

I motivi di esclusione previsti dall'art. 80 co. 5 del D.Lgs. n. 50/2016 si riferiscono esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore, non ai soggetti di cui al co. 3.

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 1-2-2019

1. Il legislatore ha suddiviso le cause di esclusione in quattro gruppi: quelle dipendenti dalla sussistenza di condanne penali (comma 1), quelle derivanti da provvedimenti previsti dal Codice antimafia (comma 2), quelle concernenti la violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali (comma 4) e, infine, le numerose e variegate cause elencate nel comma 5, lettere da a) a m). Una parte delle suddette cause di esclusione (commi 1 e 2) ha carattere vincolato, mentre l'altra parte lascia margini di discrezionalità alla stazione appaltante.

2. I motivi di esclusione previsti dal comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, si riferiscono esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore, come espressamente stabilito dalla stessa norma. Il che è conforme non solo alla lettera del comma 5 dell'art. 80, ma anche a quanto previsto dal legislatore al comma 3 dello stesso articolo, in base al quale le sole cause di esclusione "di cui ai commi 1 e 2" si estendono anche ad altri soggetti ivi individuati, lasciando intendere che le cause di esclusione previste negli altri commi dell'art. 80 debbano trovare applicazione solo nei confronti dell'impresa concorrente ("operatore economico") e del suo eventuale "subappaltatore", non invece nei confronti dei soggetti individuati nel comma 3 dell'art. 80 essendo le cause d'esclusione dalle gare pubbliche tipiche e di stretta interpretazione e quindi non suscettibili di estensione analogica (1).

(1) Conformi: Consiglio di Stato, Sez. III, 11.2.2013, n. 768; Sez. V, 21.2.2013, n. 1061; Sez. V, 13.5.2014, n. 2448; e Sez. V, 21.6.2016, n. 2722.

2. Le Linee Guida ANAC n. 6, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2296/2016 del 3.11.2016, non hanno natura vincolante laddove precisano con riferimento specifico al comma 5 lett. c) dell'art. 80 che "i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice" (2).

(2) Conformi: Consiglio di Stato, Sez. V, 2.3.2018, n. 1299, nonché TAR Lombardia: - Milano, Sez. I, 29.1.2018, n. 250.

Guida alla lettura

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento la Stazione Appaltante aveva indetto una procedura negoziata in economia per l'affidamento del servizio di pulizia di aree esterne da affidarsi con il criterio del prezzo più basso.

Il servizio veniva affidato provvisoriamente alla ditta ricorrente.

Tuttavia, subito dopo, veniva comunicato alla Ricorrente che il Consiglio di Amministrazione della Stazione Appaltante aveva deliberato di non aggiudicare alla medesima il servizio di pulizia in quanto dalla dichiarazione resa in sede di gara in relazione all'assenza delle **condizioni di esclusione** dalla partecipazione alle gare, era risultato che un suo **consigliere** e procuratore, aveva *"posto in essere condotte, evidenziate dalle sentenze citate, tali da far emergere delle incompatibilità con le prestazioni da pulizia che dovranno essere affidate"*.

Sicché, il servizio veniva affidato ad altra concorrente.

La Ricorrente impugnava quindi la delibera del C.d.A. della Stazione Appaltante con cui si era da un lato stabilito di non aggiudicare a lei il servizio *de quo* e dall'altro di aggiudicare lo stesso ad altra concorrente.

Nello specifico il ricorso veniva affidato al seguente articolato motivo d'impugnazione: *"Violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara, nonché dell'art. 80, comma 5, D. Lgs. 50/2016; eccesso di potere per travisamento, illogicità e contraddittorietà, carenza di istruttoria, difetto e illogicità nella motivazione; violazione criteri Linee Guida ANAC n. 6 di attuazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) D. Lgs. 50/2016; ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti"*.

I Giudici Bolzanini, ricostruito il quadro normativo facente sfondo alla censura in esame (ed in particolare precisando che l'art. 80 del D.Lgs. 50/2016, rubricato **"Motivi di esclusione"**, contiene l'elenco dei requisiti di carattere generale - detti anche di **moralità** - che devono possedere le concorrenti e la cui mancanza costituisce motivo di esclusione dalla gara), hanno ritenuto fondato il predetto articolato motivo di ricorso.

Secondo il T.R.G.A. di Bolzano, infatti, la *ratio* della disciplina richiamata è quella di accertare che l'operatore economico possieda le qualità morali indispensabili per assumere commesse pubbliche, così da assicurare il buon andamento dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1551).

In particolare, il Collegio, evidenziato che il Legislatore ha suddiviso le cause di esclusione in quattro gruppi:

- quelle dipendenti dalla sussistenza di condanne penali (comma 1),
- quelle derivanti da provvedimenti previsti dal Codice antimafia (comma 2),

- quelle concernenti la violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali (comma 4) e, infine,
- le numerose e variegate cause elencate nel comma 5, lettere da a) a m),

ha chiarito che una parte delle suddette cause di esclusione (commi 1 e 2) ha carattere vincolato, mentre l'altra parte lascia margini di **discrezionalità** alla stazione appaltante.

Il T.R.G.A. ha poi sottolineato come alla luce del **comma 3** del citato art. 80 solo “*L'esclusione di cui ai commi 1 e 2*” si applica in via estensiva ai soggetti ivi indicati. Mentre nessuna estensione della sopra citata disposizione è stata espressamente prevista dal legislatore in relazione alle ulteriori cause di esclusione previste dai successivi commi dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016.

Chiarito ciò, i Giudici hanno ritenuto illegittima nel caso in esame l'esclusione della società ricorrente dalla gara ai sensi del comma 5, lettere a) e c), dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 per fatti compiuti da un membro del C.d.A. della stessa nel corso della sua **pregressa attività** in campo edilizio (quando costui rivestiva la carica di legale rappresentante di una cessata impresa di costruzioni e non quindi per condotte riconducibili direttamente all'impresa concorrente).

Così facendo infatti la Stazione Appaltante aveva scorrettamente applicato in modo **estensivo** il comma 3 dell'art. 80 laddove invece le cause d'esclusione dalle gare pubbliche sono **tipiche** e di **stretta interpretazione** e quindi non suscettibili di **estensione analogica**.

In conclusione, i Giudici hanno quindi affermato che i motivi di esclusione previsti dal comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, sono da riferirsi esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore, come espressamente stabilito dalla stessa norma. Il che è conforme non solo alla lettera del comma 5 dell'art. 80, ma anche a quanto previsto dal legislatore al comma 3 dello stesso articolo, in base al quale le sole cause di esclusione “*di cui ai commi 1 e 2*” si estendono anche ad altri soggetti ivi individuati, lasciando intendere che le cause di esclusione previste negli altri commi dell'art. 80 debbano trovare applicazione solo nei confronti dell'impresa concorrente (“*operatore economico*”) e del suo eventuale “*subappaltatore*”, non invece nei confronti dei soggetti individuati nel comma 3 dell'art. 80.

Quanto affermato dal T.R.G.A. di Bolzano si pone in continuità con il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui “*Nelle gare pubbliche d'appalto, le clausole di esclusione poste dalla legge (o dal bando)...sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione. Ne consegue che le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea*” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 11 febbraio 2013, n. 768;

nello stesso senso: Sez. V, 21 giugno 2016, n. 2722, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2448 e Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 1061).

Merita infine di essere rilevato quanto affermato dal T.R.G.A. di Bolzano in relazione alla diversa interpretazione di cui alle Linee Guida dell'**ANAC n. 6** laddove viene precisato, con riferimento specifico al comma 5, lett. c) dell'art. 80, che *"i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice"*.

Al riguardo, infatti, i Giudici hanno ribadito che le dette Linee Guida n. 6 non hanno **natura vincolante**, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2296/2016, reso il 3 novembre 2016 (nello stesso senso, cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 nonché TAR Lombardia: - Milano, Sez. I, 29 gennaio 2018, n. 250).

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale -OMISSIS-, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Maccaferri del Foro di Trento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Christoph Senoner in Bolzano, viale Stazione, n. 5;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Ascioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Lana, via Merano, n. 5;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dapprima dall'avvocato Lisa Grossi del Foro di Torino e, successivamente, dall'avvocato Mara Butti del Foro di Bolzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il TRGA, in Bolzano, via Claudia de' Medici n. 8;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

1) della delibera, assunta nella seduta n. -OMISSIS-, del C.d.A. dell'-OMISSIS-, con cui si è stabilito di non aggiudicare a -OMISSIS- il servizio oggetto della procedura negoziata in economia -OMISSIS-, comunicata con nota prot. n.-OMISSIS-;

2) della medesima delibera n. -OMISSIS- del C.d.A. dell'-OMISSIS-, con cui è stato aggiudicato l'appalto per il servizio di pulizia di cui sopra a -OMISSIS-., comunicata con nota prot. n. -OMISSIS-;

e, per quanto occorra,

3) dei verbali della Commissione di valutazione delle offerte economiche, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per la condanna

dell'-OMISSIS- al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del servizio oggetto della procedura negoziata in economia -OMISSIS- alla Società odierna ricorrente e, in subordine, per il risarcimento per equivalente, nella somma da accertarsi in corso di causa;

nonchè

ai fini la dichiarazione dell'inefficacia e/o invalidità del contratto di appalto eventualmente stipulato con la controinteressata o altra concorrente, non conosciuta, nelle more del presente giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno -OMISSIS-la consigliere Lorenza Pantozzi Lerjefors e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'-OMISSIS-, con comunicazione PEC del -OMISSIS-, ha invitato la ricorrente (e altre quattro ditte) a partecipare alla procedura negoziata in economia, indetta ai fini dell'affidamento del servizio di pulizia dei -OMISSIS- e delle aree esterne per il periodo 1.8.2018 - 31.7.2019, per un importo a base di gara (esclusi gli oneri di sicurezza) di euro 110.850,00, IVA esclusa, da affidarsi con il criterio del prezzo più basso.

Il disciplinare di gara prevedeva l'obbligo per le concorrenti di fare pervenire all'-OMISSIS-, entro le ore 12,00 del 6 giugno 2018 (a mezzo servizio postale o con recapito a mano), la propria offerta in plico chiuso, controfirmato sui lembi di chiusura.

La busta A - documentazione amministrativa doveva contenere, a pena di esclusione, il disciplinare di gara e la distinta dei servizi, firmati dall'offerente per accettazione, nonché la cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 93 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m..

La busta B - offerta economica doveva contenere, sempre a pena di esclusione, il modulo predisposto dalla Stazione appaltante, debitamente compilato dalle concorrenti, con l'indicazione dei prezzi unitari di riferimento e dei relativi ribassi (doc. ti 4 e 5 della ricorrente).

La società ricorrente ha partecipato alla gara presentando, oltre alla documentazione richiesta espressamente dalla *lex specialis*, anche una "dichiarazione sostitutiva di certificazione e di atto di notorietà (artt. 46 e 47 D.P.R. n. 445 del 28.12.2000)", a firma del suo legale rappresentante, in cui veniva attestata l'assenza delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare, stabilite dall'art. 80, comma 1, lettere a), b), b-bis), c), d), e), f), g) e commi 2, 3, 4 e 5, lettere a), b), c), d), f), f-bis), g), h), i), l), e m), del D. Lgs. n. 50 del 2016 e s.m. (doc. n. 7 della ricorrente).

Con deliberazione n. -OMISSIS- il Consiglio di Amministrazione dell'-OMISSIS-, preso atto che erano state presentate le seguenti tre offerte: -OMISSIS- (euro 93.338,00 + IVA), -OMISSIS- (euro 94.670,00 + IVA) e -OMISSIS-cooperativa sociale (euro 101.350,00 + IVA), ha affidato provvisoriamente il servizio di pulizia del -OMISSIS- alla ditta ricorrente -OMISSIS- (doc. 11 della ricorrente).

Con successiva nota del -OMISSIS-, la Presidente -OMISSIS- ha comunicato alla società ricorrente che il Consiglio di Amministrazione aveva deliberato di non aggiudicare alla -OMISSIS- il servizio di pulizia presso il -OMISSIS- -OMISSIS-, con riferimento all'art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016, poiché dalla dichiarazione sostitutiva di certificazione sopra citata era risultato che il signor -OMISSIS-, che ricopre la carica di consigliere e procuratore, "ha posto in essere condotte, evidenziate dalle sentenze citate, tali da far emergere delle incompatibilità con le prestazioni da pulizia che dovranno essere affidate" (doc. 2 della ricorrente).

Con nota del -OMISSIS-, la Presidente dell'-OMISSIS- ha comunicato a tutte le imprese che il Consiglio di Amministrazione "ha aggiudicato in data 11.7.2018 l'appalto per il servizio di pulizia presso il -OMISSIS- -OMISSIS- all'impresa -OMISSIS-. (doc. 3 della ricorrente).

In data -OMISSIS-la società ricorrente, per il tramite del legale di fiducia, ha contestato la decisione della stazione appaltante, esponendo le ragioni per le quali riteneva illegittima la propria esclusione dalla gara (doc. 9 della ricorrente).

L'-OMISSIS-, tramite il proprio legale di fiducia, ha confermato con nota del 17 luglio 2018 la legittimità della decisione presa (doc. 10 della ricorrente).

A fondamento del ricorso la -OMISSIS-ha dedotto il seguente articolato motivo:

“Violazione ed erronea applicazione della lex specialis di gara, nonché dell’art. 80, comma 5, D. Lgs. 50/2016; eccesso di potere per travisamento, illogicità e contraddittorietà, carenza di istruttoria, difetto e illogicità nella motivazione; violazione criteri Linee Guida ANAC n. 6 di attuazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) D. Lgs. 50/2016; ingiustizia manifesta, difetto assoluto dei presupposti”;

La società ricorrente ha chiesto anche il risarcimento dei danni in forma specifica, mediante aggiudicazione dell’appalto e, in via subordinata, il risarcimento per equivalente, nonché la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

Con atto depositato il 21 settembre 2018 si è costituito in giudizio l'-OMISSIS-, chiedendo il rigetto del ricorso, previa reiezione dell’istanza cautelare.

All’udienza in camera di consiglio del -OMISSIS-il procuratore dell'-OMISSIS- ha dichiarato che la stazione appaltante non intendeva procedere alla stipulazione del contratto fino alla decisione del merito della causa. Il procuratore della ricorrente ha quindi dichiarato di rinunciare all’istanza cautelare. Per la discussione del ricorso, su richiesta delle parti, è stata fissata l’udienza pubblica del -OMISSIS-.

Con atto depositato il 27 settembre 2018 si è formalmente costituita in giudizio anche la controinteressata -OMISSIS-., chiedendo il rigetto del ricorso.

Con successivo atto depositato il 12 ottobre 2018 l’avv. Lisa Grossi, difensore della società -OMISSIS-., ha dichiarato di rinunciare al mandato di difesa.

In data 5 novembre 2018 la società -OMISSIS-. si è costituita in giudizio a mezzo del nuovo difensore, avv. Mara Butti, che ha svolto le proprie controdeduzioni nella memoria depositata il 30 novembre 2018, chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato.

Nei termini di rito la difesa della ricorrente ha depositato una memoria conclusiva, insistendo per l’accoglimento del ricorso. I procuratori della società controinteressata e della ricorrente hanno depositato anche memorie di replica, a sostegno delle rispettive difese.

All’udienza pubblica del -OMISSIS-, sentite le parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Con un unico motivo articolato la società ricorrente si duole dell'abnorme illegittimità del provvedimento con il quale è stata esclusa dalla gara.

I due provvedimenti di condanna richiamati dall'-OMISSIS- sarebbero attinenti a condotte del signor -OMISSIS-, poste in essere non nella sua qualità attuale di consigliere del Consiglio di Amministrazione della -OMISSIS-, bensì nel corso della sua pregressa e da tempo cessata attività in campo edilizio, allorquando egli rivestiva la carica di legale rappresentante della cessata impresa di costruzioni -OMISSIS-.

Ai fini dell'esclusione dalla gara prevista dall'art. 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016, andrebbe valutata l'attività dell'impresa concorrente e l'eventuale commissione di "gravi infrazioni" nel suo esercizio o di "gravi illeciti professionali" del solo operatore economico che partecipa alla gara, mentre non potrebbero essere prese in considerazione le condotte tenute dai suoi rappresentanti nell'ambito di attività imprenditoriali o professionali pregresse, non riconducibili a quella dell'operatore economico concorrente alla gara. Nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna negligenza, né illecito professionale o violazione di norme in materia di salute e della sicurezza posti in essere dalla concorrente -OMISSIS-.

La stazione appaltante avrebbe inoltre violato i criteri applicativi della disciplina dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs. n. 50 del 2016 indicati da ANAC nelle Linee Guida n. 6, approvate dall'Autorità con delibera n. 1293/2016, in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 80, comma 13, dello stesso decreto.

In particolare, secondo le dette Linee Guida la stazione appaltante potrebbe disporre l'esclusione dell'operatore economico solo allorquando *"il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità e sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare...all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla prestazione affidata"*. Il provvedimento di esclusione dovrebbe inoltre essere "adeguatamente motivato" con riferimento ai criteri indicati.

-OMISSIS- appaltante avrebbe apertamente disatteso i principi di contraddittorio e di proporzionalità, venendo meno anche all'obbligo di motivazione adeguata e completa.

Le censure sono fondate nei limiti di seguito indicati.

Va premesso che l'art. 80 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m., rubricato "Motivi di esclusione", contiene l'elenco dei requisiti di carattere generale (detti anche di moralità) che devono possedere le concorrenti e la cui mancanza costituisce motivo di esclusione dalla gara. La *ratio* della norma è quella di accertare che l'operatore economico possieda le qualità morali indispensabili per assumere commesse pubbliche, così da assicurare il buon andamento dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1551).

Il legislatore ha suddiviso le cause di esclusione in quattro gruppi: quelle dipendenti dalla

sussistenza di condanne penali (comma 1), quelle derivanti da provvedimenti previsti dal Codice antimafia (comma 2), quelle concernenti la violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali (comma 4) e, infine, le numerose e variegate cause elencate nel comma 5, lettere da a) a m).

Una parte delle suddette cause di esclusione (commi 1 e 2) ha carattere vincolato, mentre l'altra parte lascia margini di discrezionalità alla stazione appaltante.

Dal punto di vista soggettivo, il comma 3 del citato art. 80 chiarisce poi quanto segue: *“L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio...”*.

Nessuna estensione della sopra citata disposizione è stata espressamente prevista dal legislatore in relazione alle ulteriori cause di esclusione previste dai successivi commi dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e s.m..

Ciò premesso, nel caso in esame la stazione appaltante ha escluso la società ricorrente dalla gara con la seguente motivazione: “- rilevato che dopo la verifica dei documenti e dall'autodichiarazione della -OMISSIS- si è constatato che il sig. -OMISSIS-, responsabile della sicurezza e qualità presso -OMISSIS- è stato condannato per mancanza di rispetto delle norme di sicurezza e per gestione di rifiuti non autorizzati; - rilevato che come da art. 80, comma 5, lettere a) e c), del codice appalti è facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante di escludere un operatore economico” (cfr. verbale seduta del Consiglio di Amministrazione dell'-OMISSIS- n. -OMISSIS— doc. 1 della ricorrente).

La fattispecie *sub iudice* rientra dunque nelle cause di esclusione previste dal comma 5 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016, e, in particolare, nelle lettere a) e c): “5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza 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;

....

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

La stazione appaltante ha interpretato le citate disposizioni, sotto il profilo soggettivo, nel senso che le citate cause di esclusione previste dal comma 5 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 debbano applicarsi all'operatore economico che concorre alla gara anche quando le gravi infrazioni / gravi illeciti professionali ivi previsti siano commessi da uno dei soggetti individuati dal sopra richiamato comma 3 dell'art. 80.

Il Collegio non condivide tale interpretazione, per i motivi di seguito esposti.

E' bene ricordare anzitutto che, secondo un costante orientamento della giurisprudenza, le cause d'esclusione dalle gare pubbliche sono tipiche e di stretta interpretazione, non suscettibili di estensione analogica: *“Nelle gare pubbliche d'appalto, le clausole di esclusione poste dalla legge (o dal bando)...sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione. Ne consegue che le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 11 febbraio 2013, n. 768; nello stesso senso: Sez. V, 21 giugno 2016, n. 2722, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2448 e Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 1061).

Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara è sancito nel comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016, che - in continuità con il previgente comma 1-bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006 - commina la nullità delle previsioni della legge di gara recanti cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate, codificando così l'orientamento sostanzialista invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa: *“Le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica, con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione aderente ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, che eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2018, n. 693).

Ciò chiarito, il Collegio ritiene che i motivi di esclusione previsti dal comma 5 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016, siano da riferirsi esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore, come espressamente stabilito dalla stessa norma.

Detta interpretazione è conforme non solo alla lettera del comma 5 dell'art. 80, ma anche a quanto previsto dal legislatore al comma 3 dello stesso articolo, in base al quale le sole cause di esclusione *“di cui ai commi 1 e 2”* si estendono anche ad altri soggetti ivi individuati, lasciando intendere che le cause di esclusione previste negli altri commi dell'art. 80 debbano trovare applicazione solo nei confronti dell'impresa concorrente (*“operatore economico”*) e del suo eventuale *“subappaltatore”*, non invece nei confronti dei soggetti individuati nel comma 3 dell'art. 80.

Non può quindi condividersi l'interpretazione offerta sul punto dal--OMISSIS-, che ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla gara ai sensi del comma 5, lettere a) e c), dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 per fatti compiuti dal signor -OMISSIS- nel corso della sua pregressa attività in campo edilizio, quando rivestiva la carica di legale rappresentante della cessata impresa di costruzioni -OMISSIS-, non quindi per condotte riconducibili direttamente all'impresa concorrente -OMISSIS-, di cui è attualmente consigliere del CdA.

Il Collegio è consapevole che le Linee Guida dell'ANAC, adottate dall'Autorità in esecuzione di quanto previsto dal comma 13 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e s.m., hanno precisato, con riferimento specifico al comma 5, lett. c) dell'art. 80, che *"i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice"* (Linee Guida n. 6 approvate con deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 1293 del 16 novembre 2016, da ultimo aggiornate con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017 - cfr. doc. 19 della ricorrente).

Va rilevato, tuttavia, che le dette Linee Guida non hanno natura vincolante, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2296/2016, reso il 3 novembre 2016 dall'Adunanza della Commissione speciale: *"Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dal citato art. 80, c. 13, è da ritenere che quelle ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti"* (nello stesso senso, cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299).

Il riferimento contenuto nelle Linee Guida ai soggetti individuati dal comma 3 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 si pone, a giudizio del Collegio, in contrasto non solo con il comma 5 dell'art. 80, ma anche con il dettato dello stesso comma 3, che si riferisce testualmente alle sole ipotesi tassative di esclusione previste ai commi 1 e 2 dell'art. 80. E tale disposizione non può essere oggetto di interpretazioni estensive o analogiche, come affermato di recente anche dal TAR Lombardia: *"Né può condividersi l'interpretazione estensiva della previsione di cui all'art. 80, c. 3, D. Lgs. n. 50 del 2016 delineata dall'ANAC nelle linee guida n. 6/2016 ed accolta dall'amministrazione comunale in quanto si pone in netto contrasto con la lettera della norma, la quale delimita chiaramente il proprio ambito di operatività alle sole ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dello stesso articolo e non trova, pertanto, applicazione nelle ipotesi di cui al comma 5"* (Milano, Sez. I, 29 gennaio 2018, n. 250).

Un tanto è sufficiente a ritenere fondata la censura di violazione ed erronea applicazione del comma 5 dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e s.m..

Per tutte le esposte ragioni, assorbita ogni altra censura, il ricorso va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati.

Quanto alla formulata domanda di risarcimento in forma specifica, sussistono i presupposti per disporre l'aggiudicazione della procedura in capo alla società ricorrente, seconda classificata.

Poiché nel corso del procedimento e, successivamente, nello svolgimento del processo, non è stata rilevata dalla stazione appaltante alcuna causa ostativa all'aggiudicazione della gara nei

confronti della seconda classificata e preso atto che non è ancora stato stipulato il contratto tra l'-OMISSIS- e la -OMISSIS-., può essere operato lo scorrimento della graduatoria e aggiudicata la gara a favore di -OMISSIS-.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura stabilita dal seguente dispositivo. Il contributo unificato va posto a carico dell'-OMISSIS-.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla gli atti impugnati;
- ordina alla stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione della gara a favore della ricorrente -OMISSIS-
- condanna l'-OMISSIS- e -OMISSIS-. a rifondere alla società ricorrente le spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), a carico di ciascuna delle parti, oltre a IVA, CPA e altri oneri accessori di legge;
- condanna l'-OMISSIS- al rimborso delle spese del contributo unificato versato dalla ricorrente.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, 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 la ricorrente e le persone fisiche e giuridiche nominate nel ricorso.

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno -OMISSIS-con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere

Margit Falk Ebner, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere, Estensore

