

APPALTI: Lavori pubblici – In genere – Esclusione – Grave illecito professionale – Omessa dichiarazione dell’impresa ausiliaria di una condanna penale irrevocabile – Art. 80, co. 5, lett. f-bis, e 89, co. 1, d.lgs. n. 50/2016 – Effetto automaticamente espulsivo.

Cons. Stato, Sez. III, 2 dicembre 2021, n. 8043

- in *Riv. giur. dell’edilizia*, 1, 2022, pag. 195 e ss.

“[...]in forza del combinato disposto dei citati articoli 80, comma 5, lettera f-bis, e 89, comma 1, del citato codice n. 50/2016, la dichiarazione mendace presentata dall’impresa ausiliaria comporta l’esclusione dalla procedura di gara dell’operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione;

ii) nell’ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell’impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l’art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l’operatore economico non può sostituire l’impresa ausiliaria.

L’interpretazione dell’art. 89 comma 1, nella parte riferita alle dichiarazioni mendaci dell’impresa ausiliaria e all’automatico effetto espulsivo che ne deriva, non trova margini di possibile componimento con i principi prevalenti del diritto comunitario ed impone la conseguente disapplicazione della disposizione nazionale [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda UsI Toscana Centro, di Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., di Del Debbio S.p.A., di Gruppo Sei S.r.l. e di Daf Costruzioni Stradali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la sentenza di questa Sezione n. 1603 del 4 marzo 2020, l’ordinanza di questa Sezione n. 2005 del 20 marzo 2020 e la pronuncia della Corte di Giustizia UE del 3 giugno 2021 causa n. C-624/19;

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

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando del 3 gennaio 2018, l’Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro ha indetto una procedura di gara per l’affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l’ex Presidio Ospedaliero “Misericordia e Dolce” di Prato, indicando un importo a base di gara di € 5.673.030,73.

La selezione si è conclusa con una graduatoria provvisoria che vedeva collocati nelle prime tre posizioni, rispettivamente, il RTI DAF (con punti 93), il RTI Del Debbio (con punti 84,77) e il RTI RAD Service (con punti 77,95).

La stazione appaltante ha tuttavia escluso dalla gara gli operatori economici RTI DAF e Del Debbio, collocati, rispettivamente, al primo e al secondo posto della graduatoria provvisoria, e, conseguentemente, ha aggiudicato l'appalto al terzo classificato RTI RAD Service.

2. - L'esclusione del primo classificato RTI DAF - motivata dalla falsa dichiarazione di uno dei suoi subappaltatori - è stata annullata dalla sentenza del TAR per la Toscana n. 1044/2019.

3. - L'esclusione del RTI Del Debbio - motivata dalla omessa dichiarazione da parte dell'ausiliaria (Impresa Baronci Salvatore) di una condanna penale irrevocabile - è stata anch'essa annullata dal TAR per la Toscana, con la sentenza n. 955/2019.

4. - In tale contesto, sono stati promossi tre appelli:

i) R.G. n. 7212/2019, proposto dal RTI Del Debbio avverso la sentenza n. 1044/2019 (di annullamento dell'esclusione del RTI DAF);

ii) R.G. n. 7225/2019, proposto dal RTI RAD avverso la sentenza n. 955/2019 (di annullamento dell'esclusione del RTI Del Debbio);

iii) R.G. n. 7227/2019, proposto anch'esso dal RTI RAD, avverso la sentenza n. 1044/2019 (di annullamento dell'esclusione del RTI DAF).

5. - Con sentenza n. 1603/2020, questa Sezione ha deciso – dopo averli riuniti – gli appelli R.G. n. 7212/2019 e n. 7227/2019, riformando solo parzialmente la sentenza di primo grado e statuendo, ai fini che qui rilevano, l'efficacia non immediatamente escludente della dichiarazione mendace del subappaltatore del RTI DAF, con conseguente obbligo della stazione appaltante di rinnovare il sub-procedimento di verifica dell'affidabilità dell'offerente.

6. - Con sentenza non definitiva n. 1633/2020, resa nell'appello R.G. n. 7225/2019, questa Sezione, pur respingendo i rimanenti motivi addotti da Del Debbio ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., ha disposto – in relazione alla questione della sua automatica esclusione per fatto dell'ausiliario (VII motivo) – il rinvio pregiudiziale alla CGUE, con conseguente sospensione del giudizio.

7. - Nelle more della decisione della CGUE, la AUSL – in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 1603/2020 – ha riaperto il sub-procedimento di verifica dell'affidabilità del RTI DAF, concludendolo con esito positivo e disponendo nuovamente in suo favore l'aggiudicazione dell'appalto. I nuovi provvedimenti sono stati oggetto di un ulteriore ricorso innanzi al TAR Toscana respinto con sentenza n. 1117/2020, passata in giudicato, che ha quindi definitivamente consolidato l'aggiudicazione in favore dell'originario primo classificato RTI DAF.

8. - Infine, con sentenza in data 3.06.2021, la CGUE, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale operato da questa sezione, ha chiarito che – che in caso di dichiarazione mendace resa dall'ausiliario – la stazione appaltante deve, dapprima, verificare in contraddittorio le cause giustificatrici che possono essere addotte, sul punto, dallo stesso dichiarante e/o del concorrente che lo ha indicato. Dipoi, in ipotesi di rigetto di tali giustificazioni, consentire al concorrente la sostituzione del subappaltato, verificando che ciò non comporti modifica sostanziale dell'offerta.

9. - All'esito dell'incidente pregiudiziale, una volta espletato lo scambio delle memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 18 novembre 2021.

10. - Deve esaminarsi, in via preliminare, la questione della procedibilità dell'appello.

10.1. - Con memoria depositata il 2.11.2021 in vista dell'udienza di discussione, la Azienda UsI Toscana Centro ha infatti eccepito la sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnazione, a tal fine osservando che:

i) a seguito della definitiva cristallizzazione dell'aggiudicazione in capo al RTI DAF, qualsiasi questione inerente la posizione degli altri concorrenti risulterebbe, all'evidenza, irrilevante;

ii) d'altra parte, neppure potrebbe ravvisarsi un interesse residuo collegato ad eventuali segnalazioni inviate all'ANAC, in quanto l'unica comunicazione in tal senso effettuata da parte della AUSL ha riguardato il solo soggetto ausiliario (Impresa Baronci Salvatore) e non anche il RTI Del Debbio.

10.2. - L'eccezione non può essere condivisa.

L'interesse del RTI Del Debbio al mantenimento del secondo posto in graduatoria (che si contrappone all'interesse opposto e contrario del RTI RAD) permane:

a) sia nella prospettiva di un eventuale scorrimento della graduatoria od interpello in fase esecutiva (art. 110 d.lgs. n. 50/2016);

b) sia nella prospettiva di una possibile escussione della cauzione in danno dell'impresa esclusa.

Vero è che la pronuncia parziale di questa sezione n. 1633/2020, esaminando il IX motivo del ricorso di primo grado (riproposto in appello dal RTI Del Debbio), ha constatato l'assenza, sul punto, di materia del contendere, per non esservi stata escussione della cauzione (punto 8.1 della sentenza parziale n. 1633/2020). Detta statuizione, tuttavia, riferita alla situazione in essere al momento della sua pronuncia, non esclude futuri atti di escussione nell'ipotesi in cui il provvedimento di esclusione dovesse consolidarsi; sicché, anche sotto questo punto di vista, RTI Del Debbio conserva un concreto interesse alla declaratoria di illegittimità della propria disposta esclusione.

10.3. - Con un ulteriore rilievo (sviluppato nella memoria del 5.11.2021 pag. 3), l'AUSL Toscana ha eccepito che il RTI Del Debbio ricaverebbe maggior vantaggio proprio dalla declaratoria di improcedibilità dell'odierno gravame, in quanto detta statuizione avrebbe come conseguenza diretta

quella di determinare il passaggio in giudicato della pronuncia TAR Toscana n. 955/2019 e, con esso, di provocare la cristallizzazione dell'annullamento giurisdizionale dell'esclusione del RTI Del Debbio, che, dunque, rimarrebbe regolarmente collocato in graduatoria.

10.4. - Anche questa deduzione non può essere condivisa.

In senso ad essa contrario merita osservare che l'accertamento di un'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse insorta dopo l'instaurazione del secondo grado (e avente causa in fattori, rilevanti sul piano processuale, ma esterni al giudizio) per costante giurisprudenza dà luogo all'improcedibilità non solo dell'appello ma anche del ricorso originario. Invero, il rapporto processuale non perde la sua unitarietà per il fatto di essere articolato in gradi, sicché la sopravvenuta carenza dell'interesse, anche se verificatasi nel corso del giudizio di appello, determina l'improcedibilità di entrambi i gradi di giudizio, sempre che non si verta in ipotesi di difetto della condizione della sola azione di appello: la portata del fatto sopravvenuto è infatti tale da rendere la sentenza oggetto del giudizio priva di attualità e, dunque, meritevole di rimozione, anche per ciò che attiene all'eventuale condanna al pagamento delle spese processuali (Cons. Stato, sez. III, n. 6558/2021).

11. - Detto della permanenza dell'interesse alla definizione del giudizio, occorre aggiungere che, nel merito, il VII motivo assorbito e riproposto dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., è fondato e merita accoglimento.

11.1. - L'esclusione dell'RTI Del Debbio è stata determinata dalla presentazione di una dichiarazione dell'impresa ausiliaria (Impresa Baronci Salvatore) che non menzionava una sentenza di applicazione della pena su richiesta congiunta delle parti, pronunciata nei confronti del titolare e rappresentante legale della detta impresa.

L'amministrazione aggiudicatrice ha ritenuto che l'ausiliaria avesse fornito una dichiarazione falsa e non veritiera alla domanda contenuta nel DGUE, diretta a stabilire se essa si fosse resa responsabile di gravi illeciti professionali, di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice dei contratti pubblici; e che, dunque, l'RTI Del Debbio dovesse essere automaticamente escluso dalla procedura, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera f-bis), e dell'articolo 89, comma 1, del medesimo Codice.

11.2. - Con sentenza in data 3.06.2021, la CGUE ha di contro affermato che *“l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento,*

abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”.

11.3. - La Corte ha precisato che “.. ancor prima di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento, a motivo del fatto che quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24, l'articolo 63 di tale direttiva presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice dia a tale offerente e/o a tale soggetto la possibilità di presentarle le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che esso può essere nuovamente considerato un soggetto affidabile ... e solo in subordine, e se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24 non ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può, o, se il suo diritto nazionale la obbliga, deve imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto” (par. 36 e 37).

11.4. - Dalle statuizioni della Corte Ue deriva che l'art. 89 comma 1 d.lgs. n. 50/2016 va disapplicato poiché non conforme alla norma comunitaria, per come innanzi interpretata.

Esso, infatti, nel disciplinare, al comma 1, il c.d. “avvalimento”, e cioè la possibilità per un operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare, per un determinato appalto, “la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi” aggiunge espressamente che, “nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”.

11.5. - Si è già detto nell'ordinanza di rimessione n. 2005/2020 che la giurisprudenza nazionale, ormai consolidata, applica in modo assai rigoroso detta previsione, traendone la duplice conclusione che:

i) in forza del combinato disposto dei citati articoli 80, comma 5, lettera f-bis, e 89, comma 1, del citato codice n. 50/2016, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione;

ii) nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria.

L'interpretazione dell'art. 89 comma 1, nella parte riferita alle dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria e all'automatico effetto espulsivo che ne deriva, non trova margini di possibile componimento con i principi prevalenti del diritto comunitario ed impone la conseguente disapplicazione della disposizione nazionale.

11.6. - Vanno infine richiamate le specifiche indicazioni operative dettate dalla Corte UE, volte a chiarire che, nel caso di specie:

a) *“.. se il giudice del rinvio confermasse l'affermazione dell'RTI Del Debbio secondo cui la condanna penale del dirigente dell'impresa ausiliaria sulle cui capacità esso aveva inteso fare affidamento non figurava nell'estratto del casellario giudiziale consultabile dai soggetti privati, cosicché la normativa italiana non consentiva all'RTI Del Debbio di venire a conoscenza di tale condanna, non gli si potrebbe addebitare una mancanza di diligenza. Di conseguenza, in tali circostanze, sarebbe contrario al principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, impedire la sostituzione del soggetto interessato da una causa di esclusione”* (par. 41);

b) *“.. che, quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre ad un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente”* (par. 42).

Ebbene, sul primo profilo fa fede il certificato del casellario giudiziale allegato nel primo grado di giudizio (sub. doc. 19), dal quale non risulta menzione della condanna del legale rappresentante dell'impresa ausiliaria. La circostanza, documentale, non ha trovato smentita da parte dei contraddittori del RTI Del Debbio.

In attuazione del secondo *caveat* della Corte UE, spetterà all'amministrazione procedente verificare la compatibilità dell'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria con la preservazione dei contenuti sostanziali dell'offerta.

12. - In conclusione, l'accoglimento del VII motivo assorbito e riproposto dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., determina la disapplicazione dell'art. 89 comma 1 d.lgs. n. 50/2016 e la conseguente conferma - sia pure con diversa motivazione - della declaratoria adottata dal primo giudice di illegittimità con annullamento degli atti impugnati in primo grado.

Alla statuizione di annullamento consegue l'obbligo per l'amministrazione di rideterminarsi conformemente ai criteri di indirizzo operativo innanzi richiamati.

13. - L'oggettiva complessità e peculiarità delle questioni trattate, la cui soluzione si è dipanata anche attraverso il menzionato incidente interpretativo, giustificano la compensazione delle spese relative ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, conferma - in accoglimento del VII motivo assorbito e riproposto dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a. - la declaratoria di illegittimità e l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa le spese relative ai due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE

Giulio Veltri