

Pubblicato il 14/02/2024

N. 00111/2024REG.PROV.COLL.

N. 00769/2023 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE  
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 769 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

***contro***

-OMISSIS-, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

***nei confronti***

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

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima)  
n. -OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS- e del -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2023 il Cons. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il -OMISSIS- ha indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. *c-bis*) e dell'art. 63 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento, sulla base del criterio del minor prezzo, dei lavori di “*manutenzione infrastrutturale ed impiantistica per esigenza incremento sicurezza operazioni – intervento di risanamento corticale delle arcate e degli elementi in c.a. della galleria centrale dell'aviorimessa hangar 12*”, C.I.G. 957388295A, per un importo complessivo a base d'asta pari a € 438.560,61, di cui € 402.580,31 per lavori (al netto degli oneri per la sicurezza) ed € 35.980,30 per oneri per la sicurezza (non soggetti a ribasso).

La procedura si concludeva con l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS-, in seguito revocata per omesso superamento delle verifiche dei requisiti dichiarati, avendo la Stazione appaltante rilevato la sussistenza di plurime condanne penali inflitte, a carico di uno dei Direttori tecnici dell'aggiudicataria, dal G.I.P. del Tribunale di Chieti con il decreto penale del 15 settembre 2015, divenuto esecutivo il 22 ottobre 2015, e dal Tribunale di Chieti con la sentenza del 16 settembre 2017.

All'esito del disposto scorrimento della graduatoria, la procedura veniva in seguito aggiudicata alla -OMISSIS-.

Con apposito ricorso la -OMISSIS- contestava la legittimità della predetta decisione poiché:

1) le due condanne penali pronunciate nei confronti di uno dei Direttori tecnici della società non rientrerebbero nell'elenco tassativo di cui all'art. 80 co. 1 D.Lgs. n. 50/2016 e, inoltre, non sarebbero rilevanti e, comunque, tali da giustificare alcun automatismo espulsivo in ragione della data di commissione dei rispettivi fatti giudicati penalmente rilevanti, in quanto tutti risalenti all'anno 2014;

2) la revoca della primigenia aggiudicazione scaturirebbe da una non adeguata istruttoria che, a sua volta, avrebbe ingenerato anche un difetto di motivazione del provvedimento impugnato, avendo, infatti, la Stazione appaltante soltanto chiarito di avere accertato la sussistenza di talune condanne penali a carico del Direttore tecnico rientranti tra i motivi di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 e all'art. 15 del disciplinare di gara, senza consentire alcuna interlocuzione e spiegare le ragioni della decisione.

Con successivi motivi aggiunti, la -OMISSIS- lamentava, inoltre, l'illegittimità della nota di rigetto dell'istanza di riesame comunicata il 28 marzo 2023, poiché il giudizio prognostico sull'affidabilità dell'operatore economico sarebbe stato espresso unicamente con riguardo alla figura ed al ruolo del Direttore tecnico ed in relazione a fattispecie non rientranti nei casi contemplati dall'art. 80 co. 1 e co. 2 D.Lgs. n. 50/2016. Peraltro, il riferimento all'art. 80 co. 5 lett. a) D.Lgs. n. 50/2016 (ossia alle gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in tema di salute e sicurezza sul lavoro ed agli obblighi di cui all'art. 30 co. 3 del D.Lgs. n. 50/2016, e cioè agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X) non sarebbe pertinente poiché i fatti per i quali il Direttore tecnico è

stato condannato in sede penale sono stati commessi in un momento in cui il medesimo non svolgeva attività in nome e per conto della società ricorrente, essendo stato instaurato un rapporto di collaborazione con la stessa soltanto alla data del 3 luglio 2020.

Né, peraltro, può ritenersi che l'omessa dichiarazione delle predette condanne possa assumere rilievo ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. *c-bis*) D.Lgs. n. 50/2016, considerato che i fatti ritenuti di rilevanza penale sono stati commessi molti anni addietro e in un momento in cui non era in atto alcuna collaborazione professionale con l'autore degli stessi e, comunque, non potrebbero giustificare l'esclusione dalla procedura in quanto di tenuità tale da indurre a qualificare la loro omessa dichiarazione quale fattispecie di falso innocuo.

La -OMISSIS- domandava, dunque, l'annullamento degli atti impugnati e la conseguente tutela in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente stipulato dalla Stazione appaltante con la -OMISSIS-, previa declaratoria di inefficacia dello stesso; in subordine domandava il risarcimento per equivalente del danno patito a causa dell'illegittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione.

Il -OMISSIS- e la -OMISSIS- si sono opposte all'accoglimento del ricorso integrato dai motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 198 del 19 aprile 2023 il T.A.R. per la Sicilia, sede di Palermo, Sez. II ha rigettato l'istanza cautelare proposta dalla società ricorrente.

Con successiva sentenza n. -OMISSIS- pubblicata il 19 luglio 2023, l'adito T.A.R. rigettava il ricorso integrato dai motivi aggiunti, condannando la società ricorrente alla rifusione delle spese delle controparti senza esaminare le eccezioni di rito sollevate dall'Amministrazione resistente e dalla società controinteressata.

Con ricorso in appello notificato e depositato l'11 agosto 2023 la -OMISSIS- domandava la riforma, previa sospensione cautelare dell'esecutività e concessione

delle opportune misure cautelari, della predetta sentenza, ritenendone errate le conclusioni e censurabili le motivazioni, in ragione dell'asserita fondatezza dei motivi di ricorso dedotti in primo grado e non accolti che venivano riproposti integralmente in questa sede, fatta eccezione per la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Si costituivano il -OMISSIS- e la -OMISSIS-, opponendosi all'accoglimento dell'appello in quanto infondato e riproponendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per omessa impugnazione dell'aggiudicazione disposta con il provvedimento n. 15484-2023 del 16 febbraio 2023 comunicato il 21 febbraio 2023, e tardivamente impugnato con i motivi aggiunti del 6 aprile 2023.

Nella camera di consiglio del 7 settembre 2023, l'appellante rinunciava all'istanza cautelare a fronte dello stato di avanzamento dei lavori già affidati dalla Stazione appaltante alla -OMISSIS-, insistendo nell'accoglimento del ricorso nella prospettiva di una futura pretesa risarcitoria per equivalente.

La -OMISSIS- depositava una memoria conclusiva.

All'udienza pubblica del 22 novembre 2023, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, dopo avere udito i procuratori delle parti costituite presenti, tratteneva l'appello in decisione.

## DIRITTO

I. – *L'ordine delle questioni da esaminare.*

I.1. Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione (A.P. n. 4/11, A.P. n. 9/14, A.P. n. 5/15), la norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime dando la priorità all'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle

parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10).

I.2. Pertanto, occorre preliminarmente verificare la ricevibilità dell'impugnazione degli atti amministrativi in prime cure per poi esaminare la persistente sussistenza di un personale, concreto e attuale interesse dell'appellante alla decisione della proposta impugnazione.

II. – *L'eccezione di tardiva impugnazione dell'aggiudicazione.*

II.1. Nelle memorie tempestivamente depositate dal -OMISSIS- e dalla -OMISSIS- si ripropone l'eccezione di rito già sollevata in prime cure e non esaminata dall'adito T.A.R. in ragione dell'infondatezza delle doglianze dedotte dalla società ricorrente con il ricorso integrato dai motivi aggiunti.

II.1.1. L'Amministrazione resistente e la società controinteressata lamentano, in particolare, l'inammissibilità del ricorso introduttivo per omessa impugnazione dell'aggiudicazione già nota il 21 febbraio 2023 e la conseguente irricevibilità dei motivi aggiunti notificati il 6 aprile 2023, con i quali sarebbe stata impugnata la predetta aggiudicazione oltre il termine di 30 giorni di cui all'art. 120 co. 5 c.p.a..

II.2. L'eccezione è destituita di fondamento.

II.2.1. Al riguardo occorre precisare che l'appellante ha impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado i seguenti atti: a) il provvedimento del 10.2.2023, comunicato con la parimenti gravata nota del R.U.P. prot. n. M\_D ABA005 0014952 – 2023 del 14.2.2023 notificata il 17.2.2023, recante la revoca dell'aggiudicazione della procedura; b) la successiva aggiudicazione della commessa, a seguito dello scorrimento della graduatoria, in favore della -OMISSIS-, comunicata con la nota prot. n. M\_B ABA005 REG2023 0002429 20-02-2023 del 20.2.2023; c) la rettifica dell'esito di gara RDO MEPA n. 3375292 P22-530,

pubblicata il 23.2.2023 nell'area "Amministrazione Trasparente" dell'Amministrazione.

In seguito, con i motivi aggiunti sono stati impugnati i seguenti atti: d) l'aggiudicazione disposta dal -OMISSIS-. prot. n. M\_D ABA005 0015484 – 2023 del 16.2.2023; e) la nota di riscontro del 28 marzo 2023 di conferma della revoca dell'aggiudicazione primigenia.

II.2.2. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana osserva che l'oggetto del contendere è stato chiaramente delineato dall'appellante, sin dalla proposizione del ricorso introduttivo, in relazione alla lamentata illegittimità della revoca dell'aggiudicazione disposta in suo favore e della successiva aggiudicazione disposta nei riguardi della -OMISSIS-.

Il che induce a ritenere il provvedimento da ultimo menzionato ed identificato con il prot. n. M\_D ABA005 0015484 – 2023 del 16.2.2023 già oggetto del *thema decidendum* delineato con il ricorso introduttivo a prescindere dalla sua formale indicazione nell'epigrafe e nel corpo del ricorso stesso, in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale favorevole ad un esame di tipo sostanziale delle doglianze dedotte dal ricorrente.

Ed invero, secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, se, da un lato, la clausola di stile "*ogni atto presupposto, conseguente e connesso*" o similare apposta nell'epigrafe di un ricorso non vale ad assolvere all'onere di specificare il provvedimento impugnato (Consiglio di Stato, Sez. V, n.1517/2018), dall'altro, l'individuazione degli atti impugnati deve essere operata non già con riferimento alla sola epigrafe, bensì in relazione all'effettiva volontà del ricorrente, quale desumibile dal tenore complessivo del gravame e dal contenuto delle censure dedotte (Consiglio di Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101; Cons. St., Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 516; Cons. Stato, IV, 26 gennaio 2009, n. 443 e 21 giugno 2001, n. 3346), al punto da poter indurre a ritenere oggetto di impugnativa tutti gli atti che, sebbene non

espressamente indicati tra quelli impugnati ed indipendentemente dalla loro menzione nell'epigrafe, costituiscono senz'altro oggetto delle doglianze di parte ricorrente in base ai contenuti dell'atto di ricorso (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1242). Nella fattispecie, l'omessa indicazione in epigrafe degli estremi del provvedimento di aggiudicazione non ha pregiudicato la determinatezza del ricorso, essendo evidente lo scopo perseguito con i motivi proposti e tendente ad ottenere l'annullamento della revoca della primigenia aggiudicazione e della successiva aggiudicazione disposta in favore della -OMISSIS-.

Peraltro, nell'epigrafe del ricorso introduttivo si menziona in modo inequivoco tra gli atti impugnati la nota del 20 febbraio 2023 con la quale è stata comunicata all'appellante l'avvenuta aggiudicazione dell'appalto alla -OMISSIS-.

Donde, la certezza che l'oggetto del contendere fosse costituito anche dalla nuova aggiudicazione disposta in conseguenza della revoca della precedente, sebbene non formalmente indicata, dovendosi

logicamente ritenere che la contestazione riguardi non solo la nota ma anche il provvedimento ivi contenuto.

II.2.3. Inoltre, ad ulteriore riprova dell'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo e di irricevibilità dei motivi aggiunti concorre il valore giuridico da ascrivere alla nota prot. n. M\_D ABA005 REG2023 0004601 del 28.3.2023 con la quale l'Amministrazione, rigettando le istanze di riammissione in gara presentate dalla -OMISSIS- il 28.2.2023 ed il 9.3.2023, ha chiaramente confermato il proprio operato e, quindi, tutti gli atti precedentemente adottati, ivi inclusa la seconda aggiudicazione disposta in favore della -OMISSIS- dopo la revoca della prima aggiudicazione.

Essendo, infatti, stata adottata all'esito di una nuova istruttoria e di una rinnovata ponderazione degli interessi, ed essendo anche connotata da una nuova motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2020, n. 4525; id., sez. II, 24 giugno 2020, n. 4054;

id., sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3207; id., sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4214; id. 29 febbraio 2016, n. 812; id. 12 febbraio 2015, n. 758; id. 14 aprile 2014, n. 1805; Consiglio di Stato, Sez. III, 24 dicembre 2021 n. 8590), la predetta nota del 28 marzo 2023 costituisce un vero e proprio atto di conferma tanto della revoca della prima aggiudicazione quanto implicitamente della seconda aggiudicazione della cui legittimità si discute, con conseguente effetto sostitutivo ed onere di una nuova impugnazione per l'interessato, onde salvaguardare il ricorso introduttivo già proposto da una declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Il che rileva, dunque, anche ai fini del termine per impugnare di cui all'art. 120 co.5 c.p.a., decorrendone uno nuovo proprio dalla comunicazione della predetta nota.

E poiché il ricorso per motivi aggiunti è stato notificato il 6 aprile 2023 e, quindi, entro i 30 giorni decorrenti dalla comunicazione in data 28 marzo 2023 del predetto atto di conferma, l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse e di irricevibilità dei motivi aggiunti per tardiva notifica è infondata.

### III. – *L'interesse alla decisione dell'appello.*

III.1. Nel corso del giudizio è stato rappresentato dall'Amministrazione resistente e dalla società controinteressata che il contratto di appalto oggetto del contendere era stato già stipulato in data 1 marzo 2023 ed i lavori commissionati sarebbero giunti ad un avanzato stato di esecuzione, al punto che la loro conclusione era stata prevista per il 14 settembre 2023.

L'appellante, dunque, rinunciava all'istanza cautelare nella camera di consiglio del 7 settembre 2023, ma, con la memoria depositata il 6 novembre 2023 ai sensi dell'art. 73 co. 1 c.p.a. in prossimità dell'udienza di merito fissata per il 22 novembre 2023, rappresentava di avere interesse all'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati nella prospettiva di una futura azione di risarcimento danni per equivalente.

Al riguardo, l'appellante precisava che la scelta di non insistere in appello nella domanda risarcitoria per equivalente già proposta in primo grado doveva intendersi quale (parziale) rinuncia agli atti e, come tale, non sarebbe stata preclusiva della successiva riproposizione in un separato processo (pag. 5, memoria 6 novembre 2023).

Donde, la persistenza del prospettato interesse all'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati.

III.2. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, anzitutto, rileva che l'adito T.A.R. non si è espressamente pronunciato in ordine alla domanda di risarcimento del danno, considerandola (non rileva se impropriamente o meno) assorbita dal pronunciato rigetto della domanda di annullamento.

La sentenza appellata, infatti, non menziona né in motivazione, né in dispositivo, la domanda risarcitoria; e non ne statuisce espressamente il rigetto, anche solo quale conseguenza della insussistenza di alcuno dei suoi elementi costitutivi, ivi compreso quello attinente all'ingiustizia del danno, di cui l'illegittimità del provvedimento lesivo impugnato costituisce una componente ineliminabile, sebbene - come è noto - non esclusiva.

È altresì pacifica, oltre che espressamente confermata dall'appellante nella memoria del 6 novembre 2023, la mancata riproposizione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., della medesima domanda risarcitoria.

III.2.1. Al riguardo, deve osservarsi che, in base al disposto di cui al citato art. 101, comma 2, c.p.a., *"si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello"*.

Il che implica la rilevanza processuale della qualificazione giuridica dell'implicita rinuncia alla domanda di risarcimento per equivalente desumibile dalla scelta difensiva dell'appellante di non insistere anche in appello nella pretesa risarcitoria

formulata in primo grado, onde verificarne l'ammissibilità di un'eventuale futura riproposizione in un separato giudizio che, qualora possibile, salvaguarderebbe in questa sede la sussistenza del dichiarato interesse alla decisione.

III.2.2. Come noto, si è soliti distinguere la rinuncia al diritto dalla rinuncia all'azione e dalla rinuncia agli atti.

Ed invero, la rinuncia agli atti di cui all'art. 306 c.p.c. si distingue dalla rinuncia all'azione, poiché, pur implicando l'estinzione del processo, non preclude all'interessato la futura riproposizione della medesima domanda in un secondo momento, sebbene, secondo quanto previsto dall'art. 2945 co.3 c.c., fermo l'effetto interruttivo il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo, non valendo l'effetto sospensivo del giudizio sancito dall'art. 2945 co.2 c.c..

La rinuncia all'azione, invece, preclude proprio la successiva riproposizione della domanda poiché si traduce in una rinuncia alla tutela giurisdizionale del diritto, senza, però, determinare anche un effetto dismissivo del diritto stesso che, infatti, rimanendo in capo al suo titolare, consente comunque il suo soddisfacimento in via extragiudiziale.

Pertanto, può affermarsi che: 1) la rinuncia agli atti processuali estingue il processo, consente la futura riproposizione della medesima domanda giudiziale (salva la prescrizione nelle more maturata) e non implica la perdita della titolarità del diritto vantato; 2) la rinuncia all'azione estingue il processo, preclude la futura riproposizione della medesima domanda giudiziale ma non implica anche la perdita della titolarità del diritto vantato; 3) la rinuncia al diritto in corso di causa estingue il processo, preclude la futura riproposizione della medesima domanda giudiziale ed implica la perdita della titolarità del diritto vantato.

In tal senso si è già espresso il Consiglio di Stato (cfr. Sezione IV, n. 2666 del 4 maggio 2018), precisando che nel processo amministrativo la rinuncia alla domanda

non va confusa con la rinuncia agli atti del giudizio atteso che, nel caso di rinuncia agli atti del giudizio, si può parlare di estinzione del processo, cui consegue una pronuncia meramente processuale, potendo essere la domanda riproposta nel caso in cui siano ancora aperti i termini per far valere in giudizio la pretesa sostanziale; la rinuncia all'azione comporta, invece, una pronuncia con cui si prende atto di una volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità di una riproposizione della domanda; in quest'ultimo caso non vi può essere estinzione del processo, in quanto la decisione implica una pronuncia di merito, cui consegue l'estinzione del diritto di azione, atteso che il giudice prende atto della volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta nel processo (ex multis, di recente, Consiglio di Stato, sez. III, 21 giugno 2017 n. 3058)".

Ebbene, proprio alla luce della richiamata distinzione, appare evidente che la rinuncia *ex lege* alla domanda risarcitoria scaturente dalla sua mancata riproposizione in appello non può ritenersi chiaramente ed univocamente indicativa della volontà dell'interessato di rinunciare in via definitiva alla pretesa risarcitoria.

Se, infatti, in linea di principio l'atto processuale costituisce estrinsecazione dell'esercizio di una facoltà insita ad un diritto, la rinuncia all'atto non implica di per sé rinuncia al diritto, manifestandosi soltanto la volontà di rinunciare a quella peculiare modalità di esercizio del diritto, senza pregiudicarne anche tutte le altre ancora possibili, in quanto consentite dal complesso delle facoltà costituenti il contenuto del diritto stesso.

Di conseguenza, la rinuncia *ex lege* derivante dall'applicazione dell'art. 101, comma 2, c.p.a. non può assumere la valenza di volontà di rinunciare alla pretesa sostanziale, con la conseguente limitazione dei relativi effetti al processo nell'ambito del quale si sia perfezionata.

Donde, la conclusione secondo cui la decisione dell'appellante di non insistere in questa sede nella domanda risarcitoria proposta in primo grado non implica preclusioni di sorta in ordine alla ripresentazione della medesima domanda nell'ambito di un autonomo giudizio, nel rispetto del termine di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a..

Sussiste, pertanto, l'interesse alla decisione dell'appello che deve, quindi, essere esaminato, sebbene nella prospettiva della mera declaratoria di illegittimità degli atti impugnati in primo grado.

*IV. – Il primo motivo di appello.*

IV.1. I motivi possono essere congiuntamente esaminati in ragione della loro connessione e fondatezza.

IV.2. In primo luogo occorre osservare che, secondo quanto desumibile dall'impugnata revoca della primigenia aggiudicazione, l'Amministrazione ha ritenuto dirimenti le condanne riportate dal Direttore tecnico della società appellante, in quanto integranti motivi di esclusione ai sensi del par. 15 del disciplinare di gara e dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016.

Il par. 15 del disciplinare di gara si limita soltanto a prevedere l'insussistenza di alcuno dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, dovendo il concorrente all'uopo rendere le relative dichiarazioni mediante autocertificazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 e presentazione del D.G.U.E..

La disciplina di riferimento, pertanto, è quella dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, non essendovi nel disciplinare di gara alcuna previsione innovativa al riguardo.

Con il successivo provvedimento del 28 marzo 2023 l'Amministrazione ha, poi, precisato che la decisione è stata adottata in ragione dell'inclusione delle condanne penali riportate dal Direttore tecnico della società appellante nella casistica menzionata nell'art. 80 co. 5 lett. a) D.Lgs. n. 50/2016 e della rilevanza ascritta all'omessa dichiarazione delle predette condanne quale condotta incidente sul

rapporto di fiducia da instaurarsi con l'impresa aggiudicataria. Dopo avere, infatti, chiarito che le predette condanne non possono considerarsi motivo di esclusione dalla procedura in ragione della loro eccessiva anteriorità, l'Amministrazione afferma che l'omessa dichiarazione delle stesse deve ritenersi rilevante ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. *c-bis*) D.Lgs. n. 50/2016.

Prescindendo da qualsivoglia considerazione in merito al raffronto tra le motivazioni dei due provvedimenti menzionati, assume valenza dirimente l'obbligatorietà o meno della dichiarazione delle predette condanne penali pronunciate nei confronti del Direttore tecnico della -OMISSIS-.

Secondo, infatti, l'appellante sarebbero decorsi troppi anni dalla commissione del fatto e dalle relative pronunce di condanna per poterle ritenere ancora attuali alla data di indizione della procedura.

IV.3. Il motivo è fondato.

IV.3.1. Ed invero, l'omessa dichiarazione delle condanne penali citate sono prive di attualità, e quindi inidonee a giustificare l'esclusione della società ricorrente dalla procedura, tenuto conto dell'epoca di commissione della condotta giudicata penalmente rilevante rispetto alla tempistica prevista dall'art. 57 par. 7 della Direttiva n. 2014/24/UE.

Secondo quanto, infatti, desumibile dal casellario giudiziale, il Direttore tecnico della società appellante ha riportato le seguenti condanne:

- 1) 15.9.2015: decreto penale del G.I.P. del Tribunale di Chieti esecutivo il 22.10.2015, per violazione delle norme in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui all'art. 18 comma 5 bis d.lvo 10.9.2003 n. 276 (commesso il 4/12/2014 in Chieti) – circostanza: art. 30 comma 1 d.lvo 10.9.2003 n. 276 – dispositivo: ammenda 2.400,00 euro;
- 2) 5.6.2017: sentenza del Tribunale in composizione monocratica di Chieti irrevocabile il 16.9.2017, per violazione delle norme in materia di tutela della salute

e della sicurezza nei luoghi di lavoro (attuazione legge 3 agosto 2007, n. 123), art. 80 comma 3 d.l.vo 9.4.2008 n. 81 e art. 133 comma 1 d.lvo 9.4.2008 n. 81 (accertato il 17/6/2014 in Chieti) – circostanza: art. 87 comma 3 lett. d) d.l.vo 9.4.2008 n. 81 ed art. 159 comma 2 lett. c) d.l.vo 09/04/2008 n. 81 – dispositivo: ammenda 2.000,00 euro ed ammenda 1.000,00 euro.

Come è agevole evincere si tratta di reati commessi nel 2014 e sanzionati nel 2015 e nel 2017, ossia oltre tre anni prima dell'indizione della procedura in questione nel 2023.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, infatti, è irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara, a siffatto esito essendosi pervenuti richiamando, anzitutto, il principio generale di proporzionalità di derivazione unionale ed osservando come la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un determinato limite temporale implicasse un'attività non proporzionata rispetto alla riconosciuta possibilità per l'amministrazione appaltante di ascrivere rilevanza a fatti che - per il tempo trascorso - non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico.

Ed invero, un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza l'individuazione di un generale limite di operatività "*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*" (in tal senso Cons. St., sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; si veda anche Cons. St., sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895).

In secondo luogo, va osservato che a favore della sussistenza di un precipuo limite temporale alla possibile rilevanza dei fatti pregressi depone l'applicazione dell'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E.,

del 26 febbraio 2014, il quale stabilisce che "*[i]n forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri [...] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. 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*" (paragrafo, quest'ultimo, che - alla lett. c) - contempla la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2021, n. 6233).

Al riguardo occorre precisare che: «*Alla disposizione contenuta nella direttiva la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha attribuito efficacia diretta nell'ordinamento interno, con conseguente immediata applicabilità*» (Consiglio di Stato, sez. V, 27/1/2022 n. 575).

Pertanto, per effetto della diretta applicazione della norma unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) , cessa di avere rilevanza, a questi fini, dopo decorsi tre anni dalla data della sua commissione. (cfr. Cons. St., Sez. V, 5 agosto 2020, n. 4934; Sez. V, 26 agosto 2020, n. 5228).

Considerato, dunque, che le condanne riportate dal Direttore tecnico della società appellante sono astrattamente riconducibili nell'ambito della casistica di cui all'art. 80 co. 5 D.Lgs. n. 50/2016 e che risalgono ad oltre tre anni addietro rispetto alla data di indizione della procedura in questione, non dovevano essere menzionate in quanto ormai prive di attualità e, quindi, di rilevanza per le valutazioni dell'Amministrazione in ordine all'affidabilità dell'operatore economico.

Ed invero, le predette condanne, non rientrando nelle ipotesi di cui all'art. 80 co. 10 e co. 10 *bis* D.Lgs. n. 50/2016 in quanto relative a reati di natura contravvenzionale puniti con la pena pecuniaria dell'ammenda e non con la pena detentiva della reclusione, appaiono rilevanti, al più, ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. n.

50/2016, sempre che se ne voglia riconoscere la valenza di fatti indicativi di un grave illecito professionale. Di conseguenza, la loro datazione nel tempo risalente ad oltre tre anni prima dell'indizione della procedura avvenuta il 28 dicembre 2022 precludeva all'Amministrazione la possibilità di pretenderne la dichiarazione, in quanto fatti privi di attitudine a comprovare l'attendibilità ed affidabilità dell'operatore economico.

IV.3.2. In secondo luogo, occorre precisare che le predette condanne penali non potrebbero neanche integrare la fattispecie di cui all'art. 80 co. 5 lett. a) D.Lgs. n. 50/2016, poiché prive del requisito della gravità preteso dalla richiamata disposizione normativa, consentendo quest'ultima alle Amministrazioni di escludere dalla partecipazione alla procedura di affidamento dell'appalto gli operatori economici che si siano resi protagonisti di *“gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice”*.

Considerata, dunque, sia la natura contravvenzionale e non delittuosa dei reati dei quali il Direttore tecnico è stato ritenuto responsabile, sia la natura e l'entità della pena pecuniaria dell'ammenda inflitta per un ammontare complessivo di € 5.400,00, le predette condanne non possono di certo ritenersi indicative di gravi violazioni alla disciplina in tema di salute e di sicurezza sul lavoro, tenuto conto che le cause di esclusione dalla gara, ponendosi in rapporto di eccezione rispetto al principio del *favor participationis*, devono essere interpretate ed applicate in modo rigoroso.

IV.3.3. Pertanto, l'omessa indicazione delle condanne riportate dal Direttore tecnico della società appellante non integra una condotta meritevole di sanzione mediante l'esclusione dalla procedura, non essendo configurabile quale condotta tendente, ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50/2016, ad influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante e, quindi, ad incidere sul corretto svolgimento della procedura di selezione.

IV.4. L'appello, pertanto, è fondato e va accolto.

V. – *Conclusioni.*

V.1. L'accoglimento dell'appello implica la riforma della sentenza appellata e l'accoglimento del ricorso di primo grado integrato dai motivi aggiunti, con conseguente declaratoria di illegittimità, e non annullamento, degli atti impugnati in primo grado dalla società appellante in ragione della sopravvenuta carenza di utilità dell'originaria domanda di caducazione dei provvedimenti impugnati e del dichiarato interesse ad una pronuncia di accertamento dell'illegittimità ai sensi dell'art. 34 co.3 c.p.a. nell'ottica di una futura azione di risarcimento danni.

V.2. Implicando l'accoglimento dell'appello una pronuncia dichiarativa ai sensi dell'art. 34 co. 3 c.p.a. e non una pronuncia costitutiva di annullamento degli atti impugnati, dalla presente sentenza non scaturiscono effetti conformativi ai sensi dell'art. 34 co. 1 lett. e) c.p.a. per l'Amministrazione resistente.

VI. – *Le spese processuali.*

VI.1. Le spese processuali seguono la soccombenza e, avuto riguardo all'attività difensiva espletata dall'appellante, vanno liquidate in suo favore ed a carico di entrambe le controparti, in solido tra esse, nella misura di € 8.000,00 oltre rimborso forfettario, C.P.A. ed I.V.A., come per legge, per il doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado integrato dai motivi aggiunti e dichiara, ai sensi dell'art. 34 co. 3 c.p.a., l'illegittimità degli atti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente e la società controinteressata, in solido tra loro, alla rifusione delle spese processuali sostenute dall'appellante, che liquida in

relazione al doppio grado di giudizio nella misura complessiva di € 8.000,00 oltre rimborso forfettario, C.P.A. ed I.V.A., come per legge.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 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 nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti e tutte le persone fisiche menzionate.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere, Estensore

Antonino Caleca, Consigliere

Paola La Ganga, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Maurizio Antonio Pasquale Francola**

**IL PRESIDENTE**

**Ermanno de Francisco**

**IL SEGRETARIO**