

Esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 28-1-2020

La previsione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale. In particolare, nell'ambito di applicazione della lett. c) rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 80.

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 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.

Con la pronuncia del 7 gennaio scorso la V Sezione del Consiglio di Stato si è soffermata sulle ipotesi di esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali.

Al riguardo la Corte ha primariamente ricordato che, per giurisprudenza consolidata, **la previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016 non ha carattere tassativo, ma meramente esemplificativo**: essa, in sostanza, non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, al contrario comprendendo ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2019, n. 1846; *Id.*, 2 marzo 2018, n. 1299; Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192).

I Giudici, inoltre, affermano che **rientrano nell'ambito di applicazione della citata lett. c) del comma 5 le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 80** (in termini Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649), laddove nel caso di specie i precedenti non dichiarati consistevano, tra l'altro, in una condanna per truffa e tre per violazione della normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Premesso quanto sopra, il Collegio rileva che va confermato l'orientamento - dal quale non vi è ragione di discostarsi nel caso di specie - per cui, **l'esclusione della concorrente dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c) cit., della condanna penale irrogata, 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.**

Va quindi conseguentemente **confermato il principio per cui qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea a incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili** (in termini Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787; Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2018, n. 3628; *Id.*, 25 febbraio 2016, n. 761).

Deve infatti riconoscersi, in capo alla stazione appaltante, un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti: per l'effetto, proprio al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5500).

In termini, sempre di recente, il Consiglio di Stato, con pronuncia del 5 marzo 2019, n. 6443, ha precisato che una **dichiarazione inaffidabile, in virtù del fatto che – al di là dell'elemento soggettivo sottostante – è falsa o incompleta, deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare**. Invero, *"l'omessa dichiarazione da parte del concorrente [...] ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità. La valutazione circa la sussistenza dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara è infatti interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, chiamata ad analizzare in concreto l'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico: a tal fine, la stessa deve essere posta nella condizione di conoscere tutti i comportamenti astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, che devono essere pertanto indicati in sede di dichiarazione"*.

La Sezione, inoltre, contrariamente a quanto dedotto dalle appellanti, sostiene che **nel caso di omessa dichiarazione è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante** (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787; *Id.*, 29 novembre 2018, n. 6787; Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; *Id.*, V, 25 febbraio 2016, n. 761; *Id.*, 28 settembre 2015, n. 4511).

LEGGI LA SENTENZA

REPUBBLICA ITALIANA

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 3726 del 2019, proposto da Costruzioni Procopio s.r.l. e Consorzio Stabile Coseam s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Crescenzo Santuori, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Santa Maria di Mezzogiorno, n. 17;

contro

Agenzia del demanio - Direzione regionale Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è elettivamente domiciliata;

nei confronti

Athantor Consorzio Stabile s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Francesco Zaccone, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

Giovanna Izzo Restauri s.a.s. di Massimiliano Sampaolesi & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 00656/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia del demanio - Direzione regionale Calabria e di Athantor Consorzio Stabile s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Santuori e Leonardo, nonché l'avvocato dello Stato De Gerardis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Calabria, la Costruzioni Procopio s.r.l. ed il Consorzio Stabile COSEAM Italia s.p.a. – rispettivamente mandataria e mandante di un costituendo raggruppamento di imprese risultato aggiudicatario della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo per la rifunzionalizzazione del complesso immobiliare denominato "Ex Ospedale Militare" in Catanzaro – impugnavano la determinazione di revoca dell'aggiudicazione ex art. 80 comma 5 d.lgs. n. 50 del 2016 per dichiarazioni non veritiere, nonché l'aggiudicazione successivamente disposta in favore del secondo classificato in graduatoria, Athanor Consorzio Stabile s.c.a.r.l.

Le ricorrenti contestavano diversi profili di violazione di legge e di eccesso di potere, assumendo in particolare il presunto difetto delle garanzie partecipative di legge, di motivazione e di istruttoria nella decisione di revoca, nonché l'omessa valutazione, in concreto, della rilevanza dei precedenti pregiudizi penali ai fini dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, essendo i provvedimenti giudiziali riconducibili esclusivamente alla pregressa attività imprenditoriale del legale rappresentante della società – ora dimessosi – comunque risalenti e non indicati nel casellario giudiziale poiché estinti e non rientranti tra le ipotesi di cui all'art. 80 comma 5 lett. a) e c).

Costituitesi in giudizio, l'Agenzia del demanio ed Athanor Consorzio Stabile s.c.a.r.l., chiedevano il rigetto del ricorso, siccome infondato.

Con sentenza 1° aprile 2019, n. 656, resa in forma semplificata, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto che se è vero siano risalenti le condotte criminose (anni 2001-2010), ciò non toglie che esse debbano comunque essere dichiarate, per poi essere valutate dall'amministrazione nella loro rilevanza, anche in ragione della loro risalezza temporale.

Avverso tale decisione le ricorrenti proponevano appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Errori in procedendo e in iudicando per: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, paragrafo 7, della Direttiva 2014/24/UE; violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 6 adottate con delibera n. 1293 del 16.11.2016; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della Legge n. 241/1990; omessa, contraddittoria motivazione; travisamento dei fatti; difetto di congrua istruttoria e valutazione degli elementi caratterizzanti il caso di specie; illogicità manifesta.*

2) *Errori in procedendo e in iudicando per: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016; omessa, contraddittoria motivazione; travisamento dei fatti; difetto di congrua istruttoria, valutazione e apprezzamento delle circostanze caratterizzanti la fattispecie concreta; illogicità manifesta.*

3) *Errori in procedendo e in iudicando per: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 del*

D.Lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 57, paragrafo 7, della Direttiva 2014/24/UE; violazione del principio di proporzionalità, violazione del principio di legittimo affidamento; eccesso di potere per le seguenti figure sintomatiche: difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto assoluto dei presupposti, manifesta e macroscopica illogicità, incongruità e irragionevolezza della valutazione compiuta, ingiustizia manifesta, sviamento di potere.

Costitutosi in giudizio, Athanor Consorzio Stabile s.c.a.r.l. concludeva per l'infondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

Con ordinanza 21 giugno 2019, n. 3182, la Sezione respingeva l'istanza cautelare formulata dalle imprese appellanti, per difetto di presupposti.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza del 14 novembre 2019, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di appello si eccepisce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, nel rigettare il primo motivo di ricorso, ha affermato che *"risulta infondato il motivo di difetto di motivazione essendo chiaramente esplicitati nel provvedimento le ragioni di fatto (omessa dichiarazione dei precedenti del legale rappresentante del consorzio) ed il disposto normativo (art. 80 co. 5 lett. F bis) fondanti l'esclusione"*.

Ad avviso delle appellanti, invece, il provvedimento impugnato sarebbe stato del tutto generico e carente nell'indicare le esatte ragioni dell'esclusione: invero, la Determina direttoriale prot. n. 18784 del 9 novembre 2018, con la quale era stata disposta la revoca dell'aggiudicazione definitiva, si limitava ad affermare che *"[...] dal casellario giudiziale sono emersi, sei provvedimenti giudiziali che sarebbero dovuti essere dichiarati in sede di presentazione dell'offerta, onde consentire alla stazione appaltante una completa valutazione sulla moralità professionale del concorrente"*, senza però indicare la natura e il contenuto dei citati *"sei provvedimenti giudiziali"* emersi dal casellario, né il destinatario degli stessi.

Né a giustificare tali carenze avrebbero potuto allegarsi esigenze di protezione di dati personali e sensibili (così come eccepito dall'amministrazione nel precedente grado di giudizio), atteso che le stesse ben avrebbero potuto essere soddisfatte adottando, come di consueto, l'oscuramento degli stessi mediante *"omissis"*.

Sotto altro profilo, l'esclusione della Costruzioni Procopio s.r.l. sarebbe frutto di un illegittimo automatismo valutativo, in virtù del quale l'asserita omessa dichiarazione di sussistenza delle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) e c) del d.lgs. n. 50 del 2016 integrerebbe *ipso facto* un'ipotesi di dichiarazione inveritiera sanzionabile ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del medesimo decreto.

L'amministrazione, invece, una volta presa conoscenza dei precedenti in questione, avrebbe dovuto valutarne l'effettiva rilevanza in ordine all'affidabilità, nel caso in esame, dell'operatore economico e comunque motivare puntualmente al riguardo (nel caso in cui si fosse in ipotesi determinata per l'esclusione dalla procedura); ciò anche in ossequio ai principi

evincibili dalle linee-guida ANAC n. 6, adottate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

Il motivo non è fondato.

Va innanzitutto ricordato che, secondo giurisprudenza consolidata, la previsione dell'art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale (*ex multis*, Cons. Stato, V, 20 marzo 2019, n. 1846; V, 2 marzo 2018 n. 1299; III, 5 settembre 2017, n. 4192).

In particolare, nell'ambito di applicazione della lett. c) rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1 dell'art. 80 (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 6443; V, 12 marzo 2019, n. 1649), laddove nel caso di specie i precedenti non dichiarati consistevano, tra l'altro, in una condanna per truffa e tre per violazione della normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Premesso quanto sopra, va confermato l'orientamento – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie, per cui (Cons. Stato, V, n. 1649 del 2019, cit.), 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, 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.

Va quindi confermato 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).

Deve infatti riconoscersi, in capo alla stazione appaltante, un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "*integrità o affidabilità*" dei concorrenti: per l'effetto, proprio al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, questi ultimi 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).

In termini, sempre di recente, Cons. St., V, n. 6443 del 2019 (cit.) ha precisato che una dichiarazione inaffidabile, in virtù del fatto che – al di là dell'elemento soggettivo sottostante – è falsa o incompleta, deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare. Invero, "*l'omessa dichiarazione da parte del concorrente [...] ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità. La valutazione circa la sussistenza dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara è infatti interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, chiamata*

ad analizzare in concreto l'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico: a tal fine, la stessa deve essere posta nella condizione di conoscere tutti i comportamenti astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, che devono essere pertanto indicati in sede di dichiarazione".

Contrariamente a quanto dedotto dalle appellanti, nel caso di omessa dichiarazione è legittimo il provvedimento di esclusione, non sussistendo in capo alla stazione appaltante l'ulteriore obbligo di vagliare la gravità del precedente di cui è stata omessa la dichiarazione, conseguendo il provvedimento espulsivo all'omissione della prescritta dichiarazione, che invece deve essere resa completa ai fini dell'attestazione del possesso dei requisiti di ordine generale e deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla gravità del reato e dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete esclusivamente alla stazione appaltante (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299; III, 13 giugno 2018, n. 3628; III, 29 novembre 2018, n. 6787; V, 25 febbraio 2016, n. 761; V, 28 settembre 2015, n. 4511; III, 29 novembre 2018, n. 6787).

Deve quindi concludersi, alla luce dei rilievi che precedono, che siano state adeguatamente indicate, nel provvedimento impugnato, le ragioni di fatto alla base dell'esclusione, consistenti nell'omessa dichiarazione dei precedenti penali di un legale rappresentante del Consorzio, nonché le ragioni di diritto di cui all'art. art. 80 comma 5 lett. f-bis) cit. poste a fondamento della determinazione avversata.

Risulta infatti dagli atti che, all'esito delle doverose verifiche ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, erano emersi sei provvedimenti definitivi di condanna non dichiarati da uno dei soggetti apicali di Coseam (mandante del raggruppamento ricorrente), che viceversa avrebbero dovuto senz'altro essere indicati per consentire alla stazione appaltante di svolgere una completa valutazione sull'affidabilità professionale del raggruppamento aggiudicatario.

Invero, nel provvedimento di esclusione è stata indicata la sussistenza di una dichiarazione non veritiera, laddove *"in sede di gara l'operatore economico ha dichiarato di non versare nelle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lettere a) e c)":* la fattispecie descritta nella prima si riferisce infatti alle violazioni debitamente accertate in materia di sicurezza sul lavoro (ipotesi rispetto ai quali rilevano evidentemente le condanne per violazione delle norme a tutela della sicurezza sul lavoro), mentre la seconda (*sub* lett. "c") attiene alla figura dell'illecito professionale, rispetto alla quale rileva, in primo luogo, proprio la condanna per truffa.

In termini più ampi, va inoltre ricordato che l'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 ha innovato la disciplina contenuta nel precedente *Codice dei contratti pubblici*, individuando una nozione di illecito professionale che *"abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente (Cons. St., V, 21.7.2015 n. 3595), ma anche in fase di gara"* (in termini, Cons. Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5704).

Nel caso di specie la mandante Coseam dichiarava consapevolmente di non versare in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. a) e c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

La stazione appaltante, una volta preso atto (nel contraddittorio con le parti) sia della mancata comunicazione di tali significativi precedenti, sia dell'assenza di una ragione giustificativa di ciò, data dall'eventuale formale estinzione degli effetti delle condanne a seguito di riabilitazione, correttamente faceva applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale è escluso dalla gara *“l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso [...] dichiarazioni non veritiere”*.

Con il secondo motivo di appello la sentenza di primo grado viene invece censurata per aver respinto la doglianza relativa alla dedotta inidoneità dei provvedimenti penali riscontrati nel casellario giudiziale a fondare un giudizio di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) e c), del d.lgs. n. 50 del 2016. Ad avviso delle appellanti, infatti, le cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 devono riferirsi necessariamente solo all'operatore economico e non anche agli organi dello stesso.

Nel caso di specie, però, i provvedimenti penali contestati dall'Agenzia del demanio e posti a fondamento del provvedimento di esclusione scaturivano tutti dalla pregressa attività professionale del soggetto apicale della Coseam in questione, di talché in alcun modo sarebbero stati riferibili a quest'ultimo e, quindi, mai avrebbero potuto fondare un giudizio negativo sulla sua affidabilità imprenditoriale (in particolare, si sarebbe trattato di fatti commessi nel periodo in cui lo stesso era amministratore unico di altra società).

Neppure questo motivo può essere accolto.

Va infatti confermato il principio espresso con il precedente di Cons. Stato, V, 12 marzo 2019, n. 1649, 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 [...] 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”*.

In questi termini, non rileva la circostanza che le condanne siano state irrogate ad un soggetto per fatti ed in epoche in cui lo stesso era soggetto apicale di altra società atteso che *“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 sovra 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”.

Deve quindi considerarsi l'intera esperienza professionale dei soggetti apicali mediante i quali la società opera, atteso che sono necessariamente questi a determinare il concreto comportamento dell'impresa sul mercato, pena l'elusione delle finalità di tutela pubblicistica perseguite dalla norma di legge. Invero, come correttamente evidenzia l'Agenzia del demanio, le dichiarazioni non veritiere in relazione ai precedenti penali riguardanti di un soggetto che ricopre la carica di Vicepresidente del Consiglio di amministrazione del Consorzio non possono non rilevare nella verifica dei requisiti di integrità e affidabilità dell'operatore economico partecipante alla gara.

Del resto, va ribadito – come chiarito nella sentenza appellata – che l'esclusione del 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 – delle condanne penali irrogate a carico di un soggetto venuto successivamente a ricoprire cariche apicali presso il Consorzio COSEAM, bensì nella mancata indicazione di dette condanne, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente (che, per tale, altrimenti non opera che tramite i suoi organi). D'altro canto, secondo giurisprudenza costante “*il concorrente non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante*” (ex multis, Cons. Stato, V, 5 settembre 2017, n. 4192; V, 11 aprile 2016, n. 1412).

Conferma di tale generale principio si evince nel più generale sistema tracciato dall'art. 80 del vigente *Codice dei contratti pubblici*, nel quale assumo rilievo anche le pregresse condanne riportate dai soggetti cessati dalla carica, tra i quali devono annoverarsi i vertici delle società dalle quali il concorrente ha acquisito complessi aziendali o rami d'azienda, sebbene gli stessi siano del tutto estranei alla *governance* societaria del concorrente medesimo.

Con il terzo motivo di appello, infine, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato il terzo vizio-motivo proposto dalla Costruzioni Procopio s.r.l. nel ricorso introduttivo, evidenziando:

- l'impossibilità di attribuire all'operatore economico il potere di “*valutare autonomamente la*

rilevanza dei procedimenti penali da comunicare alla stazione appaltante”;

- l'irrelevanza della “*risalenza temporale*” delle condotte criminose;

- l'infondatezza dei rilievi svolti dalle odierni appellanti in merito alla intervenuta “*estinzione dei reati per effetto del trascorrere del tempo*”, nonché alla insussistenza dell'elemento soggettivo in capo al dichiarante.

In specie, le appellanti deducono che nessuna “*cosciente o strumentale omissione*” dichiarativa sia stata consumata, avendo il soggetto apicale di cui trattasi “*rispettato non solo il preciso perimetro normativo delineato dal D.Lgs. n. 50/2016, quanto agito in coerenza con le risultanze del proprio casellario giudiziale, il quale risultava (e risulta ancora) «immacolato»*”.

In ogni caso, i provvedimenti penali contestati sarebbero comunque estinti, non risultando essere stata revocata la sospensione condizionale della pena a suo tempo concessa, né il beneficio della non menzione nel casellario giudiziale.

Anche questo motivo non è fondato.

Non può in primo luogo condividersi l'argomentazione secondo cui dall'(eventuale) assenza di coscienza e volontà da parte dell'interessato nell'omissione dichiarativa deriverebbe l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 cit.: in effetti, ai fini della sussistenza o meno della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016, rileva esclusivamente il fatto materiale ed oggettivo del falso, a prescindere dunque dall'*animus* soggettivo che l'ha ispirato.

Il legislatore, d'altro canto, ha attribuito rilevanza di dolo o colpa ai soli fini dell'ulteriore adozione, da parte dell'ANAC, di sanzioni di carattere interdittivo.

In materia, vale ricordare, non trovano applicazione gli istituti – di derivazione penalistica – del falso innocuo e del falso inutile (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 7 luglio 2016, n. 3014), la completezza delle dichiarazioni costituendo, in materia di pubblici appalti, un autonomo valore da perseguire, in quanto strumentale alla celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla procedura: in questi termini si spiega il concetto, già ribadito in precedenza, per cui una dichiarazione falsa o incompleta è di per sé inaffidabile al di là delle effettive intenzioni del suo autore.

Sotto altro profilo, non è persuasiva la tesi dell'appellante, secondo cui l'organo di vertice del Consorzio avrebbe a suo tempo legittimamente fatto affidamento sul contenuto del proprio casellario giudiziale, dal quale non risultava alcun precedente: invero, la presentazione del certificato del casellario giudiziale non assolve appieno all'obbligo dichiarativo del legale rappresentante, il quale ha l'obbligo di fornire alle stazioni appaltanti tutte le informazioni non rilevabili dal certificato giudiziario, a maggior ragione nel caso di specie, nel quale certo non poteva ignorare l'esistenza e la natura dei propri precedenti penali.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto.

La particolarità delle questioni controverse giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019