

Pubblicato il 06/07/2020

N. 04313/2020REG.PROV.COLL.

N. 09983/2019 REG.RIC.

N. 10026/2019 REG.RIC.

N. 10027/2019 REG.RIC.

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 9983 del 2019, proposto da

Società 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con I.G.&P. Ingegneri Guadagnuolo & Partners s.r.l., E.F.M. s.p.a., dott.ssa Adele Barbieri, rappresentata e difesa dall'avvocato Biagio Giliberti, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Sidoti Engineering s.r.l. unipersonale, Habita.Re Servizi Integrati s.r.l., Geotest s.r.l., Tecnoprove Roma s.r.l., non costituite in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10026 del 2019, proposto da

Società 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con I.G.&P. Ingegneri Guadagnuolo & Partners s.r.l., E.F.M. s.p.a., dott.ssa Adele Barbieri, rappresentata e difesa dall'avvocato Biagio Giliberti, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Sidoti Engineering s.r.l. unipersonale, Hypro s.r.l., Esse Ingegneria s.r.l., Geotest s.r.l., Tecnoprove Roma s.r.l., non costituite in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10027 del 2019, proposto da

Società 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con I.G.&P. Ingegneri Guadagnuolo & Partners s.r.l., E.F.M. s.p.a., dott.ssa Adele Barbieri, rappresentata e difesa dall'avvocato Biagio Giliberti, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è elettivamente domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Sidoti Engineering s.r.l. unipersonale, Progetto Italia s.r.l.s., Hypro s.r.l., non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Musa Progetti soc. coop. di ingegneria, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di professionisti con ITS s.r.l., ingegner Sara Ambrosio, geologo Stefano Bonifacio e architetto Filippo Ianni, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Giurdanella, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via dei Barbieri, 6;

per la riforma

quanto al ricorso n. 9983 del 2019:

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro, Sezione prima, n. 1836/2019, resa tra le parti,

quanto al ricorso n. 10026 del 2019:

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro, Sezione prima, n. 1835/2019, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 10027 del 2019:

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro, Sezione prima, n. 1837/2019, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in tutti i giudizi dell’Agenzia del Demanio – Direzione regionale della Calabria;

Visto l’intervento ad opponendum della Musa Progetti soc. coop. di ingegneria nel giudizio d’appello iscritto al n. di r.g. 10027/2019;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell’udienza del giorno 25 giugno 2020, svoltasi con le modalità previste dall’art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il consigliere Fabio Franconiero e uditi per la parte appellante, ai sensi dell’art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, l’avvocato Giliberti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Società 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a. propone appello contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro segnate in epigrafe, di rigetto dei suoi ricorsi per l’annullamento del provvedimenti con i quali essa era stata esclusa dai lotti di gara 17, 20 e 22 della procedura di affidamento indetta dalla Direzione regionale della Calabria dell’Agenzia del Demanio per l’affidamento in appalto dei servizi di verifica della vulnerabilità sismica e della sicurezza strutturale, verifica preventiva dell’interesse archeologico, diagnosi e certificazione energetica, rilievo geometrico, architettonico, impiantistico, strutturale, topografico, fotografico e materico, progetto di fattibilità tecnico-economica per interventi strutturali da restituire in modalità BIM, per taluni beni del demanio statale situati nella Regione Calabria, per un importo a base d’asta di € 11.102.097,92, di cui al bando di gara pubblicato il 12 dicembre 2018.

2. Le esclusioni erano state disposte (con provvedimenti rispettivamente prot. nn. 14802 e 14803 del 4 settembre 2019 e n. 15775 del 20 settembre 2019) all’esito della verifica dei requisiti di partecipazione

dell'appellante, presentatasi in raggruppamento temporaneo di imprese con le mandanti indicate in epigrafe.

