

Pubblicato il 05/03/2020

N. 01605/2020REG.PROV.COLL.
N. 06237/2019 REG.RIC.
N. 06272/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6237 del 2019, proposto da

-OMISSIS- in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con -OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS- non costituita in giudizio;

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Francesco Minichiello, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Occagna, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

sul ricorso in appello numero di registro generale 6272 del 2019, proposto da

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-non costituita in giudizio;

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Francesco Minichiello, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

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

Visto il ricorso in appello n.r.g. 6237 del 2019;

Visto il ricorso in appello n.r.g. 6271 del 2019;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-in entrambi gli appelli;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS- nell'appello n. 6237 del 2019;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS- nell'appello n. 6271 del 2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 28 novembre 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Francesco Migliarotti, Antonio Francesco Minichiello e Angelo Clarizia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I. La -OMISSIS- bandiva il 14 novembre 2018 gara per l'affidamento di lavori di recupero e valorizzazione di un immobile sito nel -OMISSIS- denominato -OMISSIS- che aggiudicava con determinazione n. 5/2019 a -OMISSIS- (di seguito, -OMISSIS- -OMISSIS- che aveva partecipato alla gara in raggruppamento temporaneo con -OMISSIS- classificandosi in seconda posizione, impugnava gli atti di gara con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania. Sosteneva che -OMISSIS- andava esclusa dalla procedura per omessa dichiarazione del grave errore professionale, rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, attestato dalla risoluzione contrattuale subita nel 2012 in relazione all'appalto pubblico dei lavori di adeguamento funzionale dell'approdo della stazione marittima del -OMISSIS-

Nel giudizio così instaurato si costituivano in resistenza, con eccezioni di rito e di merito, il -OMISSIS- e -OMISSIS-, che proponeva altresì ricorso incidentale, sostenendo l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale di -OMISSIS-, che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara *ex art.* 80, comma 5, lett. c) e lett. f-bis) del *Codice dei contratti pubblici*, avendo sottaciuto due risoluzioni contrattuali del 2015 per grave inadempimento in fase di esecuzione, pronunziate dal -OMISSIS- e dal -OMISSIS- in relazione all'affidamento di due appalti pubblici, relativi ai lavori, rispettivamente, di restauro dell'edificio denominato "Ex-OMISSIS- e di bonifica e messa in sicurezza -OMISSIS-

L'adito giudice, con sentenza breve della prima sezione n.-OMISSIS-, accoglieva sia il ricorso incidentale che quello principale, compensando tra le parti le spese di giudizio, fatto salvo il pagamento del contributo unificato, restante a carico delle due società ricorrenti.

La sentenza, in particolare:

- respingeva l'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso principale di-OMISSIS- sollevata dal -OMISSIS-e da -OMISSIS-, per l'inapplicabilità alla controversia del rito c.d. "super-accelerato" di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., operante solo in caso di netta distinzione tra la fase di ammissione dei concorrenti e la fase di aggiudicazione della gara, che nella specie era mancata. Rilevava, comunque, che il ricorso principale sarebbe stato tempestivo anche ai sensi del predetto rito, tenuto conto della data in cui la stazione appaltante aveva deliberato in via definitiva le ammissioni alla gara;
- respingeva l'eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale di -OMISSIS- spiegata dalla ricorrente principale-OMISSIS-, ribadendo trattarsi di rito speciale in materia di appalti pubblici (non super accelerato), con la conseguenza della tempestività dell'impugnativa incidentale, proposta nei rituali termini di impugnazione, decorrenti dal perfezionamento della notifica del ricorso principale;
- riteneva di esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale, entrambi a carattere escludente, in applicazione della giurisprudenza eurounitaria (Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2016, C-689/2013, Puligienica);
- provvedeva alla ricognizione della giurisprudenza amministrativa relativa all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione applicabile *ratione temporis*, ricavandone l'obbligo dei concorrenti delle gare pubbliche di dichiarare indistintamente ogni pregressa vicenda concernente fatti risolutivi, errori o altre negligenze professionali rilevanti ai fini della

formazione del giudizio di integrità e di affidabilità rimesso alla stazione appaltante, pena l'estromissione dalla procedura per l'ipotesi di dichiarazione non veritiera o comunque incompleta, a prescindere dalla colposità o dolosità della sottesa condotta;

- riteneva, respingendo tutte le giustificazioni al riguardo invocate dalle due società, che sia-OMISSIS- che -OMISSIS-, non dichiarando le vicende risolutive di cui sopra, avevano contravvenuto al predetto obbligo;

- annullava così l'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale, disponendo a carico della stazione appaltante la verifica della sussistenza dei presupposti per rinnovare l'intera procedura.

II.-OMISSIS- ha proposto appello avverso la sentenza sia nella parte che ha accolto il ricorso incidentale di -OMISSIS-sia nella parte che ha annullato la sola sua ammissione alla gara e non anche l'ammissione di -OMISSIS-e l'aggiudicazione a favore di questa, deducendo: 1) Irricevibilità del ricorso incidentale di -OMISSIS-; 2) Infondatezza dello stesso ricorso incidentale; 3) Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, erroneità della motivazione. Ha concluso per la riforma della sentenza, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado e la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato, dichiarando la propria disponibilità a subentrarvi.

Il -OMISSIS-e -OMISSIS-si sono costituite in resistenza, entrambi domandando la reiezione dell'appello.

III. -OMISSIS- ha proposto appello avverso la stessa sentenza *in parte qua*, deducendo: 1) *Error in iudicando* ed *error in procedendo*: sull'omessa considerazione di circostanze rilevanti ai fini della decisione, sull'illegittimità della sentenza nella parte in cui accoglie il ricorso principale, violazione della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, violazione del principio di certezza del diritto e del principio di proporzionalità; 2) *Error in iudicando* ed *error in procedendo*: sull'illegittimità della sentenza nella parte in

cui accoglie il ricorso principale e sugli effetti che ne fa conseguire; 3) In via subordinata, *error in procedendo*, *error in iudicando* sulla erronea priorità delle questioni da trattare e sulle correlate conseguenze. Ha concluso per la riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il ricorso di -OMISSIS-.

Il -OMISSIS-e-OMISSIS- si sono costituite in resistenza, entrambi domandando la reiezione dell'appello.

IV. Con ordinanze n. -OMISSIS-questa V Sezione ha respinto le domande cautelari formulate in entrambi gli appelli.

Nel prosieguo, tutte le parti private hanno depositato memorie; in tale ambito il -OMISSIS-ha rappresentato il proprio intendimento di attendere l'esito dei due appelli per procedere in conformità alla relativa decisione.

Le cause sono state contestualmente chiamate e trattenute in decisione alla pubblica udienza del 28 novembre 2019.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta la riunione ai fini della decisione degli appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm., che stabilisce che tutte le impugnazioni proposte separatamente contro la stessa sentenza devono essere riunite in un solo processo.

2. Sempre in via preliminare, deve darsi atto che la costituzione del -OMISSIS- nell'appello n.r.g. 6237/2019 è frutto di un mero errore materiale, non essendo il predetto Comune parte del relativo giudizio.

3. Può ora passarsi all'esame degli appelli autonomi in trattazione, a iniziare da quello di-OMISSIS-, proposto per primo, che si rivela completamente destituito di fondamento

3.1. Va premesso che non è contestato che-OMISSIS-, nella dichiarazione resa *ex art.* 80, comma 5, lett. *c)* d.lgs. n. 50 del 2016, ha sottaciuto due risoluzioni contrattuali subite nel 2015 per grave inadempimento in fase di esecuzione di lavori pubblici, pronunziate dal -OMISSIS-e dal -OMISSIS-

in relazione agli affidamenti, rispettivamente, del restauro dell'edificio denominato -OMISSIS- e della bonifica e messa in sicurezza -OMISSIS-

3.2. Con il primo mezzo-OMISSIS- torna ad affermare che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, il ricorso incidentale con cui -OMISSIS- ha sostenuto che, per le predette omissioni dichiarative, -OMISSIS- andava esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e lett. f-bis) d.lgs. n. 50 del 2016, era irricevibile in quanto notificato il 29 aprile 2019, ovvero oltre il termine, applicabile *ratione temporis*, di cui all'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., decorrente dal 6 marzo 2019, data in cui la commissione di gara, sciolte le riserve precedentemente formulate, ha ammesso alla gara tutti gli operatori economici che avevano presentato offerte, tra cui la stessa-OMISSIS-.

Rammenta il Collegio che il rito c.d. "super-accelerato", "super-speciale" o "specialissimo" o "sulle ammissioni ed esclusioni" invocato dalla società è stato poi abrogato dall'art. 1, comma 22, lett. a) d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55. Lo stesso art. 1 ha peraltro disposto al comma 23 che l'abrogazione si applica ai *processi* iniziati dopo l'entrata in vigore della legge di conversione (18 giugno 2019). In tale novero non rientra l'impugnativa in esame, proposta antecedentemente a tale data (17 gennaio 2019), che, pertanto, era astrattamente soggetta al rito in esame.

Ciò posto, nella vigenza del rito, orientato a dare certezze definitive e preventive circa la platea dei concorrenti (Cons. Stato, Ad plen., 26 aprile 2018, n. 4), è sorta la questione della compiuta conoscenza dell'ammissione o dell'esclusione da impugnare nei trenta giorni: dunque della precisa individuazione per gli interessati del *dies a quo* del breve termine per ricorrere in giustizia ivi previsto. Sulla questione ha statuito l'art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016, sia nella versione originaria che in quella recata dal decreto legislativo integrativo e correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), a seguito del

quale la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato si è prevalentemente orientata per escludere l'applicabilità del rito super-accelerato in difetto della pubblicazione degli atti di ammissione od esclusione nelle forme previste dall'art. 29, sola formalità atta a fare decorrere quel breve termine decadenziale: conoscenza insuscettibile di essere supplita dalla conoscenza *aliunde* degli stessi provvedimenti (da ultimo, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7187; III, 17 giugno 2019, n. 4025; V, 15 maggio 2019, n. 3151; 22 marzo 2019, n. 1923; III, 25 febbraio 2019, n. 1312; V, 11 febbraio 2019, n. 985; V, 21 novembre 2018, n. 6574). Alcune decisioni hanno anche assunto che le modifiche apportate all'art. 29 dal d.lgs. n. 56 del 2017 sono state solo esplicative dell'interdipendenza originaria tra l'adempimento da parte della stazione appaltante delle previste formalità pubblicitarie e il rito super-accelerato (espressamente, Cons. Stato, III, 29 marzo 2019, n. 2079; implicitamente, V, 8 gennaio 2019, n. 173).

Ciò posto, la sentenza appellata, nel respingere l'eccezione di tardività spiegata da -OMISSIS- e dal -OMISSIS- avverso l'atto introduttivo del giudizio della stessa -OMISSIS-, ha aderito a tale orientamento, ritenendo l'inapplicabilità del rito super-accelerato alla gara *de qua* perché la distinzione tra la fase di ammissione dei concorrenti e la fase di aggiudicazione della gara, che ne costituisce l'ineludibile presupposto, era mancata.

Sullo stesso presupposto, ha respinto anche l'eccezione qui riproposta da -OMISSIS-, osservando che *“nel caso di specie, trovando applicazione il rito speciale in materia di appalti, non super accelerato, la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso incidentale resta ancorata al perfezionarsi della notifica del ricorso principale, avvenuta nel caso di specie in data 4 aprile 2019, così consentendo di ritenere rispettati i termini rituali di impugnazione. E' appena il caso di aggiungere che l'abrogato regime speciale processuale di cui all'art. 120 commi 2 bis e 6 bis che imponeva l'immediata impugnazione sia degli atti di esclusione che di ammissione dei concorrenti ad una gara, attesa la sua natura eccezionale, non trovava applicazione, come visto, nelle ipotesi in cui,*

nelle more della decorrenza del termine di impugnazione, fosse stato adottato il provvedimento di aggiudicazione; invero, convergendo l'interesse processuale ormai sull'atto conclusivo della procedura, non vi sarebbe stata alcuna concreta utilità per l'aggiudicatario di impugnare l'ammissione alla gara dei concorrenti non vincitori, se non nell'ipotesi di proposizione di un ricorso principale da parte di alcuno di costoro avverso l'aggiudicazione, situazione in cui lo strumento di tutela non avrebbe potuto che essere quello del ricorso incidentale, esperibile in via ordinaria'.

Il primo giudice ha indi reso sul punto una articolata serie di argomentazioni, che-OMISSIS- con il motivo in esame non ha confutato, limitandosi a ribadire l'applicabilità alla controversia dell'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm..

Risulta allora evidente l'inammissibilità del mezzo ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cod. proc. amm.: per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'appellante non può limitarsi a riproporre i motivi del ricorso di primo grado senza articolare puntuali censure avverso la sentenza gravata, tanto contrastando col generale principio della specificità dei motivi di appello che discende dal carattere impugnatorio del gravame (tra tante, Cons. Stato, II, 21 maggio 2019, n. 3253; V, 30 luglio 2018, n. 4655; IV, 16 febbraio 2018, n. 993).

Resta solo da precisare che, avendo il primo giudice individuato la decorrenza del termine dell'impugnazione incidentale nella data di notifica dell'impugnazione principale, in applicazione del combinato disposto degli artt. 120, comma 5, ultimo periodo e 42, comma 1, Cod. proc. amm., non era necessario accertare, come pure sostenuto da-OMISSIS- nel terzo mezzo, in un diverso contesto censorio, il momento in cui -OMISSIS- *“ha avuto conoscenza delle illegittimità lamentate con il ricorso incidentale”*.

3.3. Con il secondo mezzo-OMISSIS- sostiene che le contestazioni a suo tempo svolte da -OMISSIS-in ordine alle risoluzioni contrattuali da essa subite erano infondate.

La censura è inammissibile per le ragioni indicate al capo che precede:-
OMISSIS- confuta direttamente i rilievi formulati da -OMISSIS- nell'impugnativa incidentale senza sottoporre a critica quanto affermato nella sentenza appellata in accoglimento degli stessi rilievi.

3.4. Con il terzo mezzo-OMISSIS- sostiene che le due risoluzioni contrattuali del 2015 considerate nella sentenza appellata non addebitano alla società alcuna condotta contraria a norma né accertano la contrarietà dei comportamenti della società a un dovere posto da norme civili, penali e amministrative. Più in dettaglio, la censura si sostanzia nell'affermazione che l'omessa dichiarazione delle due risoluzioni contrattuali di cui sopra non concreterebbe una violazione del principio del *clare loqui*, come ritenuto dal primo giudice, non essendovi al riguardo un onere dichiarativo della società, trattandosi di fattispecie "non ricomprese nella norma primaria", in quanto:

a) nell'appalto del -OMISSIS--OMISSIS- rivestiva il ruolo di mandante e aveva eseguito la propria quota di lavori con un buon esito certificato dall'Amministrazione;

b) l'opera di cui all'appalto del -OMISSIS- è stata collaudata con esito positivo per essere stata eseguita a regola d'arte e nei tempi contrattuali.

Il motivo è infondato e va respinto.

In relazione alla risoluzione del contratto relativo all'affidamento dei lavori per la messa in sicurezza -OMISSIS- emerge dagli atti di causa che: il -OMISSIS-, con determina dirigenziale n. 461/2015, ha risolto il contratto di appalto stipulato con-OMISSIS- il 3 aprile 2015, che si era aggiudicata la gara, per grave inadempimento della società nell'esecuzione dei lavori; la risoluzione è stata confermata all'esito del ricorso *ex art. 700 Cod. proc. civ.* proposto da-OMISSIS- innanzi al Tribunale di Napoli. Il Comune, anziché revocare la risoluzione, si è determinato a comporre la controversia con-OMISSIS- mediante un atto transattivo, finalizzato a "*restituire il bene alla*

collettività con pieno utilizzo del finanziamento concesso all'ente" (delibera comunale n. 77/2016).

Si rende pertanto applicabile alla fattispecie il principio, da cui non sussistono ragioni per discostarsi, per cui *"la transazione stipulata a seguito della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante per grave inadempimento impedisce l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, ma determina definitivamente il consolidamento del fatto storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'importanza e quindi la gravità dell'inadempimento. Tale circostanza (risoluzione contrattuale composta mediante transazione), integra comunque il presupposto del grave errore nell'esecuzione della prestazione, rilevante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/06. Pertanto deve essere dichiarata in sede di partecipazione, potendo rilevare potenzialmente come grave illecito professionale, la risoluzione di un contratto d'appalto seppur poi si è giunti a transazione, non potendo il concorrente dichiarante omettere di rendere la dichiarazione facendo riferimento ad una propria valutazione di non gravità della vicenda"* (Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Chiarito, per quanto sopra, che l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica non ha fatto venir meno né il grave inadempimento professionale né il conseguente obbligo dichiarativo, e che, pertanto, si è realizzata almeno una delle omissioni dichiarative rilevanti considerate dalla sentenza appellata, resta assorbita ogni questione introdotta da-OMISSIS- in relazione relativa all'ulteriore risoluzione contrattuale pure subita da-OMISSIS-.

3.5. In definitiva, l'appello di-OMISSIS- va respinto.

4. Passando all'esame dell'appello di -OMISSIS-, si rileva che anch'esso verte sull'estensione dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 e che le questioni sollevate rendono necessaria la precisazione di alcuni elementi.

4.1. La gara venne indetta con bando del 14 novembre 2018. Pertanto l'art.

80 d.lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis* è quello del testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 5, comma 1, d.-l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12. La disposizione transitoria dello stesso art. 5, comma 2 prevede infatti: *«Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto [...]»*, cioè successivamente al 15 dicembre 2018.

Le norme dell'art. 80, comma 5 di riferimento della fattispecie sono pertanto quelle per cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico rispetto al quale si dimostri con mezzi adeguati che il medesimo *«si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»*.

Nel vigore di tale disposizione, che individuava condotte da qualificarsi *ex lege* *«gravi illeciti professionali»*, la giurisprudenza ha ritenuto che l'individuazione fosse solo esemplificativa, potendo la stazione appaltante desumere il compimento di *«gravi illeciti professionali»* da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n.

7231) se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Tale conclusione è rimasta valida dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, realizzata con il già citato art. 5 d.-l. n. 135 del 2018, che ha sdoppiato nelle successive lettere *c-bis*) e *c-ter*) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. *c*) la previsione di portata generale sopra trascritta (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171).

Ciò posto, in relazione agli obblighi informativi che la previsione pone a carico dell'operatore economico per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità del medesimo (Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 827; V, 16 novembre 2018, n. 6461; V, 3 settembre 2018, n. 5142; V, 17 luglio 2017, n. 3493; V, 5 luglio 2017, n. 3288) si possono rilevare in linea di massima due fattispecie tipiche:

- l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142);

- la falsità delle dichiarazioni, ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, dove si rappresenta una circostanza in fatto diversa dal vero, cui consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso (Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407).

In questo quadro la giurisprudenza, anche se non univocamente (in senso parzialmente contrario, Cons. Stato, III, 23 agosto 2018, n. 5040; V, 3 aprile 2018, n. 2063; III, 12 luglio 2018, n. 4266), ha interpretato l'ultimo inciso

l'art. 80, comma 5, lett. c), attribuendogli il rigoroso significato di una norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787).

Non si è mancato peraltro di osservare che un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività (tale non essendo, come meglio in seguito, il comma 10 dello stesso art. 80 nella formulazione qui in rilievo) *“potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa”* (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; 3 settembre 2018, n. 5142).

La necessità di un siffatto limite generale di operatività deriva, del resto, dall'art. 57, § 7 della Direttiva 2014/24/UE, che ha fissato in tre anni dalla data del fatto la rilevanza del grave illecito professionale, seguita dalle Linee guida ANAC n. 6/2016, precedute dal parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2286/2016 del 26 ottobre 2016, che ha affermato, tra altro, la diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della previsione di cui al predetto paragrafo.

Anche questa V Sezione, in disparte ogni questione inerente il non completo recepimento della predetta Direttiva nel comma 10 dell'art. 80 [perché tale articolo *“nella versione originaria, prevedeva la moratoria quinquennale solo con riferimento alla condanna definitiva in sede penale alla pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, nulla disponendo per le cause di esclusione di cui ai comma 4 (violazione fiscali e contributive) e 5 (in particolare, lett. c, relativa ai gravi illeciti professionali)”*], ne ha ritenuto l'efficacia diretta c.d. “verticale” nell'ordinamento interno, reputando pertanto inidonee ai fini di

disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla gara le risoluzioni ante triennio, periodo da computarsi a ritroso dalla data del bando, tenendo conto della data di adozione della determinazione amministrativa di risoluzione unilaterale (Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576).

Altro orientamento, invece, ha ritenuto che la mancanza nell'art. 80 di una *“espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali”* sia omissione *“coerente con il potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante; una limitazione triennale è invero richiamata dal successivo comma 10, ma 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) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c) da una procedura di appalto”*, con la conseguenza del riconoscimento dell'obbligo dichiarativo di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata indipendentemente dalla circostanza che le stesse fossero contenute o meno nel triennio in parola (Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6530). La decisione evidenzia peraltro trattarsi di risoluzione non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio.

Si è poi posta la questione dell'autonoma rilevanza a fini espulsivi dell'omissione in relazione a condotte *ex se* non passibili di esclusione (con risposta negativa, Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407; positiva, Cons. Stato, V, 15 aprile 2019, n. 2430; III, 27 dicembre 2018, n. 7231).

Nel descritto quadro, si inseriscono ancora:

- la sentenza CGUE, Sezione IV, 24 ottobre 2018, C-124/17, secondo cui *“ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui all'articolo 57, paragrafo 6, di tale direttiva per dimostrare*

la propria affidabilità; detto periodo non può, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dalla data del fatto in questione”;

- la recente sentenza della V Sezione 6 maggio 2019, n. 2895, che ha affermato l'illegittimità, per sproporzionalità, di un'esclusione fondata su una risoluzione ante triennio, chiarendo, come già Cons. Stato, V, n. 6576/2018, che rileva, ai fini della decorrenza di tale periodo, la data di adozione della determinazione amministrativa di risoluzione unilaterale.

4.2. Il Collegio ritiene di aderire a tale ultimo orientamento, che -OMISSIS- ha invocato nel primo motivo del suo appello, in uno all'art. 57, § 7 della Direttiva 2014/24/UE, stante la sua aderenza al chiaro e inequivocabile portato della disciplina europea, di cui la V Sezione ha già fatto applicazione nei precedenti sopra richiamati (Cons. Stato, V, n. 6576/2018; n. 2895/2019) sulla scorta della sua riconosciuta efficacia diretta e verticale nell'ordinamento interno e della conseguente immediata applicabilità.

Deve pertanto concludersi per l'insussistenza dell'omissione dichiarativa relativa alla risoluzione del 2012 opposta a -OMISSIS-dalla sentenza appellata (peraltro ancora in via di contestazione giudiziale), in quanto avvenuta ben oltre il triennio, da computarsi come sopra, ovvero tenendo conto sia della data della risoluzione che di quella di pubblicazione del bando (14 novembre 2018), trovando applicazione il limite di operatività posto dall'art. 57, § 7 della direttiva 2014/24/UE, con conseguente impossibilità di rilevare nei confronti della società l'inadempimento a un obbligo che, come pure osservato dalla Sezione, laddove diversamente inteso, per un verso sarebbe eccessivamente oneroso per l'operatore economico, per altro verso non apporterebbe significativi elementi di conoscenza alla stazione appaltante, trattandosi di vicende professionali ampiamente datate o, comunque, ormai del tutto insignificanti (Cons. Stato, V, n. 5171/2019 e n. 51423/2018, cit.).

Del resto, come emerge anche dalla sentenza appellata, -OMISSIS- non si è sottratta all'obbligo dichiarativo, che ha adempiuto nella misura in cui lo stesso deve ritenersi applicabile secondo quanto sopra rilevato, avendo dichiarato, sia nel DGUE che ai sensi dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, una risoluzione contrattuale del 2015, disposta nei suoi confronti dal -OMISSIS-, che la stazione appaltante, disponendo l'aggiudicazione, non ha ritenuto evidentemente rilevante in senso negativo sull'affidabilità del concorrente; anche sotto tale profilo emerge pertanto l'insussistenza del vizio rilevato dal primo giudice.

4.3. Assorbita pertanto ogni altra censura, l'appello di -OMISSIS- va accolto.

5. Per tutto quanto precede, l'appello di -OMISSIS- va respinto e l'appello di -OMISSIS- va accolto, con conseguente riforma della sentenza appellata *in parte qua*, nei limiti dell'interesse da quest'ultima azionato nell'odierno appello.

Le spese di giudizio del grado, stante l'andamento complessivo della controversia e la sua peculiarità, possono essere compensate tra le parti

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli di cui in epigrafe: *a)* li riunisce; *b)* dà atto che il -OMISSIS-, costituitosi per mero errore materiale nell'appello n.r.g. 6237/2019, non è parte del relativo giudizio; *c)* respinge l'appello di -OMISSIS-; *d)* accoglie l'appello di -OMISSIS- disponendo, per l'effetto, la riforma della sentenza appellata *in parte qua*, nei limiti dell'interesse da quest'ultima azionato in giudizio.

Compensa tra le parti le spese di giudizio del grado.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 [e degli articoli 5 e 6 del

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016], a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti del giudizio e degli estremi del procedimento amministrativo che ne forma oggetto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

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