, n. 1641; V, 27 luglio 2016, n. 3402; III, 28 settembre 2016, n. 4019; V, 2 dicembre 2015, n. 5451) secondo cui nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate all'affidamento di un appalto, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione), anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, può giustificare senz'altro l'esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità.

Non può infatti ammettersi che l'individuazione e la selezione delle condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale sia rimessa alla valutazione dello stesso concorrente/dichiarante, in tal modo impedendo alla stazione appaltante di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale dell'interessato.

Il principio in questione ha una valenza generale, trovando quindi applicazione anche nelle ipotesi in cui la lex specialis di gara non abbia espressamente previsto l'obbligo per i concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali eventualmente riportate (Cons. Stato, V, 10 agosto 2017, n. 3980).

In relazione alla seconda questione la sezione giustifica l'assenza di comunicazione di avvio del procedimento in base al fatto che l'interessato è bene a conoscenza della sussistenza, nei suoi confronti, di determinati elementi ostativi. Infatti sul punto la Sezione rileva che, proprio in relazione alla mancata comunicazione di avvio del procedimento di annullamento “*va confermato il principio, dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, secondo cui l'esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l'interessato è già necessariamente a conoscenza (ex multis, Cons. Stato, III, 13 aprile 2016, n. 1471; III, 8 giugno 2016, n. 2450; VI, 21 dicembre 2010, n. 9324).*”

Tale ultima questione è strettamente connessa con il terzo punto sopra riportato in merito al ricorso, da parte della stazione appaltante, all'utilizzo del contraddittorio con il concorrente; istituto dello stesso contraddittorio giustificato palesemente dal Collegio solo nei casi in cui il concorrente si sia comportato in modo necessariamente leale e trasparente con la predetta stazione appaltante.

Infatti sul punto la Sezione rileva che “*il contraddittorio previsto nel nuovo codice degli appalti, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, [...] riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, e ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale.*”

[...] Non è certo ammissibile consentire alle concorrenti di nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara, e poi, ove siano state scoperte, pretendere il rispetto del principio del contraddittorio da parte della stazione appaltante” (Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412; in termini anche Cons. Stato, III, 5 settembre 2017, n. 4192).

Infine, con riferimento al quarto punto sopra indicato, il Collegio evidenzia come la condotta *extra legem* tenuta dal concorrente possa attivare le funzioni difensive della medesima stazione appaltante. Tali attività si concretizzano nel compimento, da parte della suddetta stazione, di una tipica attività discrezionale tesa ad accertare la sussistenza dei prescritti requisiti richiesti per la partecipazione dello stesso concorrente alla gara. Ed infatti la Sezione rileva giustamente che “*deve confermarsi il principio per cui qualsiasi condotta contra legem,*

ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, III, 29 novembre 2018, n. 6787; V, 13 giugno 2018, n. 3628; V, 25 febbraio 2016, n. 761). In questi termini, sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti: costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (ex multis, Cons. Stato, V, 24 settembre 2018, n. 5500).

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6208 del 2018, proposto da Lucci Salvatore - Impresa di Costruzioni s.r.l., nonché da Cooperativa Archeologia soc. coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani ed Aldo Starace, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via S. Lorenzo in Lucina, 26;

contro

Ministero dell'economia e delle finanze e Ministero dei beni e delle attività culturali, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, nonché Soprintendenza archeologia belle arti e paesaggio per l'area metropolitana di Napoli, Museo archeologico nazionale di Napoli ed Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

nei confronti

R.C.R. Restauri s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio eletto presso lo studio legale

dell'avvocato Leopoldo Di Bonito in Roma, piazza dei Martiri di Belfiore, 2;

Ri.Ce. Costruzioni Generali s.r.l. ed Elettrobeton Sud s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI, Sezione I, n. 04677/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero dei beni e delle attività culturali, della Soprintendenza archeologia belle arti e paesaggio per l'area metropolitana di Napoli, del Museo archeologico nazionale di Napoli, dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, di Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. nonché di R.C.R. Restauri s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani e Papponetti, in dichiarata delega dell'avvocato D'Alterio, nonché l'avvocato dello Stato Rocchetta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GURI n. 92 dell'11 agosto 2017 e sulla GUUE n. 154 del 12 agosto 2017 Invitalia s.p.a., in qualità di centrale di committenza per conto del Museo archeologico nazionale di Napoli, indiceva una procedura aperta di gara ai sensi degli artt. 36 – commi 2, lett. d) e 9 – 60 e 145 e ss. del d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento dei lavori di “*Ristrutturazione del c.d. Braccio nuovo per destinazione a laboratori, Auditorium, biblioteca, servizi aggiuntivi e sezione didattica - Lotto funzionale di completamento*”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per un importo a base di gara pari ad euro 4.399.155,80.

Alla gara prendevano parte quattordici concorrenti, tra cui il costituendo Rti con capogruppo la mandataria Lucci Salvatore - Impresa di Costruzioni s.r.l. ed il costituendo Rti guidato da R.C.R. Restauri s.r.l.

All'esito delle operazioni di gara il Rti Lucci Salvatore si collocava primo in classifica, con

conseguente aggiudicazione della gara in suo favore.

Peraltro, con successivo provvedimento del 5 giugno 2018 (comunicato via pec il giorno successivo), Invitalia s.p.a. disponeva l'annullamento dell'aggiudicazione contestando l'omessa dichiarazione di una sentenza di condanna definitiva del 2016 riportata da una esponente della mandante Cooperativa Archeologia, già legale rappresentante della stessa ed attuale Presidente del Consiglio di sorveglianza, ritenuta rilevante ai fini dell'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) ed f-bis), del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle Linee-guida Anac n. 6 del 2016.

Si trattava, in particolare, di una sentenza di condanna definitiva riportata, nel 2016, da una esponente della Cooperativa Archeologia, già legale rappresentante della stessa ed attuale Presidente del Consiglio di sorveglianza, per il reato di omicidio colposo ex art. 589 Cod. pen., per aver concorso a cagionare nel 2008, in qualità di responsabile della società che, all'epoca, gestiva il Forte Belvedere a Firenze, il decesso di una persona precipitata da un bastione della fortezza in occasione di una manifestazione musicale, per aver gestito l'attività di intrattenimento nell'immobile in mancanza dei necessari requisiti di sicurezza, con illuminazione insufficiente, senza protezioni ai parapetti, con inadeguata segnalazione del pericolo e in mancanza di sistemi compensativi di sicurezza.

Conseguentemente veniva disposta l'aggiudicazione in favore della seconda classificata Italiana Costruzioni.

Avverso detti provvedimenti le società odierne appellanti proponevano ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, deducendo plurimi profili di illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere.

Costituitesi in giudizio, tanto le amministrazioni interessate quanto Italiana Costruzioni s.p.a. concludevano per l'infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione.

Con sentenza 13 luglio 2018, n. 4677, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto della rilevanza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'omessa dichiarazione in questione.

Avverso tale decisione le società Lucci Salvatore e Cooperativa Archeologia interponevano appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il primo motivo del ricorso di primo grado.*
- 2) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il secondo motivo del ricorso di primo grado.*
- 3) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo del ricorso di primo grado.*

4) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il quarto motivo del ricorso di primo grado.*

5) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il quinto motivo del ricorso di primo grado.*

6) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il sesto motivo del ricorso di primo grado.*

Si costituivano in giudizio sia la centrale di committenza Invitalia s.p.a. che le amministrazioni statali a vario titolo coinvolte nella vertenza, nonché la controinteressata Italiana Costruzioni s.p.a., eccependo l'infondatezza del gravame e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza 30 agosto 2018, n. 3896, la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l'istanza cautelare proposta dalle appellanti, stante la ravvisata carenza dei presupposti di legge.

Successivamente le parti ulteriormente ribadivano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza del 7 marzo 2019, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata per aver giustificato l'esclusione del Rti tra la società Lucci Salvatore s.r.l. e la Cooperativa Archeologia dalla gara in ragione della mancata comunicazione di una condanna definitiva riportata dall'allora suo legale rappresentante (attuale presidente del Consiglio di sorveglianza), essendo nel frattempo decorso il termine interdittivo di cui all'art. 80, comma 10, del d.lgs. 50 del 2016: in ragione del venir meno di tale preclusione, l'impresa non avrebbe avuto alcun obbligo di dichiarare tale precedente, né – di conseguenza – la dichiarazione resa avrebbe potuto considerarsi non veritiera.

Ad avviso delle appellanti, il ragionamento del primo giudice – limitatosi al dato meramente formale dell'omessa dichiarazione di una precedente condanna penale per ricavarne un automatismo escludente – sarebbe censurabile poiché in quanto comporterebbe una sostanziale abrogazione di tale norma, omettendo tra l'altro di chiarire le ragioni per cui un simile effetto – che non troverebbe alcun appiglio nella lettera e nella *ratio* dell'art. 80, comma 10 sopra citato – potrebbe prodursi pur in presenza di una previsione normativa che invece, a suo avviso, escluderebbe ogni obbligo dichiarativo.

Il motivo non è fondato.

Va preliminarmente ribadito che la previsione di cui all'art. 80, comma 10 richiamato dalle appellanti nulla ha a che vedere con l'obbligo dichiarativo la cui omissione può integrare la fattispecie escludente di cui al comma quinto, lett. c) della medesima disposizione.

L'art. 80, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamato dalle appellanti, prevede che *“Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna”*.

Si tratta dunque di una disposizione che attiene la specifica sanzione dell'incapacità legale a contrarre con la pubblica amministrazione, questione però del tutto estranea alla vertenza in esame.

Nel caso di specie, infatti, la stazione appaltante, all'esito dei propri riscontri istruttori, ha disposto l'esclusione del concorrente non perché legalmente incapace a contrarre, bensì perché ritenuto inaffidabile dalla stazione appaltante, in ragione della mancata dichiarazione di un significativo precedente penale in capo al un suo esponente di vertice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 80, comma 5 lettere c) e f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle Linee-guida Anac n. 6 del 2016.

La circostanza, del resto, era stata ben chiarita già nella sentenza appellata, nel precisare che *“il provvedimento espulsivo non si fonda sulla gravità in sé del reato o sulla presunta incapacità di contrattare, bensì sulla omessa dichiarazione del precedente penale che non ha consentito all'amministrazione di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale dell'impresa concorrente (art. 80, comma 5, lettere 'c' ed 'f-bis' del codice degli appalti);*

- come rilevato dal Consiglio di Stato (Sez. III, n. 4192/2017) l'obbligo di dichiarare tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'affidabilità o l'integrità del concorrente prescinde dalla condanna al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione;

- in altri termini, il concorrente aveva l'obbligo di dichiarare tale condanna a prescindere dall'esistenza e attuale vigenza di una eventuale incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, posto che la valutazione in ordine alla relativa incidenza sul giudizio di affidabilità compete unicamente alla stazione appaltante alla quale, pertanto, non possono essere sottaciute informazioni di rilievo”.

Diversamente da quanto dedotto dalle appellanti, né l'amministrazione, né il giudice di prime cure hanno applicato alcun automatismo espulsivo a fronte all'omessa menzione del precedente penale di cui trattasi – automatismo che invece opererebbe in presenza delle tassative ipotesi di reato di cui all'art. 80, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 – avendo semplicemente preso atto di come tale comportamento, una volta accertato, ben possa essere valutato dalla stazione appaltante ai fini del giudizio di affidabilità del concorrente, ai sensi del successivo comma 5, lett. c) del medesimo articolo di legge.

Deve infatti confermarsi il consolidato principio (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 834; V, 29 aprile 2016, n. 1641; V, 27 luglio 2016, n. 3402; III, 28 settembre 2016, n. 4019; V, 2 dicembre 2015, n. 5451) secondo cui nelle procedure ad evidenza pubblica preordinate

all'affidamento di un appalto, l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione), anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, può giustificare senz'altro l'esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità.

Non può infatti ammettersi che l'individuazione e la selezione delle condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale sia rimessa alla valutazione dello stesso concorrente/dichiarante, in tal modo impedendo alla stazione appaltante di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale dell'interessato.

Il principio in questione ha una valenza generale, trovando quindi applicazione anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara non abbia espressamente previsto l'obbligo per i concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali eventualmente riportate (Cons. Stato, V, 10 agosto 2017, n. 3980).

Né i fatti oggetto della condanna penale potevano dirsi palesemente inconferenti al giudizio di affidabilità dell'impresa, attenendo alla mancata adozione dei necessari requisiti di sicurezza (illuminazione insufficiente, mancanza di protezioni ai parapetti, inadeguata segnalazione del pericolo e mancanza di sistemi compensativi di sicurezza) nella gestione di un evento culturale.

Con il secondo motivo di appello (ripropositivo delle censure articolate con il secondo motivo di ricorso) viene invece censurato l'annullamento dell'aggiudicazione disposto nei confronti delle appellanti ed il conseguente affidamento in favore del Rti Italiana Costruzioni, deducendone l'illegittimità in ragione: (i) del rinvio *per relationem*, dagli stessi effettuato, ad un parere di precontenzioso Anac (n. 83/18/L) privo di efficacia vincolante nella procedura di che trattasi, come riconosciuto anche dal primo giudice; (ii) dell'omessa indicazione delle ragioni di interesse pubblico sottese al provvedimento di autotutela; (iii) della mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Neppure questo motivo è fondato.

Il richiamo *per relationem* operato dalla stazione appaltante alle argomentazioni del parere di precontenzioso Anac non presuppone infatti la vincolatività di quest'ultimo, bensì la condivisione delle stesse ai fini della motivazione del provvedimento.

In breve, tramite il richiamo del contenuto del parere Anac la stazione appaltante ha motivato *per relationem* (quanto ai profili giuridici) il proprio provvedimento, anche in considerazione del fatto che la vicenda ivi considerata era sostanzialmente identica a quella sottoposta al suo esame; tale rinvio, del resto, può ben essere riferito a quanto esposto in un provvedimento di altra amministrazione (Cons. Stato, IV, 29 marzo 2017, n. 1432).

Né un tale modo di procedere può considerarsi per altro verso scorretto, nel caso di specie, essendo evincibili dal complesso degli atti del procedimento le ragioni giuridiche che supportano la decisione.

Neppure è condivisibile la censura relativa alla mancata indicazione, nel provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, delle ragioni di interesse pubblico poste a suo fondamento, in palese violazione della regola di cui all'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990.

Invero, una volta che la stazione appaltante ha dato atto (sia pure *per relationem* alle argomentazioni esposte in altro provvedimento amministrativo, come si è detto) delle ragioni per cui l'omessa comunicazione dei precedenti penali integra un grave illecito professionale, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, nessuna ulteriore motivazione poteva essere richiesta a supporto del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, dovendosi ritenere sussistente *in re ipsa*, alla luce di tali presupposti, l'interesse pubblico (espressione, del resto, di un principio generale di ordine pubblico economico) a che il contraente dell'amministrazione sia un soggetto affidabile.

Per quanto infine concerne la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di annullamento, va confermato il principio, dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, secondo cui l'esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l'interessato è già necessariamente a conoscenza (*ex multis*, Cons. Stato, III, 13 aprile 2016, n. 1471; III, 8 giugno 2016, n. 2450; VI, 21 dicembre 2010, n. 9324).

Del resto, *“Il contraddittorio previsto nel nuovo codice degli appalti, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, [...] riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, e ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale.*

[...] Non è certo ammissibile consentire alle concorrenti di nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara, e poi, ove siano state scoperte, pretendere il rispetto del principio del contraddittorio da parte della stazione appaltante” (Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412; in termini anche Cons. Stato, III, 5 settembre 2017, n. 4192).

Con il terzo motivo di appello viene infine dedotta l'illegittimità derivata dell'impugnato provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, discendente da quella che affliggerebbe il parere Anac n. 83/18/L e le Linee-guida Anac n. 6 del 2016, cui il primo rinvia *per relationem*.

Le appellanti deducono, in particolare, che la sentenza di primo grado, nella parte in cui afferma l'esistenza di un onere dichiarativo onnicomprensivo, pone in capo all'operatore economico un adempimento particolarmente gravoso e privo di fondamento normativo, in palese violazione della previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò in quanto se si accedesse ad una così incerta nozione di illecito professionale, tale da ricomprendere ogni condotta ritenuta rivelatrice della scarsa affidabilità professionale dell'impresa, e quindi alla tesi per cui la violazione del correlato onere dichiarativo giustificerebbe *ex se* l'esclusione dalle gare, si perverrebbe ad una situazione di

inaccettabile incertezza ed imprevedibilità giuridica.

Del resto, anche alla luce dei principi eurounitari di parità di trattamento e trasparenza – rilevano le appellanti – un obbligo dichiarativo in relazione all'illecito professionale di cui al citato art. 80, comma 5, lett. c) potrebbe ritenersi sussistente solo a condizione che i documenti di gara traccino con esattezza il perimetro dell'onere dichiarativo.

Nel merito, le appellanti deducono che la condanna riportata dalla dall'esponente della Cooperativa Archeologia non potrebbe avere alcuna rilevanza ai fini della valutazione sulla integrità ed affidabilità di quest'ultima, *“giacché tale rilevanza deve oggi essere necessariamente valutata alla luce del citato art. 80, co. 10 che – come detto – elimina in radice ogni possibilità che la predetta condanna conduca ad escludere l'affidabilità del concorrente”*.

“L'art. 80, co. 5, lett. c) del nuovo Codice”, proseguono le appellanti, *“non è riproduttivo dell'art. 38, co. 1, lett. f) del Codice ora abrogato e, dunque, non consente alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo gli illeciti professionali suscettibili di rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente”*.

Al riguardo, difetterebbe l'elemento essenziale rilevante ai fini della riconducibilità dell'inadempimento accertato dalla sentenza nell'alveo delle *“significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione”*: il titolo giuridico in base al quale la Cooperativa Archeologia aveva la disponibilità del Forte Belvedere in Firenze non aveva infatti natura di appalto o concessione disciplinati dal *Codice dei contratti pubblici*, bensì di comodato d'uso gratuito di bene pubblico; né quella contestata in sede penale sarebbe stata una *“significativa carenza”* nell'esecuzione di un precedente contratto, che del resto neppure sarebbe stato risolto.

L'attività oggetto dell'appalto oggetto dell'appello, inoltre, si riferisce all'esecuzione di *“lavori di riconfigurazione delle scarpate e restauro”* di un'area archeologica, ossia di prestazioni che nessuna attinenza presenterebbero con l'attività in esecuzione della quale si era verificato il reato rilevato dalla stazione appaltante, consistente nella gestione di eventi culturali.

Il motivo non può essere accolto.

Va in primo luogo ribadito – come del resto ben chiarito nella sentenza appellata – che l'esclusione della concorrente dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, della condanna penale irrogata a carico dell'allora legale rappresentante della cooperativa, bensì nella mancata indicazione di detta condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente.

Anche alla luce dei rilievi che precedono, deve confermarsi il principio per cui qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti

sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (Cons. Stato, III, 29 novembre 2018, n. 6787; V, 13 giugno 2018, n. 3628; V, 25 febbraio 2016, n. 761). In questi termini, sussiste in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti: costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 settembre 2018, n. 5500).

Del resto si legge, nel precedente della Sezione relativo alla medesima vicenda oggetto della condanna di cui si tratta (Cons. Stato, V, n. 1141/2017 *"motivata dalla sentenza penale per avere riaperto al pubblico l'area del Forte Belvedere, da cui pochi mesi prima era precipitato mortalmente un altro ragazzo [...] senza che fossero state previamente adottate le necessarie misure di sicurezza del sito, come illuminazione idonea, avviso di pericolo, una ringhiera[...] E' ictu oculi evidente che è da considerarsi 'grave', sulla base della semplice lettura delle motivazioni della sentenza penale di condanna, l'errore professionale commesso dalla dott.ssa Bianchi [...] Né può ritenersi che assuma rilievo nella specie il tempo trascorso dalla commissione del fatto, atteso che i fatti risalgono soltanto al 2008 e, in rapporto alla gravità del fatto addebitato, l'intervallo di tempo non è significativo al punto di incidere in senso diminutivo sulla valutazione della gravità della condotta addebitata dal giudice penale"*).

Né potrebbe a priori escludersi che tale condanna – a suo tempo considerata rilevante ad integrare un'ipotesi di grave negligenza professionale ai sensi dell'allora vigente art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – rilevi anche ai fini della valutazione (che compete alla sola stazione appaltante) di cui all'art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, attesa l'atipicità delle fattispecie suscettibili di esservi ricondotte (Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299). Fattispecie quindi astrattamente riconducibili a qualsivoglia pregresso rapporto negoziale, ivi compreso quello avente ad oggetto una concessione di beni, quale quella assentita dal Comune di Firenze alla Cooperativa.

Con il quarto motivo di appello viene dedotta l'illegittimità della decisione impugnata nella parte in cui, recependo il parere di precontenzioso Anac n. 83/18/L, avrebbe illegittimamente ampliato l'ambito soggettivo di applicazione della causa ostativa dell'illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si legge in particolare, nel predetto parere di precontenzioso, che *"come precisato nelle Linee guida n. 6, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusioni quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o, nell'ipotesi di cause ostative riferibili (come nel caso di specie) a persone fisiche, ai soggetti individuati dall'art. 80, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016"* e tra questi rientrerebbero *"come chiarito nel Comunicato del Presidente dell'8 novembre 2017, i membri degli organi con poteri di direzione e vigilanza e quindi anche il Presidente del Consiglio di Sorveglianza"*.

Sul punto il primo giudice ha rilevato che l'esponente aziendale della Cooperativa Archeologia sarebbe un *"soggetto riconducibile alla società che, in qualità di membro di organi con funzioni di controllo, in base al disciplinare di gara, art. 20.1 - pag. 32, avrebbe dovuto rendere la dichiarazione sull'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del codice appalti"*; le

appellanti, per contro, eccepisce che l'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 delimita le l'ambito soggettivo di operatività delle cause di esclusione *obbligatoria* di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo, laddove analoga previsione non è ravvisabile con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del medesimo decreto che, di contro, fa espresso ed esclusivo riferimento "*all'operatore economico*" (senza dunque estenderla ai soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Per l'effetto, concludono le appellanti, l'interpretazione fornita dal citato parere Anac e recepita dalla stazione appaltante comporterebbe un'illegittima estensione dei motivi esclusione di cui all'art. 80 e del correlato obbligo dichiarativo, in aperta violazione del principio di tassatività il quale esige che le cause di esclusione siano interpretate in maniera rigorosa senza estensione analogica.

Il motivo non è fondato.

Va evidenziato, in primo luogo, che il disciplinare di gara (par. 3.1) chiedeva ai concorrenti, a pena di esclusione, di attestare, tra l'altro, l'insussistenza "*delle cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice dei contratti riferibili direttamente all'operatore economico [...] in quanto persona giuridica*", nonché l'insussistenza, "*nei confronti di alcuno dei soggetti di cui all'articolo 80, co. 3, del Codice dei Contratti, delle cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice dei Contratti*".

Quindi, all'art. 20.1, inoltre, stabiliva che "*Per quanto riguarda i requisiti di cui all'articolo 80, co. 5, del Codice dei Contratti, [...] l'operatore economico dovrà dichiarare tutte le notizie inserite nel casellario informativo gestito dall'ANAC astrattamente idonee a porre in dubbio la sua integrità o la sua affidabilità con riferimento sia all'operatore economico stesso in quanto persona giuridica che con riferimento a tutti i soggetti di cui all'articolo 80, co. 3, del Codice dei Contratti*".

Ciò premesso, non è corretta la pretesa delle appellanti di distinguere concettualmente l'impresa (in quanto tale, un'entità puramente giuridica) dai soggetti – di cui all'art. 80 comma 3 – per il tramite dei quali, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, la medesima impresa concretamente opera sul mercato.

La tesi delle appellanti, per contro, produrrebbe l'effetto aberrante di escludere la rilevanza di qualsiasi sentenza di condanna ai fini della valutazione di affidabilità sottesa al precetto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, dal momento che nel vigente sistema normativo la responsabilità penale riguarda direttamente le sole persone fisiche e non anche le imprese, ritenendo invece il Collegio di dover confermare il generale principio (*ex multis*, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6016) secondo cui tra le condanne rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del *Codice dei Contratti*, ai fini dell'esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle specificamente elencate ai commi 1 e 2 della norma, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del successivo comma 5, sull'affidabilità dell'impresa.

Condanne che, per le ragioni sopra ricordate, non potranno che essere riferite agli esponenti dell'impresa per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato o comunque tenuti, in ragione

dei propri poteri di controllo, ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti, tra i quali sicuramente rientrava la sig.ra Bianchi che – come correttamente nota il primo giudice – era “*soggetto riconducibile alla società che, in qualità di membro di organi con funzioni di controllo, in base al disciplinare di gara, art. 20.1 - pag. 32, avrebbe dovuto rendere la dichiarazione sull’assenza delle cause di esclusione di cui all’art. 80 del codice appalti*”.

Con il quinto motivo di appello – premessa l’asserita inesistenza, nella documentazione di gara, di un obbligo di dichiarare gli illeciti professionali in capo alle persone fisiche di cui all’art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 – si è invocato il soccorso istruttorio per supplire alle carenze riscontrate, nonostante il contrario avviso del primo giudice, secondo cui “*non è predicabile l’attivazione del potere di soccorso istruttorio, visto che il comportamento dell’impresa dichiarante va qualificato come omissivo e, quindi, insuscettibile di un’integrazione consentita solo nei confronti di una dichiarazione esistente, ma incompleta*”.

Neppure questo motivo è fondato.

Come già evidenziato in relazione al precedente motivo di appello, le dichiarazioni in questione erano state in realtà previste dal disciplinare di gara a pena di esclusione, potendo quindi trovare applicazione, nel caso di specie, i principi enunciati nella decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea n. 42 del 6 novembre 2014 (causa C-42/13), richiamata nelle motivazioni della sentenza appellata, per cui “*l’articolo 45 della direttiva 2004/18, letto in combinato disposto con l’articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l’obbligo, previsto dai documenti dell’appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all’amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona*”.

Infine, con il sesto motivo di appello viene censurata l’illegittimità degli atti gravati per violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis), del d.lgs. 50 del 2016, a mente del quale la stazione appaltante dispone l’esclusione “*dell’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*”, laddove l’assenza di un perimetro certo fornito dalla documentazione di gara in ordine alla definizione di “grave illecito professionale”, rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), del *Codice dei contratti* renderebbe incerto il contenuto della dichiarazione concernente la causa di esclusione in esame.

In breve, “*non essendo l’operatore economico consapevole di dover uniformare la sua attività dichiarativa a criteri non formalmente dettati dalla stazione appaltante con riferimento alla fase di partecipazione iniziale alla gara, non può logicamente riscontrarsi un rapporto di antinomia tra il contenuto rappresentativo della dichiarazione e la realtà rappresentata*”.

Anche questo motivo non è fondato, per le ragioni già evidenziate in ordine a quello precedente, essendo stato formalmente previsto dalla *lex specialis* di gara l'obbligo di effettuare le dichiarazioni omesse dalle appellanti.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l'appello va respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le appellanti, in solido tra loro, al pagamento in favore delle appellate Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. ed R.C.R. Restauri s.r.l., delle spese di lite dell'attuale grado di giudizio, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) complessivi ciascuna, oltre Iva e Cpa se dovute.

Analogamente liquida – in favore del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero dei beni e delle attività culturali, dell'Anac, della Soprintendenza archeologia belle arti e paesaggio per l'area metropolitana di Napoli nonché del Museo archeologico nazionale di Napoli – a titolo di rimborso delle spese legali del grado di giudizio, la somma complessiva di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre Iva e Cpa se dovute, da porsi solidalmente a carico delle appellanti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere