

Consiglio di Stato sez. V 2/9/2019 n. 6024

Consorzio di cooperative - Autonomia soggettività - Modifiche soggettive - Hanno un rilievo meramente interno al consorzio

N. 06024/2019REG.PROV.COLL.
N. 00004/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in opposizione iscritto al numero di registro generale 4 del 2019, proposto da

OMISSIS s.c.a.r.l., in proprio e nella sua qualità di mandataria di costituendo Rti con OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.r.l. e OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandante di costituendo Rti con OMISSIS in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS;

nei confronti

Consip s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

e con l'intervento di

ad opponendum:

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;

per la riforma

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 06634/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. e del OMISSIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati OMISSIS;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla GURI in data 21 marzo 2014 e sulla GUUE il giorno successivo, s.p.a. indiceva una procedura aperta per la stipula di una convenzione quadro concernente l'affidamento di servizi vari da eseguirsi su immobili adibiti ad ufficio nella disponibilità di pubbliche amministrazioni, ivi compresi Università pubbliche ed enti e istituzioni di ricerca.

La procedura era suddivisa in 18 lotti, di cui 14 ordinari e 4 accessori (lotti 15, 16, 17 e 18).

Alla gara partecipavano, tra gli altri, il Rti avente come mandataria la OMISSIS s.p.a. (poi divenuta OMISSIS s.p.a.), nonché quelli facenti capo alla OMISSIS s.c.a.r.l. ed al OMISSIS soc. coop. (già OMISSIS).

All'esito della valutazione delle offerte il Rti capeggiato dalla OMISSIS si classificava al primo posto in relazione ai lotti 8, 10, 11 e 16.

In data 23 novembre 2017 il suddetto Rti comunicava alla stazione appaltate che la, società consorziata del mandante, da questo indicata come esecutrice, era stata posta in liquidazione coatta amministrativa e che per tale ragione si rendeva necessaria la sua estromissione dalla compagine delle imprese consorziate indicate per l'esecuzione della commessa.

A tal punto s.p.a. adottava, in data 16 gennaio 2018, il provvedimento di esclusione dalla gara del Rti tra OMISSIS, OMISSIS, Servizi,

Avverso tale provvedimento il Consorzio proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, che però lo respingeva con sentenza 30 aprile 2018, n. 4723.

Il Consorzio ricorrente interponeva allora appello, ribadendo i già dedotti profili di illegittimità della propria esclusione dalla gara, in particolare denunciando l'errore commesso dal Tribunale nel respingere la censura con cui era stato dedotto che la liquidazione coatta della non avrebbe potuto incidere sui requisiti di partecipazione del, trattandosi di vicenda organizzativa interna a quest'ultimo, irrilevante nei rapporti esterni con la stazione appaltante. Componente del raggruppamento capeggiato dalla OMISSIS sarebbe stato, infatti, il solo, per cui solo questo avrebbe assunto la veste di concorrente. Per resistere al ricorso si costituiva in giudizio la; interveniva inoltre ad adiuvandum il OMISSIS.

Con sentenza 23 novembre 2018, n. 6634, la V Sezione del Consiglio di Stato accoglieva il gravame, sul presupposto che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, sia tale che l'attività compiuta dalle consorziate dev'essere imputata unicamente al consorzio (in termini Cons. Stato, Ad. plen. 20 maggio 2013, n. 14; V, 17 luglio 2017, n. 3505).

Avverso tale decisione proponeva opposizione di terzo la società, a suo tempo seconda graduata nella procedura di gara (relativamente al lotto n. 11), eccependo che l'impugnazione da parte di OMISSIS dell'esclusione avrebbe dovuto esserle notificata ab origine, in quanto controinteressata al gravame. Ciò in quanto, a graduatoria definita (con punteggi assegnati), avrebbe dovuto riconoscersi la sussistenza di un interesse qualificato in capo al concorrente giunto secondo, il quale, a seguito dell'esclusione del primo si sarebbe ritrovato "a sua volta, in virtù dello scorrimento, primo in graduatoria e, quindi, portatore di un sostanziale interesse uguale e contrario a quello dell'escluso che coincide appunto con il concreto interesse a che sia disposta, in suo favore, l'aggiudicazione definitiva".

In ogni caso, deduce l'opponente, anche nell'ipotesi di mancato riconoscimento della posizione di litisconsorte necessario di OMISSIS s.c.a.r.l., questa, alla luce dell'asserito consolidamento

della propria posizione nella gara per il lotto 11 (primo posto in graduatoria, avvio e conclusione positiva della verifica di anomalia e della successiva fase di verifica del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, prodromica alla stipula del contratto), rivestirebbe la posizione di “controinteressato sopravvenuto”, in quanto tale titolare di una situazione giuridica autonoma ed incompatibile con quella della parte vittoriosa nel giudizio di appello, pienamente legittimata ad esperire, in via rescissoria, l’impugnazione di cui all’art. 108 Cod. proc. amm. Deduceva, in particolare, i seguenti motivi di impugnazione:

1) Violazione del principio del contraddittorio per mancata partecipazione al giudizio a quo di un litisconsorte necessario nonché per omessa rilevazione di tale vizio da parte del Consiglio di Stato.

2) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 37 e 38, d.lgs. n. 163/2006 violazione e/o falsa applicazione dell’art. 94, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 – violazione del principio di immutabilità soggettiva dei concorrenti – violazione del principio di continuità dei requisiti - irragionevolezza – contraddittorietà.

3) Violazione dell’art. 38, comma 1, e lett. f) ed h), comma 1 ter, comma 2, d.lgs. 163/2006 – violazione dell’art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 – violazione dell’art. 45 della Direttiva 2004/18/CE - falsa dichiarazione e/o grave errore nell’esercizio dell’attività professionale

4) Violazione dell’art. 38, comma 1, e lett. f) ed h), comma 1 ter, comma 2, d.lgs. 163/2006 – violazione dell’art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 – violazione degli artt. 53 e 54 della Direttiva 2004/17/CE e 45 della Direttiva 2004/18/CE.

Si costituiva in giudizio il Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi - Attività a 360° soc. coop., riproponendo nel merito i motivi considerati assorbiti dal giudice d’appello e comunque eccedendo l’inammissibilità e l’infondatezza delle opposizioni, delle quali chiedeva la reiezione.

Anche s.p.a. si costituiva in giudizio, aderendo invece al ricorso per opposizione di terzo – per quanto di interesse e sotto l’esclusivo profilo di cui alle considerazioni esposte nelle proprie memorie difensive – chiarendo tra l’altro come non fosse ancora intervenuto un provvedimento definitivo di aggiudicazione in favore delle ricorrenti in opposizione o di altri operatori economici.

Infine, interveniva ad opponendum il OMISSIS, concludendo per la reiezione del ricorso. Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all’udienza del 9 maggio 2019, dopo la rituale discussione la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di ricorso OMISSIS s.c.a.r.l. deduce la nullità della sentenza del Consiglio di Stato n. 6634 del 2018 per violazione del principio del contraddittorio, per non essersi avveduto il giudice d’appello che né il ricorso introduttivo, né l’atto di appello erano stati a suo tempo notificati all’odierna ricorrente in opposizione, la quale – essendosi posizionata seconda nella graduatoria provvisoria di merito – avrebbe in realtà dovuto essere considerata una controinteressata necessaria.

Il motivo non è fondato.

In effetti risulta dagli atti che all’esclusione del Rti OMISSIS non aveva fatto contestualmente seguito l’aggiudicazione in favore dell’odierna opponente, aggiudicazione, del resto (come chiarito dalla stessa stazione appaltante nei propri atti di costituzione in giudizio per entrambi i ricorsi riuniti), neppure intervenuta in seguito.

Per l’effetto, la ricorrente OMISSIS s.c.a.r.l. non era titolare, al momento della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, così come del successivo atto di appello, di una posizione

soggettiva attiva qualificata e differenziata in ragione della quale potesse dirsi controinteressata nel relativo giudizio.

Va infatti confermato, sul punto, il consolidato principio – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie – secondo cui quando viene impugnato un provvedimento di esclusione in corso di gara e prima dell’aggiudicazione definitiva, non vi sono controinteressati cui sia doveroso notificare il ricorso, non ravvisandosi delle posizioni in tal senso giuridicamente rilevanti (ex multis, Cons. Stato, V, 19 marzo 2018, n. 1745; V., 25 febbraio 2014, n. 886; V, 12 febbraio 2007, n. 593).

Come già anticipato, alla data di proposizione del ricorso (15 febbraio 2018) l’odierna opponente non rivestiva la posizione di litisconsorte necessario, non essendo stata ancora individuata come aggiudicataria, tant’è che ancora nel mese di gennaio 2018 la relativa offerta veniva solamente sottoposta a verifica di anomalia e solo ad ottobre dello stesso anno l’impresa veniva invitata a fornire la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.

A ciò aggiungasi che la verifica di tale documentazione (come riconosciuto dalla stessa ricorrente) si concludeva addirittura in un momento successivo alla pubblicazione – il 23 novembre 2018 – della sentenza di appello oggetto dell’odierna opposizione (ossia in data 7 dicembre 2018, giusta nota Consip, prot. n. 41003).

Nel caso di specie non vi erano dunque i presupposti che imponessero di estendere il contraddittorio alla OMISSIS s.c.a.r.l., non avendo la stazione appaltante disposto contestualmente l’esclusione della prima graduata e l’aggiudicazione alla seconda, senza soluzione di continuità (ex plurimis, Cons. Stato, IV, 3 settembre 2014, n. 4494; V, 27 maggio 2011, n. 3193; VI, 2 maggio 2011, n. 2580; V, 2 febbraio 2012, n. 569; III, 1° febbraio 2012, n. 493; V, 27 ottobre 2005, n. 6004).

Con il secondo motivo di ricorso la sentenza d’appello viene invece censurata nella parte in cui – sul presupposto che le cooperative del consorzio siano “articolarioni organiche” dello stesso (con la conseguenza che le relative vicende sarebbero questioni meramente interne al concorrente e non rilevanti ai fini dell’appalto) – conclude che “La perdita dei requisiti in questione da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l’onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrente. Dalle considerazioni svolte discende che nella fattispecie la messa in liquidazione della non poteva incidere sui requisiti di partecipazione del e conseguentemente non poteva determinare l’esclusione dalla gara del RTI capeggiato dalla OMISSIS”.

In estrema sintesi, OMISSIS s.c.a.r.l. contesta l’argomento secondo cui la perdita dei requisiti da parte di una singola consorziata non inciderebbe sul possesso dei requisiti di partecipazione del Consorzio nel suo complesso.

Neppure questo motivo è fondato.

Va evidenziato, in primo luogo, che si era in presenza di un consorzio di cooperative di produzione e lavoro, in quanto tale regolamentato dalla speciale disciplina di cui alla l. 25 giugno 1909, n. 422 (“Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici”), diversa da quella invece applicabile alle altre tipologie consortili (in particolare, i consorzi stabili e quelli ordinari).

L’art. 4 della legge prevede che “Il consorzio di cooperative costituisce persona giuridica e soggiace alle norme del codice di commercio per le sue operazioni commerciali e per tutti gli effetti che ne derivano”, dal che si evince che detto consorzio costituisce un soggetto autonomo, giuridicamente distinto dalle singole cooperative consorziate e per tale regolamentato da una normativa speciale di favore (in considerazione dello scopo mutualistico), a partire appunto dalla richiamata legge n. 422 del 1909.

Più precisamente, va confermato l'orientamento secondo cui il consorzio tra società di cooperative di produzione e lavoro partecipa alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nell'ambito di questi, ben può far valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative consorziate, che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo (ossia i suoi interna corporis).

Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella indicata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle stesse è imputata unicamente al consorzio.

Sicché – tra l'altro – la sostituzione della consorziata esecutrice è sempre possibile, stante il rapporto organico tra consorziata e consorzio (Cons. Stato, V, 17 luglio 2017, n. 3507).

In questi termini, "l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, per cui, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione" (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14).

In effetti, a differenza di quanto accade con un raggruppamento temporaneo di imprese, il consorzio di cui trattasi è l'unica controparte del rapporto di appalto, sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, opera come già detto sulla base di un rapporto organico; e proprio tale autonoma soggettività giustifica anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione.

Sulla base di tali premesse deve dunque concludersi che le eventuali modifiche soggettive di un consorzio di società cooperative, il quale partecipi ad un Rti con altri operatori economici, hanno un rilievo meramente interno al consorzio medesimo e, per tali, non incidono sul rapporto tra quest'ultimo e la stazione appaltante.

Dette modifiche, dunque, non mutano in alcun modo la partecipazione soggettiva del consorzio al raggruppamento temporaneo aggiudicatario.

In breve, partecipe del (in qualità di mandante) era il solo consorzio e non anche le singole cooperative in esso consorziate: per l'effetto la messa in liquidazione di una di queste (nella specie, la), non facendo certo venir meno il consorzio, né incidendo sui requisiti di onorabilità di quest'ultimo, nessuna ricaduta poteva a maggior ragione avere sul Rti medesimo, ossia il soggetto partecipante alla gara, che era e rimaneva immutato rispetto al momento della presentazione dell'offerta.

Non poteva dunque configurarsi alcun vulnus al principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare, né a quello di immodificabilità del raggruppamento temporaneo di imprese.

