

APPALTI: Gara - Partecipazione - Esclusione - Avvalimento - Falsa dichiarazione dell'ausiliaria - Motivo di esclusione - Non sussiste.

Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 368

- in *Riv. trim. appalti*, 2, 2022, pag. 547 e ss., con commento di A. Cusmai, *False dichiarazioni dell'ausiliaria e incidenza sulla partecipazione del concorrente*.

"[...] L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE ... 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".

La Corte di Giustizia ha ritenuto invero che tale interpretazione dell'art. 63 della Direttiva, alla luce del principio di proporzionalità, risulti "altresì dal considerando 101, terzo comma, di tale direttiva, ai sensi del quale, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione a tale principio. Orbene, tale attenzione deve essere ancora più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo" [...]".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torino e di Serrhouse S.r.l.s.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 5125 del 5 luglio 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2021, tenuta in collegamento da remoto, il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, sempre in collegamento da remoto, gli avvocati Zito, Tuccari, Picco, Scaparone e Trivellato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. È oggetto di appello la sentenza del Tribunale amministrativo per il Piemonte, sez. II, 19 novembre 2020, n. 742, che ha respinto il ricorso proposto dalla Loris Costruzioni di Loris Florio avverso l'aggiudicazione (con decreto dirigenziale del 7 agosto 2019) all'a.t.i. con mandataria Serrhouse S.r.l.s. (di seguito "*a.t.i. Serrhouse*") della gara a procedura aperta (mediante piattaforma telematica) indetta, con determinazione del 6 giugno 2019, dal Comune di Torino per il "*recupero funzionale e consolidamento strutturale di edificio scolastico in via Germonio 4*", del valore di € 4.200.000,00 oltre IVA ed € 220.000,00 per oneri contrattuali di sicurezza, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo ex art. 36, comma 9 *bis*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ("*Codice dei Contratti pubblici*").
2. Con le censure dedotte la ricorrente, seconda classificata nella gara in oggetto cui aveva partecipato quale mandataria dell'a.t.i. con Elettroidraulica Silvi s.r.l. (di seguito "*a.t.i. Loris Costruzioni*"), contestandone già gli esiti con una prima impugnativa (giudicata infondata dalla sentenza dello stesso T.a.r. n. 1231/2019, confermata in appello da Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1118), ha lamentato (sostenendo di aver acquisito, successivamente alla reiezione del ricorso, ulteriori prove dell'illegittimità dell'aggiudicazione) che l'a.t.i. Serrhouse avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, dopo che, a seguito della disposta aggiudicazione, una delle imprese ausiliarie aveva perso i requisiti di partecipazione, ne era stata consentita la sostituzione con altra impresa (la Blue Shark) che, per parte sua, avrebbe reso una dichiarazione mendace relativamente al possesso (*rectius*: alle modalità di regolarizzazione) del requisito contributivo; di modo che, per un verso, vi sarebbe stata una regolarizzazione postuma del requisito della regolarità contributiva, per altro verso la stessa amministrazione, consentendo la doppia sostituzione dell'ausiliaria, aveva violato il c.d. autovincolo (sulla base di quanto espressamente asserito in una propria nota).
3. L'appellata sentenza, pronunciata nella resistenza del Comune e della controinteressata aggiudicataria, ha ritenuto infondate le su indicate doglianze articolate coi due motivi di ricorso escludendo che vi fosse tanto un mendacio della dichiarazione sulla regolarità contributiva dell'ausiliaria, quanto la sussistenza di una regolarizzazione postuma, come pure che fosse censurabile l'aggiudicazione perché avvenuta all'esito di una doppia sostituzione (in tesi non consentita) dell'ausiliaria: ciò in quanto ai fini della regolarità contributiva rileva che l'impresa, come prescritto dall'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, si sia impegnata in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, sussistendo, come prescritto dalla legge, comunque la regolarità in caso di rateizzazioni concesse dagli enti previdenziali.
4. L'appello avverso la sentenza è affidato ai seguenti motivi di censura: "*I. Error in iudicando della sentenza appellata per avere il giudice di prime cure ritenuto veritiera la*

dichiarazione di regolarità contributiva da parte dell'ausiliaria Blue Shark s.r.l. e dunque per aver violato l'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici; II. Error in iudicando della sentenza appellata per avere il giudice di prime cure ritenuto che nel caso di specie non vi fosse un'ipotesi di regolarizzazione postuma della posizione contributiva della ausiliaria Blue Shark s.r.l., nonché per aver ritenuto astrattamente possibile la terza sostituzione della impresa ausiliaria da parte dell'ATI Serrhouse a dispetto di un preciso vincolo autoimposto dal Comune di Torino, e dunque per violazione dell'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti pubblici”.

