

Pubblicato il 01/07/2021

N. 07786/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02715/2021 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 Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2715 del 2021, proposto da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con mandanti Società Cooperativa Florovivaistica del Lazio, La Pul-Tra S.a.s. di Tirelli Augusto e Antonella, Engie Servizi S.p.A. e Cemir Security S.r.l. rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

DiSCo Lazio - Ente regionale per il diritto allo studio e alla conoscenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Consorzio Integra Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Tedeschi S.r.l., Hexiss S.p.A., National Services S.r.l., National Services Group S.r.l.
non costituite in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

= della Determinazione Direttoriale n. 130 del 29 gennaio 2021 con la quale la Stazione Appaltante, in riferimento al Lotto n. 1 della “Procedura aperta per l'affidamento della gestione delle residenze universitarie e degli uffici amministrativi di DiSCo” (CIG N. 66980161A9) ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI con mandataria Consorzio Integra Soc. Coop., ha acconsentito al subentro di National Services Group S.r.l. come mandante del RTI, ha revocato il provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione che era stato precedentemente disposto e ha archiviato il procedimento di esclusione avviato nei confronti del RTI Consorzio Integra con note prot. 163186 del 18.11.2020 e prot. 163765 del 25.11.2020;

= di ogni altro atto e/o provvedimento, presupposto, connesso e/o consequenziale, anche se non conosciuto dalla ricorrente, ivi compresa la nota prot. n. 298302 del 22.12.2020 con la quale l'Amministrazione ha chiesto al RTI Consorzio Integra “di sostituire l'ausiliaria Metro Services S.r.l. con altro operatore avente tutti i requisiti generali e speciali”, nonché occorrendo la D.D. n. 2091 del 9.7.2018;

in ogni caso per la declaratoria di decadenza dall'aggiudicazione disposta con Determinazione Direttoriale n. 2091 del 9.07.2018 in favore del costituendo RTI controinteressato, e di invalidità e/o inefficacia del contratto ove nelle more stipulato, oltre che per la declaratoria del diritto all'aggiudicazione in favore del costituendo RTI con mandataria GSA S.p.A.;

nonché per il risarcimento dei danni tutti, patiti e patendi dalla ricorrente a fronte e in conseguenza dell'operato dell'Amministrazione resistente nella procedura di

selezione per cui è ricorso, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni tutti cagionati alla ricorrente, con preferenza del ristoro in forma specifica e, segnatamente, attraverso l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e il subentro nel contratto eventualmente stipulato;

quanto al ricorso incidentale proposto da Consorzio Integra Società Cooperativa: per l'annullamento:

- della Determinazione Direttoriale di Disco, Ente Regionale per il Diritto allo Studio e per la Promozione della Conoscenza, del 29 gennaio 2021 n. 127 e degli atti ivi richiamati, ivi compresi gli atti istruttori;
- di ogni altro atto prodromico, connesso o, comunque, consequenziale, ivi compresi si opus sit i verbali di gara e la graduatoria finale;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Disco Lazio - Ente regionale per il diritto allo studio e alla conoscenza e di Consorzio Integra Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 22 giugno 2021 il dott. Antonio Andolfi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente principale impugna la Determinazione Direttoriale n. 130 del 29 gennaio 2021 con la quale la Stazione Appaltante, in riferimento al Lotto n. 1 della “Procedura aperta per l'affidamento della gestione delle residenze universitarie e degli uffici amministrativi di DiSCo” ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI con mandataria Consorzio Integra Soc. Coop., ha acconsentito al

subentro di National Services Group S.r.l. come mandante del RTI, ha revocato il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione che era stato precedentemente disposto e ha archiviato il procedimento di esclusione avviato nei confronti del RTI Consorzio Integra con note prot. 163186 del 18.11.2020 e prot. 163765 del 25.11.2020.

Chiede la decadenza dall'aggiudicazione disposta con determinazione direttoriale del 9 luglio 2018 a favore del raggruppamento temporaneo di imprese controinteressato e la privazione di efficacia del contratto, qualora stipulato, con declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione.

Chiede il risarcimento dei danni con preferenza per il ristoro in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto e il subentro nel contratto eventualmente stipulato.

Preliminarmente il ricorso, notificato alle controparti il 3 marzo 2021 e depositato il 9 marzo 2021, deve essere ritenuto ammissibile e tempestivo, non essendo contestata l'ammissione alla procedura di gara del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario, bensì il subentro nel raggruppamento aggiudicatario di National Services Group S.r.l. come mandante del R.T.I., disposto con il provvedimento impugnato numero 130 del 29 gennaio 2021, comunicato il 1 febbraio 2021 e la conseguente aggiudicazione al raggruppamento di imprese Consorzio Integra nella nuova configurazione, sebbene il R.T.I. fosse stato, in precedenza, dichiarato decaduto dall'aggiudicazione.

La determinazione direttoriale numero 130 del 29 gennaio 2021, che dispone appunto l'aggiudicazione definitiva del lotto numero 1 al raggruppamento temporaneo di imprese Consorzio Integra, l'autorizzazione al subentro della National Services Group S.r.l. in luogo della mandante National Services S.r.l., la revoca della Determinazione di decadenza dall'aggiudicazione del 24.3.2020 e

l'archiviazione del procedimento di esclusione del R.T.I. Consorzio Integra, è motivata come segue:

In relazione alla posizione fiscale irregolare della mandante National Services, risultante dall'AVCPASS, è stata acquisita la certificazione dell'Agenzia delle Entrate che attesta la regolarità fiscale alla data del 19 novembre 2020. Di conseguenza l'iniziale posizione irregolare risultante dal sistema AVCPASS sarebbe da ritenersi irrilevante, trattandosi di un sistema informativo da utilizzare solo nella fase delle dichiarazioni e non nella fase delle successive verifiche. La certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate sarebbe vincolante per la stazione appaltante. Quindi il requisito della regolarità fiscale sarebbe stato soddisfatto dalla National Services. Invece la Metro Services S.r.l., ausiliaria della mandante Hexiss S.p.A. può essere sostituita dalla nuova ausiliaria Sistemi Fiduciari S.r.l., avendo comprovato il possesso del requisito tecnico-professionale di cui si avvale la Hexiss S.p.A. In relazione all'autorizzazione al subentro della National Services Group (in sostituzione della National Services S.r.l.) quale mandante del RTI Consorzio Integra, sulla base della disamina della visura camerale acquisita in data 6 novembre 2020 della società National Services, non risulta che sia stata adottata alcuna misura a danno di tale società che è attiva e non è in stato di liquidazione o concordato preventivo. Inoltre la società National Services, dalla valutazione dei documenti acquisiti e richiesti d'ufficio, risulta, ad oggi, in regola con tutti i requisiti generali (compresi il D.U.R.C. e la regolarità fiscale come sopra indicato). Prima della domanda di concordato preventivo (5 settembre 2018), in data 18 luglio 2018, la società National Services ha stipulato un "contratto di affitto di azienda" con la società National Services Group chiedendo alla Stazione appaltante l'autorizzazione al subentro nel 2018 e reiterando l'istanza nel 2020. Il "contratto di affitto di azienda" dovrebbe essere considerato come vicenda connessa alla libertà imprenditoriale (e consentita anche dalla normativa civilistica) all'interno della

compagine di un singolo operatore economico o come istituto giuridico utilizzato per modificare soggettivamente un RTI (nello specifico una mandante coinvolta in una procedura concorsuale) in conformità all'art. 48, comma 18, del D. Lgs. n. 50/2016. Al riguardo l'ANAC avrebbe ritenuto che dall'art. 106, che espressamente prevede alcune ipotesi di variante soggettiva, possa essere desunto un generale principio di derogabilità al principio dell'immodificabilità soggettiva (per i RTI, art. 48, comma 9) estensibile anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto (Parere di precontenzioso 8 marzo 2017 n. 244). L'interpretazione dell'Autorità sarebbe stata confermata dalla più recente giurisprudenza. Infatti, il principio dell'immodificabilità del RTI sarebbe stato bilanciato dalla previsione normativa di cui all'art. 48, comma 18, del D. Lgs. n. 50/2016 che, rispetto all'impossibilità prevista per l'operatore economico singolo di stipulare un contratto pubblico per assenza del requisito generale previsto dall'art. 80, comma 5, lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016 (operatore economico che sia cioè stato sottoposto a concordato preventivo), ha invece stabilito diversamente in caso di RTI rendendo ammissibile la sostituzione di una mandante in concordato preventivo qualora la mandataria indichi un altro operatore purché quest'ultimo abbia i requisiti per l'esecuzione del servizio (soltanto in "corso di esecuzione"). Tale lacuna sarebbe stata colmata con il primo correttivo al Codice (D. Lgs. 56/2017) che ha inserito nell'art. 48 il comma 19-ter che stabilisce espressamente che: "Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara". Pertanto, alla luce della normativa richiamata, degli orientamenti giurisprudenziali, dell'art. 16 del Disciplinare di gara, dell'art. 57 della Direttiva UE 2014/24, valutati il parere dell'Avvocatura Generale sul punto del 2018 e del 2020 e le istanze di subentro richieste dal Consorzio Integra (da ultimo rinnovata nel 2020), la Stazione non riviene ragioni ostative all'autorizzazione del subentro della National Services Group (in sostituzione della National Services che nel 2018 aveva presentato la

domanda di concordato preventivo e che nel 2020 risulta “in bonis” ed in regola con i requisiti generali) all’interno del RTI Consorzio Integra.

Con il 1° motivo di impugnazione, la ricorrente principale deduce la illegittimità del provvedimento perché la modificazione soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese autorizzata dalla Stazione appaltante avrebbe carattere elusivo, per la perdita dei requisiti di partecipazione da parte della originaria mandante National Services sia con riferimento all’art. 80, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016 (regolarità fiscale e contributiva), sia con riguardo all’art. 80, comma 5, lett. b (presentazione di istanza di concordato c.d. in bianco), sia alla stregua dell’art. 80, comma 5, lett. c (grave illecito professionale incidente sull’integrità e affidabilità professionale dell’Operatore Economico).

Con il 2° motivo essa sostiene la illegittimità della mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario per perdita del requisito, indipendentemente dall’eventuale successivo recupero del requisito. La posizione fiscale della mandante sarebbe risultata irregolare nel corso della procedura, per cui il requisito non sarebbe stato mantenuto costantemente dalla controinteressata.

Con il 3° motivo, la ricorrente principale deduce la natura di operazione elusiva del contratto di affitto di azienda posto a base dell’autorizzazione al subentro della affittuaria; il carattere fraudolento dell’operazione, oltre ad impedire la valida sostituzione della mandante, costituirebbe grave illecito professionale ai sensi dell’articolo 80, comma 5, lettera c) del codice dei contratti pubblici in quanto incidente sull’integrità e affidabilità professionale del concorrente. Inoltre l’amministrazione non avrebbe valutato i procedimenti penali e gli illeciti contrattuali dichiarati dal Consorzio che, seppure non determinanti automatismo espulsivo, avrebbero dovuto essere presi in considerazione. Ne deriverebbero il difetto di istruttoria e di motivazione.

Con il 4° motivo, la ricorrente principale deduce violazione dell'articolo 48 del codice dei contratti pubblici che vieterebbe, nella versione anteriore alle modifiche introdotte con il decreto legislativo numero 56 del 2017, entrato in vigore il 20 maggio 2017, qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Infine, con il 5° motivo, lamenta la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario dopo l'avvio di un procedimento di esclusione relativo alla società Metro Services S.r.l. ausiliaria della società Hexiss S.p.A. (già Codice Group).

A giudizio del Collegio, il 1° e il 4° motivo devono essere trattati congiuntamente, essendo dirimente la questione della legittimità del provvedimento impugnato in quanto con esso si autorizza la sostituzione di una mandante nel raggruppamento di imprese aggiudicatario, su richiesta di quest'ultimo e per effetto dell'affitto di un ramo d'azienda appartenente alla mandante da sostituire.

La questione delle modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di imprese nel corso della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico è stata oggetto di contrasti giurisprudenziali, ma è stata definitivamente risolta da una recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, numero 10 del 27 maggio 2021.

L'Adunanza plenaria ha chiarito che l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e

in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

La sostituzione esterna, quindi con impresa non appartenente al raggruppamento originariamente partecipante alla gara, non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di un soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatario, di eseguire le prestazioni, direttamente o a mezzo degli «altri mandanti», purché abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o forniture «ancora da eseguire».

Di conseguenza, la sostituzione autorizzata con il provvedimento impugnato deve essere ritenuta illegittima, essendo stato autorizzato il subentro di un'impresa non appartenente al raggruppamento, facendo leva sul fatto che tale impresa è risultata affittuaria del ramo d'azienda appartenente alla mandante originaria.

Tale sostituzione, come chiarito dall'Adunanza plenaria, implicando l'ingresso di un nuovo soggetto nel raggruppamento aggiudicatario, non è consentita dalla legge, indipendentemente dalle specifiche circostanze di fatto che hanno dato luogo all'affitto del ramo d'azienda e che, nel caso di specie, devono essere ricondotte ad una crisi aziendale della mandante originaria che aveva tentato di essere ammessa a un concordato preventivo con continuità aziendale mediante, appunto, l'affitto dell'azienda stessa ad una nuova società, costituita dagli stessi soci che avevano

formato l'impresa originaria e che era destinata a subentrare anche nell'aggiudicazione dell'appalto controverso.

Indipendentemente dalle vicende della procedura concorsuale determinata dallo stato di crisi della mandante originaria, procedura dichiarata improcedibile dal Tribunale ordinario che aveva ravvisato l'intento elusivo e in frode ai creditori dell'operazione tentata dalla mandante, non può essere ammessa la sostituzione della nuova impresa, affittuaria del ramo d'azienda, nel raggruppamento aggiudicatario, trattandosi, appunto, di soggetto esterno al raggruppamento stesso.

Come affermato chiaramente dall'Adunanza plenaria richiamata, le uniche modifiche consentite dal legislatore al raggruppamento di imprese partecipante ad una gara sono quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, secondo la disciplina dei richiamati commi 17 e 18, in ragione di eventi imprevedibili, tassativamente definiti del legislatore, che abbiano colpito taluno degli originari componenti, eventi che costituiscono all'evidenza eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva.

Nella sola fase dell'esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti - non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara - possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione.

Nella stessa concomitante direzione muove il diritto europeo dei contratti e, da ultimo, anche la Direttiva n. 24/2014/UE, laddove, nel Considerando n. 110, precisa che «in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza» e «tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza», sicché «tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente».

La deroga alla regola della immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato o estinto).

È chiaro che la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario.

Le stesse regole impongono a fortiori, per coerenza logica, che nella stessa procedura di gara il soggetto che ha preso parte alla gara, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, evidentemente, che proprio la fase pubblicitaria, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui, attraverso la modifica soggettiva e l'addizione di un soggetto esterno alla gara, si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta. Di conseguenza deve essere ritenuto illegittimo il provvedimento impugnato con cui è stato autorizzato il subentro, nel raggruppamento di imprese aggiudicatario, di un soggetto che non aveva partecipato alla procedura di affidamento, la società National Services Group.

Pertanto, il ricorso principale deve essere accolto con l'annullamento dell'aggiudicazione disposta, previa autorizzazione al subentro nel raggruppamento di una nuova mandante in sostituzione di quella estromessa dal raggruppamento stesso, a favore del raggruppamento temporaneo di imprese Consorzio Integra, nella composizione modificata.

Dalla fondatezza del ricorso principale deriva la necessità di decidere anche il ricorso incidentale, proposto dal raggruppamento di imprese aggiudicatario, destinatario del provvedimento di illegittima autorizzazione alla modificazione della composizione. Il ricorso incidentale è stato proposto per ottenere l'esclusione dalla graduatoria del raggruppamento di imprese secondo classificato, ricorrente principale nella attuale

vicenda contenziosa, che risulterebbe aggiudicatario per effetto dell'annullamento del provvedimento di affidamento del contratto al raggruppamento di imprese primo classificato in graduatoria.

La ricorrente incidentale, a tal fine, impugna il provvedimento numero 127 del 29 gennaio 2021 con cui la Stazione appaltante ha archiviato il procedimento per l'esclusione dai lotti 1, 2 e 3 della società Engie Servizi e della Cooperativa Florovivaistica del Lazio, mandanti del raggruppamento temporaneo con GSA società per azioni, nonché del medesimo raggruppamento.

L'impugnata determinazione direttoriale n. 127 del 29 gennaio 2021 è motivata come segue:

La Stazione appaltante è stata obbligata dal Tar del Lazio (sentenze nn. 384 e 386 del 2020) a valutare i fatti presi in considerazione da un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a carico di Engie Servizi, mandante nel R.T.I. con GSA. L'Autorità garante aveva rilevato un illecito anti-concorrenziale posto in essere, tra le altre, dalla società Engie Servizi, irrogando una sanzione amministrativa. Di conseguenza il R.U.P. aveva proposto l'esclusione del raggruppamento. In esito al contraddittorio con la parte interessata e all'istruttoria condotta dalla Stazione appaltante, è emerso che il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità è stato annullato dal Tar del Lazio (sentenza n. 8768 del 2020). Pertanto il R.U.P. ha ritenuto di non poter valutare i fatti presi in considerazione dall'Autorità garante per determinarsi sulla sussistenza di un eventuale grave illecito professionale, esprimendosi per l'affidabilità dell'impresa. Tuttavia il R.U.P. ha messo in risalto ulteriori aspetti incidenti sulla posizione della stessa società, tra i quali la contraddittorietà tra le dichiarazioni rese nel corso della procedura. Dopo la sentenza del Consiglio di Stato 2 novembre 2020, n. 6732, che ha riformato la sentenza del Tar del Lazio da cui era scaturito l'obbligo di riesaminare la posizione del R.T.I. GSA, il R.U.P., prescindendo dalla sanzione antitrust, ha