Deve quindi confermarsi la conclusione cui è giunta l'impugnata sentenza, per cui "concorrente è [...] solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.Si 2/1/2012, n. 12; Cons. Stato, Sez. VI, 29/4/2003, n. 2183)", laddove la necessità che anche la consorziata indicata quale esecutrice debba dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale è dovuta "al solo fine di evitare che soggetti non titolati possano eseguire la prestazione"

Solo per completezza va poi rilevato che la modifica contestata dalla ricorrente OMISSIS s.c.a.r.l. – per effetto dell'estromissione di dal Consorzio – non solo non riguardava (come si è detto) il raggruppamento di cui quest'ultimo faceva parte, ma doveva in ogni caso

qualificarsi “in riduzione”, poiché anche a seguito dell’uscita di detta cooperativa il consorzio mandante rimaneva comunque in possesso dei requisiti per partecipare alla gara.

Invero, il divieto di modificazione della compagine dei raggruppamenti temporanei di imprese o dei consorzi (nella fase corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione) è finalizzato ad impedire l’aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti al Rti o al consorzio, ma non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte siano comunque titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara (in termini, Cons. Stato, V, n. 3507 del 2017, cit.).

Ne consegue che l’eventuale venir meno del requisito generale, in fase di gara, da parte di una cooperativa consorziata indicata come esecutrice avrà quale unica conseguenza che la consorziata stessa non potrà più eseguire le prestazioni; il consorzio, però, resta in gara, continuando a possedere, quale “concorrente”, i requisiti generali necessari per la partecipazione (e, dunque, per l’esecuzione), rimanendo – come già in precedenza – obbligato nei confronti della stazione appaltante.

A ciò aggiungasi che l’estromissione di conseguiva alla sua messa in liquidazione coatta amministrativa, fattispecie contemplata dal legislatore (inizialmente all’art. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. n. 163 del 2006 e quindi all’art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. n. 50 del 2016) proprio al fine di derogare al principio di immodificabilità del Rti: non sono pertanto conferenti i richiami ai precedenti della Sezione 5 giugno 2018, n. 3345 e 23 gennaio 2017, n. 849, concernenti la diversa fattispecie dell’esclusione dalla gara per l’accertata carenza di un requisito “soggettivo” di partecipazione (nella specie, un’irregolarità tributaria e contributiva) e non, invece, di un requisito “oggettivo” quale una sopravvenuta procedura concorsuale, come nel caso di specie, ipotesi nella quale – come detto – la normativa vigente prevede le deroghe di cui al comma 19 dell’art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Per contro, l’esclusione della consorziata era avvenuta per mera “sottrazione”, senza che la stessa fosse sostituita da altro operatore economico, né l’esclusione – che conseguiva in modo automatico alla sopravvenuta procedura concorsuale – era stata disposta al fine di eludere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti (verifiche che si erano già svolte in precedenza, relativamente al consorzio, con esito positivo).

D’altro canto, la ricorrente in opposizione neppure fornisce la prova (così come non lo fa s.p.a., che pur sostiene le ragioni di quest’ultima) che il consorzio, a seguito dell’esclusione della cooperativa posta in stato di liquidazione coatta, avesse perso i requisiti per partecipare alla gara, né – per altro verso – che il raggruppamento non fosse più nel possesso della totalità dei requisiti di qualificazione richiesti per l’esecuzione dell’appalto per cui è causa.

Neppure è corretto il richiamo fatto dalla ricorrente alle statuizioni di Cons. Stato, Ad. plen. 8 maggio 2012, n. 8 in ordine alla portata del richiamato principio di immodificabilità soggettiva: tale pronuncia, infatti, ha confermato il principio secondo cui lo scopo principale di detto principio è quello di consentire all’amministrazione di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari.

Secondo l’Adunanza plenaria, quindi, “tale essendo [...] la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all’aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l’amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell’impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possano verificarsi”.

Fermo restando, come già puntualizzato, che nel caso di specie il raggruppamento non aveva in realtà subito alcuna modifica per effetto dell'estromissione di una consorziata del mandante

Con il terzo motivo di ricorso viene invece dedotto che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla procedura OMISSIS s.p.a. per violazione dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per non aver dichiarato l'intervenuto annullamento di un'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo a causa di un "errore grave nell'esercizio della loro attività professionale"

Nella specie, tale omissione avrebbe integrato un motivo di esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) cit., che imporrebbe un generale obbligo dichiarativo in aderenza ai principi di lealtà ed affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante.

In ogni caso, precisa la ricorrente, tale circostanza non potrebbe che essere escludente ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che una dichiarazione non veridica sarebbe di per sé causa di esclusione. Del resto, una dichiarazione mendace comporterebbe l'esclusione dalla gara anche ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, e dell'art. 45 della direttiva 2004/18/UE, la quale, al paragrafo 2, espressamente statuisce che va escluso il concorrente "che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni".

Anche a prescindere dai rilievi di inammissibilità di tale censura formulati dalla resistente e Service s.p.a., il motivo non può essere accolto in quanto il "grave errore professionale" di cui alla lett. f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 va circoscritto – per consolidato orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018, n. 722; V, 17 aprile 2017, n. 3505; V, 4 dicembre 2017, n. 5704) – "ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico, e che per contro esclude dal campo applicativo della norma i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento (da ultimo: Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4973, 15 giugno 2017, n. 2934; in precedenza: Cons. Stato, V, 4 agosto 2016, n. 3542, 25 febbraio 2016, n. 771, 21 luglio 2015, n. 3595, alcune delle quali richiamate dal CNS).

Come specificato nei precedenti in questione, la delimitazione della fattispecie in esame alle sole condotte commesse nella fase di esecuzione di contratti pubblici si giustifica sulla base di ragioni di tipicità e tassatività della causa ostativa, e dunque per le correlate ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche (sulle esigenze di certezza nel settore dei contratti pubblici ed in particolare con riguardo alle cause di esclusione dalle relative procedure di affidamento si rinvia alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 2 giugno 2016, C-27/15) [...].

In breve, la fattispecie di cui all'art. 38 lett. f) si riferisce esclusivamente alla fase di esecuzione contrattuale, ragion per cui non potrebbe essere invocata in ordine alla diversa vicenda richiamata da OMISSIS s.c.a.r.l., nella quale si verteva in ordine alla precedente fase di gara (nella specie, al sub-procedimento di verifica dell'anomalia).

Neppure è conferente il richiamo alla fattispecie di cui all'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, la quale non prevede ulteriori ipotesi di esclusione dalla procedura di gara direttamente ad opera della stazione appaltante (ipotesi che sola potrebbe – in ipotesi – fondare un interesse alla censura in capo al terzo opponente), bensì l'obbligo per quest'ultima, "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto" di darne "segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di

subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”.

Al riguardo, non risulta dagli atti che una segnalazione in tal senso sia stata effettuata in danno di s.p.a., né che l'Anac abbia disposto l'iscrizione nel casellario informatico, cui sola consegue l'esclusione dalle gare.

Né, a rigore, la ricorrente adeguatamente dimostra, sulla base delle risultanze di causa, che nel caso di specie non tanto si fosse in presenza di una semplice omissione dichiarativa, bensì di una vera e propria – oltreché consapevole – dichiarazione falsa (sia nell'accezione del falso “commissivo” tradizionalmente inteso che in quella del falso cd. “omissivo” – cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7271), anziché di una semplice omissione sul presupposto della sua irrilevanza.

Infine, con il quarto motivo di ricorso l'opponente segnala il recente avvio, nei confronti di OMISSIS s.p.a., di un procedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato “per accertare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del TFUE, avente ad oggetto il condizionamento in senso anticompetitivo della procedura pubblica bandita da il 19 marzo 2014 [...]”, deducendo che ciò sarebbe sufficiente ad incidere sul rapporto fiduciario tra stazione appaltante e concorrente, rilevando in termini di grave errore professionale ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006.

Ciò in quanto, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, rientrerebbe nella nozione di errore nell'esercizio dell'attività professionale “qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore” e “la commissione di un'infrazione alle regole della concorrenza [...] costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18” (Corte Giust., X, 18 dicembre 2014, n. 470, p.to 35).

Neppure questo motivo può essere accolto.

Invero, l'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 – anche in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione, valevole anche nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici – non ricomprendeva tra le cause escludenti anche l'ipotesi relativa alla sanzione AGCOM per intesa restrittiva, come del resto evidenziato da costante giurisprudenza dalla quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie: va infatti “escluso che ricorra il «grave errore professionale» previsto dall'art. 38, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 l'illecito anticoncorrenziali (sentenza 17 aprile 2017, n. 3505) [...]” (ex multis, Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018, n. 722; V, 4 dicembre 2017, n. 5704; V, 17 aprile 2017, n. 3505).

Tale rilievo appare assorbente di ogni altra considerazione in merito, anche a prescindere dalla circostanza che, in ogni caso, il procedimento dell'AGCOM neppure risultava concluso con l'adozione di un provvedimento accertante l'ipotizzata condotta anticoncorrenziale.

Alla luce dei rilievi che precedono, il ricorso in opposizione va dunque respinto. La particolarità delle questioni affrontate giustifica peraltro, a giudizio del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in opposizione, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente
Valerio Perotti, Consigliere, Estensore
Stefano Fantini, Consigliere
Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE
Valerio Perotti