

Pubblicato il 06/12/2021

N. 08079/2021REG.PROV.COLL.
N. 06648/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6648 del 2021, proposto da
Consorzio Integra Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Enzo
Perrettini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante
pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Società
Cooperativa Florovivaistica del Lazio, La Pul-Tra S.a.s. di -OMISSIS-, Engie
Servizi S.p.A. e Cemir Security S.r.l., quali mandanti, rappresentata e difesa
dagli avvocati Paolo Caruso e Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

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;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater) n. -OMISSIS-/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A. e di Disco Lazio - Ente Regionale per il Diritto allo Studio e alla Conoscenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2021 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Clarizia Angelo, Perrettini Enzo, Caruso Paolo e dello Stato Santini Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla GU/S S99 del 25 maggio 2016 Laziodisu – Ente per il Diritto agli Studi Universitari nel Lazio (per brevità, di seguito, anche stazione appaltante o Amministrazione) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della gestione delle residenze universitarie e dei propri uffici amministrativi suddivisa in tre lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa ai sensi dell'art 95, comma 3, lett. a) del D. Lgs. n. 50/2016.

Alla gara per cui è controversia hanno preso parte, altresì, il Raggruppamento Temporaneo di Imprese composto dal Consorzio Integra Soc. Coop in qualità di mandataria e dalle società -OMISSIS- Srl – National Services Srl – Codice Group Srl in qualità di mandanti (per brevità, anche, RTI Consorzio Integra) e il Raggruppamento Temporaneo di Imprese composto dalla società GSA SpA in qualità di mandataria e dalle società Engie – La Pul- Tra SaS- Cemir Srl – Florovivaistica del Lazio in qualità di mandanti (per brevità, anche, RTI GSA).

2. Con determinazione direttoriale del 9 luglio 2018 il lotto 1 della medesima procedura, oggetto dell'odierna controversia, è stato aggiudicato al RTI

Consorzio Integra.

3. Con contratto dell'11 luglio 2018 la società National Services SrL, mandante del RTI aggiudicatario, ha concesso in affitto la propria azienda alla società National Services Group SrL.

4. L'operatore economico, secondo classificato, RTI GSA, ha proposto un primo ricorso (integrato da successivi motivi aggiunti) dinnanzi al Tar Lazio, impugnando l'aggiudicazione della procedura e tutti gli atti di gara, per vizi afferenti all'asserita illegittima ammissione alla procedura del raggruppamento aggiudicatario.

5. Il Tar Lazio, a definizione del giudizio, con sentenza n. 2547/19, ha ritenuto il ricorso:

- da un lato, irricevibile, nella parte in cui era volto a contestare il difetto dei requisiti di partecipazione alla procedura in capo alla controinteressata, in quanto proposto una volta decorso il termine di trenta giorni dalla pubblicazione nelle modalità telematiche del provvedimento di ammissione alla procedura dei concorrenti qualificati;
- dall'altro, inammissibile per difetto di interesse, sia nella parte in cui era volto a denunciare la perdita del requisito di ammissione alla gara in capo alla National Services s.r.l. di cui all'articolo 80, comma 5, lettera b, del decreto legislativo n. 50 del 2016, essendo stato dedotto un fatto (presentazione della domanda di concordato preventivo da parte della National Services s.r.l. in data 12.9.2018) sopravvenuto al provvedimento di aggiudicazione, come tale rilevante ai fini della stipulazione del contratto, ma non incidente sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione; sia nella parte in cui era volto a contestare un ipotetico provvedimento con cui la stazione appaltante avrebbe autorizzato il subentro della National Services Group SrL nella posizione di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario, sebbene alcun provvedimento risultasse assunto dall'Amministrazione resistente.

6. Con nota del 28.3.2019, n. 25814 la stazione appaltante (Disco Lazio – Ente Regionale per il Diritto allo Studio e alla Conoscenza, già Laziodisu) ha rappresentato che *“a seguito delle sentenze del Tar Lazio n. 2550/2019 e n. 2547/2019 con le quali sono stati dichiarati inammissibili e, in parte, irricevibili i ricorsi proposti contro i provvedimenti di aggiudicazione definitiva della gara in oggetto ed a seguito del parere dell’Avvocatura Generale dello Stato pervenuto con pec del 20 marzo 2019, l’Amministrazione intende autorizzare l’istanza di subentro da parte della società National Services Group nel RTI. A seguito di tale subentro il RTI aggiudicatario della gara in oggetto (per tutti i Lotti) sarà composto come di seguito indicato: RTI: Consorzio Integra Società Cooperativa – -OMISSIS- S.r.l. – National Services Group S.r.l. – Codice Group S.r.l. L’atto di subentro verrà pubblicato sul sito ...”*.

7. Con successiva nota del 28.3.2019 n. 25815 la medesima stazione appaltante ha comunicato alla società GSA che a far data *“dal 1 aprile 2019 non intende proseguire con il regime di proroga tecnica per l’appalto fino ad ora eseguito. Si coglie l’occasione per ringraziare codesta società per il servizio svolto e per la collaborazione prestata”*.

8. Il RTI GSA, adendo la sede giurisdizionale, ha impugnato la nota n. 25814 del 28.3.2019 e la nota n. 25815 del 28.3.2019, chiedendone l’annullamento e domandando la declaratoria della decadenza dall’aggiudicazione disposta con determinazione direttoriale del 9.7.2018 del costituendo RTI Consorzio Integra, oltre che la declaratoria delle invalidità ed inefficacia del contratto e il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell’operato della stazione appaltante.

In particolare, il ricorrente ha qualificato la nota n. 25814 del 28.3.2019 quale provvedimento di autorizzazione della società National Services Group Srl al subentro nel costituendo RTI aggiudicatario e la nota n. 25815 del 28.3.2019 quale comunicazione di avvio del servizio da parte del costituendo RTI controinteressato a far data dal 1.4.2019.

9. Il Consorzio controinteressato ha proposto ricorso incidentale, deducendo due motivi di impugnazione, riguardanti l’integrazione di talune cause di

esclusione ex art. 80 D. Lgs. n. 50/16 in capo ad una mandante (Engie) del RTI ricorrente principale, destinataria di un provvedimento sanzionatorio assunto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione ad un asserito illecito concorrenziale, nonché responsabile (secondo la prospettazione attorea) della produzione di preventivi falsi -espressamente disconosciuti dai fornitori- al fine di giustificare la congruità della propria offerta nell'ambito di una diversa procedura di gara, circostanza non oggetto di dichiarazione nell'ambito della procedura in contestazione.

10. Il Tar, con sentenza n. -OMISSIS-/20, a definizione del giudizio, quanto al ricorso principale, rigettate le eccezioni di rito, ha accolto il secondo motivo di impugnazione, rilevando che l'operazione negoziale attuata tra le parti, mediante la sottoscrizione del contratto di affitto di azienda, avesse finalità elusiva e come tale ostasse all'autorizzazione al subentro della società National Services Group Srl nel costituendo RTI aggiudicatario, disposta dalla stazione appaltante con gli atti impugnati; quanto al ricorso incidentale, ha accolto il primo motivo ai fini di ordinare alla stazione appaltante di valutare i fatti presi in considerazione dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'irrogazione della sanzione, trattandosi di possibili condotte scorrette restrittive della concorrenza, al fine di determinarsi sulla sussistenza o meno di un grave illecito professionale tale da rendere dubbia la affidabilità e la integrità della società Engie Servizi e quindi, di riflesso, del raggruppamento temporaneo di imprese con la mandataria GSA.

11. Il RTI Integra e il RTI GSA hanno appellato, rispettivamente in via principale e incidentale, i capi decisori rispetto ai quali erano risultati soccombenti. La stazione appaltante con determinazioni Direttoriali del 24.3.2020 n. 813 (lotto 2) n. 814 (lotto 3) e n. 825 (lotto 1) ha dichiarato la decadenza dall'aggiudicazione a suo tempo disposta in favore del RTI Consorzio Integra.

12. La Sezione, con sentenza n.-OMISSIS-del 2020, in parziale accoglimento degli appelli e in riforma della sentenza gravata, ha dichiarato l'inammissibilità

delle domande di annullamento e di dichiarazione della decadenza dall'aggiudicazione proposte con il ricorso principale di primo grado, nonché l'inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado, rilevando che:

- gli atti censurati in prime cure in via principale non assumevano natura provvedimentale, non recando un'autorizzazione, esplicita o implicita, alla modificazione soggettiva del RTI aggiudicatario del lotto per cui è controversia; la stazione appaltante doveva, infatti, ancora assumere una decisione al riguardo, una volta concluse le verifiche sul RTI aggiudicatario, nella nuova composizione all'uopo indicata;
- il ricorso principale in prime cure, pertanto, in quanto indirizzato contro atti non espressivi di una volontà provvedimentale, da concretizzare in decisioni formali ancora da assumere, alla stregua di quanto fondatamente contestato dall'appellante principale e dalla stazione appaltante, non avrebbe potuto ritenersi ammissibile, tendendo a sindacare, in violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., poteri amministrativi ancora non esercitati;
- parimenti, doveva ritenersi inammissibile il ricorso incidentale in primo grado, non avendo la stazione appaltante previamente esaminato in sede procedimentale le circostanze fattuali contestate con i due motivi di ricorso incidentale dinnanzi al Tar - onde valutarne l'ipotetica rilevanza ai fini dell'integrazione di taluna delle cause di esclusione elencate dall'art. 80 D. Lgs. n. 50 del 2016 - e, pertanto, non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione, statuendo - anziché sul corretto esercizio del potere e, quindi, sulla corretta valutazione operata dall'Amministrazione - direttamente sulla sussistenza di una causa di esclusione, altrimenti svolgendosi in sede giurisdizionale un'attività propriamente amministrativa, preclusa dall'art. 34, comma 2, c.p.a.

13. A seguito della pronuncia della Sezione, l'Amministrazione ha concluso i sub procedimenti diretti a verificare, da un lato, la sussistenza di eventuali cause di esclusione del RTI GSA, dall'altro, sia la sussistenza dei presupposti per consentire il subentro della National Services Group SrL

nell'aggiudicazione -in ragione del contratto di affitto di azienda concluso con la mandante National Services SrL- sia la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo al RTI aggiudicatario.

14. All'esito delle verifiche svolte, l'Amministrazione:

- con determinazione n. 127 del 29.1.2021 ha archiviato il procedimento di esclusione avviato nei confronti della società Engie e della Società Cooperativa Florovivaistica, nonché ha ritenuto conforme alla normativa e alla giurisprudenza nazionale ed europea l'ammissione della società Engie, della Società Cooperativa Florovivaistica e dell'intero RTI alla procedura in contestazione;

- con provvedimento n. 130 del 29.1.2021 ha archiviato il procedimento di esclusione avviato nei confronti del RTI Integra, revocando il precedente provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione; ha richiamato la determinazione di aggiudicazione del lotto in contestazione, "*a cui si rinvia per relationem*"; ha preso atto del subentro della società National Services Group s.r.l. mediante contratto di affitto di azienda tra la stessa società e la società National Services s.r.l., come mandante del RTI aggiudicatario del lotto in esame; nonché ha preso atto che a seguito dell'atto di subentro il RTI aggiudicatario della gara sarebbe stato composto da: Consorzio Integra Società Cooperativa – -OMISSIS- S.r.l. – National Services Group S.r.l. – Hexiss (avente come ausiliaria la società Sistemi Srl – Sistemi Fiduciari).

15. La stazione appaltante e il RTI aggiudicatario hanno sottoscritto in data 1.2.2021 il contratto di appalto.

16. Il RTI GSA ha proposto ricorso dinnanzi al Tar Lazio, Roma, avverso il provvedimento n. 130 del 29.1.2021 cit. (e gli atti connessi), chiedendo, oltre che l'annullamento degli atti gravati, la declaratoria di decadenza dall'aggiudicazione, la privazione di efficacia del contratto, qualora stipulato, la declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione, nonché il risarcimento dei danni patiti.

17. Il Consorzio Integra, costituendosi in giudizio e resistendo al ricorso, ha proposto altresì ricorso incidentale avverso il provvedimento n. 127 del 29.1.2021 cit., con cui la stazione appaltante aveva accertato la sussistenza in capo alla ricorrente principale del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

18. Il Tar, statuendo sui ricorsi proposti, ha accolto il ricorso principale e respinto il ricorso incidentale.

In particolare, secondo quanto statuito dal primo giudice:

- la sostituzione esterna, quindi con impresa non appartenente al raggruppamento originariamente partecipante alla gara, non poteva ritenersi consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante, e, in senso contrario, non assumeva alcun rilievo la diversa formulazione del comma 17 rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non alludeva certo all'ingresso nel raggruppamento di un soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, presupponente 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 in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o forniture «ancora da eseguire»;
- per l'effetto, la sostituzione autorizzata con il provvedimento impugnato doveva essere ritenuta illegittima, essendo stato autorizzato il subentro di un'impresa non appartenente al raggruppamento, facendo leva sul fatto che tale impresa era risultata affittuaria del ramo d'azienda appartenente alla mandante originaria;
- le uniche modifiche consentite dal legislatore al raggruppamento di imprese partecipante ad una gara dovevano ritenersi quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, secondo la disciplina dei commi 17 e 18 dell'art. 48 D.

Lgs. n. 50/16, in ragione di eventi imprevedibili, tassativamente definiti del legislatore, incidenti su taluno degli originari componenti, eventi costituenti all'evidenza eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva;

- 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, era solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti non partecipanti alla gara (o, addirittura, che vi avessero partecipato e ne fossero stati esclusi), ciò che avrebbe contraddetto la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili suscettibili di manifestarsi in sede esecutiva e di colpire 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);

- la modifica sostitutiva c.d. per aggiunta costituiva *ex se* una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammetteva ad eseguire la prestazione un soggetto che non aveva preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto previsto attualmente dall'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 imponevano *a fortiori*, per coerenza logica, che nella stessa procedura di gara il soggetto partecipante parte alla gara, presentando l'offerta, non fosse diverso da quello valutato dalla stazione appaltante e, infine, aggiudicatario della gara, non essendo ammissibile, evidentemente, che proprio la fase pubblicitaria, deputata alla scelta del miglior offerente, fosse

quella in cui, attraverso la modifica soggettiva e l'aggiunta di un soggetto esterno alla gara, si aggirasse il principio della concorrenza e si ammettesse in corso di gara un soggetto diverso da quello che aveva presentato l'offerta;

- di conseguenza, doveva essere ritenuto illegittimo il provvedimento impugnato con cui era 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;

- le censure svolte con il ricorso incidentale risultavano infondate;

- la Stazione appaltante, dopo un ampio contraddittorio, aveva infatti 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 fossero stati oggetto di espresse dichiarazioni;

- nella specie, risultava 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;

- in accoglimento della domanda proposta dalla parte ricorrente principale, il contratto stipulato con il R.T.I. Consorzio Integra doveva 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.

19. Il Consorzio RTI Integra ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado, deducendone l'erroneità con l'articolazione di plurimi motivi di impugnazione.

20. La stazione appaltante e il RTI GSA si sono costituiti in giudizio, resistendo all'appello. Il RTI GSA ha, altresì, riproposto con memoria del 6.8.2021 i motivi di ricorso assorbiti in primo grado.

21. L'appellante, dopo avere presentato domanda di concessione di misure cautelari monocratiche (cui ha replicato il RTI GSA con memoria del 27.7.2021), ha insistito nelle proprie conclusioni con memoria del 24 agosto 2021.

22. La Sezione ha accolto la domanda cautelare ai soli fini della sollecita definizione del giudizio di merito.

23. L'appellante e il RTI GSA hanno insistito nelle rispettive conclusioni con il deposito di memorie e repliche.

24. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 28 ottobre 2021.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello il Consorzio Integra ha impugnato il capo decisorio con cui il Tar ha ritenuto illegittimo il provvedimento di autorizzazione al subentro della società National Services Group nel raggruppamento di imprese aggiudicatario della gara, evidenziando come si facesse questione di un soggetto che non aveva partecipato alla procedura di affidamento.

Secondo la prospettazione attorea:

- la stazione appaltante aveva accertato il possesso ininterrotto di tutti i requisiti di carattere generale in capo alla locatrice e all'affittuaria;
- la ricorrente in prime cure avrebbe contestato genericamente il provvedimento gravato dinnanzi al Tar, invocando circostanze pregresse risalenti alla fase di ammissione e già ritenute inammissibili dal Tar con sentenza passata in giudicato, senza tenere conto della presenza di DURC attestanti la situazione di regolarità e della posizione *in bonis* della National Service;
- nella specie, a fronte del possesso ininterrotto dei requisiti, non avrebbe potuto riscontrarsi alcuna finalità elusiva, facendosi questione di

un'operazione negoziale di affitto di azienda idonea a permettere il subentro dell'impresa affittuaria nella posizione del dante causa, da ritenersi ammessa anche nella vigenza del D. Lgs. n. 50/2016, pur in presenza del tendenziale (e, quindi, non assoluto) divieto di modificazione del raggruppamento temporaneo rispetto all'impegno risultante dall'offerta;

- diversamente da quanto ritenuto dal Tar, sarebbe inconferente il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con sentenza n. 10 del 2021, riguardante la diversa fattispecie della sostituzione della mandataria assoggettata alla procedura di fallimento.

In particolare, l'appellante argomenta l'ammissibilità del subentro dell'affittuario dell'azienda nella posizione dell'affittante nell'ambito del RTI aggiudicatario, facendo leva sulla libertà contrattuale ed organizzativa delle imprese, tutelata in ambito costituzionale ed unionale, facendosi questione di operazioni non implicanti un'elusione del sistema dei controlli o la violazione dei principi di parità di trattamento dei partecipanti alla gara, stante la possibilità per la stazione appaltante di verificare la posizione della locataria e della locatrice; peraltro, l'affitto di azienda, anche alla luce della disciplina civilistica, presupporrebbe una continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante.

L'ammissibilità dell'affitto di azienda ai fini del subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante, anche ai fini della partecipazione alle pubbliche gare, sarebbe stata affermata anche da questo Consiglio con sentenza n. 6216 del 2019 e dall'Anac con delibere del 2 maggio 2018 n. 422 dell'8 marzo 2017 n. 244 e del 15 gennaio 2020 n. 81.

Nella specie, l'insussistenza di un'operazione elusiva sarebbe evincibile dalla successione dei fatti in contestazione, tenuto conto che:

- la National Services aveva stipulato il contratto di affitto di azienda in data 1 agosto 2018, successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, nonché aveva chiesto il nulla osta al subentro in data 1.8.2018,

mentre il ricorso per concordato preventivo era stato proposto successivamente;

- il Tribunale di Roma con decreto del 4.2.2019 aveva dichiarato l'improcedibilità della domanda di concordato preventivo, limitandosi a dare atto di un'operazione di cassa comunicata dalla parte istante, ritenuta tuttavia non corretta dal giudice precedente;

- il Tribunale di Roma non aveva ritenuto sussistenti i presupposti per la declaratoria dello stato di insolvenza o per il fallimento, né per l'apertura di indagini penali.

Tali circostanze evidenziano come nella specie vi fosse un possesso ininterrotto dei requisiti di qualificazione in capo tanto all'affittuaria, quanto all'affittante; la stazione appaltante avrebbe dunque provveduto ad un legittimo esercizio della propria discrezionalità nella valutazione dei fatti di causa, ritenendo gli stessi inadeguati ad incidere sull'affidabilità e sul vincolo fiduciario con una valutazione non contestata dalla ricorrente di primo grado.

2. Nel controdedurre alle censure impugnatorie, la parte privata appellata (ricorrente in primo grado) ha, di contro, evidenziato come la società affittante avesse perso i requisiti di partecipazione, 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 affidabilità professionale del concorrente).

In particolare:

- la perdita del requisito riferito alla regolarità fiscale e contributiva è argomentata sulla base di una serie di documenti acquisiti al giudizio, quali il verbale dell'Assemblea dell'affittante del 25.6.2015, l'atto notarile del 25.5.2018 (in cui si rappresentava l'impossibilità di fare fronte al pagamento integrale dei debiti e la sussistenza delle condizioni per fare luogo alla procedura di concordato preventivo), la relazione sulla gestione del bilancio del 31.7.2018, la relazione del sindaco unico e la domanda di ammissione alla

procedura di concordato preventivo, nonché la prima relazione sulla situazione finanziaria del 30.10.2018;

- la perdita del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), sarebbe integrata dalla presentazione dell'istanza di concordato preventivo in bianco;

- la perdita del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), riguarderebbe il carattere elusivo della costituzione della società National Services Group e della sottoscrizione dell'affitto di azienda

La GSA SpA ha, altresì, riproposto (in parte) il primo, il secondo, il terzo e il quarto motivo di ricorso di primo grado, diretti a censurare, sotto ulteriori profili, l'illegittimità degli atti censurati dinnanzi al Tar.

In particolare, con il primo motivo di ricorso, nella parte assorbita dal Tar, è stato censurato il carattere elusivo dell'operazione giuridica compiuta dalla National Services.

Con il secondo motivo di ricorso il RTI GSA ha dedotto il difetto del requisito di regolarità fiscale in capo alla mandante National Service, come emergente dalla documentazione prevenuta dall'Avcpass; il difetto di tale requisito non avrebbe potuto essere escluso dalla certificazione dell'Agenzia delle Entrate, attestante alla data di elaborazione la sussistenza di un debito complessivo inferiore a € 5.000,00, emergendo comunque una violazione del principio di necessaria continuità dei requisiti di partecipazione.

Con il terzo motivo di ricorso il RTI GSA ha dedotto l'integrazione di una causa di esclusione dell'aggiudicatario ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, emergendo un grave illecito professionale, dato dall'operazione elusiva di affitto di azienda intercorsa tra la National Service SrL e la National Service Group SrL, qualificata dal tribunale fallimentare come atto di frode ex art. 173 L. Fall. La stazione appaltante, infatti, non avrebbe valutato tale operazione motivando in ordine alla persistenza dell'affidabilità professionale in capo al ricorrente, incorrendo in un difetto di istruttoria e di motivazione.

Parimenti, la stazione appaltante non avrebbe valutato i numerosi illeciti professionali risultanti dalla dichiarazione resa il 4.11.2020 dal Consorzio

Integra, riguardanti procedimenti penali, illeciti contrattuali e l'irrogazione di penali per circa 3 milioni di euro.

Con il quarto motivo di ricorso il RTG GSA ha dedotto l'illegittimità degli atti censurati, per violazione degli artt. 48 e 106 D. lgs. n. 50/16, nella formulazione *ratione temporis* applicabile nella specie (anteriore alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 56/17) e per eccesso di potere per difetto dei presupposti, non potendo ammettersi la modificazione della composizione soggettiva del RTI aggiudicatario.

Per l'effetto, per il principio di immodificabilità soggettiva del raggruppamento offerente, non sarebbe ammissibile durante la procedura di gara e prima della stipulazione del contratto il subentro di altro soggetto nella posizione di mandante del RTI aggiudicatario a seguito di affitto di azienda.

In ogni caso, anche applicando la disciplina sopravvenuta, come recata dal D. Lgs. n. 56/17, la sostituzione del mandante dovrebbe essere preclusa ove, come avvenuto nel caso di specie, volta a far fronte alla perdita dei requisiti

3. Per ragioni di connessione, il primo motivo di appello e i motivi di ricorso riproposti dal RTI GSA sono suscettibili di trattazione congiunta.

Le questioni poste dalle censure svolte dalle parti riguardano:

- l'ammissibilità, a fronte della conclusione di un contratto di affitto di azienda - avente come parte affittante un operatore economico candidato, offerente o aggiudicatario di una pubblica gara - del subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante, ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento;
- in caso di riscontro affermativo al precedente quesito, l'emersione nel caso di specie un'operazione negoziale elusiva, avente lo scopo concreto di impedire l'applicazione di una disciplina imperativa ostativa alla partecipazione dell'affittante alla procedura di gara;
- in caso affermativo, l'individuazione delle conseguenze giuridiche discendenti dalla sottoscrizione di un contratto di affitto elusivo della disciplina imperativa in materia di cause di esclusione dalla gara.

Nell'esame delle censure riproposte dal RTI GSA occorrerà verificare, altresì, se la società affittante fosse incorsa in specifiche cause di esclusione ex art. 80 D. Lgs. n. 50/16, per profili anche diversi da quelli riguardanti l'operazione negoziale di affitto di azienda in concreto posta in essere *inter partes*.

4. Avuto riguardo al primo quesito, diversamente da quanto statuito dal primo giudice, deve ritenersi che la sottoscrizione del contratto di affitto di azienda, quale istituto funzionale alla realizzazione di esigenze riorganizzative dell'impresa, sia idonea a permettere il subentro dell'affittuario nella posizione giuridica dell'affittante, anche ai fini della partecipazione ad una pubblica gara. Una tale soluzione (che, comunque, come si osserverà *infra* non risulta dirimente ai fini dell'accoglimento del motivo di appello e, dunque, al fine di ammettere il subentro della National Services Group nella posizione giuridica della National Services nell'ambito del RTI aggiudicatario della procedura), da un lato, non risulta incompatibile con la disciplina dettata dal D. Lgs. n. 50/16, che non pone un espresso divieto di affitto di azienda e che, dunque, non preclude all'affittuario di prendere parte alla gara subentrando nella posizione dell'affittante, dall'altro, è maggiormente coerente con un'interpretazione evolutiva, sistematica e teleologica della disciplina positiva in commento.

4.1 La fattispecie dell'affitto di azienda, diversamente da quanto previsto nel previgente codice dei contratti pubblici (art. 51 D. Lgs. n. 163/06), non è espressamente regolata dal D. Lgs. n. 50/16 quale vicenda soggettiva del candidato, dell'offerente o dell'aggiudicatario.

Una tale lacuna normativa, ove intesa alla stregua del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle pubbliche gare (positivizzata, in relazione ai partecipanti ai Raggruppamenti Temporanei di Impresa dall'art. 48, comma 9, D. Lgs. n. 50/16), potrebbe condurre alla conclusione di negare, a fronte di un contratto di affitto di azienda, la possibilità di modificare l'identità formale dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara e, dunque, di impedire il subentro dell'affittuario nella

posizione giuridica dell'affittante in relazione ad una procedura di affidamento in corso.

Un tale risultato esegetico non sembra tuttavia condivisibile, in quanto:

- non compatibile con la libertà di iniziativa economica e la libertà di impresa tutelate a livello costituzionale e unionale, cui pure è funzionale la libertà contrattuale, suscettibile di esplicarsi anche attraverso il compimento di operazioni di acquisizione o di affitto di azienda e di riorganizzazione dei fattori della produzione in funzione dello svolgimento dell'attività economica;
- non necessario per garantire le esigenze di buon andamento amministrativo e di parità di trattamento dei partecipanti alla pubblica gara, sottese al divieto di modificazione dell'identità dei concorrenti;
- in contrasto con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale formatasi in materia, in assenza di sopravvenienze idonee a rimeditare un consolidato indirizzo già affermatosi presso la giurisprudenza amministrativa, favorevole al subentro nell'affittuario nella posizione dell'affittante, partecipante ad una pubblica gara.

4.2 In primo luogo, deve osservarsi come l'assenza, nell'attuale assetto normativo, di una previsione che ammetta la modifica soggettiva del concorrente in presenza di un contratto di affitto di azienda non sia dirimente per negare il subentro dell'affittuario nella posizione giuridica dell'affittante, partecipante ad una pubblica gara.

Difatti, un divieto di subentro in siffatte ipotesi, da un lato, non è posto espressamente dal dato positivo, dall'altro, inciderebbe sulla piena attuazione della libertà contrattuale degli operatori economici, discendente dalla libertà di iniziativa economica e dalla libertà di impresa affermate in via generalizzata in ambito nazionale e sovranazionale (artt. 41 Cost. e art. 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, in combinato disposto con gli articoli 49 e 56 del TFUE) e non limitabile in assenza di una espressa disposizione normativa contraria.

Una tale divieto influirebbe negativamente sulla possibilità per l'operatore economico, partecipante ad una pubblica gara, di avvalersi degli strumenti negoziali previsti dall'ordinamento civile per compiere quelle operazioni di riorganizzazione aziendale ritenute necessarie per lo svolgimento dell'attività di impresa.

Difatti, potendo l'azienda rilevare al fine di dimostrare il possesso di alcuni dei requisiti di partecipazione alla pubblica gara -in specie correlati alla capacità tecnica, economica e finanziaria-, ove si impedisse all'affittuario dell'azienda di subentrare all'affittante nella partecipazione ad una pubblica gara, si limiterebbe la libertà contrattuale e di organizzazione del concorrente.

L'operatore economico partecipante ad una gara che, per effetto dell'affitto di azienda, risultasse privo dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, sarebbe infatti indotto a non affittare la propria azienda, altrimenti esponendosi al rischio di esclusione dalla gara (per sopravvenuta carenza dei requisiti di partecipazione) e, dunque, alla perdita di una utilità giuridicamente rilevante già appresa nel proprio patrimonio, data dall'aggiudicazione o dalla chance di aggiudicazione della gara (a seconda che il concorrente sia già risultato aggiudicatario della procedura ovvero aspiri ad un'aggiudicazione ancora non adottata).

Il concorrente, in altri termini, sarebbe costretto a rinunciare ad una scelta imprenditoriale – afferente all'organizzazione dei fattori della produzione – che altrimenti avrebbe assunto; con conseguente emersione di un limite al libero svolgimento dell'attività contrattuale dell'operatore economico.

Per tali ragioni, una prima argomentazione a favore del subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante nella partecipazione alla procedura di gara, è data dall'esigenza di assicurare l'ampia esplicazione della libertà contrattuale degli operatori economici, insuscettibile di essere limitata in assenza di un'espressa e contraria disposizione normativa.

Trattasi di esigenza già valorizzata da questo Consiglio che, pure alla stregua di quanto evidenziato dall'ANAC (con delibera n. 244 del 8 marzo 2017), ha precisato l'importanza di garantire la libertà contrattuale delle imprese, “*le*

quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015)”: la tesi opposta, impeditiva del subentro dell’affittuario nella posizione dell’affittante, finirebbe infatti “con l’ingiustamente “ingessare”, senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall’art. 80 del nuovo Codice dei Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l’essenza dell’attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori” (così, TAR Napoli, III, n. 7206/2018)” (Consiglio di Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6216).

4.2 In secondo luogo, l’ammissibilità del subentro dell’affittuario nella posizione giuridica dell’affittante, anche ai fini della partecipazione alla pubblica gara, risulta coerente con il principio di continuità dell’impresa: l’affitto di azienda implica, infatti, una prosecuzione in capo all’affittuario dell’attività economica nonché dei mezzi materiali ed umani ad essa destinati, con conseguente emersione di un’identità sostanziale tra affittante e affittuario, tale da giustificare l’attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del concorrente.

4.2.1 Il principio di continuità economica e aziendale rileva, in particolare, anche nella materia dei contratti pubblici, essendo stato valorizzato da questo Consiglio ai fini dell’accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, sia per consentire all’affittuario (e all’acquirente) dell’azienda di spendere i requisiti di capacità correlati alla disponibilità dell’azienda trasferita, sia per ascrivere in capo all’affittuario (e all’acquirente) eventuali cause di esclusione riferibili al precedente titolare.

Sotto il primo profilo, pure alla stregua di quanto previsto dall'art. 76, comma 9, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, si è osservato che, nel bilanciamento di interessi contrapposti, dati dall'esigenza di assicurare il *favor participationis* cui le direttive europee sono ispirate e di garantire, al contempo, la tendenziale stabilità del requisito di qualificazione ad una pubblica gara, deve consentirsi all'offerente di avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice ove il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni, non essendo invece necessario indagare altresì l'esatta corrispondenza tra durata del contratto di affitto e durata del contratto di appalto (Consiglio di Stato, sez. III, 5 giugno 2020, n. 3585).

Sotto il secondo profilo, è stato chiarito che la violazione dell'obbligo dichiarativo posto dall'art. 80 D. Lgs. n. 50 del 2016 può verificarsi anche nelle ipotesi in cui, in presenza di una cessione di azienda *“vi siano chiari indizi in ordine al fatto che, nonostante la intervenuta cessione, vi sia continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale, in tal caso, infatti, il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente nell'ambito della partecipazione alle pubbliche gare, risente anche delle conseguenze delle eventuali responsabilità del soggetto cedente e dei suoi amministratori”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 3 maggio 2021, n. 3481): trattasi di considerazioni di portata generale, riferibili ad ogni fattispecie negoziale in cui sia ravvisabile la continuità aziendale tra operatori economici, riscontrabile dunque pure a fronte di operazioni di affitto di azienda.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha, infatti, evidenziato come *“non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale”* (Consiglio di Stato sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, per cui, inoltre, *“la continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante risulta insita in re ipsa nello stesso trasferimento della disponibilità economica di una parte*

dell'azienda ad altra impresa, giuridicamente qualificabile come affitto, ad eccezione della sola ipotesi in cui il soggetto interessato abbia fornito la prova di una completa cesura tra le gestioni")" (Consiglio di Stato, sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022).

Si conferma, dunque, l'afferenza del principio di continuità dell'impresa anche alle fattispecie di affitto di azienda.

4.2.2 Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, deve ritenersi che l'affitto dell'azienda, pur comportando una modifica dell'identità giuridica del titolare dell'azienda, assicuri comunque una continuità sostanziale dell'impresa, consentendo all'affittuario di proseguire ininterrottamente l'attività economica avvalendosi dell'insieme coordinato di mezzi già organizzato a tali fini dalla parte affittante.

