

Publicato il 29/11/2024

N. 09596/2024REG.PROV.COLL.
N. 04524/2024 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4524 del 2024, proposto da
-OMISSIS- s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in
relazione alla procedura CIG A030630209, rappresentato e difeso dagli
avvocati Valerio Zicaro e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Scalea, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo
studio in Roma, corso D'Italia, 97;

Comune di Santa Maria del Cedro, Cuc Comune Santa Maria del Cedro,
Presidenza Consiglio dei ministri, Italia Domani Piano nazionale di ripresa e
resilienza, non costituiti in giudizio;

Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dell'interno, Ministero
dell'istruzione e del merito, Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero
dell'ambiente e della sicurezza energetica, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato,
domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Mirabelli Mariano s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza, redatta in forma semplificata, del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 788/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Scalea, di Mirabelli Mariano s.r.l. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché dei Ministero dell'interno, Ministero dell'istruzione e del merito, Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura telematica negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, indetta dal Comune di Santa Maria del Cedro per conto del Comune di Scalea, per l'appalto integrato dei *“lavori di messa in sicurezza edifici e territorio-comma 139_anno 2022. - interventi messa sicurezza finalizzati al ripristino di strutture e infrastrutture danneggiate da calamità naturali e all'aumento del livello di resilienza dal rischio idraulico e di frana”*.

2. – -OMISSIS- s.c.a r.l., indicando come consorziate esecutrici -OMISSIS- S.r.l. e -OMISSIS- S.r.l., ha partecipato alla procedura e, all'esito della valutazione, è risultata al primo posto in graduatoria.

3. Tuttavia, con determina del 4 aprile 2024 n. -OMISSIS-, il Comune di Scalea, a seguito dei controlli di cui all'art. 17 n. 36 del d.lgs. 31 marzo 2023, ha escluso il concorrente dalla gara.

4. -OMISSIS- s.c. a r.l. (di seguito: "Consorzio") ha impugnato il predetto atto, congiuntamente ai seguenti atti e operazioni concernenti la suddetta procedura telematica negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara e, in particolare:

- la nota del 5 aprile 2024 n. -OMISSIS-, a mezzo della quale l'amministrazione ha comunicato l'esclusione dalla gara;
- tutti i verbali gara (anche istruttori), ancorché non conosciuti e, in particolare, dei verbali del 28 dicembre 2023, del 21 febbraio 2024 e del 23 febbraio 2024;
- tutti gli atti relativi alle verifiche condotte dalla stazione appaltante in merito alla sussistenza dei requisiti in capo all'esponente;
- il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore del secondo graduato Mirabelli Mariano s.r.l.;
- ogni altro atto, operazione o valutazione adottati o posti in essere dall'amministrazione in dipendenza ed in relazione delle valutazioni e verifiche che hanno condotto all'esclusione;
- ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente.

Con il medesimo ricorso il Consorzio ha chiesto il *"subentro nel contratto d'appalto eventualmente stipulato con il controinteressato, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso ex art. 121 e 122 c.p.a., ovvero, in subordine, ove l'interesse primario alla riammissione alla gara in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata possibilità di concorrere all'aggiudicazione della gara de qua e, quindi, all'esecuzione dell'appalto"*.

5. Il Tar Calabria – Catanzaro, con sentenza 20 maggio 2024 n. 788, ha respinto il ricorso.
6. Il Consorzio ha appellato la sentenza con ricorso n. 4524 del 2024.
7. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti il Comune di Scalea, Mirabelli Mariano s.r.l. e la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero dell'interno, Ministero dell'istruzione e del merito, Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.
8. All'udienza del 24 ottobre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. L'appello è infondato.

10. Si premette che il provvedimento escludente è plurimotivato, essendo basato sul grave illecito professionale (a cagione di risoluzioni contrattuali e di un rinvio a giudizio) e su violazioni fiscali.

Il Tar, pur ritenendo fondate le censure avverso l'addebito, con portata escludente, delle risoluzioni contrattuali (per difetto di istruttoria) e del rinvio a giudizio (per violazione del triennio di rilevanza), ha respinto il ricorso in ragione dell'infondatezza della doglianza riguardante le violazioni tributarie.

In appello il Consorzio ha censurato detto ultimo profilo.

I motivi ritenuti fondati dal Tar non sono stati ritualmente devoluti in appello: essi, a fronte dell'esame e dell'espressa reiezione di cui alla sentenza impugnata, avrebbero infatti dovuto essere dedotti con atto notificato da parte dell'Amministrazione, risultata sul punto soccombente. Invece il Comune si è limitato a presentare sul punto delle memorie non notificate.

Detti motivi pertanto non rientrano nel potere cognitorio di questo Giudice.

10. Eucleato il *thema decidendum* può essere scrutinato l'appello.

11. Con il primo motivo il Consorzio appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto integrata la fattispecie espulsiva di cui all'art. 94 del d. lgs. n. 36 del 2023 per il fatto che il consorzio ricorrente non avrebbe “*posto in essere le attività richieste dall'art. 97*”.

L'appellante ha altresì dedotto, al riguardo, la violazione del contraddittorio e il fatto che l'Amministrazione ha impedito al Consorzio di sostituire la consorziata esecutrice.

11.1. Il motivo è infondato.

11.2. L'appellante ha lamentato che non può essere imputato ad un consorzio stabile di non avere comunicato, ai fini dell'attivazione dell'istituto rimediale di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, le violazioni tributarie di una consorziata esecutrice di cui non era a conoscenza al tempo della presentazione dell'offerta.

Non è qui contestato che una consorziata designata dal Consorzio appellante per l'esecuzione abbia commesso, prima del termine di presentazione delle offerte, irregolarità fiscali, che, nel provvedimento di esclusione, sono ricondotte all'ambito di applicazione dell'art. 94 comma 6 del d. lgs. n. 36 del 2023.

L'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, in attuazione dell'art. 63 par. 1 comma 2 della direttiva n. 2014/24/UE, istituisce una modalità di superamento della regola generale, dettata dall'art. 96 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023, in base alla quale *“le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95”*.

Al fine di evitare l'effetto escludente, l'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 ammette, a certe condizioni, che il consorzio stabile possa sostituire o estromettere i propri componenti, fatta salva l'immodificabilità dell'offerta (è *“fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata”*, così il comma 2). In particolare il comma 2 (in combinato disposto con il comma 3) dispone che se un consorzio stabile, con riferimento alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono, *“si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100”*, esso *“può comprovare di averlo estromesso o*

sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata". Le misure prese sono valutate dalla stazione appaltante e *“se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto”* mentre *“Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata”* (sempre il comma 2).

Le violazioni fiscali di cui al presente profilo di censura rientrano nell'ambito di applicazione del suddetto istituto in quanto, appunto, sono qualificate come violazioni fiscali ai sensi dell'art. 94 comma 6 del d. lgs. n. 36 del 2023 e risultano commesse da una consorziata esecutrice di un consorzio stabile, rendendole rilevanti ai sensi dell'art. 65 comma 3.

Nondimeno l'istituto rimediale di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 presuppone, al fine di superare l'effetto escludente per il consorzio stabile che si siano *“verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:*

a) in sede di presentazione dell'offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta” (comma 1).

Non essendo qui contestato che le violazioni siano state commesse prima della presentazione delle offerte, risulta integrata la fattispecie di cui alla lett. a del comma 1 dell'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, che è connotata dal fatto

che la causa escludente si verifichi “*prima della presentazione dell'offerta*”. In tal caso l’offerente, per beneficiare dell’istituto rimediabile, è onerato di comunicare l’esistenza della causa escludente “*in sede di presentazione dell'offerta*”.

Non è contestato che il Consorzio non abbia reso tale dichiarazione in sede di presentazione dell’offerta.

Pertanto è addebitabile all’appellante, e non alla stazione appaltante, la mancata attivazione del rimedio disciplinato nell’art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023, che consente ai consorzi stabili (oltre che ad altri offerenti) di sostituire o estromettere la consorziata esecutrice al fine di evitare l’esclusione.

Né, a fronte del suddetto dato normativo, che impone espressamente all’offerente di comunicare alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell’offerta, può essere addebito alla stazione appaltante di non avere comunicato all’offerente le suddette irregolarità fiscali. Risulta quindi infondata la doglianza relativa alla violazione del contraddittorio, fondata sull’omessa comunicazione al Consorzio della “*sussistenza di violazione tributarie definitivamente accertate a carico della consorziata [...] al fine di consentire allo stesso di porre in essere le misure sananti idonee ad assicurare la permanenza in gara*”.

Manca quindi il presupposto, cioè la comunicazione della sussistenza della causa escludente in sede di presentazione dell’offerta, per l’attivazione del rimedio volto a superare il ricorrere della causa escludente accertata con il qui gravato provvedimento.

Detta circostanza non può essere superata dall’asserita mancata conoscenza da parte del Consorzio appellante della situazione della propria consorziata esecutrice.

Il consorzio stabile presenta un’offerta unitaria, della quale si assume la responsabilità, senza potersi fare scudo della posizione individuale dei partecipanti allo stesso. Il consorzio stabile ha infatti “*una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività*

giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto” (Ad. plen. 2021 n. 5)

La stazione appaltante si interfaccia quindi con una soggettività giuridica unica.

La stessa decisione di costituire il consorzio e di farne parte rientra nella sfera giuridica dei componenti del consorzio, i quali si assumono la responsabilità di avere riposto fiducia negli stessi, creando una soggettività giuridica che su detti rapporti si fonda e che costituisce l'interfaccia rispetto ai terzi.

Le problematiche interne e la trasparenza dei relativi rapporti non si riverberano sulla stazione appaltante, la cui posizione è presidiata dall'unicità dell'offerta e dalla responsabilità solidale, in linea con le sopra richiamate caratteristiche dell'istituto.

Si presume che il consorzio stabile conosca la situazione dei propri componenti e possa così utilizzare lo strumento rimediabile di cui all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023 nel rispetto delle relative prescrizioni procedurali.

La disciplina nazionale, nello stabilire che l'operatore economico conosce (è tenuto a conoscere) le cause di esclusione che lo riguardano, sicché va escluso se alla data di scadenza del bando vi sono cause di esclusione non debitamente dichiarate, non ammette scusanti per il consorzio stabile che ignorava la causa di esclusione di uno dei componenti.

In ogni caso, anche a ritenere che la posizione della consorziata esecutrice sia simile a quella dell'impresa ausiliaria, nei termini rappresentati dall'Adunanza plenaria, che comunque ha sottolineato anche la differenza (in termini di minore intensità del rapporto), perché una causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta può essere sanata attraverso il meccanismo rimediabile di cui all'art. 63 par. 1 della direttiva n. 2014/24/UE (e all'art. 97 del d. lgs. n. 36 del 2023) non è sufficiente l'ignoranza del motivo di esclusione

ma è altresì necessario che detta ignoranza non sia addebitabile a mancanza di diligenza, e quindi non sia colposa.

La Corte di giustizia ha applicato l'istituto della sostituzione a una causa escludente (per false dichiarazioni) riguardante un'impresa ausiliaria nell'ambito di un rapporto di avvalimento (sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020), sulla base del principio di proporzionalità, che deve essere considerato nell'applicazione di una causa escludente facoltativa.

Secondo la Corte di giustizia, il primo presupposto dell'applicabilità della fattispecie sanante è il fatto che l'offerente ignorasse l'esistenza del motivo espulsivo (*“senza che i suoi partner abbiano avuto conoscenza di tale falsa dichiarazione”*) al momento della presentazione della domanda di partecipazione (quando è stata resa la falsa dichiarazione).

In secondo luogo l'Amministrazione, per verificare la possibilità di sostituzione dell'ausiliaria, è tenuta a effettuare una *“valutazione concreta e individualizzata dell'atteggiamento del soggetto interessato”* (Cgue, Grande sezione, 7 settembre 2021, C-927/2019), prendendo in considerazione i *“mezzi di cui l'offerente disponeva per verificare l'esistenza di una violazione in capo al soggetto sulle cui capacità intendeva fare affidamento”* (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020).

La Corte di giustizia ha quindi condizionato la possibilità di sanare la posizione attraverso la sostituzione dell'ausiliaria alla prova che la mancata conoscenza della situazione impeditiva non sia addebitabile a mancanza di diligenza da parte dell'offerente (operatore economico ausiliato): *“se il giudice del rinvio confermasse l'affermazione dell'RTI -OMISSIS- 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 -OMISSIS- di venire a conoscenza di tale condanna, non gli si potrebbe addebitare una mancanza di diligenza”*, con la

conseguenza che, 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*” (Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020).

La valutazione della mancanza di diligenza presuppone, secondo l’impostazione della Corte di giustizia, non solo che l’offerente non abbia fatto fede solo su quanto dichiarato dal soggetto colpito dal motivo espulsivo (nella specie la dichiarazione resa in gara dall’impresa ausiliaria ai sensi dell’art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016) ma anche che la verifica di quanto dichiarato sia avvenuta sulla base di un dato oggettivo, l’estratto del casellario giudiziale poi risultato interessato dalla condanna penale nel caso esaminato dalla Corte, che l’offerente si presume abbia consultato (prima della presentazione dell’offerta).

Pertanto, anche a volere che la presunzione di conoscenza delle cause di esclusione che riguardano l’ausiliario non sia assoluta ma relativa, e ammetta quindi una prova contraria, la presunzione po' essere superata solo provando la “*incolpevole ignoranza*”, cioè un dato oggettivo.

La suddetta impostazione non solo è foriera di una maggiore efficienza dell’intero sistema ma compulsa una maggiore diligenza dell’offerente, che è indotto a approfondire la posizione dei soggetti con i quali collabora prima della presentazione dell’offerta, così avvedendosi per tempo di eventuali ragioni escludenti che possono superare.

Anche a ritenere che detta impostazione possa riferirsi ai rapporti fra consorzio stabile e consorziata esecutrice, nonostante non vi sia una piena analogia di situazioni e benché sia stata resa dalla Corte a una causa facoltativa di esclusione, che richiede il vaglio di proporzionalità, mentre è qui controversa una causa escludente obbligatoria, nondimeno non si ravvisano i presupposti per l’utilizzo dello strumento rimediabile.

L’appellante, infatti, non ha apportato dati oggettivi a supporto della non conoscenza delle violazioni fiscali, se non la dichiarazione della consorziata

esecutrice (paragonabile alla dichiarazione resa in gara dall'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016, su cui si è pronunciata la Corte di giustizia).

La difesa del Consorzio appellante si appunta proprio su detta circostanza, dando per scontato che, in sede di presentazione dell'offerta, potessero bastare, le dichiarazioni, non accompagnate dalla comprova di quanto dichiarato.

11.3. Pertanto, anche considerando detta seconda prospettiva (che comunque si fonda su una pronuncia resa su un caso diverso, come detto), il profilo di censura è infondato.

12. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha considerato che la consorziata esecutrice *“ha interamente pagato le somme dovute”* mentre *“la circostanza per cui tale pagamento sia intervenuto dopo il termine di presentazione delle offerte non rileva, potendo comunque valere quale misura sanante”*.

12.1. Il motivo è infondato.

12.2. Gli strumenti previsti dal d. lgs. n. 36 del 2023 per rimediare alla sussistenza di una causa escludente sono due: quello disciplinato dall'art. 96 (*self cleaning*) e quello disciplinato dall'art. 97, che consente l'estromissione o la sostituzione dei componenti dei raggruppamenti e degli altri offerenti ivi indicati.

Della mancata integrazione dei presupposti della fattispecie sanante di cui all'art. 97 si è già detto.

La fattispecie di cui all'art. 96 non contempla, fra le cause di esclusione che possono essere sanate, le violazioni fiscali. Ciò in quanto nell'*incipit* del paragrafo 6 dell'art. 57 della direttiva 24/2014 UE (*“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4”*) non richiama il paragrafo 2, dedicato all'inottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.

Restano così fuori dal perimetro applicativo dell'istituto le violazioni fiscali e previdenziali di cui al comma 6 dell'art. 94 e al comma 2 dell'art. 95.

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, la sussistenza dell'irregolarità fiscale non può essere sanata dopo la presentazione dell'offerta, con il rimedio disciplinato dall'art. 96 del d. lgs. n. 36 del 2023.

13. L'infondatezza dei motivi volti a contestare l'illegittimità dell'esclusione fa venir meno i presupposti della domanda di tutela in forma specifica e della domanda subordinata di risarcimento per equivalente, peraltro declinata in termini generici (per "mancata possibilità di concorrere all'aggiudicazione della gara *de qua* e, quindi, all'esecuzione" nel ricorso introduttivo e per "perdita di *chance*" in appello).

14. In conclusione, l'appello è infondato.

15. La particolarità e la novità della questione giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il Consorzio appellante e le consorziate che ne fanno parte e richiamate in sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.