

Consiglio di stato, sezione terza, sentenza n. 6234 del 18 settembre 2019

Procedura aperta – Indicazione di uno stesso subappaltatore tra concorrenti – Esclusione ex art. 80 co. 5 lett. m del D.lgs. 50/2016 soltanto se imputazione a un unico centro decisionale Onere della prova

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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2555 del 2019, proposto da S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via

contro

- S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma, via
-,, non costituite in giudizio;

nei confronti

-S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza
- S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 00230/2019, resa tra le parti, concernente ammissione alla “Gara telematica a procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle N.ro gara 6774255”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.a., diS.p.a e di Sol S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2019 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati su delega di;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalle ammissioni alla gara telematica a procedura aperta per l'affidamento di servizi integrati per la gestione di apparecchiature elettromedicali delle, indetta con bando del 20 giugno 2017 da s.p.a., in qualità di soggetto aggregatore.

2. s.p.a., odierna appellante e presentatrice di offerte per i sei lotti in gara, ha contestato dinanzi al TAR Puglia il provvedimento prot. 181017018 del 17 ottobre 2018, nella parte concernente l'ammissione dis.p.a., in precedenza, s.p.a., anch'essa concorrente per i sei lotti (in r.t.i. con s.r.l., poi incorporata per fusione da).

3. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (II, n. 230/2019), dichiarando di prescindere dall'eccezione di irricevibilità sollevata dalle parti resistenti, ha ritenuto infondate tutte le censure dedotte, volte all'esclusione del controinteressato.

3.1. In particolare, quanto alla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 per aver omesso di dichiarare un illecito professionale (una risoluzione contrattuale disposta dall'..... nei suoi confronti):

- trattandosi di una ipotesi di esclusione non obbligata, bensì rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, quand'anche si ritenesse che vi sia un obbligo di dichiarazione violato, in ogni caso non potrebbe farsene discendere l'automatica esclusione della controinteressata; la censura investirebbe in ultima analisi un potere non ancora esercitato;

- in ogni caso, nessun onere di segnalazione poteva dirsi sussistente perché l'episodio di risoluzione contrattuale era ancora sub iudice, e quindi privo del carattere della definitività; inoltre, affinché la risoluzione possa assurgere ad elemento rilevante ai fini della valutazione sull'affidabilità professionale è necessaria l'annotazione nel Casellario Informatico ANAC;

- l'insussistenza di un onere dichiarativo esclude che si versi in ipotesi di dichiarazione non veritiera, sicché non sussiste neanche la violazione degli artt. 71 e 75 del d.P.R. 445/2000 e dell'art. 80, comma 5, relativamente alla fattispecie della lettera f-bis, che si riferisce (testualmente) all'ipotesi in cui venga resa una dichiarazione espressa "non veritiera", ossia falsa, ma non anche a quella della semplice omissione dichiarativa, che giammai potrebbe integrare gli estremi della "falsa dichiarazione".

3.2. Quanto all'indicazione tra i subappaltatori della s.p.a., in violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m), del d.lgs. 50/2016, poiché si trova in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. rispetto alla s.r.l. (direttamente con quota del 65% del capitale), nonché rispetto alla s.r.l. (indirettamente tramite la controllatas.p.a.), partecipanti alla gara in r.t.i., e tuttavia è stata indicata come subappaltatore anche dai r.t.i. concorrenti (per i lotti 1, 2, 3 e 6) e EBM – (per i lotti 4 e 5), confluiti nell'unico operatore economico concorrente

.....s.p.a., per effetto di un'operazione di fusione documentata in sede di soccorso istruttorio:

- in base all'art. 80, comma 5, lett. m), cit.), come costantemente interpretata dalla giurisprudenza, la situazione di controllo o relazione rilevante ai sensi dell'art. 2359 c.c. comporta l'esclusione dalla gara soltanto ove le offerte dei concorrenti risultino imputabili ad un unico centro decisionale; e tale imputabilità deve essere provata in concreto, fondando il giudizio "su rigorosi, obiettivi e comprovati elementi" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16.1.2017, n. 169); elementi -precisi e concordanti- che devono essere tali "da ingenerare il pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti" (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 8.4.2014, n. 1668).

- nel caso in esame, non è stata fornita alcuna allegazione per dimostrare che le offerte del r.t.i. e dis.p.a. siano il frutto della decisione di un unico centro di coordinamento o siano state concertate, o che s.p.a. abbia potuto condizionare l'.....s.p.a. nella formulazione della offerta;

- la sola indicazione della stessa ditta subappaltatrice da parte di due concorrenti non è, in sé, indice di condivisione delle offerte, né di violazione della loro indipendenza (Consiglio di Stato, sez. III, 17.4.2018, n. 2317).

3.3. Per quanto esposto, non può nemmeno ritenersi vi sia violazione dell'art. 80 comma 5, lett. f bis), d.lgs n. 50/2016, non risultando né mendaci né reticenti le dichiarazioni rese dal r.t.i. e dalla subappaltatrice SOL s.p.a. attestanti l'insussistenza di cause di esclusione.

4. La sentenza è stata appellata da, che ha riproposto le censure disattese dal TAR.

4.1. L'appellante anzitutto contesta l'assunto del TAR secondo il quale l'omessa dichiarazione di pregressi errori professionali non determinerebbe l'automatica

esclusione dalla procedura bensì la sottoposizione della questione alla Commissione di gara.

Ribadisce la propria tesi, nel senso che l'omessa dichiarazione della risoluzione contrattuale subita costituisce ex se causa di esclusione, configura un'ipotesi di dichiarazione non veritiera ex artt. 71 e 75 d.P.R. 445/2000 e art. 80, comma 5, lettera f-bis, del d.lgs. 50/2016, citando recenti pronunce, in particolare di questa Sezione (cfr. Cons. Stato, III, n. 7231/2018 e n. 5084/2018).

Sostiene che la pronuncia invocata dal TAR per escludere l'onere dichiarativo, in caso di risoluzione contrattuale contestata in giudizio o non risultante dal Casellario Informatico ANAC (Cons. Stato, V, n. 2063/2018), non è conferente, in quanto non si riferisce a risoluzioni contrattuali ma a pregressi provvedimenti di esclusione oggetto di iscrizione al Casellario.

4.2. Con il secondo motivo, l'appellante ribadisce gli elementi di collegamento tra le società e, sottolineando la parentela tra i presidenti dei consiglio di amministrazione, e tra e, sottolineando l'assunzione di incarichi gestionali nella seconda da parte di consiglieri di amministrazione della prima.

A dire dell'appellante, i predetti elementi di collegamento inducono a ritenere la conoscibilità delle rispettive strategie imprenditoriali, e che, in particolare, fosse a conoscenza della partecipazione di alla gara, e, attraverso il confronto volto a determinare il contenuto del subappalto promesso, possa essere venuta a conoscenza di elementi riservati dell'offerta, con conseguente alterazione della normale competizione di gara.

Del resto, secondo la giurisprudenza, ai fini dell'esclusione per collegamento sostanziale tra imprese, è sufficiente che sia provata l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento di offerte, non anche che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto.

Sarebbe infine evidente la distorsione che comporta nella gara la posizione di, la quale viene a godere di plurime chances di aggiudicazione a discapito della concorrenza e della par condicio.

4.3. Ribadisce infine che l'omessa indicazione della potenziale causa di esclusione costituisce comportamento reticente, meritevole di sanzione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera f-bis, del d.lgs. 50/2016.

5. Si sono costituiti in giudizio ed hanno controdedotto puntualmente,e Sol – anche riproponendo, ex art. 101, cod. proc. amm., le censure ed eccezioni ritenute assorbite o non esaminate dal TAR.

6. Le parti hanno depositato memorie e repliche, puntualizzando le rispettive tesi.

7. Occorre anzitutto disattendere le eccezioni di irricevibilità del ricorso introduttivo, sollevate dalle parti resistenti e facenti leva sulla presenza alla seduta pubblica del 9 ottobre 2018, in cui è stata disposta l'ammissione contestata, di un rappresentante delegato (oltre che di un uditore) di TS, la quale in tal modo avrebbe acquisito piena conoscenza del provvedimento e dei relativi atti di gara (i profili oggetto di censura sarebbero dunque stati percepibili, per essere stati oggetto di valutazione nella seduta - come risulta dal relativo verbale n. 3 - ben prima della sua pubblicazione), mentre il ricorso è stato notificato solo in data 16 novembre 2018.

Il Collegio rileva al riguardo che il più recente e condivisibile orientamento di questo Consiglio esclude che la mera presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni possa far decorrere il termine decadenziale per ricorrere ex art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., dovendosi a tal fine invece far riferimento esclusivo alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi a questa fase ai sensi dell'art. 29, in considerazione del carattere speciale, derogatorio, e pertanto di stretta interpretazione del "rito superspeciale" (cfr. Cons. Stato, III, n. 1327/2019, V, n. 173/2019).

Nel caso in esame, poiché il provvedimento è stato adottato in data 17 ottobre 2018 (ed in esso si legge che “ai sensi dell’art. 120 comma 2-bis del codice del processo amministrativo, il presente provvedimento potrà essere impugnato nel termine di 30 (trenta) giorni dalla sua pubblicazione”) ed è stato pubblicato il 18 ottobre 2018, il ricorso deve ritenersi tempestivo.

8. Vanno anche disattese le eccezioni di inammissibilità per carenza di interesse, sollevate da riguardo al primo motivo; la prima, in ragione del fatto che dall’omessa dichiarazione non potrebbe conseguire che la riapertura della gara con valutazione della rilevanza delle risoluzioni subite, posto che tale questione attiene al merito delle censure dedotte; la seconda, basata sul rilievo che il rito superspeciale non potrebbe essere applicato per contestare carenze dei requisiti di ammissione che, come nel caso dell’omessa o incompleta dichiarazione degli illeciti professionali pregressi, sarebbero rilevabili dalla stazione appaltante solo in una fase procedimentale successiva, posto che la *ratio* del rito, oggi abrogato, è proprio quella di consentire una tempestiva emersione dei vizi relativi alla composizione della compagine dei concorrenti soggetti a valutazione.

9. Nel merito, il motivo di appello relativo ai pregressi illeciti professionali non dichiarati è infondato.

Il Collegio è consapevole che, nella giurisprudenza di questa Sezione, l’orientamento secondo il quale, sulla base di una lettura complessiva dell’art. 80, comma 5, lettere c) e f-bis) – nella formulazione previgente al d.l. 135/2018, che, tra l’altro, ha eliminato la connotazione della risoluzione contrattuale rilevante come “ non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio” - sussiste per i concorrenti l’obbligo di dichiarare tutte le risoluzioni a pena di esclusione (cfr. Cons. Stato, III, n. 7231/2018, n. 3331/2019 e n. 3908/2019; n. 5084/2018), prevale sull’orientamento secondo cui, viceversa, in presenza di giudizio pendente l’obbligo dichiarativo non sussiste (cfr. V, n. 2063/2018; III, n. 4266/2018) e l’omessa

dichiarazione, in quanto diversa dalla dichiarazione non veritiera, cioè falsa, non può rilevare come causa di esclusione ex lettera f-bis (cfr. V, n. 196/2019 e n. 2407/2019).

Che la pendenza del giudizio civile avente ad oggetto un provvedimento di risoluzione non impedisca alla stazione appaltante di effettuare la valutazione sull'affidabilità dell'operatore cui si riferisce e di disporre l'esclusione, è ormai palese alla luce della nuova formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), derivante dal d.l. 135/2018, convertito con modificazioni dalla legge 12/2019 (e ad analoga conclusione è pervenuta la Corte di Giustizia Europea, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della norma con l'art. 57, par. 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE, con la sentenza in data 19 giugno 2019, C-41/2018).

Non varrebbe, dunque, alle appellate eccepire che si tratta di fatti risalenti nel tempo e comunque contestati in giudizio.

Tuttavia, non può omettersi di rilevare come

- il prevalere di una configurazione più rigorosa dell'onere dichiarativo negli orientamenti giurisprudenziali non era ancora pienamente percepibile al momento della presentazione della domanda nella gara in questione (7 settembre 2017);
- la dichiarazione sull'assenza di cause di esclusione è stata resa dai concorrenti utilizzando il modello allegato al disciplinare di gara, che prevedeva la dichiarazione delle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne abbiano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio", e non contemplava riferimenti a tutte le risoluzioni subite dall'impresa;
- gli eventi che avrebbero dovuto essere dichiarati non figurano nei rispettivi Casellari ANAC; un orientamento giurisprudenziale ha affermato che, affinché possa ritenersi integrata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016, è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata

segnalazione risultino comunque dal Casellario informatico dell'ANAC, come è stato chiarito dalle Linee Guida ANAC n. 6/2016, al punto 4.6. (cfr. Cons. Stato, III, n. 4266/2018; V, n. 2063/2018, n. 5136/2018; n. 6576/2018; n. 3304/2017; n. 3258/2017; CGA n. 71/2019).

E, in effetti, le Linee Guida n. 6, nella versione originaria risultante dalla delibera ANAC n. 1293 in data 16 novembre 2016, riportano, in evidenza (riquadro in grassetto) che “gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante modello DGUE, tutte le notizie inserite nel Casellario Informatico gestito dall'Autorità astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità”; dopo il correttivo, la nuova versione risultante dalla delibera n. 1008 in data 11 ottobre 2018, precisa invece che “gli operatori economici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, sono tenuti a dichiarare, mediante modello DGUE, tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità”.

La gara in questione ricade *ratione temporis* nell'ambito di applicazione della prima versione delle linee guida.

Occorre tener conto di detti elementi, idonei a suscitare un legittimo affidamento sull'esistenza di un onere dichiarativo limitato in capo all'operatore economico, che può aver confidato in buona fede sulla non ricomprensione degli episodi sub iudice e non annotati nel Casellario ANAC.

In tale contesto, l'applicazione di una sanzione automaticamente espulsiva sarebbe sproporzionato e lesivo del legittimo affidamento suscitato anche da atti interpretativi dell'Autorità di settore.

La censura non può pertanto essere accolta.

Resta ferma la necessità che la stazione appaltante consideri motivatamente la rilevanza delle vicende contrattuali pregresse non adeguatamente sottoposte al suo esame nel procedimento di gara.

10. Non sono fondate nemmeno le censure incentrate sulla posizione della subappaltatrice designata Sol.

10.1. L'art. 80, comma 5, lettera m), del codice dei contratti, è finalizzato ad evitare che possa aver luogo una concertazione delle offerte tra operatori formalmente distinti, così moltiplicando a danno degli altri concorrenti le proprie chances di aggiudicazione.

L'onere della prova di tale distorsione del confronto concorrenziale ricade sulla parte che ne affermi l'esistenza al fine dell'altrui esclusione dalla gara, e la dimostrazione deve fondarsi su elementi di fatto univoci, desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti, sia dal contenuto delle offerte presentate (cfr. Cons. Stato, V, n. 58/2018), tali da evidenziare un collegamento diretto ed immediato tra operatori in apparenza concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, n. 69/2019). Non è in contestazione la possibilità di risultare subappaltatore designato da due o più concorrenti, risultando tale elemento insufficiente a far supporre una simile concertazione, e finanche un condizionamento nella formulazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, III, n. 2317/2018; in tal senso anche la delibera ANAC n. 1228/2017).

10.2. Le circostanze di fatto sottolineate dall'appellante esprimono indubbiamente uno stretto collegamento tra il r.t.i. e la subappaltatrice Sol (peraltro, una delle cinque imprese a tal fine indicate dal raggruppamento), ma non dimostrano nulla di significativo circa un accordo tra i due concorrenti che l'hanno indicata come tale, né tra il subappaltatore e l'altro concorrente (al di fuori di ciò che riguarda l'esecuzione del rapporto di subappalto).

Deve dunque ritenersi non provato che la partecipazione dei due concorrenti che condividono l'indicazione di Sol come subappaltatrice sia frutto di concertazione o comunque di condizionamento derivante dai rapporti tra di essi.

10.3. Ciò, a maggior ragione, se si tiene conto che, rispetto all'art. 105, comma 4, lettera a), del codice – che preclude all'offerente in gara di rendersi a sua volta

subappaltatore di altro concorrente, escludendo il rilascio in suo favore dell'autorizzazione per il subappalto – è stata avviata in data 24 gennaio 2019 una procedura di infrazione da parte della Commissione UE per violazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, in quanto non lascia agli operatori economici la possibilità di dimostrare che il fatto di aver partecipato alla stessa procedura di gara, o di essere collegati a partecipanti ad essa, non ha influito sul loro comportamento in gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

10.4. Per quanto esposto, non occorre esaminare l'eccezione di Sol, secondo la quale la disposizione della citata lettera m) del codice dei contratti, se interpretata come legittimante l'esclusione dalla gara anche in relazione a situazioni relative ai subappaltatori, eccederebbe la delega conferita con l'art. 1, comma 1, lettera rrr), della legge 11/2016, che tra i principi e criteri direttivi relativi al subappalto menzione "l'obbligo ... di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione".

11. Le considerazioni che precedono conducono anche ad escludere che vi sia stata dichiarazione reticente o non veritiera, sanzionabile ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera f-bis, cit.

12. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

13. Le spese del grado di giudizio, considerata la complessità delle questioni affrontate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2019

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO