

APPALTI: Lavori pubblici – Procedure di affidamento – In genere – Esclusione – Artt. 80, co. 5, lett. f-bis, e 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016 – Dichiarazione non veritiera resa dall'impresa ausiliaria – Misure correttive – Possibilità.

Tar Lazio – Latina, Sez. I, 17 gennaio 2022, n. 15

- in Riv. giur. dell'edilizia, 2, 2022, pag. 565

“[...] Alla luce degli artt. 57, par. 4, lett. h) e 63 della direttiva 2014/24/UE, come recentemente interpretati dalla giurisprudenza euro-unitaria, gli artt. 80, comma 5, lett. f-bis) e 89, comma 3, d.lgs. n. 50 cit., vanno applicati nel senso che nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, a fronte di una dichiarazione non veritiera resa dall'impresa ausiliaria, essa possa essere sostituita dall'offerente ausiliata, atteso che l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'offerente di presentarle le misure correttiva che ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, dimostrare di poter essere nuovamente considerata un soggetto affidabile, potendo solo in subordine, in caso di adozione di misure correttive insufficienti, procedere alla sua sostituzione [...]. Infatti, l'interpretazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. “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, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Campoli Appennino, di GSM Impianti s.r.l. e di GSM Impianti s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Valerio Torano e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con determinazione dirigenziale n. 19 del 27 gennaio 2020, l'Unione dei Comuni del Lacerno e del Fibreno, quale centrale di committenza, ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 60, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo, per l'affidamento dei lavori di completamento dell'intervento di realizzazione del centro servizi PNALM in località

Cicerone (CIG 8186516EB4), per un importo a base d'asta di euro 230.625,00, comprensivi di oneri per la sicurezza.

A detta procedura ha partecipato Gruppo Elsa s.r.l., che nella domanda inoltrata l'11 febbraio 2020 ha dichiarato di avvalersi dei requisiti di capacità economico finanziaria e di capacità tecniche e professionali della ditta "Impresa edile Fedele D'Agostino". A tal fine, la società odierna ricorrente ha allegato: a) il modello DGUE, firmato digitalmente il 7 febbraio 2020, in cui il legale rappresentante dell'impresa ausiliaria, Fedele D'Agostino, in merito ai motivi di esclusione indicati dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, ha dichiarato di aver *"soddisfatto tutti gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali"* (parte III lett. B del DGUE) e *"che le informazioni riportate nelle precedenti parti da II a V sono veritiere e corrette e che [...] è consapevole [...] delle conseguenze di una grave falsità"* (parte IV del DGUE); b) il modello 1.A., firmato digitalmente il 7 febbraio 2020, in cui lo stesso F.D'A., consapevole delle sanzioni di natura penale per il rilascio di dichiarazioni false o mendaci *ex art. 76, d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445*, ha dichiarato che non sussiste nei suoi confronti alcuno dei motivi di esclusione elencati dall'art. 80, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 50 cit. e dettagliati nel paragrafo sui requisiti di carattere generale del bando di gara.

Con determinazione dirigenziale n. 32 del 24 febbraio 2020, la prefata centrale di committenza ha approvato il verbale di gara e la proposta di aggiudicazione del contratto a Gruppo Elsa s.r.l., con un'offerta al ribasso del 29,651%, per un controvalore di euro 163.910,25, compresi oneri per la sicurezza.

Con nota prot. n. 2256 del 22 giugno 2020 l'Amministrazione civica ha, quindi, comunicato all'odierna ricorrente il favorevole esito della gara, invitandola a fornire i documenti necessari per la stipula del contratto. Nell'imminenza della sottoscrizione, tuttavia, da una verifica disposta presso l'ANAC è emerso che la posizione della ditta ausiliaria prescelta da Gruppo Elsa s.r.l. era irregolare *ex art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 cit.*; pertanto, il Comune di Campoli Appennino ha autorizzato l'aggiudicataria alla sostituzione dell'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 cit.

Sebbene l'Impresa edile D'Agostino Fedele sia stata così sostituita con Gruppo Sapa s.r.l., in data 26 settembre 2020 l'Amministrazione ha comunicato a Gruppo Elsa s.r.l. che, avendo la ditta ausiliaria rilasciato una dichiarazione mendace sul DGUE (parte II punto B), la procedura di sostituzione non era applicabile, ricorrendo piuttosto i presupposti per l'esclusione della concorrente e di escussione della garanzia indicati dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. Il Comune di Campoli Appennino, dunque, ha sospeso così l'aggiudicazione del contratto e comunicato l'avvio del

procedimento di annullamento in autotutela della stessa, per la sopravvenuta verifica della dichiarazione mendace rilasciata dall'impresa ausiliaria in sede di gara, come da certificazione di irregolarità rilasciata dall'ANAC. L'odierna ricorrente, con nota del 29 settembre 2020, ha controdedotto in merito alla supposta irregolarità della ditta ausiliaria, sottolineando che il 30 aprile 2019 aveva presentato richiesta di definizione agevolata ex d.l. 23 ottobre 2018 n. 119, conv. nella l. 17 dicembre 2018 n. 136, di tutti i carichi pendenti e che l'Agenzia delle entrate, in diversa gara, aveva certificato che a carico della stessa non risultavano violazioni definitivamente accertate. Alla luce di tali osservazioni, il Comune di Campoli Appennino ha acquisito dall'Agenzia delle entrate una nuova certificazione di regolarità fiscale circa la posizione dell'Impresa edile D'Agostino Fedele; detta certificazione è stata introitata dall'ente locale il 13 ottobre 2020 e da essa emerge che a carico di tale ditta risultano le seguenti violazioni definitivamente accertate: a) cartella di pagamento n. 09420120023861400, relativa all'anno di imposta 2009 e notificata il 1° luglio 2013, derivante da modello liquidazione 770 semplificato, per un debito di euro 22,50; b) cartella di pagamento n. 0942013006481501, relativa all'anno di imposta 2009 e notificata il 4 novembre 2013, derivante da modello liquidazione Unico, per un debito di euro 1.085,11; c) cartella di pagamento n. 09420120023861400, relativa all'anno di imposta 2009 e notificata il 1° luglio 2013, derivante dalla liquidazione dell'IRAP in sede di controllo centralizzato, per un debito di euro 208,50; d) cartella di pagamento n. 09420120022440520, relativa all'anno di imposta 2006, notificata il 19 novembre 2012 al contribuente in oggetto, derivante da ruoli di accertamento del modello Unico, per un debito di euro 424,29; e) avviso di accertamento n. TD70106032422019, relativo all'anno d'imposta 2014 e notificato il 3 dicembre 2019 con istanza di adesione con termine finale scaduto, con un debito a titolo di maggiore imposta di euro 7.176,00, oltre a sanzioni, affidato all'agente della riscossione con partita numero AUTD70106032422019/1A.

Con determinazione n. 205 del 20 ottobre 2020, trasmessa con nota prot. n. 3932 del 26 ottobre 2020, l'Amministrazione resistente ha così disposto l'annullamento in autotutela dell'affidamento dell'appalto a Gruppo Elsa s.r.l., escludendola ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. e, conseguentemente, ha affidato i lavori a GSM Impianti s.p.a., a fronte di un'offerta complessiva di euro 163.977,75.

2. – Avuto riguardo ai fatti di cui sopra, Gruppo Elsa s.r.l. con ricorso notificato e depositato il 3 novembre 2020 ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, articolando i seguenti ordini di censure:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 cit., poiché il Comune di Campoli Appennino, rilevata l'irregolarità fiscale dell'impresa ausiliaria, avrebbe dovuto ordinarne la sostituzione e non escludere la concorrente, in conformità a un recente indirizzo

giurisprudenziale, dato che la ricorrente non poteva conoscere la condizioni di irregolarità del terzo, che aveva pure presentato istanza di definizione agevolata accolta dall’Agenzia delle entrate;

II) violazione delle garanzie partecipative, poiché dopo l’acquisizione della certificazione fiscale dall’Agenzia delle entrate il Comune resistente avrebbe dovuto consentire un’ulteriore partecipazione procedimentale;

III) eccesso di potere per difetto di motivazione, dato che l’esclusione per dichiarazione mendace non può essere automatica ma richiede una particolare motivazione, dovendosi stabilire “*se l’informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall’operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità*”.

Con determinazione dirigenziale n. 233 del 5 novembre 2020, l’Amministrazione ha corretto la suddetta determinazione n. 205 del 2000, nella parte in cui ha erroneamente indicato quale nuova aggiudicataria GSM Impianti s.p.a. in luogo di GSM Impianti s.r.l., confermando per il resto il contenuto.

Pertanto, con atto di motivi aggiunti notificato e depositato il 9 novembre 2020, Gruppo Elsa s.r.l. ha impugnato anche la citata determinazione dirigenziale del 5 novembre 2020, riproponendo le medesime censure dedotte con il ricorso principale.

Con ordinanza 18 novembre 2020 n. 418 la domanda di tutela cautelare è stata respinta, rilevandosi la carenza di *fumus boni iuris* derivante dalla espressa previsione di esclusione contenuta nell’art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit.

Si è costituito in giudizio il Comune di Campoli Appennino, che ha confutato nel merito tutti i motivi di ricorso, chiedendone il rigetto.

Si sono altresì costituite, a ministero del medesimo difensore, GSM Impianti s.p.a. e GSM Impianti s.r.l., le quali hanno anche esse argomentato per la reiezione del ricorso, previa estromissione dal giudizio della prima di tali società, che in un primo momento era stata erroneamente indicata dal Comune resistente quale aggiudicataria.

All’esito della pubblica udienza del 13 gennaio 2021, con ordinanza 18 gennaio 2021 n. 17 è stata disposta la sospensione del processo al fine di attendere la conclusione del giudizio di rinvio pregiudiziale C-210/20 pendente presso la Corte di giustizia dell’Unione europea in seguito a ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sezione III, 20 marzo 2020 n. 2005. In particolare, la suddetta causa ha ad oggetto il seguente quesito sull’interpretazione dell’art. 89, d.lgs. n. 50 cit., rilevante ai fini della decisione: “*Se l’articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all’istituto dell’avvalimento, unitamente ai principi di*

libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

La Corte di giustizia UE con sentenza 3 giugno 2021 nella causa C-210/20 ha stabilito 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”.*

Alla pubblica udienza del 12 gennaio 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

3. – In via preliminare, si rileva l'estraneità al giudizio, per difetto di legittimazione passiva, di GSM Impianti s.p.a., della quale è pertanto disposta l'estromissione dal processo.

Nel merito, il ricorso è fondato sotto l'assorbente primo mezzo di impugnazione, alla luce dei sopra richiamati principi recentemente affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Infatti, la fattispecie oggetto della citata sentenza europea del 3 giugno 2021 riguarda una fattispecie ben più grave di quella che ci occupa, concernendo la presentazione di una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, laddove nel caso all'esame viene in questione un presunto mendacio sulla posizione di regolarità fiscale, ovvero sia di obblighi la cui violazione è sanzionata in sede amministrativa e non penale. Pertanto, in applicazione del principio generale in virtù del quale nel più è contenuto il meno, ritiene il collegio che la soluzione

affermata dalla Corte di giustizia UE a proposito della dichiarazione non veritiera riguardante la presenza di pregiudizi penali possa essere pacificamente applicata anche a quella sulla presenza di violazioni fiscali.

Tanto premesso, si osserva che l'art. 80, comma 5, lett. f-bis), e d.lgs. n. 50 cit. dispone che: “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: [...] f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*”.

Inoltre, l'art. 89, commi 1 e 3, d.lgs. n. 50 cit., prevede che: “1. [...] *L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 [...] 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*”; “3. *La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. [...]*”.

Alla luce degli artt. 57, par. 4, lett. h) e 63 della direttiva 2014/24/UE, come recentemente interpretati dalla giurisprudenza euro-unitaria, gli artt. 80, comma 5, lett. f-bis) e 89, comma 3, d.lgs. n. 50 cit., vanno applicati nel senso che nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, a fronte di una dichiarazione non veritiera resa dall'impresa ausiliaria, essa possa essere sostituita dall'offerente ausiliata, atteso che l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'offerente di presentarle le misure correttive che ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, dimostrare di poter essere nuovamente considerata un soggetto affidabile, potendo solo in subordine, in caso di adozione di misure correttive insufficienti, procedere alla sua sostituzione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2021 n. 8043). Infatti, l'interpretazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. “*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*” (Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2021 n. 8043).

L'assorbente fondatezza del suddetto motivo esime il collegio dalla disamina dei restanti.

4. – La novità della questione e la circostanza che la sentenza 3 giugno 2021 C-210/20 è successiva alla data di proposizione del ricorso consentono di disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione di GSM Impianti s.p.a., lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Roberto Maria Bucchi, Consigliere

Valerio Torano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valerio Torano

IL PRESIDENTE

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO