

## **La temporanea incapacità a contrarre con la Pubblica Amministrazione, in ossequio al divieto espresso dall'art. 80, comma 10-bis del D.Lgs. n. 50/2016 e gli effetti su future procedure di gara indette.**

*di Christian Longo*

*Data di pubblicazione: 18-2-2022*

*Ogni provvedimento di esclusione si genera e si consuma all'interno della procedura di gara per il quale è stato adottato dalla stazione appaltante (fermo le ipotesi speciali previste a determinate condizioni dal legislatore di cui si è detto), 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).*

### **Guida alla lettura:**

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m) del D.Lgs. n. 50/2016, l'operatore economico deve essere escluso dalla procedura da parte della Stazione Appaltante, qualora lo stesso si dovesse trovare, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, tale da comportare una situazione di controllo, o nel caso in cui la relazione dovesse comportare che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale.

La fattispecie posta all'esame della V sezione del Consiglio di Stato riguarda il provvedimento di esclusione adottato dal Ministero della Difesa – Marina Militare – Direzione intendenza di Brindisi, ove risulta l'accertamento effettuato dalla Stazione Appaltante circa il suindicato grave illecito professionale commesso dall'O.E.

In particolare, la Stazione Appaltante, oltre a disporre l'esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 10-bis del citato D.Lgs. n. 50/2016, ha anche dichiarato che la stessa duri automaticamente per tre anni, decorrenti dalla data di adozione dello stesso provvedimento di esclusione.

Il tema oggetto di studio poggia sulla necessità di rispondere ai seguenti quesiti: E' legittima una esclusione automatica per tre anni dell'O.E. per tutte le procedure di gara future? Inoltre, qualora si dovesse rispondere con esito positivo al primo quesito, la durata dell'esclusione per tre anni deve essere riferita solo all'Amministrazione della Difesa o anche ad altre Amministrazioni, diverse quindi rispetto al Ministero?

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce, Sezione Seconda, rispondendo a tali quesiti, ha riconosciuto che il divieto di partecipazione alle gare per un triennio, disposto dal Ministero nel provvedimento impugnato, senza ulteriori specificazioni, si prestava ad essere interpretato nel senso che alla società fosse preclusa la partecipazione alle gare bandite anche da amministrazioni diverse dall'amministrazione della difesa e che così intesa la deliberazione assunta si poneva in contrasto con il principio di proporzionalità; era inoltre considerata violativa delle prerogative proprie delle altre amministrazioni, che non potrebbero ritenersi vincolate da valutazioni espresse da un'amministrazione, potendo liberamente apprezzare la portata della precedente vicenda professionale in relazione alle gare dalle stesse bandite.

Pertanto, il Giudice di primo grado ha abbracciato una interpretazione restrittiva del divieto di partecipazione alle gare per un triennio – ritenendolo più riferito all'Amministrazione della difesa – attribuendo risalto quindi alla discrezionalità amministrativa in capo ad altre Amministrazioni nel valutare, per le proprie procedure di gara, il provvedimento di esclusione del Ministero della Difesa, utile per un proprio convincimento circa l'affidabilità (o meno) dell'O.E. interessato. Di conseguenza, il T.A.R. ha ritenuto la sanzione dell'esclusione triennale dalle procedure di gara riferita solo alle gare indette dalla medesima Stazione Appaltante.

Nel giudizio di secondo grado, l'appellante ha rilevato una contraddittorietà e un *error in iudicando*, poiché il Giudice di primo grado avrebbe dovuto disporre l'illegittimità di un qualsiasi tipo di esclusione automatica per tre anni dell'O.E. non solo per le procedure indette da altre S.A. ma anche dalla stessa S.A.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha richiamato la sentenza della stessa Sezione 29 ottobre 2020 n. 6635 laddove viene precisato che: *“Occorre, infatti, considerare che il comma 10 - bis dell'art. 80 è stato introdotto per dar risposta all'esigenza di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che col passar del tempo le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità del concorrente e possano ritenersi superate dalla regolare continuazione dell'attività di impresa”*, si è precisato che: *“simmetricamente a quanto previsto dal primo periodo del comma 10 - bis in relazione alle sentenze penali di condanna (per i casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10 dell'art. 80), qualsiasi altra situazione/provvedimento o vicenda - in definitiva qualsiasi "fatto" - che possa dar luogo ad un provvedimento di esclusione ai sensi del comma 5 dell'art. 80, conserva tale valenza per una durata non superiore al triennio. Così, a voler esemplificare, un provvedimento di risoluzione per inadempimento di precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576, maturata sulla disposizione dell'art. 80, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016, come modificata dal D.Lgs. n. 56 del 2017, oggi confluita nel suddetto art. 80, comma 10-bis; nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, V, 6 maggio 2019, n. 2895; 13 dicembre 2019, n. 8480; in relazione all'art. 57, 7, direttiva 2014/24/Ue, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 14 ottobre 2018, causa C-124/17, pur relativa al diverso illecito concernente le intese anticoncorrenziali). In definitiva, allora, laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai*

*"casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio (nei termini esposti anche Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937). La diversa tesi - che, come anticipato, porta ad assegnare al provvedimento di esclusione efficacia al di fuori della procedura cui si riferisce - non pare ragionevole poiché il provvedimento di esclusione, per sua stessa natura, si riferisce ad una singola e specifica procedura di gara e non può avere effetti oltre questa."*

Rispondendo ai due sopra richiamati quesiti, il Consiglio di Stato, preliminarmente, ricorda che *"la durata dell'esclusione dalla procedura di appalto o concessione"* deve necessariamente essere intesa come "incapacità a contrarre" per un triennio in dipendenza di un provvedimento adottato ai sensi del comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

Il Giudice ricorda che l'interesse pubblico sotteso alla scelta del Legislatore di prevedere tale norma risiede nell'esigenza di scongiurare il pericolo di stipulare un contratto di appalto con una impresa non affidabile o carente dei requisiti generali per partecipare alla gara. Tale argomentazione del Consiglio di Stato deve essere letta congiuntamente con un ulteriore e interessante aspetto esaminato dal Giudice. Infatti, la Sezione Quinta ha precisato che le cause di esclusione, di cui all'art. 80 del Codice, che producono quale effetto la esclusione automatica prolungata nel tempo è ben delineata nel comma 5 del citato art. 80 (iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per la presentazione in gara di false dichiarazioni o di false documentazioni rese con dolo o colpa grave: art. 80, comma 5, lett. f-ter e g del D.Lgs. n. 50/2016). Perciò, già il Legislatore ha chiaramente definito le condotte, intese quali cause di esclusione, che danno luogo ad una esclusione automatica prolungata nel tempo da una procedura di gara, ma – nello stesso tempo – non ha previsto che una amministrazione possa disporre una automatica esclusione dalle procedure di gara, con efficacia *erga omnes*, operando quindi nei confronti di qualsiasi S.A.

Pertanto, secondo il Collegio, dalle disposizioni del codice dei contratti pubblici e, segnatamente, dai vari commi dell'art. 80 si ricava il 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 (fermo le ipotesi speciali previste a determinate condizioni dal legislatore di cui si è detto), 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).

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1287 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Quinto e Pietro Quinto, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce, Sezione Seconda n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – sezione staccata di Lecce -OMISSIS- impugnava il provvedimento del Ministero della difesa – Marina Militare – Direzione intendenza Brindisi dell’-OMISSIS- che disponeva la sua esclusione dalla procedura di gara indetta per l’affidamento dei “*Servizi a quantità indeterminata congegnatoria ecc. a bordo UN.NN. della Marina Militare*”.

1.1. La società era esclusa per grave illecito professionale ai sensi dell’art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e per aver la stazione appaltante riscontrato l’esistenza di un unico centro decisionale con altre imprese concorrenti e, dunque, per la causa di esclusione prevista

dall'art. 80, comma 5, lett. m) d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel provvedimento di esclusione il Ministero precisava che ai sensi dell'art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, l'accertamento delle predette violazioni comportava l'esclusione dalle procedure di gara per tre anni, a decorrere dalla data di adozione del provvedimento ovvero, qualora lo stesso fosse stato contestato in giudizio, dalla data del passaggio in giudicato della sentenza.

1.2. Il ricorso era articolato in quattro motivi: i primi due erano diretti a censurare le ragioni di esclusione dalla procedura, con il terzo la ricorrente lamentava che la stazione appaltante, disponendo la sua esclusione dalle procedure di gara per un triennio, aveva esercitato un potere che non previsto dall'art. 80, comma 10 – *bis* d.lgs. n. 50 del 2016. Il quanto motivo era diretto a contestare la segnalazione all'A.n.a.c. dell'esclusione ai fini dell'inserimento nel casellario informatico.

1.3. Nella resistenza del Ministero della difesa, il giudice di primo grado, con la sentenza della seconda sezione, 11 novembre 2020, n. 1239, dichiarava infondati i primi due motivi di ricorso, inammissibile il quarto e accoglieva il terzo.

Il tribunale riconosceva che il divieto di partecipazione alle gare per un triennio disposto dal Ministero nel provvedimento impugnato *senza ulteriori specificazioni* si prestava ad essere interpretato nel senso che alla società fosse preclusa la partecipazione alle gare bandite *anche* da amministrazioni diverse dall'amministrazione della difesa e che così intesa la deliberazione assunta si poneva in contrasto con il principio di proporzionalità; era inoltre considerata violativa delle prerogative proprie delle altre amministrazioni, che non potrebbero ritenersi vincolate da valutazioni espresse da un'amministrazione, potendo liberamente apprezzare la portata della precedente vicenda professionale in relazione alle gare dalle stesse bandite.

Il tribunale, dunque, concludeva nel senso di un'interpretazione restrittiva del divieto di partecipazione alle gare per un triennio, dal quale, cioè, andavano escluse le gare bandite da altre amministrazioni, riconoscendo, in questi limiti, l'interesse attuale della ricorrente che non era attualmente al riparo da future interpretazioni del divieto che portino a estenderlo anche a gara bandite da amministrazioni diverse da quella deliberante.

2. Propone appello -OMISSIS- sulla base di un unico motivo con il quale lamenta "*Error in iudicando – travisamento dei fatti – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, co.10bis, del d.lgs. 50/2016 – contraddittorietà. Mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato*"; sostiene in primo luogo l'errata comprensione del motivo di ricorso proposto: nel motivo non s'era limitata a dire illegittima la sanzione dell'esclusione triennale dalle procedure di gara in relazione solo alle gare indette da altre amministrazioni, ma anche per le gare indette dalla medesima stazione appaltante; quel che, infatti, non poteva consentirsi era che l'amministrazione disponesse una automatica esclusione triennale dalle procedure di gara quale che fosse la stazione appaltante e, dunque, anche se si trattava della medesima stazione deliberante considerato che tale potere non era previsto dall'art. 80, comma 10-*bis* d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, se così inteso si poneva in contrasto con principi

eurounitari e costituzionali.

In ogni caso, continua l'appellante, l'interpretazione della disposizione normativa fornita dal giudice di primo grado sarebbe contrastante con quella che ne ha dato la giurisprudenza amministrativa (in particolare, è richiamata la sentenza di questa Sezione n. 6635 del 2020), quale disposizione rivolta a circoscrivere temporalmente la rilevanza ai fini dichiarativi, e quindi valutativi per le stazioni appaltanti, delle pregresse vicende professionali degli operatori economici.

2.1. Si è costituito in giudizio il Ministero della difesa che ha proposto appello incidentale; il Ministero, preliminarmente, sostiene l'inammissibilità dell'appello per assenza di soccombenza essendo stato accolto in pieno il motivo di ricorso proposto.

A suo parere il giudice di primo grado avrebbe correttamente inteso la richiesta formulate dalla ricorrente, che era quella di non essere esclusa dalle future procedure di gara indette da *altre amministrazioni*; richiesta coerente, del resto, con il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, che riferiva l'esclusione triennale alle sole procedure di gara indette dalla stessa amministrazione della difesa non a quelle avviate da altre amministrazioni.

Il Ministero contesta, poi, al giudice di primo grado di non aver dichiarato inammissibile il motivo di ricorso per carenza attuale di interesse a ricorrere considerato che l'interesse ad impugnare il provvedimento si sarebbe concretizzato solamente in caso di esclusione da una futura gara indetta da altra amministrazione.

Infine, con ampie argomentazioni contesta l'interpretazione dell'art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 accolta dal giudice di primo grado e rinvenibile nelle pronunce citate dalla ricorrente; sostiene, infatti, che il legislatore abbia previsto un'ipotesi di "temporanea incapacità a contrarre" con la pubblica amministrazione, derivante in maniera automatica dal provvedimento di esclusione adottato da una stazione appaltante, destinato ad avere, proprio perché incidente sulla capacità a contrarre, un'efficacia *erga omnes* e dunque ad operare nei confronti di qualunque stazione appaltante.

2.2. -OMISSIS- ha depositato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm. cui ha replicato il Ministero della difesa.

All'udienza del 18 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello della -OMISSIS- è fondato; l'appello incidentale del Ministero è infondato; la sentenza di primo grado va riformata nei termini di seguito esposti.

3.1. Preliminarmente vanno respinte le eccezioni di inammissibilità dell'appello proposte dal Ministero.

L'appellante ha interesse ad impugnare la sentenza; dalla lettura del (terzo) motivo di ricorso di primo grado emerge chiaramente come la società abbia sostenuto l'illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui aveva disposto la sua esclusione dalle gare per un

triennio quale che fosse l'effettiva portata, ossia tanto se si dovesse intendere in senso ampio, come impeditivo della partecipazione ad ogni futura procedura di gara indetta da una pubblica amministrazione, quanto in senso restrittivo, come riferito alla sola amministrazione della difesa.

Lo si evince dalla tipologia di vizio fatto valere, il difetto assoluto di attribuzione, per il quale il potere esercitato non è affatto previsto dalla norma invocata ed è confermato dal seguente passaggio del motivo di ricorso: *“Il provvedimento è abnorme, posto che la stazione appaltante difetta di un potere che possa estendere l'esclusione dalla gara di che trattasi alle future partecipazioni della ricorrente ad altre gara, anche a quelle indette da altre amministrazioni”*, dove il termine “anche” è usato in senso di congiunzione, a voler comprendere ogni futura procedura di gara, indetta dall'amministrazione della difesa come pure da ogni altra amministrazione.

Il giudice di primo grado non ha disposto l'annullamento *in parte qua* del provvedimento impugnato, ma ne ha precisato gli effetti, dicendo l'esclusione triennale valevole per le sole procedure di gara indette dalla stazione appaltante che abbia provveduto; per l'altro profilo, pertanto, la società è soccombente ed ha interesse alla proposizione dell'appello.

3.2. Allo stesso modo è infondata l'eccezione, già svolta in primo grado e qui riproposta, di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per carenza di interesse a ricorrere; con la disposta esclusione triennale da ogni procedura di gara s'è immediatamente prodotta una lesione nella sfera giuridica del ricorrente, che è privato da subito in via generale della capacità di contrattare con la pubblica amministrazione, con la conseguenza che gli è preclusa la stessa presentazione di domanda di partecipazione ad una successiva procedura di gara.

L'attualità della lesione comporta l'attualità dell'interesse a ricorrere, senza necessità di attendere un nuovo provvedimento espulsivo da altra procedura di gara alla quale abbia – indebitamente vista l'espulsione triennale – richiesto di partecipare.

3.3. Si può, pertanto, procedere all'esame del merito.

Si discute dell'esatta interpretazione dell'art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nella parte in cui al secondo capoverso prevede che *“Nei casi di cui al comma 5, la durata dell'esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza”*; con l'ulteriore precisazione, quanto a quest'ultimo caso che: *“Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”*.

3.3.1. Come rammentato dall'appellante la citata disposizione è stata interpretata dalla sentenza di questa Sezione 29 ottobre 2020, n. 6635 nei sensi che seguono.

Premesso che *“Occorre, infatti, considerare che il comma 10 - bis dell'art. 80 è stato introdotto*

per dar risposta all'esigenza di delimitare il periodo nel quale una pregressa vicenda professionale negativa possa comportare l'esclusione di un operatore economico dalle procedure di gara, nella consapevolezza che col passar del tempo le pregresse vicende professionali perdono il loro disvalore ai fini dell'apprezzamento dell'affidabilità del concorrente e possano ritenersi superate dalla regolare continuazione dell'attività di impresa", si è precisato che: "simmetricamente a quanto previsto dal primo periodo del comma 10 - bis in relazione alle sentenze penali di condanna (per i casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10 dell'art. 80), qualsiasi altra situazione/provvedimento o vicenda - in definitiva qualsiasi "fatto" - che possa dar luogo ad un provvedimento di esclusione ai sensi del comma 5 dell'art. 80, conserva tale valenza per una durata non superiore al triennio. Così, a voler esemplificare, un provvedimento di risoluzione per inadempimento di precedente contratto d'appalto può fondare una valutazione di inaffidabilità e non integrità dell'operatore per un periodo che non superi il triennio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576, maturata sulla disposizione dell'art. 80, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016, come modificata dal D.Lgs. n. 56 del 2017, oggi confluita nel suddetto art. 80, comma 10-bis; nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, V, 6 maggio 2019, n. 2895; 13 dicembre 2019, n. 8480; in relazione all'art. 57, 7, direttiva 2014/24/Ue, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 14 ottobre 2018, causa C-124/17, pur relativa al diverso illecito concernente le intese anticoncorrenziali). In definitiva, allora, laddove il legislatore utilizza l'espressione "durata dell'esclusione" e fa riferimento ai "casi di cui al comma 5", è come se dicesse "la durata del periodo in cui è possibile disporre l'esclusione in base al medesimo fatto rilevante ai sensi del comma 5", corrisponde al triennio (nei termini esposti anche Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937). La diversa tesi - che, come anticipato, porta ad assegnare al provvedimento di esclusione efficacia al di fuori della procedura cui si riferisce - non pare ragionevole poiché il provvedimento di esclusione, per sua stessa natura, si riferisce ad una singola e specifica procedura di gara e non può avere effetti oltre questa."

3.3.2. Il Ministero, nel suo appello incidentale, propone una diversa lettura della disposizione; a suo dire, l'art. 80, comma 10-bis d.lgs. n. 50 del 2016 prevedrebbe un caso di "temporanea incapacità a contrarre" con la pubblica amministrazione derivante in via automatica dal provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante e avente effetti *erga omnes*, cioè nei confronti di ogni altra stazione appaltante.

Il primo argomento a supporto di questa tesi consiste nella necessaria simmetria tra quanto previsto dal comma 10 e dal comma 10-bis dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016: in entrambi i commi è disciplinata "la durata dell'esclusione dalla procedura di appalto o concessione" in un caso derivante da una condanna penale e nell'altro da un provvedimento di esclusione, e siccome per il comma 10 non si dubita che con detta formula il legislatore abbia inteso determinare il periodo di "incapacità a contrarre" dell'operatore conseguente ad una condanna penale, allo stesso modo dovrebbe ritenersi che nel comma 10-bis il legislatore abbia definito il tempo durante il quale non è consentito all'operatore economico di contrarre con una pubblica amministrazione in dipendenza, in questo caso, di un provvedimento di esclusione adottato ai sensi del comma 5 dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

Il secondo argomento poggia sull'interesse pubblico che il legislatore ha voluto tutelare che è identificato nello scongiurare che sia stipulato un contratto di appalto con una impresa non affidabile ossia carente dei requisiti generali per partecipare alla gara, rispetto al quale,

peraltro, si dice irragionevole distinguere tra preclusione a contrarre che valga per le future procedure di gara indette dalla stazione appaltante che ha disposto l'esclusione e non per quelle avviate da altre pubbliche amministrazioni.

A conferma dell'estensione soggettiva dell'esclusione anche alle amministrazioni diverse da quella che ha pronunciato l'esclusione, il Ministero valorizza l'ultimo periodo del comma 10-*bis* prima riportato, assumendo che l'amministrazione chiamata a tener conto del presupposto dell'esclusione nel tempo in cui si svolga il giudizio in cui è contestato il provvedimento di esclusione non può che essere una amministrazione diversa poiché l'amministrazione che ha già escluso dovrà necessariamente tener conto del suo precedente operato, a pena di irragionevolezza dei suoi provvedimenti, ed a prescindere da una esplicita previsione legislativa (che, invece, trova giustificazione proprio per vincolare le altre amministrazioni).

Conclude, infine, che l'interpretazione fatta propria dalle precedenti pronunce contrasta con il dato letterale e sistematico e potrebbe ammettersi solo ove derivasse da una pronuncia "correttiva" della Corte costituzionale, che avrebbe potuto chiarire la giusta interpretazione del testo, vincolando in questo modo la libertà interpretativa dei giudici.

3.3.3. Le argomentazioni esposte dal Ministero non inducono a rimeditare il precedente orientamento (che ha trovato seguito in successive pronunce: Cons. Stato, sez. III, 1° giugno 2021, n. 4201; III, 7 dicembre 2020, n. 7730); prima di confrontarsi direttamente con queste, tuttavia, è opportuno dar conto di ulteriori ragioni a conferma dell'interpretazione già accolta dalla Sezione nel precedente citato n. 6635 del 2020.

In primo luogo, a voler seguire la tesi del Ministero il legislatore avrebbe previsto una misura sanzionatoria – tale è la temporanea incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione – dipendente da una determinazione discrezionale della pubblica amministrazione e, per questo motivo, contrastante con il principio di stretta legalità delle sanzioni amministrative, per il quale è la fonte primaria a dover definire con sufficiente precisione e determinatezza le condizioni e i presupposti per sanzionare la condotta del privato trasgressore, che si ricava dall'art. 23 Cost. (cfr. Corte cost. 18 gennaio 2021, n. 5) ovvero secondo altra impostazione dall'art. 25, comma 2, Cost. (cfr. Corte cost. 7 giugno 2018, n. 121, Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962 e Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2018, n. 5883).

Occorre rammentare, infatti, che tra le cause di esclusione dalle procedure di gara di cui all'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 sono previste diverse condotte (dell'operatore economico concorrente) che vanno discrezionalmente apprezzate dalla stazione appaltante per esprimere una valutazione di non idoneità a rendersi affidatario della commessa; si pensi, in particolare, alle cause di esclusione di cui alle lettere da c) a c – *quater*): in questo caso l'esclusione è conseguenza di una valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, consentita dal legislatore proprio in ragione del fatto che questa è chiamata a scegliere il proprio contraente.

Se, però, dalla prima esclusione conseguisse in via automatica la preclusione per l'operatore escluso a prendere parte ad altre procedure di gara, la definizione del comportamento

sanzionato sarebbe *in fatto* riconducibile direttamente alla valutazione discrezionale di un'amministrazione e solo *mediatamente* alla legge.

Tra due possibili interpretazioni del dato normativo, di cui l'una si pone in contrasto con disposizioni costituzionali e l'altro risulta rispetto ad essi conforme, è certamente da preferire quest'ultima e non la prima, secondo la teorica dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

3.3.4. In secondo luogo, la propagazione automatica per un triennio dell'esclusione da ogni procedura di gara si porrebbe in contraddizione con altre disposizioni del codice dei contratti pubblici che, a determinazione condizioni e in vario modo, considerano possibile il superamento delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad escludere l'operatore economico da una data procedura evidenziale e così consentirgli la partecipazione ad altre gare; si pensi, in particolare, alle misure di *self – cleaning*, vale a dire quei “*provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*” (così definiti nell'ultimo periodo dell'art. 80, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016), previsti in via generale quale causa esimente dell'esclusione ove reputati sufficienti dalla stazione appaltante dall'art. 80, comma 8, del codice (e per i quali la giurisprudenza amministrativa ha chiarito da tempo che sono destinati ad operare *de futuro*, vale a dire per le procedure di gara successive a quella in cui l'esclusione si è già determinata, cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6016)

Senza dire che ancor più evidente è il contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato per il quale ciascuna causa di esclusione si riferisce e si conchiude all'intero della procedura di gara in cui è maturata, pena il rischio di realizzare una indefinita protrazione di efficacia “a strascico” del primo provvedimento per cui l'esclusione da una gara genera l'esclusione dall'altra e così via in ribalzo continuo da una procedura all'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212; V, 27 settembre 2019, n. 6490, nonché, per una completa disamina di tutti i precedenti, Cons. Stato, sez. V. 17 marzo 2020, n. 1906).

3.3.5. Infine, va ricordato che il legislatore ha chiaramente definito le condotte che, già rientranti nel perimetro delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del codice, 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.

3.3.6. Il discorso va completato precisando che per gli altri casi, 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; in ogni caso, dunque, senza che si possa predicare alcun effetto espulsivo automatico dalla nuova procedura di gara cui abbia richiesto di partecipare (da Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6407; V, 8 aprile 2021, n. 2838).

3.4. Ritiene, pertanto, il Collegio che dalle disposizioni del codice dei contratti pubblici e, segnatamente, dai vari commi dell'art. 80 si ricava il 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 (fermo le ipotesi speciali previste a determinate condizioni dal legislatore di cui si è detto), 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).

3.5. Né invero pare sussistere quell'insuperabile contrasto con la lettera della norma paventato dal Ministero nel suo appello: la "durata dell'esclusione" di cui al secondo periodo del comma 10 – *bis* ben può intendersi come riferita alla durata in cui ha rilevanza in altre procedure di gara la causa di esclusione accertata da una stazione appaltante senza che si fuoriesca dal perimetro dei possibili significati semantici della locuzione utilizzata dal legislatore.

L'interpretazione accolta, d'altra parte, consente quella simmetria tra i due periodi del comma 10 – *bis* che il Ministero ha evidenziato, essendo in entrambi i casi definita la rilevanza temporale di una causa di esclusione: nel primo periodo, in forza di una sentenza penale di condanna, nel secondo per una dei presupposti che ha portato all'esclusione ai sensi del comma 5 dell'art. 80.

3.6. In conclusione, l'appello principale di -OMISSIS- va accolto e l'appello incidentale del Ministero va respinto; la sentenza di primo grado deve essere riformata con l'accoglimento del ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione e conseguente annullamento del provvedimento impugnato nella parte in cui ha disposto l'esclusione del concorrente da ogni futura procedura di gara, indetta dall'amministrazione della difesa come da ogni altra stazione appaltante.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale di -OMISSIS- e respinge l'appello incidentale del Ministero della difesa e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. staccata di Lecce, n. -OMISSIS- accoglie il ricorso di primo grado di -OMISSIS- nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Ministero della difesa al pagamento delle spese di lite del presente grado del giudizio, che liquida in € 3.000,00, oltre accessori e spese di legge, a favore di -OMISSIS-.

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