Con ordinanza n. 522 del 15 febbraio 2021 l'istanza cautelare è stata respinta, ritenendo, nel bilanciamento degli interessi in conflitto, prevalente (a fronte della imminente stipula del contratto, fissata per il successivo 8 febbraio) l'interesse alla sollecita realizzazione dei lavori programmati.

Resistono all'appello il Comune di Torino e la controinteressata Serrhouse che hanno diffusamente argomentato le rispettive tesi difensive con memorie e repliche, insistendo per il rigetto del gravame in quanto inammissibile e infondato.

All'udienza del 1 luglio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è infondato.

5.1. Non possono infatti essere accolti i motivi di gravame proposti (suscettibili di trattazione unitaria stante la loro connessione) con cui l'appellante ha sostanzialmente riproposto le censure, a suo avviso erroneamente respinte, di illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto di lavori per cui è causa, sottolineando che i vizi risiederebbero, in particolare, nel fatto che da un lato l'ausiliaria Blue Shark (terza ausiliaria dopo che il Consorzio EBG e Petra s.r.l.s. erano risultate, successivamente all'aggiudicazione, prive dei requisiti di ordine generale) avrebbe falsamente dichiarato di essere in regola con la posizione previdenziale, circostanza smentita invece dal durc negativo del 26 giugno 2020, e che l'amministrazione le avrebbe quindi inopinatamente consentito, con l'inammissibile sanatoria data dal durc positivo del 26 agosto 2020, la regolarizzazione postuma di tale posizione (vietata dall'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti pubblici); dall'altro nella circostanza che la stazione appaltante avrebbe ammesso la terza sostituzione dell'ausiliaria, anch'essa inammissibile stante l'autovincolo sul punto posto dalla stessa stazione appaltante.

5.2. In realtà non può essere condiviso l'assunto dell'appellante secondo cui il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto applicabile al caso in esame l'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016, norma che priva di rilevanza il debito contributivo se l'operatore economico l'ha estinto o si è impegnato a farlo anteriormente alla presentazione della domanda di partecipazione: ciò in quanto, sempre ad avviso dell'appellante, nella fattispecie per un verso non sarebbe stato formalizzato l'accordo di

rateazione del debito tra la Blue Shark e Cassa Edile Sardegna e per altro verso i termini di tale accordo non sarebbero stati comunque dalla prima rispettati, come attesterebbe il DURC irregolare del 26.6.2020.

5.3. Al contrario legittimamente l'amministrazione appaltante ha concluso il procedimento di riesame in autotutela (svoltosi in contraddittorio con le interessate) con un provvedimento confermativo dell'aggiudicazione, per avere l'ATI Serrhouse dato prova dell'approvazione della dilazione dei pagamenti da parte degli enti competenti (avvenuti prima della dichiarazione dell'ausiliaria Blue Shark del 16 giugno 2020, come comprovato dal durc regolare del 1 settembre 2020), correttamente e positivamente valutando l'impegno dell'ausiliaria al pagamento del debito contributivo prima della scadenza del termine di presentazione della domanda.

5.4. Il Tribunale amministrativo ha così correttamente respinto il ricorso sul decisivo rilievo che, sebbene il debito fosse esistente, per un verso l'ausiliaria Blue Shark aveva sostanzialmente richiesto e ottenuto la rateizzazione (onorando anche il pagamento della prima rata) prima della sostituzione dell'ausiliaria, e di tanto il primo durc del 26 giugno 2020 non aveva dato conto (il che escludeva la falsa dichiarazione); per altro verso il nuovo durc regolare del 1 settembre 2020 (in seguito alla richiesta del 26 agosto 2020) era stato prodotto dopo che l'amministrazione (per effetto del primo durc negativo del 26 giugno 2020) aveva avviato il procedimento di revoca dell'aggiudicazione e la ditta interessata aveva provato l'intervenuta rateizzazione con approvazione dell'istanza da parte degli organi competenti (15 maggio 2020 per la Cassa Edile e 27 maggio 2020 con INPS, quindi pacificamente prima della consentita sostituzione e finanche anteriormente alla dichiarazione di avvalimento del 15 giugno 2020, in cui l'ausiliaria aveva affermato *“di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana”*).

5.5. Su tali pacifiche e univoche risultanze documentali, che emergono in maniera inequivoca dallo sviluppo del procedimento descritto dagli atti di causa, il Tribunale ha fondato il proprio esatto convincimento di infondatezza del ricorso.

La motivazione della sentenza va quindi esente dalle censure dedotte.

5.6. Quanto al primo motivo (con cui si sostiene l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto veritiera la dichiarazione di regolarità contributiva dell'ausiliaria Blue Shark), diversamente da quanto asserito dall'appellante, la documentazione prodotta dal Comune dà pacificamente conto dell'intervenuto accordo con gli enti previdenziali prima ancora della sostituzione (e finanche della dichiarazione dell'ausiliaria), laddove viceversa il ritardo nel pagamento di una rata è irrilevante ai fini della correttezza della dichiarazione perché la scadenza era successiva alla dichiarazione stessa

e, comunque, in seguito l'interessata ha estinto il debito in un'unica soluzione; il che dimostra che non sussisteva alcun mendacio, potendo l'impresa ragionevolmente confidare, al momento della dichiarazione resa, sulla regolarità della propria posizione contributiva.

Infatti, da un lato la situazione di precedente irregolarità era stata sanata mediante (autorizzata) rateazione del debito contributivo e (per giunta, con evidenti fini tuzioristici) integrale versamento del dovuto (tanto che il durc, acquisito dalla stazione appaltante, il 1 settembre 2020 era risultato regolare); dall'altro l'intervenuto accoglimento dell'istanza di rateizzazione del debito in un momento anteriore all'autodichiarazione certamente poneva di per sé l'impresa in condizione di regolarità ai fini della partecipazione alla gara.

Su queste incontestate premesse correttamente assunte (l'aver gli enti previdenziali creditori accordato la rateizzazione in data anteriore alla dichiarazione di regolarità e l'aver questi ultimi comunque ritenuto sufficienti gli accordi intercorsi) il Tribunale ha altrettanto correttamente concluso per la sussistenza di una situazione di regolarità contributiva su cui l'ausiliaria Blue Shark legittimamente poteva aver fatto affidamento.

Inoltre, ai fini dell'esclusione della denunciata falsità (per aver l'impresa ben fatto affidamento sulla propria situazione di regolarità), può convenirsi con la sentenza sulla rilevanza di quanto previsto dalla disciplina applicabile nell'arco temporale interessato dalla dichiarazione dell'ausiliaria, e nello specifico: a) da un lato dall'art. 2 del DM del 31.01.2015 (recante *Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*), a mente del quale *“La regolarità sussiste comunque in caso di: a) rateizzazioni concesse dall'INPS, dall'INAIL o dalle Casse edili ovvero dagli Agenti della riscossione sulla base delle disposizioni di legge e dei rispettivi regolamenti”*; b) dall'altro dall'art. 103 del D.L. 18/2020, il cui comma 2, nel testo modificato in sede di conversione dalla legge n. 27/2020 ed in vigore dal 30.04.2020 (quindi anche al momento della dichiarazione della Blue Shark s.r.l.), prevede che *“tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza”* (che al tempo era al 31.07.2020).

Come risulta dagli atti (e puntualmente rilevato dall'appellata sentenza) l'impresa ausiliaria era infatti in possesso di un DURC regolare rilasciato il 27.02.2020 (quindi certamente efficace sino al 26 giugno 2020) e l'amministrazione ha poi richiesto nel mese di luglio 2020 un nuovo durc anche in forza delle sopravvenute disposizioni di cui all'art. 1, comma 10, del D.L. n. 76/2020 (in base al quale testualmente: *“in ogni caso in cui per la selezione del contraente o per la stipulazione del contratto relativamente a lavori, servizi o forniture previsti o in qualunque modo disciplinati dal*

presente decreto, è richiesto di produrre documenti unici di regolarità contributiva di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero di indicare, dichiarare o autocertificare la regolarità contributiva ovvero il possesso dei predetti documenti unici, non si applicano le disposizioni dell'articolo 103, comma 2, del decreto-legge n. 18 del 2020, relative alla proroga oltre la data del 31 luglio 2020 della validità dei documenti unici di regolarità contributiva in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020”).

Pertanto, se alla data della dichiarazione (il 15 giugno 2020) in forza del citato art. 103 del d.l. n. 18/2020) era ancora valido il durc regolare del febbraio 2020 e già sussisteva l'accordo di regolarizzazione con gli enti previdenziali, non si è verificata alcuna soluzione di continuità nel possesso del requisito in appello.

L'appello non muove specifiche contestazioni alle su indicate statuizioni di prime cure.

In definitiva, il quadro fattuale in sintesi delineato (stante l'accettazione della proposta di rateizzazione da parte degli enti competenti in un momento anteriore alla dichiarazione resa dall'ausiliaria) e la disciplina normativa riassunta escludono ogni profilo di falsità nella dichiarazione dell'ausiliaria circa la propria posizione di regolarità contributiva, che è invece veritiera e pienamente idonea a comprovare il possesso del requisito in esame.

5.7. Quanto sopra evidenziato vale anche per respingere il secondo motivo di appello, infondato per analoghe ragioni, laddove critica la sentenza impugnata per aver escluso la sussistenza di una regolarizzazione postuma della regolarità contributiva dell'ausiliaria, ritenendo viceversa solo regolarizzato con "*riallineamento*" il DURC di giugno 2020 e valida tale posizione a fronte degli accordi di regolarizzazione con gli enti previdenziali.

È infatti provato in giudizio che, alla data di sostituzione, l'impresa ausiliaria aveva già perfezionato il procedimento di rateizzazione dei debiti con gli enti previdenziali per i pagamenti contributivi antecedenti rispetto al termine di scadenza delle offerte.

Correttamente pertanto l'Amministrazione ha verificato la regolarità contributiva dell'ausiliaria sin dal momento della dichiarazione contestata, avendo poi prudenzialmente l'ausiliaria qui anche provveduto a saldare anticipatamente tutto il debito contributivo (tant'è che, a seguito delle istanze di rateizzazione presentate, il 1 settembre 2020 il DURC era regolare).

Inoltre il ritardo nel pagamento di una rata alla Cassa Edile, come correttamente ritenuto dalla sentenza, non costituiva circostanza significativa incidente sulla regolarità della posizione contributiva dell'ausiliaria, al punto da determinarne l'esclusione.

La sentenza ha puntualmente rilevato come i pagamenti in questione, siccome tutti perfezionati in un'unica soluzione (il 13 agosto 2020), sebbene in ritardo rispetto alla prima scadenza per il versamento degli accantonamenti riferita al mese di luglio (come prefigurato nella nota del 15.05.2020 citata), non potessero riflettersi negativamente sulla regolarità del DURC chiesto il 26.06.2020 (data in cui il pagamento prefigurato nell'accordo non era comunque dovuto).

L'operato dell'amministrazione non ha violato dunque il principio secondo cui il requisito di partecipazione alle gare pubbliche della regolarità contributiva deve persistere per tutta la procedura di gara e anche nella fase esecutiva: infatti, per consolidata giurisprudenza, l'accoglimento di un'istanza di rateizzazione del debito pone nuovamente l'impresa in condizione di regolarità e, quindi, con possibilità di partecipare alla procedura (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 5 giugno 2013, n. 15). Correttamente l'amministrazione ha quindi accertato il possesso continuativo dei requisiti richiesti, tanto in capo alla concorrente quanto rispetto all'ausiliaria

Le argomentazioni dell'appellante non sovvertono le ragionevoli conclusioni del primo giudice: rilevano infatti ai fini del possesso del requisito la previa istanza di rateizzazione e la conseguente approvazione della rateizzazione dei pagamenti da parte degli enti previdenziali (in assenza di atti successivi di questi ultimi idonei ad incidere in senso contrario sulla regolarizzazione accordata); tanto è in linea con la disciplina di settore di cui all'art. 3 D.M. 31 gennaio 2015 sul documento di regolarità contributiva a mente del quale *"La regolarità sussiste comunque in caso di: a) rateizzazioni concesse dall'INPS, dall'INAIL o dalle Casse Edili ovvero dagli Agenti della Riscossione sulla base delle disposizioni di legge e dei rispettivi regolamenti"*. Inoltre, per quanto di interesse, l'art. 3, comma 2, lett. b) dello stesso decreto aggiunge che la regolarità contributiva sussiste comunque in caso di sospensione di pagamenti in forza di disposizioni legislative.

La correttezza del ragionamento del primo giudice non è scalfita neppure dalla normativa sopravvenuta di cui all'art. 8 del d.l. n. 76 del 16.7.2020, incidente sulle modalità di verifica della regolarità contributiva (cfr. nota INPS "Messaggio n. 2998" del 30.7.2020 richiamata dalla difesa dell'aggiudicataria, laddove si precisa, con riferimento alla portata della norma che: *"il quadro normativo così delineato riconduce in capo alla stazione appaltante/amministrazione procedente la valutazione in ordine alla possibilità di utilizzare o meno il Durc On Line con scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020 e con validità prorogata ope legis ai sensi dell'articolo 103, comma 2, del decreto-legge n. 18/2020, in relazione alle specifiche finalità per le quali è richiesta la verifica della regolarità contributiva."*).

Non è insomma dubitabile la sussistenza di accordi di dilazione del debito con INPS e Cassa Edile, risalenti al maggio 2020, il ritardo nel pagamento di una rata, censurato da parte appellante, non

avendo alcun effetto invalidante dell'accordo stesso, costituente di per sé presupposto di regolarità ai sensi dell'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016.

Il su indicato ritardo nel versamento degli accantonamenti dovuti (il 13 agosto e non entro il mese di luglio) non integrava infatti un grave inadempimento con efficacia risolutiva dell'accordo già raggiunto (tale da rendere la rateazione concessa, secondo la tesi dell'appellante, *tamquam non esset* con conseguente automatica irregolarità della posizione contributiva) con Cassa Edile (che difatti, senza contestazioni ed eccezioni, ha preso atto dell'anticipato pagamento entro il 2 settembre di tutte le restanti rate concesse relativamente ai contributi). Nel contempo il ritardo nel pagamento di una scadenza in alcun modo si riflette sulla veridicità della dichiarazione, ove si consideri che questa è anteriore (giugno 2020) alla scadenza in esame concessa da Cassa Edile (luglio 2020): anche sotto questo profilo dunque nessuna falsità dichiarativa è imputabile alla società ausiliaria.

Tanto emerge del resto anche dallo scambio di corrispondenza del 14 e 15 maggio 2020 tra l'ente previdenziale e la ditta interessata, da cui si trae la chiara volontà del primo di formalizzare un accordo di regolarizzazione con l'impresa, in linea con la ridetta situazione emergenziale.

In conclusione, come pure correttamente rilevato dal primo giudice, è stato dimostrato in giudizio che alla data dal 16.06.2020 (data di sostituzione) l'impresa ausiliaria era in possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 4 del codice dei Contratti Pubblici (avendo la stessa già perfezionato il procedimento di rateizzazione dei debiti con gli enti previdenziali), sicché ad essere state regolarizzate sono semplicemente le risultanze del DURC, avendo gli enti previdenziali riallineato la posizione giuridica dell'impresa in attuazione dell'art. 2 del DM 31.01.2015 citato.

5.8. Parimenti non censurabili sono le statuizioni che hanno escluso nella fattispecie in esame l'addotta violazione dell'art. 89, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, escludendo la sussistenza nella legislazione nazionale e comunitaria di un limite alle possibilità di plurime o successive sostituzioni dell'impresa ausiliaria.

Nel caso oggetto di giudizio, in cui si verte di documenti inerenti alla regolarità contributiva dell'ausiliaria, non è applicabile il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016, bensì trova applicazione il successivo art. 89 del D.Lgs. 50/2016, che al comma 3 disciplina la sostituzione dell'ausiliaria: sul punto, come specificato nel disciplinare, a pag. 16, *“In qualunque fase della gara sia necessaria la sostituzione dell'ausiliaria, la commissione comunica l'esigenza al RUP, il quale richiede per iscritto al concorrente la sostituzione dell'ausiliaria, assegnando un termine congruo per l'adempimento, decorrente dal ricevimento della richiesta. Il concorrente, entro tale termine, deve produrre i documenti dell'ausiliaria subentrante (nuove dichiarazioni di avvalimento da parte del concorrente, il DGUE della nuova ausiliaria nonché il*

nuovo contratto di avvalimento). In caso di inutile decorso del termine, ovvero in caso di mancata richiesta di proroga del medesimo, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura".

L'amministrazione appaltante ha quindi legittimamente consentito in corso di gara le necessarie sostituzioni dell'ausiliaria per i comprovati motivi indicati nella documentazione in atti, senza che possa rilevare in materia alcun autovincolo alla possibilità di plurime o successive sostituzioni dell'ausiliaria, in conformità ai principi del *favor participationis*.

Anche ad ammettere l'irregolarità contributiva dell'ausiliaria (insussistente per le ragioni anzidette) non ne sarebbe stata dunque vietata la sua sostituzione ai sensi del citato art. 89, tale possibilità non essendo venuta meno a seguito della precedente indicazione di altra ausiliaria (la Petra s.r.l.s.) e non prevedendo l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016 alcun limite alla sostituzione dell'ausiliaria: tanto risponde alla *ratio* dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato ad assicurare la massima partecipazione alle gare a tutela della concorrenza tra le imprese.

Nessun vincolo derivava pertanto dalla nota di richiesta di sostituzione dell'ausiliaria con cui la stazione appaltante segnalava che, dopo l'assegnazione di un termine di dieci giorni per provvedere, "*non saranno concesse ulteriori sostituzioni*", ad essa dovendo attribuirsi mera portata sollecitatoria, ma non certamente impeditiva di un effetto (quello sostitutivo appunto) derivante in via obbligata dalla legge. Nel silenzio normativo sul punto, la relativa fissazione da parte della stazione appaltante di un termine entro cui effettuare la sostituzione dell'ausiliario è ragionevolmente legittima, come ha ritenuto la giurisprudenza, senza che tuttavia ciò comporti la sostanziale limitazione delle sostituzioni, come assume la società appellante.

Anche dunque a voler ritenere che la dichiarazione dell'ausiliaria fosse mendace, a ciò non sarebbe conseguito l'esclusione della concorrente ausiliata, ma solo la sostituzione dell'ausiliaria priva del requisito di partecipazione, non potendo, alla luce della richiamata finalità dell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliata infatti rispondere, per responsabilità oggettiva, per circostanze riconducibili solo alla sfera dell'impresa ausiliaria, delle quali la prima non sia responsabile neppure a titolo di colpa (cfr. in analoghe fattispecie che hanno ritenuto non operante l'obbligo della stazione appaltante di escludere dalla procedura l'operatore e di revocare l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione, nel caso di irregolarità della sola impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi: Cons. St, sez. V, 26 aprile 2018 n. 2527; Id., sez V, 21 febbraio 2018 n. 1101).

In definitiva, l'operatore ausiliato non può legittimamente subire le conseguenze pregiudizievoli dell'eventuale non veridicità delle dichiarazioni dell'ausiliaria rispetto alle quali è privo di poteri di

verifica, conseguendo l'esclusione dalla gara del concorrente soltanto alle dichiarazioni mendaci provenienti da quest'ultimo.

5.9. Tali argomentazioni risultano confermate dal recente arresto della giurisprudenza eurounitaria di cui alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, 3 giugno 2021 resa in causa C-210/20.

Tale sentenza ha infatti risolto la questione interpretativa pregiudiziale sollevata da questo Consiglio di Stato (con ordinanza della Sezione 20 marzo 2020, n. 2005) sul punto qui in discussione, nei seguenti termini: *"L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE ... 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"*.

La Corte di Giustizia ha ritenuto invero che tale interpretazione dell'art. 63 della Direttiva, alla luce del principio di proporzionalità, risulti *"altresì dal considerando 101, terzo comma, di tale direttiva, ai sensi del quale, nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici devono prestare particolare attenzione a tale principio. Orbene, tale attenzione deve essere ancora più elevata qualora l'esclusione prevista dalla normativa nazionale colpisca l'offerente non per una violazione ad esso imputabile, bensì per una violazione commessa da un soggetto sulle cui capacità egli intende fare affidamento e nei confronti del quale non dispone di alcun potere di controllo"*.

Alla luce dei su riportati principi non può aver seguito dunque la tesi prospettata dall'appellante della necessaria esclusione dell'ausiliario per dichiarazione mendace dell'ausiliaria (nella specie circa la regolarità contributiva).

8. L'appello, pertanto, deve essere respinto, con conferma della sentenza impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante Loris Costruzioni di Loris Florio alla rifusione delle spese di giudizio a favore del Comune di Torino e di Serrhouse S.r.l.s. che liquida forfettariamente in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) per ciascuna parte costituita, oltre oneri accessori se per legge dovuti.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito in l. 176/2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. 44/2021, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO