CdS, sezione terza, sentenza n. 6216 del 18 settembre 2019

Raggruppamento – Cessione del ramo di azienda da parte della mandante – No automatica esclusione – Verifica dei requisiti – Tutelata la libertà organizzativa

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 2551 del 2019, proposto da, 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

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.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
-, non costituita in giudizio;
-, 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

- s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via – anche appellante incidentale;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 00229/2019, 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 Aziende Sanitarie della Regione Puglia N.ro gara 6774255”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.a., S.r.l.,

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da S.r.l.;

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 Aziende Sanitarie della Regione Puglia, indetta con bando del 20 giugno 2017 da s.p.a., in qualità di soggetto aggregatore.

2., 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 del r.t.i. tra s.r.l., Tesi s.r.l. e s.r.l. , anch'esso concorrente per i sei lotti.

3. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (II, n. 229/2019), 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 perdita delle qualificazioni richieste dalla *lex specialis*, in capo alla mandante, per effetto della cessione in affitto del ramo di azienda allas.r.l. (già s.r.l.), il TAR ha sottolineato che:

- l'Adunanza Plenaria n. 3/2017, ha escluso qualsivoglia automatismo decadenziale in danno dell'impresa cedente il ramo di azienda, ritenendo necessaria una valutazione in concreto dell'atto di cessione da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento (valutazione che in ipotesi di esito positivo non comporta soluzione di continuità); e, sebbene, l'art. 51 del d.lgs. 163/2006 non sia stato riprodotto nel nuovo codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza prevalente non dubita della perdurante applicabilità dei relativi principi;

- nel caso in esame, emerge dall'atto una chiara volontà di consentire alla cessionaria il subentro nelle gare in corso;

- in ogni caso, la cessione del ramo di azienda è intervenuta nel corso della procedura (il contratto è del 1 ottobre 2018) e la verifica dei requisiti non è stata effettuata con riferimento alla cessionaria; resta pertanto salvo in capo alla stazione appaltante un potere di verifica non ancora esercitato.

- in considerazione del subentro, non si pone alcuna questione di violazione del divieto di concorrenza ex art. 2557, quarto comma, c.c., peraltro oggetto di esplicita previsione contrattuale (cfr. art. 2, punto 7).

3.2. Quanto al requisito relativo della “capacità tecnica e professionale”, di cui ai paragrafi III.1.3 del bando e 2.2.3 del disciplinare, richiedenti un fatturato specifico in misura “almeno pari al 70 % del valore posto a base d'asta del lotto/i a cui si intende partecipare”, che avrebbe dovuto essere verificato in relazione alla somma del valore posto a base d'asta dei lotti a cui si intende partecipare:

- il disciplinare considera le condizioni di partecipazione (capacità economico-finanziaria, punto 2.2.2., e capacità tecnico-professionale, 2.2.3.) riferendole per l'ipotesi di partecipazione per più lotti (punto 2, 5° capoverso) al “lotto di importo superiore tra quelli tra cui presenta l'offerta, ciò tenendo conto della forma con la quale il soggetto partecipa (impresa singola, impresa mandataria, impresa mandante, etc.)”, e distinguendo da esse i requisiti di aggiudicazione, per i quali (7° e 8° capoverso) prescrive che, in ipotesi di aggiudicazione di due o, eccezionalmente, più lotti, dovrà essere verificato in capo all'aggiudicatario provvisorio il possesso degli stessi requisiti rapportati, quantitativamente, “alla somma dei fatturati richiesti per la partecipazione a ciascuno dei due predetti lotti” ovvero “alla somma dei fatturati dei singoli lotti” se più di due;

- pertanto, il possesso dei requisiti ai soli fini della partecipazione alla gara è stato correttamente valutato dalla stazione appaltante con riferimento al lotto di valore superiore rispetto a quelli cui si riferisce la domanda di partecipazione e non già al relativo valore complessivo (fermo restando che l'aggiudicazione non potrà essere disposta per più di due lotti rispetto a ciascun concorrente, rispetto ai quali andrà in concreto condotta la verifica finale).

3.3. Quanto all'indicazione tra i subappaltatori della, 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 controllata Air, e tuttavia è stata indicata come subappaltatore anche dai r.t.i. concorrenti

..... (per i lotti 1, 2, 3 e 6) e (per i lotti 4 e 5), confluiti nell'unico operatore economico concorrente Althea Italia 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 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).

3.4. 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 attestanti l'insussistenza di cause di esclusione.

4. La sentenza è stata appellata da Tecnologie Sanitarie, che ha riproposto le censure, ad eccezione di quella relativa all'insufficienza del requisito di "capacità tecnica e professionale".

4.1. L'appellante principale ribadisce anzitutto che il principio di continuità del possesso dei requisiti per tutta la durata dell'appalto risulta violato dall'affitto da parte di del ramo d'azienda di attivo nella manutenzione di apparecchiature elettromedicali (comprendente clienti e personale impiegato nelle commesse presso San Paolo di Milano, Gemelli di Roma, San Camillo di Cremona e Milano, etc., i cui requisiti sono stati utilizzati dal r.t.i. per partecipare alla gara).

Il TAR, nell'affermare la legittimità del preteso subentro dell'affittuaria, avrebbe esorbitato dai limiti del giudizio, trattandosi di questione estranea all'impugnazione e relativa a poteri amministrativi non esercitati.

D'altro canto, il subentro non può verificarsi perché manca una volontà negoziale in tal senso (come, peraltro, affermato da), e perfino un provvedimento che, sulla base di una norma, autorizzi la modifica dell'a.t.i. (non essendo conferente quanto affermato da A.P. n. 3/2017, poiché riferito all'art. 76, comma 11, del d.P.R. 207/2010, applicabile agli appalti di lavori e non a quelli di servizi).

Inoltre, Biomed non potrebbe eseguire la prestazione, stante il divieto di concorrenza ex art. 2557 c.c.

4.2. Con il secondo motivo, l'appellante ribadisce gli elementi di collegamento tra le società e Sol, sottolineando la parentela tra i presidenti dei consiglio di amministrazione, nonché tra, 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, Althea fosse a conoscenza della partecipazione di alla gara, e Sol, attraverso il confronto volto a determinare il contenuto del subappalto promesso, possa essere venuta a conoscenza di elementi riservati dell'offerta Althea, 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 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,, Sol – anche riproponendo, ex art. 101, cod. proc. amm., le censure ed eccezioni ritenute assorbite o non esaminate dal TAR - nonché, la quale ha anche proposto appello incidentale avverso la valutazione data dal TAR al contratto di affitto del ramo d'azienda.

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 disattese anche le eccezioni di inammissibilità della censura concernente la cessione del ramo d'azienda per genericità delle doglianze, nonché per mancata specifica impugnazione di un'argomentazione – quella relativa alla salvezza del potere di verifica dei requisiti in capo alla cessionaria, non ancora esercitato – di per sé idonea a supportare la decisione.

Infatti, le doglianze sono specificamente argomentate, la focalizzazione da parte del TAR della possibilità di subentro della affittuaria (o cessionaria) d'azienda è stata censurata, e comunque non fa venir meno la contestazione, concettualmente autonoma, del venir meno dei requisiti in capo alla mandante del r.t.i. controinteressato.

9. Nel merito, quanto a detto ultimo profilo, sia l'appellante che la stazione appaltante, facendo leva sulla nota sub art. 2.3. del contratto di affitto di ramo d'azienda tra e(che disciplina un aumento del corrispettivo con riferimento alle gare in corso che potrebbero accrescere le commesse aziendali, tra le quali l'allegato G menziona anche quella in questione), argomentano sulla legittimità della prospettiva del subentro dinell'esecuzione del contratto.

10. prospetta una ricostruzione diversa, anche proponendo appello incidentale.

Sostiene che le procedure di gara in corso menzionate nell'allegato G del contratto non costituiscono oggetto di trasferimento (artt. 2.2-3), posto che detto allegato riporta l' "elenco gare ed opportunità Srl", ciò che dimostra come i rapporti in questione non siano stati affatto ceduti a, ma rimangano tuttora in capo a, rappresentando mere occasioni che potranno concretizzarsi eventualmente solo in futuro, previa necessaria negoziazione (cfr. art. 2.3.).

E sostiene di possedere comunque i requisiti per l'esecuzione del contratto, nonostante l'affitto del ramo d'azienda, sottolineando di aver mantenuto il magazzino, con oltre quattrocento articoli (mentre il contratto di affitto comprende poche decine di articoli – cfr. allegato D), e di essere in grado di svolgere l'appalto tramite adeguato personale, impiegando i consiglieri (dotati di indubbia esperienza nel settore) e assumendo, come di prassi, personale specificamente dedicato alla singola commessa.

Sottolinea inoltre che la mera cessione di alcuni beni non può costituire una fattispecie di affitto di azienda, persino se il contratto venga in tal modo qualificato dalle parti, e che non è precluso all'impresa concorrente, nell'ipotesi di aggiudicazione, ricostruire quella (ipoteticamente, ma comunque non definitivamente, perduta) capacità, mediante l'acquisizione dei mezzi e del personale all'uopo necessari (cfr. Cons. Stato, V, n. 3492/2019).

11. ha replicato che l'appello incidentale di è inammissibile per genericità, e che comunque, in mancanza di un gravame ammissibile sul punto, è passata in giudicato la sentenza del TAR che rinviene nell'atto di cessione "una chiara volontà di consentire alla cessionaria il subentro nelle gare in corso", così implicitamente riconoscendo la concreta perdita delle qualificazioni.

12. Il primo ordine di censure dedotte da, in quanto riferito alla soluzione di continuità nel possesso dei requisiti in capo a, non è fondato.

12.1. Il Collegio osserva che il TAR ha rigettato le censure in esame, mediante il duplice riferimento all'Adunanza Plenaria n. 3/2017 ed alla necessità - da essa espressa in linea di principio - di una verifica in concreto del mantenimento o meno del requisito nonostante la cessione aziendale, ed alla perdurante applicabilità del principio espresso dall'art. 51 del d.lgs. 163/2006 sulla possibilità di subentro del cessionario in sede di aggiudicazione.

Ma non ha preso posizione sull'avvenuto subentro della cessionaria nell'esecuzione dell'appalto, qualora aggiudicato al r.t.i., limitandosi a riscontrare una univoca volontà negoziale nel senso del subentro, che tuttavia, pur consentito, resterebbe condizionato ad una positiva valutazione della stazione appaltante.

E, a ben vedere, non ha neanche espressamente esaminato la possibilità che mantenga i requisiti ai fini dell'aggiudicazione ed esegua in proprio l'appalto, nonostante l'affitto del ramo d'azienda.

Non vi è dunque una decisione che escluda detta ultima possibilità ovvero imponga di esaminare l'ammissione del r.t.i. nella sola prospettiva del subentro del cessionario aziendale, per rimuovere la quale sia necessario uno specifico gravame.

12.2. Peraltro, l'appello incidentale appare tutt'altro che generico, e non può ritenersi inammissibile.

12.3. Il contratto di affitto non menziona esplicitamente il trasferimento dei diritti di esecuzione dell'appalto in questione, anche se è vero che da esso può desumersi l'implicita volontà delle parti di addivenire a tale effetto.

Tuttavia, tale eventualità, richiedendo l'ammissione del r.t.i. presentatore dell'offerta e la successiva valutazione del subentro da parte della stazione appaltante, concerne una fase procedimentale successiva a quella in esame ed estranea al presente giudizio.

Ciò che deve essere valutato, invece, alla luce delle censure dedotte, è se l'affitto di ramo d'azienda comporti l'esclusione del r.t.i. concorrente.

..... ha prospettato elementi potenzialmente idonei a supportare il mantenimento dei requisiti. L'appellante principale ha solo genericamente contestato tale esito, ma senza dedurre specifiche conclusive censure idonee a confutare la prospettazione di controparte.

Non sembra dubbio che, alla luce del principio affermato dall'Adunanza Plenaria n. 3/2017, sia da escludere che un atto di cessione di beni, quand'anche qualificabile come cessione di ramo d'azienda, comporti per il cedente in via automatica la perdita delle proprie qualificazioni, dovendosi invece verificare in concreto se la cessione ha riguardato un compendio di beni di dimensioni tali da incidere sulla struttura organizzativa ed aziendale.

La stazione appaltante non ha ritenuto che l'affitto di azienda comportasse il venir meno dei requisiti, e la prospettazione dell'appellante principale non è sufficiente a dimostrare il contrario.

Esulano dalle questioni da decidere in questo giudizio, per come sopra delimitate, quelle concernenti i rapporti tra le parti dell'affitto d'azienda, per quanto concerne l'esecuzione delle commesse aggiudicate in futuro, ed anche il divieto di concorrenza (posto che l'art. 2557, primo comma, c.c., non persegue un interesse pubblico, esprimendo una norma di natura dispositiva - cfr. Cass, civ., I, n. 10062/2008).

12.4. Può aggiungersi che ha sottolineato che, anche non considerando il ramo d'azienda/....., il r.t.i. avrebbe comunque nel suo complesso adeguati requisiti di partecipazione.

Il Collegio osserva che il disciplinare non prevede requisiti minimi di partecipazione per le mandanti, limitandosi a prevedere (paragrafo 2.2.3.) il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale in misura maggioritaria da parte della mandataria e per il resto il possesso cumulativo in capo al raggruppamento dell'intero requisito.

Sicché l'affidabilità dell'offerta è assicurata dal possesso complessivo dei requisiti tecnico-economici derivante dalla sommatoria dei titoli in capo alle sole società e

13. Dunque, il subentro nell'esecuzione dell'appalto, costituisce evenienza futura, rispetto alla quale il TAR ha correttamente riconosciuto la spettanza in capo alla stazione appaltante di ogni potere di verifica (così non ingerendosi in poteri non ancora esercitati, ma anzi facendoli espressamente salvi).

Per completezza, anche le valutazioni del TAR concernenti la (astratta possibilità) del subentro dell'affittuaria d'azienda nel r.t.i. e nell'esecuzione, qualora aggiudicato, dell'appalto in questione – per quanto non attualmente rilevanti - sembrano sottrarsi alle censure dedotte.

13.1. Il contratto di affitto di azienda tra e, come affermato anche dal TAR, si inserisce in un più ampio progetto di conferimento degli omologhi rami di azienda delle stipulanti in una dalle stesse partecipate (cfr. accordo quadro del 31 agosto 2018 richiamato nella 5^a premessa); tant'è che la durata limitata dell'affitto stesso (quindici mesi, fino al 31 dicembre 2019) risulta giustificata proprio in quest'ottica e suscettibile di ulteriore riduzione in ipotesi di anticipazione del suddetto conferimento (cfr. art. 4).

In altri termini, può convenirsi con le appellate che l'affitto in questione abbia natura strumentale, quale parte di un più ampio disegno evolutivo degli assetti organizzativi societari, e che la causa non è ravvisabile nella traslazione di diritti di godimento su un'azienda, quanto piuttosto nell'avvio di un processo di integrazione soggettiva, mediante una prima condivisione dei rispettivi know-how.

Coerenti con detta ricostruzione, appaiono i seguenti ulteriori elementi: il corrispettivo di 9.000 euro, poco più che simbolico se rapportato al volume d'affari del ramo, pari ad oltre 10 milioni nel triennio 2014-2016; il mantenimento a di tutti i beni e rapporti non espressamente compresi nel punto 2.2., lett. a, b, c e d,

che si risolvono in pochi strumenti di scarso rilievo, restando escluso l'intero magazzino (strategico nei servizi manutentivi); l'obbligo della cedente di rendere numerosi servizi di assistenza, consulenza, formazione, marketing, pianificazione operativa e strategica, inerenti al ramo asseritamente dismesso; la riserva alla cedente dei diritti di partecipazione alle gare pubbliche in essere, compresa quella oggetto di causa; la previsione secondo la quale, in caso di aggiudicazione nelle more della fusione societaria, si vedrà riconoscere compensi aggiuntivi per il conferimento del ramo d'azienda nella

13.2. Dunque, un processo di trasformazione, che non dovrebbe comportare, alla sua conclusione, in capo a la sostanziale perdita di disponibilità del ramo d'azienda e dei requisiti ad esso legati.

13.3. Sul piano normativo, la possibilità di subentro risultava disciplinata dall'art. 51 del d.lgs. 163/2006, che, - pur in presenza di un divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quello risultante dall'offerta, affermato dall'art. 37, comma 9, ed oggi riproposto dall'art. 48, comma 9, dl d.lgs. 50/2016 - con riferimento alle "vicende soggettive dell'offerente e dell'aggiudicatario" prevedeva che l'affittuario di un'azienda o di un ramo d'azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara.

La disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice dei contratti, che, all'art. 106, contempla espressamente soltanto la modifica del contraente.

Ciononostante, il principio da essa affermato, dell'ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche nella fase di aggiudicazione dell'appalto, può ritenersi tuttora applicabile.

In tal senso, la delibera dell'ANAC n. 244 del 8 marzo 2017, che sottolinea la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali

devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015).

Più di recente, nello stesso senso, è stato sottolineato che la tesi opposta finisce con “l’ingiustamente “ingessare”, senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall’art. 80 del nuovo Codice dei Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l’essenza dell’attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori” (così, TAR Napoli, III, n. 7206/2018).

14. In conclusione, l’ordine di censure dell’appello principale in esame deve ritenersi infondato, e conseguentemente non vi è interesse di alla decisione dell’appello incidentale.

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

15.1. 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).

15.2. 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.

15.3. 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.

15.4. 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".

16. 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.

Pertanto, anche il terzo ordine di censure dell'appello principale deve ritenersi infondato.

17. In definitiva, meritando conferma, seppure con le motivazioni parzialmente diverse sopra esposte le conclusioni raggiunte dal TAR, l'appello principale deve essere respinto.

18. Conseguentemente, l'appello incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

19. 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 sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara conseguentemente improcedibile l'appello incidentale.

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 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Pierfrancesco Ungari

Marco Lipari

IL SEGRETARIO