

Publicato il 14/10/2024

N. 17666/2024 REG.PROV.COLL.
N. 09323/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quinta Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9323 del 2024, proposto da
Consorzio Stabile Opera S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Massimiliano Mangano, con
domicilio digitale come da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo
studio in Roma, via Antonio Stoppani;

contro

Astral - Azienda Strade Lazio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Andrea Ruffini, Marco
Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Artek, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dell'Amministratore Unico di ASTRAL SPA n. 553 del
05 agosto 2024, con la quale è stata autorizzata l'esclusione del concorrente
'Consorzio Stabile Opera Scarl' per le motivazioni ivi espresse e si è

aggiudicato, ai sensi dell'art. 17, comma 5, del D.lgs. 36/2023, l'appalto al concorrente 'Consorzio Artek', con sede legale in Roma, Circonvallazione Nomentana n. 182 – 00162 (CF/P.IVA: -OMISSIS-), l'appalto avente ad oggetto "Ampliamento nodo di scambio stazione F.S. Frascati DRG 919 del 27.10.2022 – Comunicazione di esclusione dalla procedura di affidamento";
- della nota del 6 agosto 2024, prot. 22729, avente ad oggetto: "Ampliamento nodo di scambio stazione F.S. Frascati DRG 919 del 27.10.2022 – Comunicazione di esclusione dalla procedura di affidamento".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Astral - Azienda Strade Lazio S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Letto l'art 60 c.p.a.,

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2024 il dott. Danilo Carrozzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato a mezzo p.e.c. il 10 settembre 2024 e depositato il giorno successivo, il Consorzio Stabile Opera agisce per l'annullamento del provvedimento (nota prot. n. 553 del 5 agosto 2024) con il quale Astral S.p.A. ha disposto la sua esclusione dalla procedura di affidamento dei lavori per l'"Ampliamento nodo di scambio stazione F.S. Frascati DRG 919 del 27.10.2022".

Seguendo la ricostruzione del ricorrente, ai fini della comprensione dell'oggetto del contendere, occorre premettere che:

- in data 28/11/23 il Consorzio ricorrente era stato destinatario di un precedente provvedimento di esclusione, scaturito dalla verifica da parte della stazione appaltante della irregolarità contributiva della consorziata - OMISSIS-;
- il predetto provvedimento era stato impugnato innanzi al Tar Lazio- Roma;

- il Tribunale con sentenza di merito n. -OMISSIS-, del -OMISSIS-, ha annullato la suddetta esclusione affermando il diritto del Consorzio alla estromissione della consorziata colpita dalla causa di esclusione, ai sensi dell'art. 97 c. 2 del d.lgs 36/2023, fatte salve le valutazioni dell'amministrazione sulla adeguatezza della misura adottata;

- in data 15 agosto 2023 il consorzio comunicava l'estromissione della -OMISSIS- e contestualmente indicava quale unica esecutrice la consorziata -OMISSIS- srl, già parte del raggruppamento consortile; seguiva nuovo provvedimento di esclusione adottato dalla Astral, avendo l'amministrazione riscontrato, a seguito delle verifiche d'ufficio, in primo luogo che la consorziata -OMISSIS-, già indicata in sede di partecipazione e ulteriormente indicata quale consorziata esecutrice anche per la parte delle lavorazioni che dovevano essere eseguite dalla -OMISSIS- SRL, era stata nelle more colpita da una misura interdittiva dalla partecipazione alle gare da parte di ANAC per il periodo decorrente dal -OMISSIS- e pertanto l'indicazione della -OMISSIS- non si sarebbe sostanziata in una misura sufficiente e tempestivamente adottata ai sensi dell'art. 97, commi 2 e 3, del D.lgs 36/2023, non consentendosi, a detta di ASTRAL, la possibilità di adottare nuove misure da parte del Consorzio, determinandosi altrimenti una dilazione dell'aggiudicazione in violazione dei principi di imparzialità ed economicità;

- con autonomo punto di motivazione l'Astral osservava altresì che il Consorzio odierno Ricorrente avrebbe dovuto comunicare: 1) il provvedimento di esclusione a proprio danno disposto da Roma Capitale nel 2023, unitamente alla consorziata -OMISSIS- srl, nonché 2) il procedimento sanzionatorio davanti all'ANAC, e che tale condotta omissiva sarebbe sintomatica di scarsa integrità ed affidabilità del Consorzio ai sensi degli artt. 96 comma 14 e dell'art. 98 comma 4 del D.lgs. 36 del 2023.

Il Ricorrente riferiva altresì di aver inviato in data 10 agosto istanza di annullamento in autotutela ad Astral, dichiarando e documentando di avere estromesso la consorziata -OMISSIS- dalla compagine originariamente

indicata per l'esecuzione dei lavori indicati in oggetto e dichiarando altresì che i lavori sarebbero eseguiti unicamente dalla consorziata S.I.M.E. restauri S.r.l.,
2. Nuovamente colpito da provvedimento di esclusione, in mancanza di riscontro all'istanza di autotutela, il consorzio ha affidato l'impugnativa a due articolati motivi di ricorso.

Il primo motivo di ricorso è così rubricato: *“I.VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT, DA 1 A 5 DEL D.LGS. N. 36/2023 E DELL'ART. 1 DELLA L. N. 241/1990 S.M.I.; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 94, COMMA 6, 96 DEL D.LGS. N. 36/2023; VIOLAZIONE E OMESSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97, COMMI DA 1 A 3, DEL D.LGS. N. 36/2023; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 18, PARAGRAFO 1, ART. 57, PARAGRAFO 2 E PARAGRAFO 3 E ART. 63, PARAGRAFO 1, COMMA 2, DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE ; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DELLA MOTIVAZIONE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA E CARENZA DEI PRESUPPOSTI; VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 41 E 97 COST.; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ ED ECONOMICITÀ”*.

Il secondo motivo di ricorso è così rubricato: *”II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 96 COMMA 14 E DELL'ART. 98 COMMA 4 DEL D.LGS. 36 DEL 2023; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE E TUTELA DELL'AFFIDAMENTO DI CUI ALL'ART. 5 DEL D. LGS.36/23”*.

Si è costituita in resistenza Astral S.p.A. concludendo per la reiezione del ricorso siccome infondato.

All'udienza camerale del 8/10/24 la causa, sentiti i difensori delle parti presenti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso non è fondato e pertanto va respinto per le ragioni che seguono.

Con il primo motivo il Consorzio contesta che la Stazione appaltante avrebbe obliterato illegittimamente l'applicazione delle disposizioni in materia di cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti, come disciplinate dall'art. 97 del d.lgs n. 36/2023, in quanto Astral S.p.A, riscontrata la carenza di requisiti della consorziata -OMISSIS- (ai sensi dell'art. 94 comma 6 del d.lgs. n. 36/2023), avrebbe comunque dovuto interpellare il Consorzio ricorrente consentendogli di mantenere la propria partecipazione, previa estromissione della consorziata.

Secondo, quindi, la prospettazione ricorsuale sussisterebbe uno specifico onere, rinveniente dalla l. n. 241/1990 e dall'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023, in capo alla Stazione Appaltante, di interpellare il concorrente prima di procedere alla sua esclusione per una delle cause di cui agli articoli 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023.

A tale approdo il Consorzio arriva in primo luogo invocando l'applicazione della medesima regola di giudizio adottata nel precedente arresto di questo Tribunale intercorso tra le medesime parti, definito con sentenza del -OMISSIS-, n. -OMISSIS-, ed il riconoscimento della facoltà di procedere all'estromissione e sostituzione anche di tale impresa, in applicazione del principio giurisprudenziale sancito da Ad. Plen Sent. n. 2/2022, e ribadito dalla giurisprudenza successiva (*ex multis* Consiglio di Stato Sez. V n. 9752/2022; n. 9762/2022), il cui ambito applicativo sarebbe esteso, secondo la ricostruzione del consorzio, anche alla nuova disciplina, sancita dal Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. A sostegno di tale assunto il ricorrente cita la relazione di accompagnamento al Codice e, mediatamente, le disposizioni comunitarie artt. 18, 57 e 63 Direttiva Appalti, nonché l'arresto giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20, sottolineando che il Giudice europeo ha affermato il diritto del consorzio alla modifica della compagine, anche in corso di gara.

Sostiene il Ricorrente che anche il principio di proporzionalità di cui all'art. 18 della citata Direttiva conduce al medesimo esito ermeneutico favorevole al nuovo esercizio della facoltà estromissione e sottolinea di aver fatto quanto possibile e dovuto per verificare i requisiti partecipativi delle proprie consorziate, venendo a conoscenza della causa di esclusione della consorziata -OMISSIS- unicamente con la notifica del provvedimento adottato dall'Astral. Il Ricorrente contesta infine quanto affermato dalla Resistente laddove nel provvedimento impugnato si ritiene che una nuova concessione della facoltà di modifica della compagine lederebbe i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e comporterebbe una dilazione dell'aggiudicazione .

Sostanzialmente, quindi, con il primo motivo il consorzio si duole di essere stato escluso senza preavviso e di non essere stato in condizione di esercitare nuovamente la facoltà di estromissione di cui all'art. 97 c.c.p. in violazione di legge ed in eccesso di potere.

Con il secondo motivo il ricorrente contesta per violazione di legge il provvedimento con riferimento al giudizio di inaffidabilità complessiva dell'operatore economico. In particolare contesta la decisione nella parte in cui la Stazione Appaltante ritiene che il consorzio abbia omesso di fare menzione: a) dell'esclusione subita nel maggio 2023 da parte di Roma Capitale – Municipio III Montesacro unitamente alla consorziata -OMISSIS-, e, b) del procedimento sanzionatorio – in corso al momento dell'indizione e dello svolgimento della procedura in oggetto – avviato da Anac a carico di detta consorziata. Contesta la decisione dell'amministrazione nella parte in cui ritiene che la mancata buona fede e tutela dell'affidamento di cui all'art. 5 del D. Lgs.36/23, costituisca indice di scarsa integrità ed affidabilità, che, associata alle cause di esclusione che hanno colpito entrambe le consorziate, conduce ad un giudizio di inaffidabilità complessiva dell'operatore economico ai sensi del combinato disposto dell'art. 96 comma 14 e dell'art. 98 comma 4 del D.lgs. 36 del 2023.

A tal proposito il Consorzio osserva che: A) non è mai stato destinatario di alcun provvedimento sanzionatorio, né era informato sul procedimento avviato da ANAC nei confronti della -OMISSIS-, del cui esito, non avendo accesso al casellario ANAC, avrebbe avuto notizia soltanto a seguito del nuovo provvedimento di esclusione; B) nessuna condotta in astratto rilevante sarebbe a lui imputabile in quanto escluso incolpevolmente per fatti del consorziato; C) non avrebbe dovuto dichiarare la suddetta esclusione a suo tempo subita, in applicazione del pacifico principio per il quale le esclusioni hanno rilevanza e si consumano all'interno della gara nella quale vengono disposte, determinandosi altrimenti la loro inammissibile rilevanza a strascico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490; Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1906); D) non sussisterebbe un onere dichiarativo rispetto al caso di specie, anche in quanto le vicende espulsive che hanno toccato le consorziate nella gara di che trattasi sarebbero state relative ad una irregolarità contributiva di rilevanza (a detta del ricorrente) modesta – ossia una omissione contributiva INPS di Euro 58,39 e una irregolarità non determinabile presso Cassa Edile di Roma - per la -OMISSIS- SRL, e la misura interdittiva applicata da ANAC a -OMISSIS-, valevole dal -OMISSIS-, e quindi dal rilievo temporaneo. Tali misure -a detta del ricorrente- seppur idonee a pregiudicare il possesso continuativo dei requisiti di partecipazione, tuttavia non avrebbero potuto di per sé incidere sull'affidabilità dell'operatore. In tal senso, con riguardo alle sanzioni ANAC, il Ricorrente cita la giurisprudenza secondo la quale, una volta scaduta l'efficacia della sanzione interdittiva, non sussiste un obbligo dichiarativo in sede di gara (Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4314). Pertanto -sostiene il ricorrente- l'esclusione disposta nel 2023 da Roma Capitale nei confronti del Consorzio - anche se associata alle cause di esclusione che hanno colpito entrambe le consorziate - non consentiva ad ASTRAL di poter pervenire a un “giudizio di inaffidabilità complessiva dell'operatore economico”.

2. Preliminarmente occorre mettere a fuoco l'oggetto del presente giudizio, soffermarsi sulla diversità del caso concreto dal precedente sul quale si è espresso il Tribunale con la sentenza n. -OMISSIS-.

Invero, pare fuor di dubbio che il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 2 del 2022, e richiamato da Questo Tribunale con la predetta sentenza, sia applicabile anche al nuovo codice dei contratti, come argomentato dal ricorrente.

Va tuttavia chiarito che il caso in esame ha un connotato di specialità rispetto alla fattispecie esaminata dal precedente giudizio, rendendo pertanto tali precedenti non direttamente applicabili al caso di specie.

Infatti, il precedente giudizio ha avuto ad oggetto il provvedimento di esclusione dalla gara dell'operatore economico (i.e. del consorzio) all'esito delle verifiche preliminari all'aggiudicazione. A seguito della vicenda procedimentale e processuale sfociata nella summenzionata sentenza, il Consorzio ha esercitato la facoltà di cui al comma 2 dell'art. 97 c.c.p., sostituendo la società -OMISSIS- con altro operatore. È a seguito di tale sostituzione che la Stazione Appaltante, rinnovando i controlli sulla ditta esecutrice, ha rilevato che la stessa risultava destinataria di interdittiva ANAC nel periodo compreso dal -OMISSIS-, ossia proprio nel momento della sua indicazione (avvenuta il 15 gennaio 2024). La stazione appaltante ha pertanto adottato un nuovo provvedimento di esclusione non in applicazione dell'art. 94 c.c.p. ma in applicazione dell'art. 97 c.2, III periodo, c.c.p. ritenendo la misura adottata insufficiente, oltre che l'operatore economico inaffidabile ai sensi dell'art. dell'art. 96 comma 14 e dell'art. 98 comma 4 del D.lgs. 36 del 2023.

3. Tanto premesso sull'inquadramento fattuale, si osserva che il ricorrente agisce in giudizio sostenendo, in virtù di quanto sopra esposto, di avere per una seconda volta diritto di sostituzione della ditta esecutrice, invocando in tal senso i principi ispiratori del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Ritiene il Collegio, di converso, che ad opposta conclusione conduca proprio il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento nei rapporti tra amministrazione e privato, sancito in via generale dall'art 1, c. 2, l. 241/90 e, nella materia degli appalti pubblici dall'art. 2 e dall'art. 5 c.c.p.

Tale ultima disposizione in particolare stabilisce che “ *Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.*”

Orbene, ritiene il Collegio che la regola del caso concreto vada ricercata proprio nel bilanciamento tra il principio del *favor participationis*, il quale in prospettiva pro-concorrenziale impone di interpretare le norme in modo da consentire la maggiore partecipazione possibile alle procedure concorsuali, con il principio di buona fede nei rapporti negoziali, il quale impone al privato ed alla pubblica amministrazione –entrambi- di comportarsi secondo correttezza fornendo alla propria controparte tutte le informazioni necessarie ad una corretta formazione della volontà negoziale. La giurisprudenza, già prima dell'entrata in vigore del decreto 36/23, aveva infatti delineato il principio di buona fede e affidamento in termini di reciprocità.

4. Orbene, ritiene questo Giudice, alla luce della giurisprudenza formatasi in materia, che nel caso di specie la regola di giudizio vada rinvenuta nella prevalenza del principio di buona fede e tutela dell'affidamento sul *favor participationis*, per le ragioni che seguono.

A tale convincimento conduce innanzitutto l'osservazione che esiste un onere di comunicazione delle cause di esclusione e, a dispetto da quanto motivato dal ricorrente, nel caso di specie tale obbligo di comunicazione è stato violato.

Al fine di rinvenire la fonte di tale obbligo si deve osservare che l'art. 96, c. 14, c.c.p. in combinato disposto con l'art. 98 c. 4 d.lgs. 36/23 prevede cause di esclusione dalla gara fondate sul presupposto che l'operatore economico non dichiarò, o dichiarò falsamente, alcune condizioni o presupposti specificamente indicati.

La previsione delle cause di esclusione per mancata dichiarazione (o falsa dichiarazione) presuppone, dunque, l'emersione, in capo all'operatore economico, di determinati obblighi dichiarativi, il cui contenuto si definisce e si modella alla luce proprio delle citate cause di esclusione.

Il legislatore pretende, dunque, dall'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica una serie di informazioni per valutarne l'affidabilità morale e professionale.

Si tratta di un'applicazione dei principi di buona fede e correttezza che da tempo sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico (cfr., Cass., 18/09/2009 n. 20106) e che fanno dell'obbligo di buona fede oggettiva un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462).

La giurisprudenza ha, peraltro, chiarito che il principio di buona fede informa tutte le fasi della procedura di gara al punto che, in tema di responsabilità precontrattuale della p.a., l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 5/2018) ha affermato, superando il contrario prevalente orientamento, che la responsabilità precontrattuale della p.a. possa perfezionarsi anche prima dell'aggiudicazione, perché la p.a. è tenuta al dovere di buona fede in tutte le fasi della procedura di gara.

La latitudine applicativa del principio di buona fede nelle gare pubbliche è tale che è pacifica anche la sua rilevanza bilaterale: opera nei confronti della p.a., così come nei confronti dei partecipanti alle gare pubbliche.

Del resto, la Relazione ministeriale al codice civile, sul punto, evidenziava che il principio di correttezza e buona fede “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, operando, quindi, secondo un criterio di reciprocità.

Ne consegue, dunque, che, così come la stazione appaltante deve comportarsi secondo buona fede in tutte le fasi della procedura di gara, così devono fare

anche i partecipanti alle gare pubbliche, che devono fornire all'amministrazione tutte le informazioni necessarie affinché questa possa scegliere nel modo più consapevole possibile l'impresa più affidabile.

Nel caso di specie, l'aggiudicataria ha omesso di comunicare un'informazione avente ad oggetto una misura limitativa emessa dall'Anac che ha comportato l'interdizione della consorziata dalla partecipazione alle gare pubbliche; misura che, dunque, ha comportato un congelamento, una sospensione, della capacità di partecipare alle gare indette dalla p.a.

L'art. 94, comma 5, lett. e), dispone, peraltro, che le stazioni appaltanti escludono un operatore economico che sia iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico.

La misura Anac in parola, comportando l'interdizione dalla partecipazione alle gare pubbliche, comporta, come effetto automatico, l'incapacità a contrarre con la p.a. nel periodo temporale di efficacia della sanzione.

Né è possibile ritenere tale misura applicabile solo se interviene entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte e reputarla, invece, irrilevante se emessa successivamente.

Tale misura restrittiva operando, quindi, per tutte le gare per contratti pubblici anche in atto, trova immediata applicazione anche nel caso di specie, senza che abbia rilevanza la circostanza che siano scaduti i termini per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Qualora si ritenga che l'obbligo dichiarativo operi soltanto entro la scadenza dei termini per la presentazione della domanda, si limiterebbe ingiustamente l'operatività, comunque, del principio di buona fede, legittimando condotte anche opportunistiche che, comunque, potrebbero condurre la stazione appaltante a scegliere un operatore economico non pienamente affidabile.

Conferma di tale impostazione deriva, oltre che dalla applicazione rigorosa del principio di buona fede alle gare pubbliche, anche dall'art. 96 comma 2, secondo cui "Salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6, 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.". Nell' art 94 comma 5, lett. f), è imposta l'esclusione dell' "operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico".

Ne consegue, dunque, che qualunque operatore economico è tenuto a informare la stazione appaltante dell'intervenuta iscrizione al casellario Anac avente ad oggetto l'incapacità a partecipare alle gare pubbliche anche se intervenuta successivamente alla scadenza determini per la presentazione dell'offerta.

In tal senso si osservi che l'art. 96, c. 14, c.c.p. stabilisce che" L'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'articolo 98".

Tanto in linea di continuità con quanto già osservato, *ex multis*, da Tar Campania - Napoli , I, 4 febbraio 2019, n. 598/19 con riferimento all'art. 80 d.lgs.50/2016 e dei connessi obblighi dichiarativi, nonché dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria , 28.08.2020 n. 16 (sentenza così massimata: *a) la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e*

l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; b) in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; c) alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; d) la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.)

E' pertanto principio consolidato (*ex multis*, Cons Stato, V, 29 ottobre 2019, n. 8514/19, Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628) – in diretta coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione (Cons Stato, VI, 25 settembre 2017, n. 4470) – quello per cui sussiste, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto della Pubblica amministrazione, l'obbligo di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti.

Nel caso di specie è incontroverso tra le parti che, prima dell'indicazione in sostituzione, la -OMISSIS- era stata attinta da una misura dell'ANAC che l'aveva privata– sia pure solo per un lasso di tempo determinato – della possibilità di contrarre con l'amministrazione: tale temporanea incapacità integra peraltro uno dei presupposti della norma di cui all'art. 94 c. 5 lett e) (a mente del quale “è altresì escluso: (...) e) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli

affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico”).

La sopravvenienza di tale misura interdittiva, dunque, da un lato ha comportato la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione in corso di gara, circostanza di per sé costituente un'autonoma causa di esclusione dalla procedura (Cons. Stato, Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8), dall'altro ha comunque integrato una condotta non trasparente e collaborativa del medesimo concorrente, con conseguente violazione dei principi di buona fede e correttezza.

Al riguardo, non può essere accolto l'argomento secondo cui il Consorzio non sarebbe stato tenuto a comunicare la misura interdittiva medio tempore disposta dall'ANAC.

Come infatti già anticipato l'obbligo per i partecipanti alla gara di dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ha carattere generale, in quanto “non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo” della gravità e rilevanza del precedente, ai fini della gara su cui si verte (Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412; in termini, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 943; V, 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289)..

Ancora, “la gravità dell'evento [...], è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l'esclusione dalla gara specifica” (Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628).

L'omissione di tale dichiarazione non consente infatti all'amministrazione di svolgere in modo corretto e compiuto la valutazione di affidabilità

professionale dell'impresa.

Né oggettivamente rileva, a tal fine, la circostanza (in sé meramente fattuale) che la sanzione iscritta nel casellario informatico avesse un'efficacia temporale limitata, circostanza che al più avrebbe potuto rilevare nella fase della valutazione di gravità rimessa alla stazione appaltante.

5. Una volta chiarito che tale onere comunicativo, in astratto e nel caso concreto, esiste, è necessario individuarne l'imputabilità nel caso specifico in cui l'operatore economico sia plurisoggettivo. A tal proposito si è consolidato in giurisprudenza il principio secondo il quale l'onere di comunicazione relativamente alla causa di esclusione della consorziata grava sul consorzio in virtù del principio di responsabilità.

Ripercorrendo quanto autorevolmente affermato dalla giurisprudenza (si veda da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6944 del 2 agosto 2024), si deve osservare che il raggruppamento, pur composto da varie soggettività giuridiche, presenta un'offerta unitaria, con la conseguenza che la stazione appaltante si interfaccia con un'unica realtà giuridica e che il raggruppamento nel suo insieme si assume la responsabilità dell'offerta presentata, senza potersi fare scudo della posizione individuale dei partecipanti allo stesso, che hanno ritenuto di non partecipare singolarmente ma di presentare un'offerta unica insieme ad altre soggettività giuridiche.

Il raggruppamento non può infatti, frattanto che beneficia dell'opportunità imprenditoriale dell'istituto, sconfessarne la portata, non assumendosi la responsabilità della scelta unitaria effettuata: chi beneficia di un'opportunità ne sopporta anche le conseguenze, a meno che il legislatore non preveda diversamente. Del resto, i rapporti interni fra i componenti del raggruppamento si muovono in ambito privatistico e in quell'ambito ricevono tutela.

La disciplina pubblicistica non si inserisce infatti nel rapporto interno fra i componenti del raggruppamento, che conservano la propria autonomia, pur interfacciandosi in modo unitario con l'Amministrazione, così come

desumibile dal richiamato art. 68 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023 (il rapporto di mandato “non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”).

Si può quindi ragionevolmente presumere che il raggruppamento 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, senza ammettere scusanti per i componenti del raggruppamento che ignoravano una causa di esclusione di uno dei componenti, appare pertanto del tutto ragionevole e pienamente conforme al diritto europeo. Né essa crea alcuna discriminazione dato che si applica anche agli operatori economici nazionali.

Inoltre, anche a volere, in via di pura astrazione, ritenere che la presunzione che il raggruppamento conosca le cause di esclusione che riguardano i suoi componenti non sia assoluta ma relativa, e ammetta una prova contraria, ciò non di meno potrebbe essere superata solo sulla base di dati oggettivi (così la stessa Corte di giustizia Cgue, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/2020, comunque relativa a un caso diverso), che debbono essere comprovati dallo stesso raggruppamento, mentre, come già detto, il ricorrente non ha apportato alcun elemento (oggettivo) a supporto dell’asserita non conoscenza, da parte del raggruppamento, della precedente esclusione peraltro oggetto di pubblicazione al Casellario Anac. Invero, non basterebbe certo provare il mero fatto storico della “ignoranza”, perché così ragionando si avrebbe una completa deresponsabilizzazione dei raggruppamenti, con aggravio degli adempimenti di gestione delle gare da parte delle stazioni appaltanti e

irragionevole regime di favore per i raggruppamenti rispetto agli operatori economici individuali. Piuttosto, andrebbe comprovata la “incolpevole ignoranza”, e cioè che i componenti del raggruppamento abbiano fatto ogni sforzo richiesto dalla diligenza professionale per acclarare preventivamente che nessuno dei propri componenti fosse colpito da cause di esclusione.

La suddetta impostazione non solo è foriera di una maggiore efficienza dell'intero sistema ma compulsa una maggiore diligenza anche rispetto ai singoli componenti del raggruppamento, che sono indotti a richiedere le certificazioni da presentare ai partner, così avvedendosi di eventuali ragioni escludenti allo scopo di eliminarle.

In conclusione la condotta deve essere comunque ritenuta imputabile al Consorzio, anche perché costituente soggetto giuridico autonomo rispetto alle consorziate (tra le tante, Cons. di Stato Sez. V, 27 novembre 2023, n.10144).

Orbene, con riferimento al caso di specie, mentre di incolpevole ignoranza si poteva parlare con riferimento al primo provvedimento di esclusione, caducato all'esito del precedente giudizio, essendo emerso in quel giudizio che l'operatore aveva fatto i dovuti controlli all'atto della presentazione della domanda, tale onere di diligenza non risulta adempiuto nel presente giudizio con riferimento alla successiva fase procedimentale, ossia all'atto della indicazione della -OMISSIS- quale sostituta della -OMISSIS-, sforzo necessario dal momento che tale sostituzione integrava un nuovo snodo del procedimento, costituendo tale indicazione esercizio della facoltà di cui all'art. 97 c. 2 c.c.p., ed essendo scaduto - come segnalato dalla stazione appaltante - il termine di validità delle precedenti certificazioni.

Tanto premesso, il Collegio ritiene che nel giudizio di comparazione tra contrapposti interessi, l'art. 97 c. 2 c.c.p., nel caso di specie in cui è già stata concessa la facoltà di modifica della compagine, non consenta di superare l'omissione dichiarativa imputabile al consorzio, dovendosi ritenere che la misura già adottata sia risultata insufficiente. Il motivo pertanto è da rigettare.

6. Neppure è persuasiva la contestazione in base alla quale dell'annotazione in questione non si sarebbe comunque potuto tener conto ai fini della gara in questione, in virtù del divieto di rilevanza "a strascico" delle cause di esclusione.

Sul punto si deve osservare, conformemente a Consiglio di Stato, sez. V, 20.09.2021 n. 6407, che nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra anche un provvedimento di esclusione subito dall'operatore concorrente in altra procedura di gara da altra stazione appaltante in quanto sia scaturito da condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico per l'esecuzione del contratto in affidamento. Ciò in quanto il provvedimento di esclusione – come qualsiasi altra pronuncia civile o penale – vale come "adeguato mezzo di prova" per le circostanze ivi rappresentate e la documentazione cui è fatto rinvio per dirle provate. Dire, allora, che il concorrente è onerato di dichiarare una "precedente esclusione", è formula sintetica per dire che il concorrente è tenuto a dichiarare quella pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale come operatore chiamato all'esecuzione di un contratto d'appalto (che abbia condotto la stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione).

In altre parole, la comunicazione delle precedenti esclusioni è strumentale al giudizio di affidabilità ed integrità dell'operatore.

Peraltro, la Stazione Appaltante adduce, a sostegno del provvedimento di esclusione, non solo l'insufficienza delle misure adottate per ripristinare la compagine sociale ai sensi dell'art 97, c. 2, c.c.p., ma anche il comportamento – a detta della Stazione appaltante indice di scarsa affidabilità- del Consorzio che ha omesso non solo di dichiarare l'esclusione della -OMISSIS- da parte del Municipio III di Roma ed il conseguente provvedimento interdittivo ANAC, ma anche di dichiarare la propria esclusione dalla precedente gara. Orbene, a tal riguardo il Consorzio ricorrente non contesta la circostanza di essere stato lui stesso escluso, ma si limita unicamente a negare l'obbligo

comunicativo della propria esclusione, oltre ad affermare di avere ignorato l'esistenza del procedimento sanzionatorio scaturito dalla falsa dichiarazione di -OMISSIS- e a negare l'obbligo di comunicazione sia della misura interdittiva applicata a -OMISSIS-, sovrapponendo due piani differenti. Fermo restando quanto già precisato rispetto alla doverosità della verifica dei requisiti della consorziata -OMISSIS- e dell'onere dichiarativo rispetto alla precedente esclusione della consorziata, va tenuto distinto il profilo della omessa dichiarazione dell'esclusione subita dal Consorzio stesso, vicenda anch'essa assoggettata, per quanto detto sopra, all'obbligo di comunicazione alla Stazione appaltante, e valutabile dalla medesima ai sensi dell'art 96, comma 14, e dell'art. 98 comma 4 del D.lgs. 36 del 2023.

7. Tali considerazioni conducono ad interrogarsi, quale logico corollario, circa l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulla valutazione dell'amministrazione di integrità ed affidabilità, oggetto peraltro del successivo punto di doglianza rispetto al provvedimento impugnato, ossia quello inerente all'asserita irrisorietà delle vicende poste alla base del giudizio di inaffidabilità, e cioè sostanzialmente alla doglianza sul potere discrezionale esercitato dall'amministrazione.

A tal riguardo ritiene il collegio di aderire all'orientamento giurisprudenziale dominante secondo il quale la valutazione circa la ricorrenza delle cause facoltative di esclusione dalle gare pubbliche, ivi compresa quella prevista dall'art. 80, comma 3, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, rientra nell'ambito della ampia discrezionalità della P.A. ed è sindacabile solo in caso di manifesta pretestuosità e ai soli fini di un eventuale riesame da parte della stessa P.A. (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, A.P. n. 16/2020; Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2022, n. 8864; Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1248; id. n. 505/2021; Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 5967, Cons. Stato, Sez. III, n. 1790/23).

Il giudice amministrativo si deve limitare a valutare *ab externo* la non manifesta pretestuosità della motivazione addotta dalla stazione appaltante, in ordine alla

mancata ricorrenza delle ipotesi previste dal codice degli appalti per disporre l'esclusione facoltativa; occorre ribadire, infatti, che “la valutazione della presenza di circostanze idonee a ingenerare il dubbio che, al di là delle cause tipiche di esclusione, il concorrente sia reso responsabile di un grave illecito professionale, è rimessa alla valutazione dell'Amministrazione e la ricorrenza di indagini penali non necessariamente comporta la necessità di dover dare rilievo alla vicenda nei termini di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016” (CGARS n. 32/2022).

Tenuto conto dei limiti di sindacabilità del giudice amministrativo in questa materia, la valutazione resa da Astral resiste alle censure proposte.

Occorre tener conto che, nella fattispecie, la Stazione Appaltante ha effettuato un giudizio complessivo tenendo conto sia del comportamento pregresso, tenuto nel corso di precedente gara, sia del comportamento tenuto nella presente gara, evidenziando, seppur sinteticamente, *la culpa in eligendo*, la scarsa diligenza nella verifica di integrità delle consorziate, e la mancanza di trasparenza circa la precedente vicenda professionale.

Ne consegue che la motivazione del provvedimento di esclusione tenuto conto dell'ampia discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante nelle proprie valutazioni di merito, non risulta affetta dai vizi macroscopici ritenuti necessari dalla giurisprudenza per poterne disporre l'annullamento: non sussiste, infatti, la palese pretestuosità delle ragioni assunte a sostegno della determinazione di Astral; l'atto è stato adottato in seguito ad un'istruttoria adeguata e tempestiva seppur minima, basandosi su una ricognizione documentale, dalla quale è emersa la precedente iscrizione al Casellario ANAC della consorziata Std.

Neppure ritiene il Collegio di condividere quanto rappresentato dal Consorzio circa l'incolpevole ignoranza della vicenda, in ragione dell'obbligo gravante sullo stesso di verificare i requisiti di partecipazione delle proprie consorziate, e nello specifico della consorziata che stava indicando alla Stazione Appaltante

in sostituzione della precedente ditta già esclusa in quanto in condizione di irregolarità contributiva, come ampiamente motivato nei precedenti punti.

Trattandosi di una imputazione per colpa, *sub specie* di negligenza, non si configura, pertanto, un caso di incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione a carico di imprese incolpevoli, in conformità al generale divieto di 'responsabilità oggettiva' non consentita tenuto conto della soggettività individuale del consorzio stabile, dotato di autonoma personalità giuridica, e che comunque esprime una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna (sul punto, Consiglio di Stato Sez. V, 7 novembre 2022 n. 9752 e Ad. Plen. 2/2022).

Appare, parimenti, riconducibile all'ambito della discrezionalità e non palesemente irragionevole la valutazione della Stazione Appaltante laddove nell'iter motivazionale si osserva che la concessione di un termine per adottare nuove misure da parte del Consorzio avrebbe determinato altrimenti una dilazione dell'aggiudicazione in violazione dei principi di imparzialità ed economicità, trattandosi comunque di una valutazione ancorata ad un dato oggettivo, ossia il decorso del tempo necessario ad effettuare non solo la sostituzione, ma anche e soprattutto il nuovo iter procedurale di verifica dei requisiti.

8. In conclusione, il ricorso va respinto.

9. Tenuto conto della complessità e della novità delle questioni sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese 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 degli articoli 5 e 6 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 delle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Arzillo, Presidente

Roberto Maria Giordano, Referendario

Danilo Carrozzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Danilo Carrozzo

IL PRESIDENTE
Francesco Arzillo

IL SEGRETARIO

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