

Publicato il 11/05/2020

N. 04917/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 01559/2020 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1559 del 2020, proposto da -OMISSIS--OMISSIS--OMISSIS-S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Pierluigi da Palestrina n. 47 presso lo studio degli avv. ti Francesco Cardarelli e Diego Campugiani che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

*contro*

A.M.A. – AZIENDA MUNICIPALE AMBIENTE S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Zanardelli n. 24 presso lo studio degli avv.ti Daniele Cutolo ed Elena D’Andrea che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

*per l’annullamento*

dei seguenti atti:

- provvedimento prot. n. -OMISSIS-/-OMISSIS-del -OMISSIS-/-OMISSIS-/-OMISSIS-con cui la ricorrente è stata esclusa dalla gara, di cui è risultata aggiudicataria, per l'affidamento della “fornitura di pneumatici con riempimento antiforatura per mezzi d’opera operanti presso gli impianti di trattamento rifiuti aziendali, per un periodo di 24 mesi – Bando 23/2-OMISSIS-9” per non aver dichiarato nel DGUE la sentenza ivi indicata;
- verbali della commissione di gara relativi alle sedute nelle quali è stata disposta l’esclusione della ricorrente dalla gara;
- comunicazione prot. n. -OMISSIS-/2-OMISSIS-9U del 05/11/19 con la quale AMA s.p.a. ha chiesto delucidazioni in ordine alla sentenza non dichiarata;
- previsione di cui al paragrafo 7.1.3 del disciplinare di gara, ove interpretata nel senso di imporre ai concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali riportate concernenti qualsiasi reato e, quindi, anche le condanne che non afferiscono alla moralità professionale e sono antecedenti alla rilevanza temporale prevista dall’art. 57 paragrafo 7 della Direttiva 2-OMISSIS-4/24/UE e dall’art. 80 commi -OMISSIS- e -OMISSIS- bis d. lgs. n. 50/16 e dal paragrafo 5 delle Linee Guida n. 6 dell’ANAC;
- ogni atto connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ama s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile -OMISSIS-il dott.

Michelangelo Francavilla;

Considerato che l'udienza pubblica si è svolta, ai sensi dell'art. 84 comma 5 d. l. n. 18/2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13/03/-OMISSIS-del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato il -OMISSIS-/02/-OMISSIS-e depositato il 19/02/-OMISSIS--OMISSIS--OMISSIS--OMISSIS-s.r.l. (di seguito -OMISSIS-s.r.l.) ha impugnato il provvedimento prot. n. -OMISSIS-/-OMISSIS-del -OMISSIS-/-OMISSIS-/2020, con cui la ricorrente è stata esclusa dalla gara, di cui era risultata aggiudicataria, per l'affidamento della "fornitura di pneumatici con riempimento antiforatura per mezzi d'opera operanti presso gli impianti di trattamento rifiuti aziendali, per un periodo di 24 mesi – Bando 23/2-OMISSIS-9" per non aver dichiarato nel DGUE la sentenza ivi indicata, i verbali della commissione di gara relativi alle sedute nelle quali è stata disposta l'esclusione dalla gara, la comunicazione prot. n. -OMISSIS-/2-OMISSIS-9U del 05/11/19, con la quale AMA s.p.a. ha chiesto delucidazioni in ordine alla sentenza non dichiarata, la previsione di cui al paragrafo 7.1.3 del disciplinare di gara, ove interpretata nel senso di imporre ai concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali riportate concernenti qualsiasi reato e, quindi, anche le condanne che non afferiscono alla moralità professionale e sono antecedenti alla rilevanza temporale prevista dall'art. 57 paragrafo 7 della Direttiva 2-OMISSIS-4/24/UE e dall'art. 80 commi

-OMISSIS- e -OMISSIS- bis d. lgs. n. 50/16 e dal paragrafo 5 delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC.

L'Azienda Municipale Ambiente – A.M.A. s.p.a. (di seguito AMA s.p.a.), costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 27/02/2020, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 1349/-OMISSIS-del 03/03/-OMISSIS-il Tribunale ha preso atto della rinuncia di parte ricorrente alla domanda cautelare ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 28/04/2020.

Alla pubblica udienza del 28/04/-OMISSIS-il ricorso è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

In via pregiudiziale il Tribunale rileva che Ama s.p.a ha dedotto l'irricevibilità dei motivi di gravame con i quali la ricorrente contesta la legittimità della legge di gara in relazione all'obbligo di dichiarare anche sentenze che non ineriscono alla moralità professionale e sono datate nel tempo (pag. 3 della memoria depositata il 28/02/2020).

L'eccezione d'irricevibilità è infondata e deve essere respinta.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha, in più occasioni, evidenziato che l'impugnazione immediata del bando costituisce eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati solo unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato (tra le altre, Cons. Stato A.P. n. 4/18 punto 16.6 della motivazione).

In particolare, l'onere d'impugnazione immediata del bando sussiste nelle sole ipotesi di clausole “immediatamente escludenti” dovendosi ritenere tali le clausole impositive di requisiti soggettivi di

partecipazione (Cons. Stato A.P. n. 1/13 punto 5 della motivazione) ed, inoltre, (così Cons. Stato A.P. n. 4/18 punto 16.5 della motivazione) “le fattispecie di:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2-OMISSIS-2, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 20-OMISSIS-);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2-OMISSIS-1 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2-OMISSIS-5 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle

per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2-OMISSIS-1 n. 5421)".

L'art. 7.1.3 del disciplinare di gara, la cui legittimità è stata contestata da parte ricorrente, stabilisce che, "al fine di consentire alla Stazione Appaltante di valutare la rilevanza e l'incidenza dei reati sulla moralità professionale, ai sensi dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2-OMISSIS-6 e s.m.i., occorre dichiarare, pena l'esclusione, (se esistenti) tutte le condanne penali riportate riferite a qualsivoglia fattispecie di reato, allegando ogni documentazione utile, fatti salvi esclusivamente i casi di estinzione del reato dichiarata dal giudice dell'esecuzione, di riabilitazione pronunciata dal Tribunale di sorveglianza, di revoca della condanna nonché di depenalizzazione del reato, per i quali non sussiste l'obbligo dichiarativo. Devono essere indicate anche le eventuali condanne per le quali il soggetto abbia beneficiato della non menzione. Le eventuali condanne dovranno essere indicate in una dichiarazione, resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, firmata digitalmente ed inserita nella Busta Amministrativa".

La citata disposizione del disciplinare di gara non rientra in nessuna delle ipotesi per le quali la giurisprudenza prevede l'onere d'immediata impugnazione in quanto si limita a stabilire, a carico del concorrente, in maniera chiara e precisa, l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate ai fini della valutazione, da parte della stazione appaltante, del requisito della "moralità professionale"; pertanto, tale clausola avrebbe dovuto essere impugnata unitamente al

provvedimento applicativo della stessa, come è effettivamente avvenuto.

Solo per esigenza di completezza va evidenziato che la clausola in esame non è conforme alla disciplina di rango primario vigente, come si avrà modo di precisare in prosieguo; pertanto, la stessa risulta violativa del principio di tassatività delle cause di esclusione ed è radicalmente nulla, come previsto dall'art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16 e come prospettato dalla stessa parte ricorrente (pag. 7 dell'atto introduttivo), il che rende superflua l'impugnazione della clausola nei termini decadenziali dovendo la stessa essere oggetto di disapplicazione giudiziale.

Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La -OMISSIS-s.r.l. impugna il provvedimento prot. -OMISSIS-/-OMISSIS-del -OMISSIS-/-OMISSIS-/2020, con cui la ricorrente è stata esclusa dalla gara, di cui era risultata aggiudicataria, per l'affidamento della “fornitura di pneumatici con riempimento antiforatura per mezzi d’opera operanti presso gli impianti di trattamento rifiuti aziendali, per un periodo di 24 mesi – Bando 23/2-OMISSIS-9” per non aver dichiarato nel DGUE la sentenza ivi indicata, i verbali della commissione di gara relativi alle sedute nelle quali è stata disposta l’esclusione dalla gara, la comunicazione prot. n. -OMISSIS-/2-OMISSIS-9U del 05/11/19, con cui AMA s.p.a. ha chiesto delucidazioni in ordine alla sentenza non dichiarata, la previsione di cui al paragrafo 7.1.3 del disciplinare di gara, ove interpretata nel senso di imporre ai concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali riportate concernenti qualsiasi reato e, quindi, anche le condanne che non afferiscono alla moralità professionale e sono antecedenti alla rilevanza temporale prevista dall'art. 57 paragrafo 7

della Direttiva 2-OMISSIS-4/24/UE e dall'art. 80 commi -OMISSIS- e -OMISSIS- bis d. lgs. n. 50/16 e dal paragrafo 5 delle Linee Guida n. 6 dell'ANAC.

Con una serie di censure tra loro connesse la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 57 comma 7 della Direttiva n. 2-OMISSIS-4/24/UE, 97 Cost. ed 80 commi 5 e -OMISSIS- bis d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere per sviamento, insussistenza dei presupposti e disparità di trattamento in quanto:

- a differenza del previgente art. 38 d. lgs. n. 163/06, il quale sanciva l'obbligo di dichiarare tutte le condanne riportate, anche se non rientranti tra quelle determinanti l'esclusione, l'articolo 80 d. lgs. n. 50/16 non prevederebbe più tale obbligo per cui l'omessa dichiarazione non potrebbe mai integrare un illecito professionale. Per altro, la condanna riguarderebbe un reato risalente nel tempo e non riferibile alla moralità professionale;

- quand'anche fosse ravvisabile un tale onere dichiarativo, l'art. 57 comma 7 della Direttiva n. 2-OMISSIS-4/24/UE limiterebbe la rilevanza temporale dei fatti integranti l'illecito professionale come causa di esclusione ai tre anni successivi alla data di commissione del "fatto" che, nel caso della condanna per un reato diverso da quello di cui al paragrafo 1 dell'art. 57, coinciderebbe con la data del suo definitivo accertamento, ossia con quella di pubblicazione della sentenza. Tale impostazione, condivisa da una parte della giurisprudenza, sarebbe coerente con i principi di proporzionalità e tutela del legittimo affidamento. In questo senso dovrebbe essere interpretato anche il comma -OMISSIS- bis del d. lgs. n. 50/16, introdotto dal d. l. n. 32/19 ed applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, che riguarderebbe tutte le ipotesi di esclusione



di cui all'art. 80 comma 5 d. lgs. n. 50/16 e non solo quelle conseguenti a provvedimenti amministrativi. In caso contrario, sarebbe ravvisabile una violazione dell'art. 57 della Direttiva n. 2-OMISSIS-4/24/UE ed un'ingiustificata disparità di trattamento tra condannati per reati di cui all'art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/16, notoriamente più gravi, per i quali la condanna perderebbe rilevanza dopo un periodo massimo di sette anni, ed i condannati per reati rilevanti ai sensi del comma 5 dell'art. 80, la cui condanna sarebbe ostativa senza alcun limite di tempo.

I motivi sono fondati secondo quanto in prosieguo specificato.

Con il gravato provvedimento del -OMISSIS-/-OMISSIS-/-OMISSIS-la stazione appaltante ha escluso la ricorrente dalla gara perché quest'ultima non ha dichiarato nel Documento di Gara Unico Europeo (di seguito DGUE) la condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p. emessa dal Tribunale di Frosinone – sezione distaccata di Anagni l'08/02/07 per violazioni edilizie commesse il 29/09/04 dall'amministratore p.t. della società e divenuta irrevocabile il 07/03/07; a tal fine, Ama s.p.a. ha richiamato la disposizione di cui all'art. 7.1.3 del disciplinare di gara il cui contenuto è stato in precedenza riportato.

Nella fattispecie, pertanto, l'omessa dichiarazione è contestata dalla stazione appaltante in riferimento a condanne non aventi efficacia automaticamente escludente, ai sensi dell'art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/16, ma potenzialmente rilevanti in relazione all'eventuale configurabilità di un "grave illecito professionale" ex art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. n. 50/16 e in riferimento alla presentazione di documenti e dichiarazioni non veritiere ex art. 80 comma 5 lettera f bis) d. lgs. n. 50/16.

La gara oggetto di causa è stata indetta con bando pubblicato il 07/06/19; pertanto, nella versione applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, l'art. 80 d. lgs. n. 50/16 prevede che:

“5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora:...

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;...

-OMISSIS-. Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:

a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;

b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;

c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione (16).

-OMISSIS--bis. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma -OMISSIS-, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale. Nei casi di cui al comma 5, la durata della 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. 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”.

Il ricorrente prospetta l'illegittimità del gravato provvedimento di esclusione in relazione ai seguenti duplici distinti profili concernenti:

- il primo, la portata dell'obbligo dichiarativo delle condanne ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettere c) ed f bis) d. lgs. n. 50/16, deducendo che tale obbligo non sussisterebbe e, comunque, nella fattispecie non sarebbe configurabile in quanto la condanna riguarderebbe un reato risalente nel tempo e in nessun modo riferibile alla moralità professionale;

- il secondo, specificamente l'esistenza di un limite temporale alla rilevanza di fatti integranti l'illecito professionale come causa di esclusione che dovrebbe essere riferita ai tre anni successivi alla data di commissione del “fatto” che, nel caso della condanna per un reato diverso da quello di cui al paragrafo 1 dell'art. 57 della Direttiva 2-OMISSIS-4/24/UE, coinciderebbe con la data del definitivo accertamento, ossia con quella di pubblicazione della sentenza.

Per quanto concerne l'ambito dell'obbligo dichiarativo delle condanne sussiste un contrasto nella stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha indotto la Sezione V a deferire la relativa questione all'Adunanza Plenaria con la recente ordinanza n. 2332 del 09/04/2020.

Ai fini della decisione, però, secondo il Collegio, è dirimente l'esame della seconda questione concernente l'esistenza di un limite

temporale di rilevanza per le vicende concretizzanti l'illecito professionale previsto dall'art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. n. 50/16. Sul punto, il Tribunale ritiene di dovere condividere quell'orientamento (anche se non univoco) con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto esistente un limite triennale di rilevanza temporale del fatto astrattamente configurabile quale "grave illecito professionale" ex art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. n. 50/16 decorrente dalla data di accertamento definitivo del fatto stesso ed identificabile, allorché viene in rilievo una sentenza non ostativa ex art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/16, nella data di pubblicazione della stessa (in questo senso Cons. Stato n. 1605/2020, Cons. Stato n. 5171/19, Cons. Stato n. 2895/19, Cons. Stato n. 6576/18; TAR Puglia – Bari n. 318/2020).

Tale opzione ermeneutica è supportata dalle seguenti considerazioni. Il limite triennale della rilevanza del fatto di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. n. 50/16 è, innanzi tutto, desumibile dal testo del comma -OMISSIS- bis d. lgs. n. 50/16, vigente alla data di emanazione del bando ed introdotto dal d. l. n. 32/19, secondo cui "nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione e' 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" a nulla rilevando che la norma faccia riferimento al solo provvedimento amministrativo o alla sentenza emessa a seguito di contestazione dello stesso; infatti, l'applicazione del limite a tutte le ipotesi di grave illecito professionale (e, quindi, pure a quelle correlate all'emissione di una sentenza di condanna non automaticamente ostativa ex art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/16) è coerente con il richiamo della

disposizione ai “casi di cui al comma 5” da intendersi in senso generale e, quindi, comprensivo anche di tutte le ipotesi di “grave illecito professionale” qualunque ne sia la causa.

Tale impostazione è, del resto, dettata dall’esigenza di applicare in maniera logica, razionale e conforme al principio di uguaglianza il comma -OMISSIS- bis dell’art. 80 d. lgs. n. 50/16 risultando ingiustificata, nell’ambito della medesima fattispecie del “grave illecito professionale”, una differenziata rilevanza temporale delle vicende (sentenze di condanna, da una parte, e provvedimenti amministrativi, dall’altra) integranti tale ipotesi escludente.

Inoltre, l’opzione ermeneutica condivisa dal Collegio è coerente con i principi generali di proporzionalità dell’azione amministrativa e di massima partecipazione alle gare e, comunque, risulta necessitata alla luce del disposto dell’art. 57 della Direttiva 2-OMISSIS-4/24/UE il quale, dopo avere stabilito i casi in cui la stazione appaltante ha l’obbligo di escludere i concorrenti dalla gara nell’ipotesi in cui abbiano riportato condanne per i reati indicati al paragrafo 1 e dopo avere riconosciuto alla medesima stazione appaltante la discrezionalità di escludere gli operatori economici che si rendano colpevoli di “gravi illeciti professionali” di cui al paragrafo 4, stabilisce espressamente che, “se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4”.

La Direttiva, pertanto, prevede un periodo massimo di tre anni per la rilevanza temporale ostativa di ogni fatto che integra il “grave illecito professionale”, qualunque ne sia la natura, e tale disciplina costituisce

logica espressione della discrezionalità del legislatore comunitario che ha inteso differenziare opportunamente, quanto a durata temporale dell'efficacia preclusiva delle varie fattispecie, le condanne per reati gravi, come tali automaticamente escludenti, dalle ipotesi in cui la rilevanza del fatto ai fini della configurazione del grave illecito professionale, anche in ragione della sua possibile minore gravità, è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Il giudice amministrativo, alla stregua dell'esegesi fornita dalla giurisprudenza comunitaria (per cui Corte di Giustizia n. Sezione IV, 24 ottobre 2-OMISSIS-8, C-124/17), ha ritenuto, nella vigenza del testo dell'art. 80 comma -OMISSIS- d. lgs. n. 50/16 antecedente alle modifiche introdotte dal d. l. n. 135/18 (che non prevedeva alcun limite temporale di rilevanza delle fattispecie costituenti possibili gravi illeciti professionali), l'efficacia diretta della Direttiva (Cons. Stato n. 1605/2020, Cons. Stato n. 2895/19, Cons. Stato n. 6576/18), come per altro evidenziato dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2286/2-OMISSIS-6 del 26 ottobre 2-OMISSIS-6 espresso in relazione alle linee guida Anac n. 6/2-OMISSIS-6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

Il tenore letterale dei vigenti commi -OMISSIS- e -OMISSIS- bis dell'art. 80 d. lgs. n. 50/16, che prevedono una disciplina specifica in punto di rilevanza temporale delle fattispecie escludenti rimesse all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante ai sensi del comma 5 dell'art. 80 citato, rende oggi non più necessario sostenere

l'efficacia diretta dell'art. 57 paragrafo 7 della Direttiva n. 2-OMISSIS-4/24/UE la quale conserva attualità nella sola ipotesi in cui si ritenga che il comma -OMISSIS- bis dell'art. 80 non riguardi tutte le ipotesi di cause integranti il “grave illecito professionale”, ipotesi che il Collegio non ritiene sussistente potendosi affermare il generale limite triennale di rilevanza temporale delle fattispecie in esame anche solo sulla base dei criteri interpretativi della normativa nazionale forniti dalla Direttiva in esame.

Una contraria interpretazione dei vigenti commi -OMISSIS- e -OMISSIS- bis dell'art. 80, che attribuisse alle sentenze riferibili ai “gravi illeciti professionali” un'efficacia temporale illimitata e, quindi, diversa rispetto alle altre fattispecie ivi riconducibili, oltre a non essere conforme all'art. 57 paragrafo 7 della Direttiva n. 2-OMISSIS-4/24/UE, sarebbe foriera di una possibile ingiustificata disparità di trattamento (oltre che intrinsecamente tra le varie cause integranti l'illecito professionale anche) rispetto alle condanne automaticamente escludenti ex art. 80 comma 1 d. lgs. n. 50/16, per le quali, benché riferibili a reati più gravi, il comma -OMISSIS- alle lettere b) e c) prevede un limite temporale rispettivamente di soli cinque e sette anni.

L'orientamento del giudice di appello contrario al limite triennale della rilevanza delle condanne ex art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. n. 50/16 argomenta dal fatto che la limitazione triennale “attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva)” ma non anche “all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c)”; ciò in quanto è

“diverso... l’obbligo di dichiarare sentenze penali di condanna rientranti tra quelle previste dall’art. 80, comma 1, ovvero rilevanti ai sensi del successivo comma 5, lett. c): “nel primo caso l’esclusione è atto vincolato in quanto discendente direttamente dalla legge, mentre nell’ipotesi di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), la valutazione è rimessa alla stazione appaltante” e “tale diversità di effetti (espulsivi in un caso, meramente informativi, con finalità preistruttoria nell’altro) giustifica anche, pur nella difficile ermeneusi del comma -OMISSIS- dell’art. 80, perché solo nel primo caso l’ordinamento attribuisca un’efficacia temporale alla sentenza definitiva di condanna” (così Cons. Stato n. 1603/-OMISSIS-che richiama Cons. Stato n. nn. 6529/2-OMISSIS-8 e 6530/2-OMISSIS-8).