proposto comunque l'esclusione della società Engie Servizi dall'appalto e di riflesso dell'intero R.T.I. GSA ai sensi dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016. Le valutazioni del R.U.P., sussumibili nell'alveo dell'istituto del grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016, attengono, alle incongruenze presenti nelle due dichiarazioni prodotte alla Stazione appaltante dalla società Engie sul possesso dei requisiti generali: la prima dichiarazione del 16 gennaio 2019 e la seconda dichiarazione del 7 febbraio 2020. Nella seconda dichiarazione sarebbero emersi fatti rilevanti taciuti nella prima dichiarazione, in particolare una condanna penale e alcune misure cautelari disposte nei confronti di dipendenti della società. La divergenza tra le dichiarazioni dimostrerebbe l'inaffidabilità professionale dell'impresa. Inoltre, la Cooperativa Florovivaistica del Lazio, anch'essa mandante del R.T.I. GSA, avrebbe dichiarato l'assenza di condanne penali mentre, dalla documentazione acquisita dall'AVCPASS, risulta che in data 6 febbraio 2020 un socio della predetta società abbia subito una condanna non dichiarata. Dal contraddittorio con le società interessate sono emersi, inoltre, l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara indetta da Acea S.p.A. per inattendibilità dei documenti presentati nel corso della verifica di anomalia, un procedimento penale incardinato presso il Tribunale di Roma con RG 30778/2013 a carico dell'ex Direttore Generale aggiunto della Cofely, oggi Engie Servizi S.p.A., già in essere alla data del 16 gennaio 2019 (data della prima dichiarazione) e poi concluso in primo grado qualche giorno dopo (24 gennaio 2019) con sentenza nella quale Engie è stata condannata ai sensi dell'art. 640 bis c.p., in qualità di persona giuridica ex d.lgs. 231/01, al pagamento di pena pecuniaria di € 50.000,00 (oggi in fase di appello); la sentenza del Tribunale di Milano del 15 novembre 2016 dove il Tribunale ha condannato Engie al pagamento della somma di € 43.000,00. Tuttavia, l'Amministrazione, in relazione alla sentenza di condanna non definitiva per reati di cui al d.lgs. 231/2001 ritiene irrilevante l'omissione della dichiarazione del 2019

poiché a tale data, 16 gennaio 2019, non sembra che la condanna non definitiva fosse intervenuta, in quanto pubblicata in data 24 gennaio 2019 e, pertanto, l'operatore economico non avrebbe potuto dichiarare la presenza di una condanna non definitiva alla data della prima dichiarazione. L'Amministrazione, in relazione all'omissione, nella prima dichiarazione del 2019, del fatto accertato da una sentenza del T.A.R. Lazio n. 235/2017, ritiene irrilevante l'omessa dichiarazione, in quanto non si sarebbe in presenza di un obbligo dichiarativo in capo all'operatore in relazione alla lex specialis e per le motivazioni espresse dalla sentenza del Consiglio di Stato 26 ottobre 2020, n. 6530. Infatti, eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara assumerebbero rilevanza solo se risultanti dal casellario informatico dell'ANAC. Le false dichiarazioni sono comunicate all'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico, qualora dolose o gravemente colpose. Sarebbe decorso il termine triennale di riferimento, trattandosi di fatti accertati con la sentenza del Tar del Lazio 9 gennaio 2017, n. 235. La stazione appaltante, pertanto, ha espresso una valutazione di affidabilità della società Engie, in ragione dell'assenza di condanne risarcitorie e di provvedimenti sanzionatori da parte delle competenti Autorità né da parte dell'ANAC che infatti non ha inserito nel Casellario informatico della società ENGIE il fatto accertato dalla sentenza. Comunque la valutazione di affidabilità e integrità, richiamata giurisprudenza conforme, dovrebbe investire il fatto in sé, in tutti i suoi profili sostanziali, e non la sola valutazione e il trattamento datogli in sede penale; d'altro canto, l'apprezzamento del medesimo fatto in sede penale e da parte dell'amministrazione ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 sarebbe ben distinto, proprio perché diverse sarebbero le finalità istituzionali della valutazione e gli inerenti parametri normativi. Quindi la stazione appaltante ha ritenuto di esprimere un giudizio di affidabilità della società Engie in ragione della non gravità della sanzione comminata con sentenza del Tribunale di Milano RG. 16678/2013 del 15 novembre 2016; ha ritenuto comunque di esprimere

un giudizio di affidabilità della società Engie per tutti le questioni (elencate nella dichiarazione del 2020) precedenti alla Determinazione direttoriale n. 758 del 9 marzo 2017 (di ammissione ed esclusione dei concorrenti) in relazione alle preclusioni previste dal rito super-accelerato e per le questioni successive a tale data le stesse vengono valutate non gravi, ancora pendenti, non iscritte al Casellario dell'ANAC e comunque tali da non pregiudicare la fiducia ed affidabilità dell'operatore economico in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto in questione. Ha ritenuto, infine, di esprimere un giudizio di affidabilità anche della società Cooperativa Florovivaistica in quanto: la sentenza di applicazione della pena su richiesta nei confronti di un socio è stata emessa dal Tribunale di Velletri in data 6 maggio 2020 e comunicata alla Procura Generale nella medesima data. Il DGUE è stato rilasciato in data 8 maggio 2020, pertanto è plausibile che in quella data la sentenza né era stata notificata alla parte, né risultava dal Casellario Giudiziale che alla data della dichiarazione risultava negativo; il predetto socio non avrebbe poteri di rappresentanza né gestori e pertanto non sarebbe stato tenuto a rendere le dichiarazioni previste dall'articolo 80 del nuovo Codice degli appalti per partecipare alle gare in conformità del Comunicato del Presidente Anac del 26 ottobre 2016 (ed in conformità dell'art. 8 del Disciplinare di gara); si ritiene non grave il reato ascritto al socio, tale da non pregiudicare la fiducia ed affidabilità dell'operatore economico in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto in questione.

Ad avviso della ricorrente principale, la mancata esclusione del raggruppamento 2° classificato sarebbe illegittima, per violazione dell'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, in quanto le mandanti del raggruppamento avrebbero reso dichiarazioni lacunose sul possesso dei requisiti soggettivi e avrebbero commesso, in ogni caso, gravi illeciti professionali che non sarebbero stati adeguatamente valutati dalla Stazione appaltante la cui decisione di archiviare il procedimento di esclusione

sarebbe viziata per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, illogicità, contraddittorietà e difetto di motivazione.

In particolare sarebbero rilevanti i gravi fatti imputabili alla mandante Engie che, oltre a non aver dichiarato inizialmente tutte le possibili cause di esclusione, avrebbe integrato la dichiarazione originaria resa il 16 gennaio 2019 solo con una dichiarazione successiva in data 7 febbraio 2020. Erroneamente la stazione appaltante avrebbe ritenuto di non poter valutare autonomamente l'illecito concorrenziale sanzionato dall'AGCM, solo perché il provvedimento sanzionatorio è stato annullato dal Tar del Lazio, essendo comunque pendente il giudizio di appello. L'operatore economico non avrebbe dovuto operare alcun filtro sui fatti da dichiarare. La falsa e omissiva dichiarazione avrebbe dovuto rilevare ai fini espulsivi. Inoltre, sarebbe irragionevole ritenere non rilevanti i preventivi falsi resi nella procedura di valutazione dell'anomalia, solo perché non determinanti ulteriori sanzioni. Erroneamente la Stazione appaltante non avrebbe valutato la gravità dei fatti accertati in procedimenti penali a carico di Engie per mancanze nei confronti dei sub-appaltatori. La mancata iscrizione nel casellario ANAC non potrebbe escludere la necessità di valutare i falsi documenti presentati da Engie, perché la Stazione appaltante non può essere limitata nella propria valutazione dalla eventuale assenza di un provvedimento interdittivo da parte dell'ANAC. Il triennio di riferimento non decorrerebbe dalla sentenza del Tar del Lazio, coincidendo con il triennio precedente la presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Le sentenze di condanna penale non sarebbero state acquisite, per cui la Stazione appaltante avrebbe espresso una valutazione incompleta. Inammissibilmente Engie sarebbe stata ammessa al soccorso istruttorio, integrando la propria dichiarazione con altra dichiarazione, comunque omissiva, non essendo stata dichiarata la risoluzione di un contratto con Asl 3 di Nuoro, del 2016, nonché la contestazione di un inadempimento contrattuale del 2019 con la Regione Lombardia. Anche la

valutazione sulla Cooperativa Florovivaistica sarebbe illegittima, trattandosi della condanna di un consigliere di amministrazione, tutt'ora in carica, pronunciata nel 2020, per furto aggravato e continuato di energia elettrica, mediante manomissione del contatore.

A giudizio del Collegio, il ricorso incidentale è infondato.

Si deve premettere che, per costante giurisprudenza, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica la normativa di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 esclude ogni automatismo relativo all'esclusione dalla gara di un'impresa concorrente, ponendo in capo alla Stazione appaltante l'onere di valutare la rilevanza dei gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente medesimo (T.A.R. Marche, 15/02/2021, n. 131; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I bis, 11/02/2021, n. 1725).

Quindi, la valutazione sulla sussistenza di "gravi illeciti professionali" desumibili da "mezzi adeguati" compete all'amministrazione, la quale è chiamata all'uopo - in caso di illecito comunicativo - ad apprezzare senz'altro quella condotta dichiarativa (in termini di omissione, reticenza o mendacio) del concorrente; ma, nel far ciò, non potrà esimersi dal soppesare nel merito i singoli, pregressi episodi dei quali l'operatore si è reso protagonista e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell'operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d'appalto. Il canone alla cui stregua la stazione appaltante deve esprimere il proprio motivato giudizio sull'ammissione del concorrente è quello della "integrità o affidabilità" dell'operatore: per questo, non solo i profili della condotta dichiarativa endo-procedurale in sé, ma anche quelli inerenti al fatto non adeguatamente dichiarato rientrano nell'oggetto dell'apprezzamento di competenza dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 08/01/2021, n. 307).

Sulla base di queste premesse, si deve ritenere che la Stazione appaltante abbia espresso, nell'esercizio della propria discrezionalità, una valutazione sull'affidabilità

e integrità delle società Engie e Cooperativa Florovivaistica correttamente fondata sulla disamina dei fatti, più che sulla circostanza che tali fatti non siano stati oggetto di espresse dichiarazioni.

Tutti i fatti sono stati presi in considerazione, eccetto quelli, da ultimo, rappresentati dalla ricorrente incidentale, in ogni caso non documentati da essa.

La valutazione positiva, per quanto opinabile, come tutte le valutazioni espressione di discrezionalità amministrativa, non può essere ritenuta irragionevole, pur non essendo perfettamente rigorosa in tutti i suoi elementi.

Si deve considerare che la determinazione impugnata è l'esito di un procedimento estremamente complesso, scandito da plurime pronunce giudiziarie, anche discordanti.

Nel corso di questo procedimento la Stazione appaltante ha avuto modo di conoscere tutti i fatti potenzialmente in grado di incidere sulla affidabilità delle società oggetto di indagine.

La decisione finale è stata resa dopo un ampio contraddittorio, non assimilabile ad una sorta di soccorso istruttorio, come tale censurato dalla ricorrente incidentale.

Risulta decisivo, per giudicare la legittimità del provvedimento, considerare che la Stazione appaltante ha avuto cognizione di tutte le vicende che hanno interessato le mandanti del R.T.I. GSA.

Non è irragionevole la motivazione della determinazione nella parte in cui si esime dal prendere in considerazione la sanzione AGCM per illecito anti-concorrenziale, dovendo essa prendere atto dell'annullamento in sede giudiziaria, di primo grado, della sanzione AGCM, legittimamente ritenuta elemento ostativo ad ulteriori approfondimenti, impossibili in sede amministrativa.

Se ha ritenuto di valorizzare, nella valutazione favorevole, circostanze non indiscutibilmente dirimenti rispetto ad altri fatti, come la data in cui essi si sono verificati, la mancata iscrizione nel casellario ANAC, la mancanza di poteri di

rappresentanza di un amministratore condannato per furto di energia elettrica, non è perché ha ignorato i fatti potenzialmente costituenti illecito professionale, ma perché, pur avendo preso in considerazione quanto accaduto, ha fondato la valutazione complessiva di non gravità di tali illeciti anche su tali circostanze, come elementi concorrenti a determinare una valutazione finale di affidabilità degli operatori economici, sorretta da tutte le considerazioni contenute nell'approfondito provvedimento impugnato.

Di conseguenza, il ricorso incidentale deve essere respinto, in quanto infondato.

In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento impugnato di aggiudicazione e di revoca del provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione, precedentemente disposta, nonché di archiviazione del procedimento di esclusione avviato nei confronti del R.T.I. Consorzio Integra.

Il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Integra deve essere respinto.

Infine, deve essere decisa la domanda cui la ricorrente principale chiede l'accertamento della invalidità o la declaratoria di inefficacia del contratto, nonché il risarcimento dei danni, preferibilmente in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto e il subentro nel contratto già stipulato.

Sebbene l'Adunanza plenaria numero 10 del 2020, precedentemente richiamata, abbia, incidentalmente, fatto riferimento alla nullità del contratto stipulato con un raggruppamento di imprese illegittimamente modificato nella propria composizione, la sorte del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale deve essere decisa sulla base dei poteri conferiti al giudice amministrativo dal codice del processo amministrativo.

Il codice di rito, agli articoli 121 e 122, prevede che il giudice amministrativo, allorquando annulla l'aggiudicazione, debba o possa dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto.

Di conseguenza, non è ammissibile la declaratoria di nullità del contratto stipulato in forza di una aggiudicazione illegittima, eccedendo la declaratoria di nullità dai poteri conferiti al giudice dall'ordinamento processuale.

Nel caso di specie, quindi, occorre accertare se ricorrono i presupposti per la privazione di efficacia del contratto.

Al riguardo, è applicabile l'art. 121, comma 1, lettera c) essendo stata commessa, da parte della Stazione appaltante, una delle più gravi violazioni della legge sugli appalti pubblici, essendo stato stipulato il contratto il 1 febbraio 2021, il giorno stesso della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione alla parte controinteressata all'aggiudicazione stessa, in tal modo impedendo all'attuale ricorrente principale di impugnare il provvedimento lesivo prima della stipulazione del contratto.

Tale violazione dell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici, che al comma 9 vieta la stipulazione del contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione, impone la immediata privazione di efficacia del contratto, con efficacia retroattiva, tenuto conto dell'interesse della ricorrente principale ad eseguire per intero la prestazione e della gravità della condotta della stazione appaltante che, ignorando il termine di stand still, ha privato la ricorrente principale della tutela cautelare.

Riguardo lo stato di esecuzione, si deve rilevare che si tratta di un contratto di durata biennale, con opzione per altri 2 anni, la cui esecuzione è da poco tempo iniziata, essendo stato firmato il 1 febbraio 2021.

Sicuramente la ricorrente principale ha interesse a subentrare nel contratto, avendo presentato domanda risarcitoria in forma specifica mediante, appunto, il subentro nel contratto.

Inoltre la ricorrente principale ha la possibilità giuridica di subentrare nel contratto, essendo classificata in graduatoria nella posizione immediatamente seguente il contraente originario.

D'altra parte, l'illegittimo aggiudicatario non può più conservare la posizione di parte contraente, avendo modificato la propria composizione organizzativa inserendo in essa un operatore economico estraneo alla procedura pubblicistica di gara.

In conclusione, in accoglimento della domanda proposta dalla parte ricorrente principale, il contratto stipulato con il R.T.I. Consorzio Integra deve essere retroattivamente privato di efficacia per consentire il subentro del raggruppamento GSA nel contratto di appalto, così determinando il risarcimento, in forma specifica, del danno ingiustamente subito per effetto dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Le spese processuali sostenute dalla ricorrente principale devono essere in parte poste a carico dell'Amministrazione resistente, tenuto conto della gravità della condotta illecita e, per il resto, considerate la complessità delle questioni dibattute e i contrasti giurisprudenziali, compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

Accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato e dispone, in via retroattiva, la privazione di efficacia del contratto stipulato.

Accoglie la domanda risarcitoria in forma specifica.

Rigetta il ricorso incidentale.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento parziale delle spese processuali sostenute dalla ricorrente principale, per una somma pari ad euro 2.000,00 (duemila) oltre accessori dovuti per legge e compensa tra le parti le restanti spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Tomassetti, Presidente FF

Mariangela Caminiti, Consigliere

Antonio Andolfi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonio Andolfi

IL PRESIDENTE

Alessandro Tomassetti

IL SEGRETARIO