Per l'Agenzia del Demanio la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata aveva reso false dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ed in particolare perché dalle verifiche svolte era emerso nei confronti del legale rappresentante delle società Geotest s.r.l., Tecnoprove Roma s.r.l., facenti parte della terna dei subappaltatori indicati dalla 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata, «un provvedimento giudiziale che sarebbero dovuti essere dichiarati (sic) in sede di presentazione dell'offerta, onde consentire alla stazione appaltante una completa valutazione sull'affidabilità morale del concorrente», prevista dalla lettera c) del medesimo art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

3. Le censure contro i provvedimenti di esclusione sono state giudicate infondate dalle tre sentenze in epigrafe e sono state riproposte dalla 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata con gli appelli in trattazione, per resistere ai quali si è costituita la Direzione regionale della Calabria dell'Agenzia del Demanio.

4. Nell'appello iscritto al n. di r.g. 10027/2019 è intervenuta ad opponendum la Musa Progetti soc. coop. di ingegneria, alla quale nelle more del presente giudizio è stato aggiudicato il lotto di gara 20 (con determinazione n. di prot. 2318 del 4 febbraio 2020).

#### DIRITTO

1. Gli appelli possono essere riuniti per ragioni di connessione ex art. 70 cod. proc. amm., di carattere oggettivo, date dall'essere relative sentenze rese su lotti di gara della stessa procedura di affidamento, ed impropria, derivante dal fatto che i provvedimenti impugnati in ciascun giudizio e le censure contro di essi proposti sono incentrati tutti sulle stesse ragioni.

2. Con un primo ordine di censure la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata si duole del mancato riconoscimento del periodo utile ad escludere ogni rilevanza al precedente penale ai fini della partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, ovvero tre anni dall'accertamento definitivo, ai sensi dell'art. 80, comma 10, del codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione risultante dalle modifiche introdotte dal "correttivo" al codice, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, di seguito richiamata: «(s)e la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna». L'ipotesi applicabile al caso di specie sarebbe per la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata quella relativa al triennio, in ragione del fatto che la condanna non dichiarata, risalente al 2002, è relativa ad un reato contravvenzionale, sanzionato con la sola pena pecuniaria, per il quale il condannato ha beneficiato della non menzione nel casellario giudiziale.

3. Secondo l'appellante le sentenze di primo grado avrebbero errato nell'operare un non conferente richiamo al comma 10-bis del medesimo art. 80, nella parte in cui prevede che «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». Tale ultima disposizione, in quanto introdotta dal c.d. decreto "sblocca cantieri" (decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), non sarebbe applicabile ratione temporis alla procedura di gara in contestazione nel presente giudizio, poiché bandita in epoca precedente. Inoltre le sentenze avrebbero fondato il rigetto della censura qui riproposta sulla base di ulteriori richiami non pertinenti, come quello alla sentenza della III Sezione di questo Consiglio di Stato del 5 settembre 2017,

n. 4192, in cui non sarebbe stato posto in discussione il termine triennale ex art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, ma solo sulle modalità di calcolo del periodo di interdizione dalle gare, ritenuto decorrente non dal fatto ma dal suo accertamento a mezzo di un provvedimento giurisdizionale.

4. L'appellante deduce in conclusione che, decorso il periodo previsto dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo menzionata, le condanne penali «perdono totalmente di rilievo giuridico, sicché (i) non possono più essere valutati dalle stazioni appaltanti, (ii) i concorrenti non devono denunciarli in gara e (iii) il silenzio in gara attorno ad essi non può essere valutato ai fini dell'applicazione dell'art.80, co. 5, lett. f-bis) (che dispone l'esclusione dalle gare in caso di dichiarazioni non veritiere)». In caso contrario – prosegue l'appellante – e cioè con l'attribuire a tali precedenti penali rilevanza anche una volta decorso il termine di cui all'art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, si riconoscerebbe «un potere punitivo sempre latente», a prescindere dalla gravità dei fatti, ed una permanente esposizione del concorrente al potere di esclusione dalla gara delle stazioni appaltanti, contrario anche alle disposizioni di diritto euro-unitario, di cui la medesima disposizione del codice del processo amministrativo costituisce attuazione (art. 57, comma 7, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE).

5. Le censure vanno respinte.

6. Le argomentazioni dell'appellante si incentrano infatti sull'automatismo espulsivo insito nel periodo di incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione previsto dal più volte citato art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, da cui, come controdeduce l'Agenzia del Demanio, va distinto l'autonomo potere di valutazione dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico ai sensi del comma 5 della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici, valutazioni che le stazioni appaltanti possono svolgere rispetto ad ogni precedente condanna penale, e rispetto al quale si pone in chiave strumentale l'obbligo dichiarativo a carico del concorrente. In altri termini, la scadenza dell'incapacità a contrarre derivante dalla condanna penale non esime per ciò solo l'operatore economico partecipante dal dichiarare quest'ultima onde consentire all'amministrazione di svolgere la valutazione di sua competenza prevista dalla disposizione da ultimo menzionata.

Nel caso di specie tale omissione dichiarativa è stata appunto posta a base dei provvedimenti di esclusione impugnati – sebbene erroneamente ricondotta all'ipotesi della falsità dichiarativa di cui alla lett. f-bis), come si vedrà esaminando le ulteriori censure degli appelli – senza invece alcun riferimento alla diversa ipotesi dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione derivante da precedenti condanne penali ai sensi dell'art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, su cui invece si incentrano le censure oggetto dei primi motivi degli appelli riuniti.

7. Con un secondo ordine di censure la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata lamenta che non sia stata riconosciuta l'estinzione della condanna penale, che secondo la sentenza impugnata non si realizza con il semplice trascorrere del tempo previsto dalla legge ma richiede un provvedimento del giudice dell'esecuzione penale. In contrario l'appellante sostiene che quest'ultimo si limiterebbe ad un mero accertamento di un effetto già prodottosi (richiamando Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2017 n. 4048) e che pertanto l'omessa dichiarazione non può essere ritenuta falsa ai sensi della sopra menzionata lett. f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici.

8. Anche questo ordine di censure va respinto.

9. Il precedente di questa Sezione invocato dall'appellante si fonda a sua volta su un'altra pronuncia – Cons. Stato, V, 13 novembre 2015, n. 5192 – che aveva ritenuto operante l'ipotesi dell'estinzione della condanna per il mero decorso del tempo previsto dall'ordinamento penale nel vigore del codice di procedura antecedente a quello attualmente vigente. Nel vigore di quest'ultimo invece prevale in giurisprudenza l'indirizzo opposto, dal quale non v'è motivo per discostarsi, secondo cui l'estinzione del reato che esonera

il concorrente dal dichiarare la condanna penale non si determina in modo automatico per il mero decorso del tempo, ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, cui spetta in via esclusiva la competenza a valutare i presupposti della fattispecie estintiva (Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603; sez. V, 5 marzo 2019, n. 1527).

10. Con un terzo ordine di censure viene riproposta la questione dell'incidenza sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici di condanne penali riportate dai loro rappresentanti, per fatti «che nulla hanno a che fare con l'impresa in gara», posto che la condanna non dichiarata, su cui si fondano i provvedimenti di esclusione impugnati, è relativa a fatti commessi dal rappresentante legale delle subappaltatrici per attività precedenti alla loro stessa costituzione. Secondo l'appellante l'omessa dichiarazione sarebbe pertanto riconducibile alla fattispecie prevista dalla lettera c), dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici e non invece a quella di cui alla lettera f-bis) della medesima disposizione.

11. Con un quarto ordine di motivi è posta la questione dell'imputabilità alla 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata, anche sotto il profilo della supposta colpa nella scelta delle imprese subappaltatrici, del preteso falso dichiarativo rispetto ad una condanna per la quale il rappresentante legale di queste ultime aveva ottenuto il beneficio della non menzione nel certificato penale. Sulla conseguente assenza di un falso – aggiunge l'appellante – si sarebbe potuta disporre la sostituzione delle subappaltatrici in questione.

12. Le censure da ultimo esposte, esaminabili congiuntamente, sono fondate.

13. In fatto è incontroverso che la condanna penale, la cui omessa dichiarazione è stata ritenuta dall'Agenzia del Demanio integrante l'ipotesi di falso, ai sensi della lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, è relativa a fatti risalenti al 2001, anteriori alla stessa costituzione delle due subappaltatrici di cui l'autore dei fatti medesimi è rappresentante legale. Infatti la Geotest è stata costituita nel 2004, mentre la Tecnoprove Roma nel 2012.

Del pari è pacifico che per tale condanna è stato riconosciuto il beneficio ex art. 175 cod. pen. della non menzione nel casellario giudiziale, per cui esso non figurava nel certificato a disposizione della società appellante, datato 25 maggio 2018, emesso ai sensi dell'art. 24 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313.

14. Ciò premesso, avuto riguardo alla mancata conoscenza del precedente in questione del concorrente dichiarante 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata, poiché relativo alle società dallo stesso indicate come subappaltatrici, ed al fatto che la condanna si riferisce ad un titolo di reato contravvenzionale, diverso dalle ipotesi delittuose previste dall'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, non commesso nell'interesse né delle una, né delle altre società, non può ritenersi integrata l'ipotesi della falsità dichiarativa prevista dal comma 5, lett. f-bis) della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici. Come deduce l'appellante l'omissione può invece essere fatta rientrare nell'ipotesi della lettera c) della medesima disposizione, che [nella versione applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche introdotte dal decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 – Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione; convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12] prevede(va) quale causa di esclusione dalla procedura di gara l'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

15. In tale diversa fattispecie non è previsto alcun automatismo espulsivo, proprio della lettera f-bis), ma si richiede alla stazione appaltante di valutare l'integrità e/o l'affidabilità dell'operatore economico. Tale valutazione è nel caso di specie mancata, benché si sarebbe potuta svolgere in sede di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara della 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata, una volta che l'amministrazione era venuta a conoscenza del precedente penale. L'Agenzia del Demanio avrebbe in tale sede non solo potuto valutare l'incidenza del precedente sull'integrità ed affidabilità morale del concorrente, anche alla luce del fatto che quest'ultimo non ne era a conoscenza, ed eventualmente chiederne la sostituzione ai sensi dell'art. 105, comma 12, del codice dei contratti pubblici.

16. In riforma delle sentenze di primo grado gli appelli devono pertanto essere accolti nei sensi finora esposti, con annullamento delle esclusioni impugnate. In sede di riesercizio del potere l'Agencia del Demanio dovrà quindi svolgere la valutazione ex art. 80, comma 5, lett. c), rispetto al medesimo precedente penale non dichiarato.

All'esito dovrà adottare i conseguenti provvedimenti di aggiudicazione dei lotti di gara in contestazione e fare eventualmente applicazione del limite di due lotti in favore di ciascun concorrente previsto dall'art. 3 del disciplinare, in relazione al quale l'interveniente ad opponendum Musa Progetti fonda la propria eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità dell'appello n. 10027/2019 di r.g., concernente il lotto n. 20.

Tale eccezione va dunque respinta perché tendente a richiedere una pronuncia giurisdizionale rispetto a poteri amministrativi non ancora esercitati, in violazione del divieto previsto dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo.

17. Restano conseguentemente assorbite le ulteriori questioni di compatibilità del diritto interno con quello euro-unitario e di legittimità costituzionale sollevate dall'appellante nei propri appelli.

La domanda risarcitoria, peraltro genericamente formulata, proposta dalla medesima appellante va respinta perché l'interesse all'aggiudicazione dei lotti della procedura di gara in contestazione nel presente giudizio è reintegrato per effetto dell'annullamento delle esclusioni impugnate.

18. Gli appelli vanno dunque accolti nei sensi ora esposti.

La complessità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese del doppio grado dei giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie i ricorsi della Società 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a. ed annulla gli atti con essi impugnati, con salvezza del riesercizio del potere amministrativo;

compensa le spese del doppio grado dei giudizi riuniti.

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

Così deciso nella camera di consiglio ex art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dal d.l. 24 aprile 2020, n. 27, del giorno 25 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO