

L'ambito di applicazione e la tenuta comunitaria dell'art. 80 comma 5 lett. c Codice appalti.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 13-9-2018

La differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5 lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5 lett. f bis l'esclusione dalla gara è un atto vincolato.

Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio".

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

A) sul ricorso numero di registro generale 4242 del 2018, proposto da Medicaire Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asl 1 Imperiese, Asl 2 Savonese, non costituite in giudizio;
Isimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola La Ganga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Capello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

B) sul ricorso numero di registro generale 4248 del 2018, proposto da Medicaire Italia S.r.l. in proprio e quale mandataria dell'Ati con Vivisol S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asl 4 Chiavarese, Asl 5 Spezzino non costituite in giudizio;
Isimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola La Ganga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Capello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

A) quanto al ricorso n. 4242 del 2018:

della sentenza del Tar per la Liguria, sez. I, del 16 aprile 2018, n. 344;

B) quanto al ricorso n. 4248 del 2018:

della sentenza del Tar per la Liguria, sez. I, del 16 aprile 2018, n. 345.

FATTO e DIRITTO

1. I procedimenti qui in rilievo hanno tutti ad oggetto la medesima *res controversa* e, segnatamente, l'ammissione dell'ATI Isimed/FerreroMed alla procedura aperta per l'affidamento dei lotti 2 (ricorso n. 4242.2018) e 3 (ricorso 4248.2018) "*del servizio di ventiloterapia, polisonnografia e fornitura di ausili per la terapia respiratoria occorrenti ad AASSLL della Regione Liguria per un periodo di anni tre (con opzione di rinnovo per un ulteriore biennio), Lotti n. 3*", indetta da ELISA.

La gara *de qua* è stata articolata territorialmente in tre lotti e l'odierna appellante, Medicaïr, ha presentato un'offerta sia per il Lotto 2 (comprendente le AA.SS.LL. n. 1 Imperiese e n. 2 Savonese), il cui valore quinquennale è di € 8.249.880,00, sia per il Lotto 3 (comprendente le AA.SS.LL. n. 4 Chiavarese e n. 5 Spezzino) per un importo di € 5.127480,00, per i quali concorreva anche la costituenda Ati composta da Isimed Srl (mandataria) e Ferrero Med Srl (mandante).

1.1. La Medicaïr contestava l'ammissione della suddetta ATI alla gara *de qua* rappresentando, tra l'altro, alla stazione appaltante, fin dal 25 gennaio 2018, data della prima seduta della Commissione di gara, che risultava *"..in capo alla ditta Isimed una segnalazione all'Anac per rescissione contratto (relativo a servizio di assistenza domiciliare respiratoria) per ASP di Enna, nota*

ASP di Enna prot. 2017-0045456 del 22/12/2017...", replicando la suddetta segnalazione con successiva istanza recante anche una sollecitazione ad intervenire in autotutela.

Con la comunicazione del 9 febbraio 2018, la Stazione appaltante riferiva di aver *"provveduto ad effettuare ulteriori verifiche circa i rilievi emersi nella sopracitata nota. In conseguenza di ciò, si conferma l'ammissione dell'RTI Isimed Srl/FerreroMed Srl così come risulta nel verbale di seduta pubblica del 25/01/2018 di verifica della documentazione amministrativa, già pubblicato sul sito della scrivente stazione appaltante il giorno 25 gennaio 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.lgs. 50/2016 e s.m.i."*.

1.2. Non avendo ottenuto corretto riscontro alle suddette sollecitazioni, la Medicaïr impugnava, in prime cure, innanzi al TAR per la Liguria, con distinti ricorsi, ciascuno per ogni lotto, l'ammissione alla gara *de qua* dell'Ati Isimed.

I ricorsi venivano, però, respinti con la decisioni qui appellate.

2. Avverso le suddette decisioni, con i mezzi in epigrafe, l'appellante Medicaïr ha articolato i seguenti motivi di gravame:

a) il giudice di prime cure avrebbe erroneamente confermato la sussistenza delle condizioni di ammissibilità alla gara di Isimed nonostante la dedotta violazione dell'art. 80, comma 5 del D.lgs. 50/16. Di contro, già dal dicembre 2017 Isimed era a conoscenza di un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto (a lei aggiudicato e in fase di esecuzione) emesso, anche nei suoi confronti, da una Pubblica Amministrazione (ASP Enna). Ciò nondimeno, l'Ati Isimed ometteva di segnalare nel DGUE la subita risoluzione del contratto da parte dell'ASP Enna e, da parte sua, l'Amministrazione intimata non adottava alcuna misura espulsiva, anzi confermava l'ammissione alla gara della detta controinteressata;

b) Isimed, per il triennio di riferimento 2014/2016, non avrebbe adempiuto a comprovare il requisito di partecipazione relativo al fatturato minimo specifico. Analoga carenza andrebbe, altresì, riferita all'impresa mandante FerreroMed;

Sul punto, non sarebbero conferenti i rilievi del giudice di prime cure secondo cui "la posizione

della controinteressata è stata asseverata dalla BNL (2.1.2018) e da Chiantibanca coop (22.12.2107);

c) sarebbe, altresì, non conferente il contratto di avvalimento sottoscritto tra l'Ati Isimed e l'Officina Ortopedica Ferrero Srl., non avendo questa la capacità tecnica ed economica per poter prestare integralmente il requisito all'Ati Isimed: gli appalti dichiarati nel DGUE sarebbero, invero, riferibili a forniture non idonee a concretare prestazioni identiche o analoghe. Inoltre, l'avvalimento si sostanzierebbe unicamente in un programma formativo e non di esecuzione materiale del servizio oggetto di gara;

d) la dichiarazione di subappalto, da parte di Isimed e riferita ai servizi di magazzino, logistica, assistenza tecnica ed attività correlate, sarebbe illegittima per la violazione dell'art. 105, comma 6, lett. d), ai sensi del quale il concorrente deve dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80. Ciò in quanto due dei tre subappaltatori indicati, Officina Ortopedica Ferrero Srl e Centro Ability Srl, rientrerebbero, per sovrapposizioni di partecipazioni societarie, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o comunque in relazione, anche di fatto, con conseguente violazione degli artt. 80 e 105 del D.lgs. 50/16;

e) emergerebbe altresì l'intenzione di aggirare la disciplina sulla limitazione del 30% della quota di lavori subappaltabili ai sensi dell'art. 105, comma 2. Tanto in ragione della incapacità della mandataria e della mandante di eseguire in proprio l'appalto;

f) Isimed, al momento della presentazione della propria offerta, non aveva impugnato il provvedimento di risoluzione del contratto emesso dall'Asp di Enna. Nella denegata ipotesi in cui si volesse ritenere rilevante il ricorso successivamente notificato, il 30 marzo 2018, l'appellante chiede rimettersi alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE la valutazione di compatibilità dell'art. 80, comma 5, lett.c) del D.lgs. 50/16 con l'art. 57, comma 4, della Dir. 2014/24/UE.

Resistono in giudizio A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria Della Regione Liguria, Ferreromed Srl, Isimed Srl, che hanno concluso per il rigetto dell'appello.

3. In via preliminare s'impone la riunione degli appelli in epigrafe siccome pendenti tra le stesse parti, riferiti tutti alla medesima vicenda ed aventi ad oggetto identiche questioni giuridiche, con conseguente configurabilità di un vincolo di connessione oggettiva e soggettiva.

Giova, altresì, soggiungere, sempre in via preliminare, che, *in subiecta materia*, la sentenza è ordinariamente redatta «in forma semplificata», potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.) ed è in stretta aderenza alle suddette coordinate normative che la Sezione procede, di seguito, allo scrutinio della *res iudicanda*.

4. Tanto premesso, va, anzitutto, disatteso il primo gruppo di doglianze articolate avverso il capo delle coeve sentenze qui appellate con cui il giudice di prime cure ha ritenuto che gli esiti risolutivi della pregressa vicenda contrattuale relativa ad Isimed non ponessero a carico della

predetta parte un obbligo di dichiarazione rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 80 comma 5 sub lettere c) ed f bis) del d. lgs. 50/2016.

4.1. La vicenda qui in rilievo – non dichiarata da Isimed nel proprio DGUE - involge i profili di corretta esecuzione di una precedente commessa pubblica (servizio di assistenza domiciliare respiratoria -ventiloterapia meccanica domiciliare) affidata dall'ASP di Enna in favore di un'ATI, di cui faceva parte anche Isimed srl, nella qualità di mandante, insieme ad altri due operatori (Sico Spa e Som Snc).

Il suddetto contratto veniva risolto con effetto immediato a far data dal 4.12.2017, esito confermato con successiva comunicazione del 22 dicembre 2017 e di cui, con successiva delibera n.106/2018, l'ASP Enna, per il lotto 2, prendeva formalmente atto, riservandosi, invece, ogni determinazione definitiva su altro distinto lotto (lotto 1) all'esito del parere legale del servizio legale interno all'azienda.

Dalla disamina degli atti di causa si evince che:

- la risoluzione è stata effettivamente disposta, con effetto immediato (dal 4.12.2017), prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di Isimed (la delibera si è limitata a prendere atto di una vicenda giuridica già perfezionatasi) e ciò nondimeno non risulta dichiarata;
- la risoluzione è stata formalmente pronunciata anche nei confronti di Isimed e non solo nei confronti delle altre due ditte, tutte segnalate all'Anac che ha provveduto ad iscrivere nel Casellario (Isimed inclusa);
- alla data di presentazione della domanda di partecipazione la risoluzione non era stata impugnata (lo sarà solo dopo).

4.2. Il codice di contratti, per quanto di più diretto interesse, impone, all'articolo 80 comma 5 lettera c), l'adozione di una misura espulsiva qualora *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*

Il successivo comma f bis correla l'applicazione della suddetta sanzione dell'esclusione della gara al fatto de *“ l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

Com'è noto, l'art. 80 co. 5 sopra trascritto si pone a presidio dell'esigenza di verificare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a.

La declinazione applicativa dei suindicati principi regolatori ha trovato chiara esplicitazione nelle linee guida all'uopo confezionate dall'ANAC, che, al punto 4.2., precisano, tra l'altro, che *“la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione.*

Quanto poi alle possibili ricadute si è ulteriormente chiarito in giurisprudenza (cfr. TAR Campania, Sez. IV n. 703 del 2018) che, in alcuni casi, la violazione degli obblighi dichiarativi refluisce nella categoria del cd. illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che, come noto, annovera, tra le altre, anche la seguente fattispecie *“il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione”*. In siffatta evenienza, l'accertamento del presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante.

Al contempo, l'art. 80 cit., alla lettera f-bis), prevede che le stazioni appaltanti escludono *“l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”*.

Come evidenziato dal CdS, in sede di parere (numero 02042/2017), licenziato a seguito dell'Adunanza del 14 settembre 2017, la differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico.

Fermo restando che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, il *discrimen* tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti – alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa - nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera C).

4.3. Orbene, va, anzitutto, esclusa la sussumibilità della fattispecie qui in esame nell'alveo della previsione normativa descritta alla lettera f bis del comma 5 dell'articolo 80, in ragione del tipo di informazione non riportata nella cumulativa dichiarazione resa dalla Isimed.

Segnatamente, la Isimed Srl ha barrato la voce “no” in corrispondenza della risposta alla domanda contenuta nel DGUE se “*L’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett. c) del Codice*” e tale annotazione – come di seguito ulteriormente evidenziato – a cagione della sua connotazione anche valutativa del vissuto professionale dell’azienda si rivela strutturalmente idonea ad integrare gli estremi di un falso cd. ideologico.

4.4. Ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto dedotto dall’appellante, nemmeno può ritenersi qui predicabile la distinta previsione normativa di cui all’articolo 80 comma 5 lettera c) del Codice.

Ed, invero, in senso ostativo rispetto all’azionata pretesa attorea milita il fatto che la Isimed aveva già formalmente comunicato all’A.S.P. di Enna, con nota P.E.C. del 17 luglio 2017, la propria volontà di recedere dal rapporto contratto con le altre due componenti del R.T.I. aggiudicatario del Lotto 2 in ragione della mancata distribuzione degli utili e dell’omessa rendicontazione, con ciò avvalendosi espressamente della facoltà prevista dall’articolo 48 comma 19 del d. lgs 50/2016 a mente del quale “*E’ ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*”.

Segnatamente, prima ancora che la stazione appaltante avviasse il procedimento che ha portato alla risoluzione di cui si tratta la Isimed aveva già posto in essere le premesse dello scioglimento del vincolo di mandato, partecipando alla stazione appaltante le proprie determinazioni.

Ed a riprova di ciò vi è il fatto che, proprio a cagione di tale sopravvenienza, le altre due ditte già componenti l’originario RTI (Sico Spa e Som Snc, con apposito rogito notarile in cui la Isimed Srl è rimasta totalmente estranea) ebbero a costituire una nuova aggregazione per l’esecuzione del contratto *de quo*, determinando, all’insaputa della stazione appaltante, quella modifica delle condizioni soggettive del contraente che costituisce la ragione fondante su cui riposa la disposta risoluzione.

Di talchè la suddetta dichiarazione di risoluzione, da un lato, è intervenuta su una situazione che vedeva la Isimed già oramai esterna rispetto al rapporto in essere per effetto della dichiarazione di recesso e del subentro nell’esecuzione del contratto di una nuova aggregazione di imprese e, dall’altro, come già anticipato, pur coinvolgendo formalmente la Isimed, risultava incentrata su addebiti rispetto ai quali la Isimed era sostanzialmente estranea.

A fronte di quanto fin qui evidenziato, e per le specifiche ragioni suesposte, vanno, in definitiva, condivise le statuizioni della decisione di prime cure nella parte in cui, relativamente alla documentazione amministrativa prodotta dalla Isimed, ha ritenuto che *non si ravvisano elementi per far ritenere che essa fosse tenuta a dichiarare nel DGUE presentato in Liguria le vicende del rapporto siciliano*”.

4.5. D'altro canto, occorre soggiungere che, per effetto delle sollecitazioni dell'odierna appellante, la stazione appaltante ha autonomamente provveduto, in regime di autotutela, a valutare la rilevanza della pregressa vicenda contrattuale ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera C), stimando la vicenda sopra descritta come priva di indici sintomatici di *"..gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"*.

In tal modo ha trovato compimento, sia pur in sede di riesame, il disegno sotteso al costruito normativo in argomento che sostanzialmente mira a rimettere alle valutazioni della stazione appaltante eventuali distorsioni nell'esecuzione di precedenti commesse pubbliche ovvero nella partecipazione degli operatori alle gare, dovendosi, a tal riguardo, ribadire come, nell'economia della fattispecie normativa in commento (articolo 80 comma 5 lettera c), vanno esclusi rigidi automatismi applicativi.

Ed in linea con il suddetto schema operativo, con nota del 9 febbraio 2018, la stazione appaltante, appositamente compulsata con un'istanza di autotutela, ha avviato una mirata istruttoria sul tema qui in rilievo, confermando, sulla scorta delle controdeduzioni rassegnate da Isimed, gli esiti dello scrutinio già svolto sull'ammissione dell'ATI Isimed – Ferromed alla procedura di gara, comunicando a Medicaire S.r.l. che *"a seguito della Vostra nota UG-138/COR/18/TM del 29/01/2018, questa Stazione appaltante ha provveduto ad effettuare ulteriori verifiche circa i rilievi emersi nella sopracitata nota. In conseguenza di ciò, si conferma l'ammissione dell'R.T.I. ISIMED S.R.L./FERREROMED S.R.L. così come risulta nel verbale di seduta pubblica del 25/01/2018 di verifica della documentazione amministrativa, già pubblicato sul sito della scrivente stazione appaltante il giorno 25 gennaio 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i."*

Né possono condividersi le ragioni di doglianza qui riproposte dall'appellante incentrate sulla pretesa insufficienza del corredo motivazionale di tale determinazione che può, invece, agevolmente desumersi – vieppiù trattandosi di un'ammissione - dalle risultanze istruttorie cui fa rinvio e di cui la statuizione finale costituisce coerente espressione.

D'altro canto, la sufficienza di tale metodica a veicolare le ragioni su cui riposano le determinazioni in argomento è fatta qui palese dalla stessa compiutezza delle difese articolate dall'odierna appellante sia in prime cure che in grado d'appello.

Le considerazioni fin qui svolte assorbono l'istanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE prospettata per l'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/16, la rilevanza della risoluzione contrattuale dovesse essere ritenuta sussistente nei soli casi in cui non è stata fatta oggetto di impugnazione giudiziale, evenienza qui non in rilievo.

Parimenti, prive di pregio si rivelano i residui motivi di gravame.

5. Segnatamente, non hanno pregio i motivi di impugnazione che ripropongono i rilievi censori già disattesi in prime cure ed afferenti alla mancanza, in capo al RTI controinteressato, dei requisiti di capacità economico finanziaria per mancanza di un fatturato sufficiente.

5.1. Sul punto, non possono che essere condivise le argomentazioni compendiate nella decisione impugnata che ha correttamente rilevato come *“...il disciplinare di gara considera un’impresa atta a partecipare alla selezione allorché comprovi la propria solidità finanziaria con due dichiarazioni di istituti di credito; in tal senso la posizione della controinteressata è stata asseverata dalla BNL (2.1.2018) e da Chiantibanca coop (22.12.2107), dal che l’infondatezza del rilievo”*.

Ed, invero, quanto affermato nel capo della decisione – che suffraga in ottica sostanziale l’esistenza del requisito in argomento - trova immediato riscontro nella piana lettura del disciplinare di gara secondo cui *“L’ ammissione alla gara è condizionata, ai sensi dell’art. 83 comma 4 lettera a) D.Lgs. n. 50/2016, alla esistenza nel triennio 2014-2016, rispetto al valore annuale presunto della somma dei lotti per i quali si intende presentare offerta:*

- di un fatturato medio annuale globale di impresa pari almeno a 1,5 volte;

- di un fatturato medio annuale specifico, nel “settore oggetto di gara”, almeno pari.

Il settore oggetto di gara comprende oltre a forniture/servizi identici a quelli della procedura, anche forniture/servizi analoghi secondo un criterio di proporzionalità e ragionevolezza .

In mancanza e/o insufficienza dei requisiti di fatturato, ai sensi dell’Allegato XVII parte I D.Lgs. n. 50/216, possono essere fornite due idonee dichiarazioni di Istituti bancari che attestino la solidità economica e finanziaria della ditta in data non anteriore a 180 gg. dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte....”

5.2. D’altronde, ed in disparte quanto appena evidenziato, di per se stesso assorbente, occorre aggiungere che il costruito giuridico attoreo muove dalla non condivisibile premessa di considerare utili, ai fini in questione, esclusivamente le pregresse forniture di ausili per la terapia respiratoria ricompresi nell’elenco n. 3 del D.M. 332/1999 mentre, nella suddetta prospettiva, non potrebbero essere utilmente considerate quelle di ausili protesici classificati nel distinto elenco n. 3 del D.M. citato.

Viceversa, il richiamato disciplinare valorizzava, ai fini della dimostrazione del prescritto fatturato specifico, non solo i servizi “identici” ma anche quelli “analoghi” secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, di talchè la lettura restrittiva da cui prendono abbrivio le censure in commento mal si concilia con la latitudine assegnata dalla disciplina di gara all’ampio ventaglio delle esperienze negoziali utilizzabili ai fini qui in rilievo.

Come efficacemente opposto dalle parti appellate la giurisprudenza di settore ha evidenziato che la locuzione “servizi analoghi” non s’identifica con “servizi identici”.

Segnatamente, questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 31/05/2018, n. 3267) ha ancora di recente affermato che *“Laddove la lex specialis chieda ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di “servizi analoghi”, la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell’appalto nè ad assimilare impropriamente il concetto di “servizi analoghi” con quello di*

“servizi identici”, atteso che la ratio sottesa alla succitata clausola del bando è il contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione “servizi analoghi” non s'identifica con “servizi identici”. Tuttavia va valorizzata la contestuale affermazione giurisprudenziale secondo cui occorre ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando (così Cons. Stato, V, 6 aprile 2017, n. 1608; in termini anche Cons. Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3717 e 25 giugno 2014, n. 3220); vale a dire che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni (Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2227), nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti. (così Cons. Stato, Sez. V, 6/4/2017, n. 1608; in termini anche Cons. Stato, Sez. V, 28/7/2015, n. 3717 e 25/6/2014, n. 3220)”.

Nel caso qui in rilievo non può dubitarsi della afferenza dei servizi in comparazione al medesimo settore imprenditoriale o professionale (Cons. Stato, Sez. III, 19/2/2016, n. 695; Sez. IV, 5/3/2015, n. 1122) sussistendo, peraltro, sotto il profilo strutturale (quanto a modalità organizzative e tipologia) apparenti profili di similitudini non smentiti da elementi di segno contrario, non potendo assegnarsi rilievo decisivo al solo fatto che le prestazioni in comparazione differiscono per la diversa classificazione dei prodotti offerti nel nomenclatore ufficiale degli ausili medici (elenco n. 2 o n. 3).

6. Nemmeno possono essere condivise le doglianze che involgono la pretesa mancanza dei requisiti di capacità tecnica e riferite, da un lato, alla contestata validità del contratto di avalimento sottoscritto tra l'Ati Isimed e Officina Ortopedica Ferrero Srl e, dall'altro, al fatto che Officina Ortopedica Ferrero Srl non avrebbe la capacità tecnica ed economica per poter prestare integralmente il requisito all'Ati Isimed.

6.1. Il costrutto giuridico dall'appellante muove, anche per i profili qui in rilievo, dalle medesime premesse già sopra passate in rassegna ed incentrate sulla non utilizzabilità (siccome non analoghi) di parte dei servizi fatturati da Officina Ortopedica Ferrero Srl.

Sul punto, sono state già evidenziate le ragioni di non condivisione, alle quali occorre pertanto fare integrale rinvio.

6.2. Parimenti infondate si rivelano le ulteriori argomentazioni censoree riferite al contratto di avalimento che, nella ricostruzione dell'appellante, si risolverebbe unicamente in un programma formativo e non di esecuzione materiale del servizio oggetto di gara.

Anche sul punto la decisione di primo grado si rivela immune dai motivi di gravame articolati da Medicaïr.

Ed, invero, nel mezzo proposto non risulta superato il rilievo contenuto nel divisato *decisum* circa la mancata deduzione del requisito di gara che si assume violato, atteso che il disciplinare di gara non sembra prevedere requisiti minimali di natura tecnica.

D'altro canto, la riduttiva lettura offerta dall'appellante sembrerebbe smentita ancora una volta dallo stesso contenuto del contratto in argomento fatto palese dalla formulazione letterale delle relative clausole in cui è specificato che l'impresa ausiliaria metterà a disposizione di Isimed, oltre al requisito economico, anche:

a) *“Il proprio know how sulla gestione di servizi analoghi comprensivi di fornitura e noleggi di ausili e apparecchiature mediche. Nonché sull'organizzazione logistico distributiva e l'assistenza tecnico manutentiva [...]”;*

b) *“garantendo alla Isimed gli stessi competitivi prezzi operati dai fornitori alla Officina Ortopedica Ferrero [...]”;*

c) *“intervenendo, qualora necessario ai fini del corretto svolgimento dell'appalto, con ogni risorsa economica, finanziaria, di strutture, uomini e mezzi [...]”.*

Di talchè non può che essere confermata la decisione di primo grado nella parte in cui ha conclusivamente affermato che l'impresa ausiliaria *“...va ritenuta idonea a sovvenire la controinteressata nell'espletamento di quanto eventualmente occorrerà per l'adempimento delle obbligazioni che potrebbero derivare dalla gara in atto”.*

7. Infine, anche i residui motivi di impugnazione, incentrati sull'esistenza di una non consentita situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. tra Isimed e due dei tre subappaltatori indicati, vanno respinti siccome privi di fondamento.

7.1. Sul punto l'appellante si limita a comprovare, piuttosto che una formale situazione di controllo, una parziale sovrapposizione delle relative compagini societarie, senza peraltro fornire conferenti elementi che consentano di ritenere conclamata la riferibilità dei diversi soggetti ad un medesimo centro decisionale.

Ed è proprio in ragione di ciò che il giudice di prime cure ha concluso nel senso che *“...la censura espone numerosi dati di fatti circa le scambievoli relazione societarie tra diversi i diversi soggetti coinvolti, ma non trae convincenti conclusioni in tal senso; la censura è pertanto infondata perché generica”.*

7.2. A tali considerazioni, vale poi aggiungere che l'art. 80 comma 5 lettera m) del D.Lgs. 50/2018, circoscrive l'efficacia preclusiva rinveniente da una situazione di controllo ai soli rapporti tra operatori concorrenti, all'uopo prevedendo che debba essere escluso *“l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di*

controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

E ciò in considerazione del fatto che solo all'esterno dell'aggregazione cui è riferibile la singola offerta si pone l'esigenza di preservare l'effettiva concorrenza tra gli operatori che

partecipano alla gara.

Infine, vanno respinte anche le residue deduzioni di Medicaid circa l'intenzione dell'RTI controinteressato di aggirare la limitazione del 30% della quota dei servizi subappaltabili, evenienza questa non adeguatamente dimostrata e, comunque, inconferente nell'attuale stadio della procedura di gara.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, gli appelli vanno respinti.

La novità e complessità delle questioni affrontate giustificano la compensazione, tra le parti, delle spese di giudizio, con la precisazione che restano definitivamente a carico dell'appellante gli oneri sostenuti per il contributo unificato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- 1) li respinge;
- 2) compensa tra le parti le spese di giudizio, ad eccezione del contributo unificato che resta definitivamente a carico dell'appellante.

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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7252 del 2017, proposto da

Indaco Service Soc. coop. sociale, in proprio e quale mandataria della costituenda Ati, Coop.

sociale il Melograno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Fabrizio Cecinato, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Ufficio Territoriale del Governo Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cometa Società Cooperativa Sociale, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Puglia - Sez. Staccata di Lecce, Sez. II n. 1470/2017, resa tra le parti, concernente esclusione dalla procedura di gara aperta per affidamento mediante accordo quadro del servizio temporaneo di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale.

I. FATTO

1.- Con avviso pubblico del 21 febbraio 2017, la Prefettura di Taranto indiceva una procedura di gara aperta, ai sensi degli artt. 59 e 60 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento, mediante accordo quadro, del servizio di temporanea accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale, per il periodo 1 maggio 2017 - 31 dicembre 2017, salvo proroga (C.I.G.: 698945049A).

In particolare, l'art. 3 dell'Avviso pubblico disponeva:

a) che *“le strutture di accoglienza avrebbero dovuto] essere dislocate nell'ambito territoriale della provincia di Taranto”;*

b) che *“la ripartizione dei posti di accoglienza [sarebbe avvenuta] tra i comuni della provincia proporzionalmente alla rispettiva popolazione residente, con esclusione dei comuni con popolazione pari o inferiore a 2.000 abitanti, per i quali, secondo istruzioni ministeriali, [era] stata prevista l'accoglienza di almeno 6 cittadini richiedenti protezione internazionale”;*

c) che *“ai fini del riparto, si [era] tenuto conto della presenza di strutture S.P.R.A.R. in alcuni territori comunali (Carosino, Grottaglie, Manduria, Martina Franca, Maruggio, Massafra, Palagiano, San Marzano di San Giuseppe, Torricella) e della loro capienza”;*

d) che, pertanto i posti sarebbero stati dislocati in modi da riservarne 711 al Comune di Taranto.

Il successivo art. 7, punto b), del ridetto Avviso pubblico disponeva che “[potessero] partecipare alla procedura i concorrenti di cui al punto precedente, per i quali: 1) non sussist[essero] le cause di esclusione di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016”.

2.- Alla summenzionata procedura ad evidenza pubblica partecipava la costituenda ATI Coop. Indaco Service a r.l., la quale offriva la disponibilità dei seguenti posti:

- n. 230 posti a Taranto, di cui n. 20 presso la struttura di via Cesare Battisti n. 587 e n. 210 posti presso i n. 3 plessi presenti nella struttura di via Santa Maria del Galeso, contrada Teresiola snc (denominata ex Convento Padri Passionisti);

- n. 80 posti a Ginosa;

- n. 86 posti a Manduria;

- n. 57 posti a Sava.

3.- Al termine delle operazioni concernenti la valutazione della documentazione amministrativa della relativa procedura, la Commissione valutatrice ammetteva esclusivamente n. 3 strutture offerte dalla appellante per Taranto con n. 180 posti complessivi (quella di via Cesare Battisti e solo n. 2 plessi - su n. 3 offerti - presenti nella struttura di via Santa Maria del Galeso), escludendo le restanti strutture individuate su Taranto (un plesso presente nella struttura di via Santa Maria del Galeso) e quelle di Ginosa, Manduria e Sava.

4.- In seguito alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche pervenute, la Commissione di gara aggiudicava provvisoriamente il servizio *de quo* alla coop. Indaco Service, la quale si posizionava al 14° posto nella graduatoria provvisoria con punti 31,76.

5.- Con istanze di accesso agli atti amministrativi del 16 maggio 2017, 20 giugno 2017 e del 10 agosto 2017, l’aggiudicataria provvisoria chiedeva copia di tutti i verbali di gara, nonché dell’offerta amministrativa e tecnica delle altre partecipanti, con relativi allegati.

6.- Nelle more dell’espletamento della suddetta procedura di gara, la Prefettura di Taranto, con decreto prot. n. 25212/2017/s.c.g.f. del 26 giugno 2017, disponeva la risoluzione di un precedente contratto stipulato il 19 dicembre 2016 con la Coop. Indaco Service, per un presunto grave inadempimento nell’esecuzione di un altro servizio di accoglienza in favore di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale (CIG: 6539492F80).

Conseguentemente, la Coop. Indaco Service, con ulteriore istanza di accesso agli atti amministrativi del 13 luglio 2017 (a firma del proprio difensore), che veniva riscontrata solo in data 9 agosto 2017, chiedeva alla Prefettura la copia degli atti inerenti la predetta risoluzione contrattuale, al dichiarato fine di “*valutare la legittimità delle penali applicate [...] dalla Prefettura di Taranto ai sensi dell’art. 13 della convenzione disciplinante l’esecuzione del*

servizio di prima accoglienza per n. 180 cittadini stranieri temporaneamente presenti sul territorio nonché per valutare di proporre ricorso giurisdizionale avverso la risoluzione contrattuale disposta dalla Prefettura di Taranto il 26.06.2017”.

7.- Il Viceprefetto Vicario della Prefettura di Taranto, con nota prot. n. 27579/2017 del 13 luglio 2017, pubblicata sul sito Internet dell'Ente in data 17 luglio 2017, disponeva l'esclusione della Coop. Indaco Service dalla suddetta procedura di gara, richiamando il proprio precedente decreto prot. n. 25212/2017/s.c.g.f. del 26 giugno 2017, con cui era stata disposta la risoluzione per un presunto grave inadempimento del contratto del 19 dicembre 2016, relativo ad un precedente servizio di accoglienza in favore di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale (CIG: 6539492F80), sostenendo che *“il contestato comportamento della Cooperativa costituis[se] una grave inadempienza contrattuale che non garant[va] il necessario rapporto fiduciario nelle attività negoziali con la Pubblica Amministrazione”.*

Con lo stesso provvedimento, la Prefettura di Taranto aggiudicava in via definitiva il servizio in favore degli altri concorrenti e segnatamente:

1. ATI Salam-AI Fallah (offerta struttura a Taranto);
2. Babele Associazione di promozione sociale;
3. Confraternita Maria Santissima della Scala (offerta struttura a Taranto);
4. Noi e Voi Associazione di volontariato Onlus (offerta struttura a Taranto);
5. Escargo cooperativa sociale;
6. Senis Hospes Società cooperativa sociale (offerta struttura a Taranto);
7. Nuovi Orizzonti Società cooperativa sociale;
8. Elicea Società cooperativa sociale;
9. Engel Italia s.r.l.;
10. Costruiamo Insieme Società cooperativa sociale (offerta struttura a Taranto);
11. Circolo Arci “Svegliarci”;
12. Cometa Società cooperativa sociale (offerta struttura a Taranto).

II. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

- 1.- Avverso il provvedimento di esclusione, la costituenda ATI Coop. Indaco Service

proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia, Lecce, chiedendo l'annullamento, previa concessione di idonea misura cautelare, dei provvedimenti impugnati.

2.- L'adito giudice, con sentenza in forma semplificata n. 1470/2017 respingeva il ricorso, perché:

a) "l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 prevede che: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni [...]: [...] c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio [...]»;

b) à"la predetta risoluzione contrattuale, nel caso in oggetto, non risultava impugnata né al momento del gravato provvedimento di esclusione né alla odierna camera di consiglio";

c) pertanto, "il richiamo operato dalla difesa della Cooperativa alla previsione dell'art. 80, comma 5, lett. c), ultima parte non [poteva] essere condiviso, non essendo, appunto, almeno allo stato, la precedente anticipata risoluzione contrattuale censurata in giudizio (e non potendosi ritenere che la norma in parola, già di dubbia interpretazione ove letta nel senso di privare di rilevanza le risoluzioni oggetto di contestazione fino alla loro inoppugnabilità, porti alla paradossale conseguenza per cui la p.a. debba addirittura attendere l'assenza di future, eventuali iniziative giudiziarie dei concorrenti, iniziative sottoposte peraltro dal c.p.a. a termini processuali evidentemente non in linea con gli interessi oggetto dei procedimenti e dei processi amministrativi in tema di appalti)".

Anche il secondo motivo di censura era ritenuto infondato "non prescrivendo l'art. 80, comma 5, lett. c) una fase di preventivo contraddittorio e non avendo le linee guida ANAC richiamate carattere normativo".

III. I MOTIVI DI APPELLO.

1.- La sentenza veniva impugnata dalla soc. Indaco Service, che ne lamentava l'incongruenza e l'insufficienza della motivazione.

In particolare, La Coop. Indaco Service aveva censurato, innanzi primo giudice, il provvedimento della Prefettura con cui era stata disposta la sua esclusione dalla procedura di gara in conseguenza della risoluzione di un precedente contratto d'appalto, sul rilievo che, a mente dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, la Stazione appaltante potesse escludere l'operatore economico unicamente nel caso in cui si fosse prestata acquiescenza al provvedimento di risoluzione o che lo stesso fosse stato confermato in sede giurisdizionale con una pronuncia definitiva.

La sentenza, per contro, respingeva la censura, perché “...la predetta risoluzione contrattuale, nel caso in oggetto, non risultava impugnata né al momento del gravato provvedimento di esclusione né alla odierna camera di consiglio. Ritenuto, dunque, che il richiamo operato dalla difesa della Cooperativa alla previsione dell’art. 80, comma 5, lett. c), ultima parte non può essere condiviso, non essendo, appunto, almeno allo stato, la precedente anticipata risoluzione contrattuale censurata in giudizio (e non potendosi ritenere che la norma in parola, già di dubbia interpretazione ove letta nel senso di privare di rilevanza le risoluzioni oggetto di contestazione fino alla loro inoppugnabilità, porti alla paradossale conseguenza per cui la p.a. debba addirittura attendere l’assenza di future, eventuali iniziative giudiziarie dei concorrenti, iniziative sottoposte peraltro dal c.p.a. a termini processuali evidentemente non in linea con gli interessi oggetto dei procedimenti e dei processi amministrativi in tema di appalti)...”.

Tale assunto è ritenuto non condivisibile, posto che – sulla base di una interpretazione letterale dell’80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 – sarebbe dato evincere che la causa di esclusione opera solo se al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza dall’operatore economico o che sia diventato inoppugnabile, oppure che la risoluzione contrattuale sia stata confermata in sede giurisdizionale con una pronuncia passata in giudicato.

La legge avrebbe, invero, inteso perseguire finalità di semplificazione probatoria, in quanto la mancata produzione di tali effetti tipicizzati (cui si aggiungono la condanna al risarcimento del danno o l’applicazione di altre sanzioni) renderebbe ben più complesso fornire la prova incontestabile che il pregresso inadempimento è stato significativo, secondo una scelta che appare in linea con gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria (cfr. Cons. Stato, Commissione speciale, parere 3 novembre 2016, n. 2286, reso sulle Linee-Guida ANAC, recanti l’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto d’appalto, in attuazione del comma 13 dello stesso art. 80).

Peraltro l’acquiescenza è regolata dall’art. 329 Cod. proc. civ., in modo che si potrebbe verificare in caso di “rinuncia espressa all’impugnazione” del provvedimento lesivo, oppure in caso di “comportamenti concludenti” inequivocabilmente incompatibili con la volontà del soggetto di contestarne giudizialmente la legittimità.

In altri termini, l’acquiescenza potrebbe essere ravvisata solo in presenza di una volontà univoca del destinatario del provvedimento di accettarne gli effetti: volontà che dovrebbe risultare in presenza di atti o comportamenti univoci, posti in essere liberamente dal destinatario dell’atto, dimostranti la chiara ed incondizionata volontà di accettarne gli effetti e l’operatività.

Ne discenderebbe che l’art. 80, comma 5, lett. c), renderebbe irrilevante - ai fini della esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara pubbliche – la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione a cui non fosse stata prestata acquiescenza, che sia ancora “*sub iudice*” od ancora nei termini per essere impugnata.

Nella specie, l’odierna appellante non aveva prestato acquiescenza al decreto prefettizio che aveva disposto la risoluzione contrattuale, non essendo ancora decorsi i termini per impugnare o proporre contestazioni in giustizia, l’atto di citazione essendo asseritamente in fase di

ultimazione.

A ciò andrebbe aggiunta l'ulteriore circostanza che la Coop. Indaco Service, con l'istanza di accesso agli atti amministrativi del 13 luglio 2017 a firma del proprio difensore, aveva richiesto la documentazione alla Prefettura di Taranto al fine di *“valutare la legittimità delle penali applicate [...] nonché per valutare di proporre ricorso giurisdizionale avverso la risoluzione contrattuale disposta dalla Prefettura di Taranto il 26.06.2017”*.

Con ciò, la società avrebbe palesato la volontà di non aderire al contenuto del suddetto provvedimento di risoluzione contrattuale, subordinando la tutela giurisdizionale ad una valutazione della documentazione in possesso dell'Amministrazione.

A ciò andava aggiunto che la Prefettura di Taranto aveva provveduto all'ostensione della documentazione richiesta (relativa alla risoluzione contrattuale) solo in data 9 agosto 2017, giusta nota prot. n. 27575/2017 s.c.g.f., con la conseguenza che la Coop. Indaco Service non avrebbe potuto proporre un'azione giudiziaria prima di tale data o, comunque, prima del provvedimento di esclusione dalla gara, pubblicato sul profilo dell'Amministrazione appellata in data 17 luglio 2017.

Inoltre, con altra istanza di accesso agli atti amministrativi inviata il 23 agosto 2017 la Coop. Indaco Service aveva chiesto alla ASL di Taranto il verbale attestante le presunte carenze igienico-sanitarie della struttura “Santa Maria del Galeso”, i cui documenti non erano ancora stati consegnati alla odierna appellante. Detta circostanza, rappresentata anche al giudice di prime cure durante l'udienza di discussione, aveva impedito alla Coop. Indaco Service di fattivamente contestare la risoluzione contrattuale, e di far valere immediatamente le proprie ragioni innanzi al giudice.

2.- Ulteriore ragione di illogicità ed erroneità della motivazione sarebbe poi, per l'appellante, che la stessa aveva ritenuto non necessario, prima di procedere alla esclusione, attivare un *“procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato”*, sull'erroneo presupposto che l'art. 80, comma 5, lett. c), non prevedesse tale fase di preventivo contraddittorio e che le Linee Guida ANAC all'uopo richiamate non rivestissero carattere normativo.

IV. IL DIRITTO NAZIONALE E LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

16. L'art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone: *«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: ...c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna*

al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

17. La giurisprudenza ha esaminato la disposizione.

17.1. La sentenza Cons. Stato, V, 27 aprile 2017, n. 1955, ha ritenuto: *“l’art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità», con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l’altro, «significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata», le quali siano alternativamente non siano contestate in giudizio dall’appaltatore privato o – per venire al caso che interessa nel presente giudizio – sia stata «confermata all’esito di un giudizio».”*

17.2. La stessa sentenza ha stimato illegittima l’esclusione in quanto, nonostante fosse intervenuta una pronuncia cautelare del giudice civile, non era stata ancora adottata una pronuncia sul merito del giudizio: *“Sulla base dell’interpretazione letterale della norma (ex art. 12 delle preleggi) si richiede quindi che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale. E questa conferma non può che essere data da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) «all’esito di un giudizio». A questo medesimo riguardo è invece da ritenersi evidentemente insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito.”*.

17.3. Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299, ha affrontato nuovamente la questione, precisando che:

- l’elencazione dei *“gravi illeciti professionali”* contenuta nella lettera c) dell’art. è *“meramente esemplificativa”*;
- l’elencazione ha lo scopo di *“alleggerire l’onere della stazione appaltante di fornire la dimostrazione “con mezzi adeguati””*;
- costituisce *“mezzo adeguato”* di dimostrazione anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento non ancora passato in giudicato;
- la stazione appaltante può escludere un operatore economico anche per gravi inadempienze non riconducibili a quelle tipizzate, ossia anche se non ha prodotto effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati, che, però, siano qualificabili come *“gravi illeciti professionali”* e per questo motivo siano ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l’integrità e l’affidabilità del concorrente, ma dando adeguata motivazione.

17.4. La vicenda esaminata nell'ultima sentenza si distingue da quella qui al vaglio perché non era stato adottato un provvedimento di risoluzione del precedente contratto di appalto intercorso con l'operatore economico.

V. LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

18. Tra la norma interna e la norma euro – unitaria non vi è omogeneità.

18.1. L'art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che le amministrazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici «*se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*».

18.2. La previsione va letta contestualmente all'indicazione del *Considerando* 101 della Direttiva: «*È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale.*».

18.3. Appare chiaro che le previsioni eurounitarie ritengono di consentire l'esclusione dell'operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale «*anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori*».

In questo senso, del resto, si comprende il richiamo alla responsabilità dell'amministrazione per una sua eventuale decisione erranea.

18.4. Il legislatore nazionale, invece, ha stabilito che l'errore professionale, passibile di risoluzione anticipata (per definizione "grave" ex art. 1455 Cod. civ. nonché ex art. 108, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) non comporta l'esclusione dell'operatore in caso di contestazione in giudizio.

18.5. La conseguenza è la necessaria subordinazione dell'azione amministrativa agli esiti del giudizio. Ciò è astrattamente possibile, essendo comprensibile che la scelta dell'amministrazione sia vincolata agli esiti di un giudizio, ma appare non compatibile con i tempi effettivi dell'azione amministrativa in relazione alle finalità di interesse generale del

settore, vale a dire l'utile realizzazione delle opere o acquisizione dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni.

18.6. La ragione appare chiara: risolto il contratto per grave inadempimento dell'operatore economico, l'amministrazione dovrà indire una nuova procedura di gara per addvenire ad un nuovo contratto; ma all'operatore economico inadempiente basterà contestare in giudizio la risoluzione per ottenere comunque ingresso nella nuova procedura, dovendo nelle more l'amministrazione attendere l'esito del giudizio per poter legittimamente procedere alla sua esclusione.

18.7. Quanto è accaduto nella vicenda oggetto del presente giudizio, insomma, appare caso destinato a ripetersi, con la conseguenza per l'amministrazione – contraria a ragionevolezza, proporzionalità, efficacia ed efficienza - di trovarsi a dover valutare in maniera imparziale un operatore economico che pure aveva già giudicato inaffidabile tanto da aver risolto il precedente contratto con lo stesso stipulato.

18.8. L'amministrazione appaltante non può, in questo modo, assumere una propria responsabilità nella decisione di escludere l'operatore e deve attendere, comunque, l'esito del giudizio: che viene a prevalere sulle esigenze amministrative di ordine generale sopra rammentate.

19. Se obiettivo del legislatore nazionale è di alleggerire l'onere probatorio a carico dell'amministrazione per rendere più efficiente l'azione amministrativa attraverso l'elencazione di casi in cui è possibile escludere l'operatore economico (come in Cons. Stato, 2 marzo 2018 n. 1299), lo strumento non appare adeguato: l'azione amministrativa è, nei sensi detti, di fatto arrestata dall'instaurazione di altro giudizio in cui è contestato il grave illecito professionale. Se obiettivo è garantire che l'operatore economico sia definitivamente escluso dalla procedura di gara solo quando il grave illecito professionale è confermato all'esito di un giudizio, è sufficiente imporre all'amministrazione di fornire adeguata motivazione dell'esclusione, lasciando al giudice amministrativo di sindacare la ragionevolezza.

20. La norma interna fa dipendere dalla scelta dell'operatore economico – se impugnare la risoluzione in giustizia – la decisione dell'amministrazione; a fronte di "gravi illeciti professionali" simili, allora, un operatore sarà escluso in quanto non ha proposto impugnazione giurisdizionale della risoluzione e l'altro, per averla proposta, non potrà essere escluso.

20.1 I principi di proporzionalità e di parità di trattamento sono principi dei quali gli Stati membri devono tener conto nell'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Considerando* n. 1 e 2 della Direttiva 2014/24/UE; sul principio di parità di trattamento, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea sentenza 16 dicembre 2008 in causa C-213/07, *Michaniki AE*).

21. Nella sentenza relativa alla causa C-171/15, *Connexition taxi service* in cui la normativa europea rilevante era l'articolo 45, paragrafo 2 della Direttiva, 2004/18/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato: "*il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 45,*

paragrafo 2, della direttiva 2004/18, non osta a che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, obblighi un'amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara d'appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell'esercizio della propria attività professionale". L'art. 45, paragrafo 2 non era distante dall'attuale formulazione dell'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE perché prevedeva l'esclusione facoltativa dell'operatore economico "che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice".

VI. FORMULAZIONE DELLA QUESTIONE.

22. Alla luce delle considerazioni svolte viene formulata alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale:

"Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio".

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Guida alla lettura

Nelle pieghe argomentative delle due pronunce indicate il Consiglio di Stato pone in evidenza la relazione giuridica esistente tra la misura espulsiva di cui alla lettera c) (applicabile qualora *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione... il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione, ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.”*) con la previsione di cui alla successiva lettera f) *bis* (il quale correla l’applicazione della sanzione di esclusione dalla gara nei confronti dell’operatore economico *“che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritieri”*).

Come invero già pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza la differenza tra le due descritte ipotesi di esclusione risulta sostanziale, atteso che mentre nell’ipotesi di cui alla lettera c) la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell’esclusione degli accertati comportamenti tenuti dal concorrente e rimessa alla stazione appaltante, nel differente caso delineato dalla lettera f) *bis* la sanzione dell’esclusione dalla gara costituisce un atto vincolato discendente direttamente dalla legge e individuante la sua fonte nella mera omissione da parte dell’operatore economico.

I giudici del Supremo Consesso hanno ulteriormente rilevato come se è vero che da un punto di vista strutturale anche l’omessa dichiarazione può concretizzare un’ipotesi di dichiarazione non veritiera, il *discrimen* tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull’oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f) *bis* nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche facilmente e oggettivamente individuabili, altrimenti ricadendosi nella previsione di cui alla precedente lettera c).

Posta questa differenza, la giurisprudenza focalizza il punto di osservazione sulla tenuta unionale della sola prescrizione normativa di cui all’art. 80 comma 5 lett. c).

Al riguardo va rilevato come la disposizione nazionale è stata interpretata nel senso per cui l’errore professionale, passibile di risoluzione anticipata (per definizione grave ex artt. 14 e 55 c.c., 108 comma 3 D.lgs. 50/2016) non comporta l’esclusione dell’operatore nelle ipotesi di contestazione in giudizio. In sostanza l’azione amministrativa di esclusione dell’operatore dalla gara risulta subordinata agli esiti del giudizio civile (cfr. Cons. Stato sez. V 2 marzo 2018 n. 1299; Id 27 aprile 2017 n. 1955).

Al contrario l’art. 57 par. 4 Dir. 2014/24/UE, secondo cui le stazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici *“se l’amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l’operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua professionalità”*, in uno al considerando 101 della Direttiva, a parere del quale *“le amministrazioni aggiudicatrici mantengono la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali precedentemente ad una decisione definitiva e vincolante sulla presenza dei motivi di esclusione obbligatori”* comporta che per il diritto unionale

l'operatore può essere legittimamente escluso in tutte le ipotesi in cui la stazione appaltante dimostri la sussistenza di un grave illecito professionale, anche precedentemente ad una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori.

Alla luce delle considerazioni svolte viene formulata alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea *“Se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, come quella in esame, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il “grave illecito professionale”, stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio”*