Tale iter argomentativo, però, non è estensibile alla fattispecie oggetto del presente giudizio in quanto riferito dal giudice di appello al testo del comma -OMISSIS- dell’art. 80 d. lgs. n. 50/16 nella versione antecedente alle modifiche introdotte dal d. l. n. 135/18 (per lo stesso motivo non risulta rilevante la sentenza n. 70/-OMISSIS-del Consiglio di Stato – secondo quanto si evince dalla sentenza n. 656/19 del TAR Catanzaro, giudice a quo - richiamata dalla resistente nella memoria di replica depositata il 17/04/2020) secondo cui “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 e' pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso e' 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”.



La tesi in esame, nel riferire il limite triennale temporale alla sola durata della pena accessoria dell'incapacità a contrattare con la p.a., non è oggi più sostenibile alla luce del testo attuale del comma -OMISSIS- dell'art. 80 d. lgs. n. 50/16, come introdotto dal d. l. n. 32/19, secondo cui "se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione e" perpetua, settennale o quinquennale in quanto tale disposizione distingue nettamente la pena accessoria dell'incapacità a contrattare rispetto all'esclusione dalla gara e riferisce solo a quest'ultima la rilevanza temporale preclusiva delle condanne ivi indicate.

Per altro, come già evidenziato, la previsione di una specifica disciplina concernente le cause di esclusione di cui al comma 5, prevista dall'art. 80 comma -OMISSIS- bis d. lgs. n. 50/16, induce il Tribunale a ritenere inapplicabile alla condanna non automaticamente escludente la disciplina del comma -OMISSIS-.

Solo per esigenza di completezza il Tribunale rileva che, quand'anche si volesse sussumere la fattispecie nell'ambito applicativo del citato comma -OMISSIS- lettera c) dell'art. 80 d. lgs. n. 50/16, che richiama le condanne per reati diversi da quelli disciplinati dall'art. 317 bis comma 1 c.p., il limite quinquennale di rilevanza temporale della condanna impedirebbe, comunque, di attribuire nella fattispecie efficacia ostativa, ai fini della partecipazione, alla condanna non dichiarata dalla società ricorrente in quanto risalente ad epoca di gran lunga anteriore al quinquennio.

L'accertata esistenza di un limite temporale triennale di rilevanza del fatto potenzialmente integrante il grave illecito professionale,

decorrente dalla pubblicazione della sentenza di condanna (nella fattispecie risalente all'08/02/07), induce il Tribunale a ritenere insussistente l'obbligo della società ricorrente di dichiarare la condanna indicata nel gravato provvedimento di esclusione.

Pertanto, nella fattispecie non sussiste alcuna omissione dichiarativa rilevante ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettere c) ed f bis) d. lgs. n. 50/16 e ciò a prescindere dal fatto se l'omissione sia sanzionabile in quanto tale o, piuttosto, solo in quanto integrante una falsità (per i due orientamenti del giudice di appello si rinvia all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2332/-OMISSIS-di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria).

Solo per completezza il Tribunale rileva che il reato posto in essere dall'amministratore della società ricorrente non integra un "grave illecito professionale" in ragione della tipologia delle norme violate; trattasi, infatti, di abusi edilizi per i quali le linee guida Anac n. 6/2-OMISSIS-6 prevedono la possibile rilevanza, quale illecito professionale, solo "con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria", ipotesi che non ricorre nella fattispecie.

La fondatezza della censura in esame comporta l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti impugnati, tra cui il provvedimento di esclusione e l'art. 7.3.1 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede l'esclusione per la mancata dichiarazione di condanne oltre il limite del triennio, nei limiti di quanto d'interesse del ricorrente.

L'esistenza di contrasti giurisprudenziali in ordine alle questioni giuridiche oggetto di causa giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati secondo quanto specificato in motivazione;
- 2) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli artt. 52 commi 1 e 2 d. lgs. n. 196/03 e 9 paragrafo 1 Reg. UE n. 2-OMISSIS-6/679, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i soggetti, persone fisiche e giuridiche, indicati nella sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 84 comma 6 d.l. n. 18/2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Mattei, Presidente FF

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Michelangelo Francavilla**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Mattei**

## IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.