Per tali ragioni si giustifica, al ricorrere dei presupposti *supra* delineati e in applicazione del principio *ubi commoda, ibi incommoda*, l'imputazione in capo all'affittuario tanto dei benefici (in termini di possesso dei requisiti correlati alla disponibilità dell'azienda) quanto degli svantaggi (riferiti ad eventuali cause di esclusione ascrivibili al precedente titolare dell'azienda) discendenti dall'acquisita disponibilità dell'azienda.

La continuità sostanziale dell'impresa, dunque, costituisce un effetto naturale del contratto di affitto di azienda, che, in ragione della sua portata generale, deve poter essere apprezzato non soltanto nelle ipotesi in cui la fattispecie negoziale si realizzi prima dell'indizione della gara, ma anche qualora il contratto sia concluso in sua pendenza da un operatore economico che abbia già assunto la posizione di candidato, offerente o aggiudicatario della procedura di affidamento, consentendosi in siffatte ipotesi il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara.

4.2.3 Né potrebbe argomentarsi diversamente rilevando che, così statuendo, si determinerebbe una violazione del principio di immodificabilità soggettiva del concorrente, pure consacrato (come osservato) in materia di raggruppamenti temporanei di impresa dall'art. 48, comma 9, D. Lgs. n. 50/16.

Difatti, tale principio, da un lato, non ha natura assoluta, in quanto già derogato dal legislatore a fronte di esigenze di riorganizzazione aziendale ex art. 48, commi 17, 18, 19 e 19 ter D. Lgs. n. 50/16, dall'altro, deve essere coordinato con altri principi altrettanto rilevanti in ambito nazionale ed unionale, potendo dunque subire delle attenuazioni per assicurare un'adeguata concorrenza nel mercato delle commesse pubbliche.

Come precisato dalla Corte di Giustizia, il requisito dell'identità giuridica e sostanziale dei partecipanti ad una pubblica gara può essere attenuato al fine di garantire un'adeguata concorrenza, a condizione che non venga lesa il principio della parità di trattamento di tutti gli offerenti (Corte di Giustizia, 24 maggio 2016, in causa C -396/14, *MT Højgaard A/S*).

Con tale pronuncia il giudice sovranazionale ha ammesso la possibilità di autorizzare uno degli operatori economici facenti di un raggruppamento di imprese prequalificato a presentare offerta subentrando al raggruppamento nelle more sciolto e a partecipare, in nome proprio, alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfi, da solo, i requisiti definiti dall'ente procedente e, dall'altro, che la continuazione della sua partecipazione alla suddetta procedura non comporti un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

Sebbene il caso esaminato dal giudice sovranazionale afferisse allo scioglimento di un RTI qualificatosi nell'ambito di una procedura negoziata e al subentro di uno degli operatori che già facevano parte del medesimo Raggruppamento (senza, dunque, ammissione di un operatore esterno al RTI), la pronuncia in parola sembra esprimere un principio generale, ammettendo, al ricorrere di talune condizioni, la deroga non soltanto dell'identità giuridica del concorrente (non essendovi nella specie corrispondenza tra l'operatore qualificato e l'operatore afferente) ma anche della sua identità sostanziale (assistendosi nel caso richiamato ad una

riduzione della capacità economica e tecnica del candidato iniziale per effetto della perdita della capacità di uno degli operatori economici interessati).

La portata generale di tali considerazioni emerge anche dalla sentenza dell'11 luglio 2019, in causa C -697/17, *Telecom Italia SpA*, con cui la Corte di Giustizia ha valorizzato i criteri definiti dalla pregressa sentenza del 24 maggio 2016, *MT Højgaard* per verificare il rispetto del principio di uguaglianza in relazione ad una procedura ristretta (e, dunque, ad una procedura di scelta del contraente diversa rispetto a quella presa in esame dal precedente giudiziario, a dimostrazione della portata generale delle relative statuizioni) in cui si era assistito ad una modifica dell'identità sostanziale del concorrente.

In particolare, il giudice sovranazionale ha ammesso una deroga al principio di identità tra operatori economici prequalificati e operatori offerenti anche a fronte di operazioni volte ad accrescere la capacità economica e tecnica del candidato iniziale, mediante l'incorporazione di altro candidato prequalificato. Nel caso esaminato è stata consentita la presentazione dell'offerta ad un candidato prequalificato, che si era impegnato a incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, a condizione che una tale operazione non comportasse un deterioramento della situazione concorrenziale degli altri offerenti.

4.2.4 Alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza unionale, sembra che il principio di identità giuridica e sostanziale del concorrente non sia assoluto, potendo subire attenuazioni ove ciò, da un lato, sia funzionale a garantire un'adeguata concorrenza, dall'altro, non comporti una violazione del principio di parità di trattamento e assicuri il possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* in capo all'operatore economico subentrante.

Ai fini di una tale deroga, occorre, altresì, che sussista un collegamento qualificato tra il candidato iniziale e l'operatore economico subentrante: nei casi richiamati dalla giurisprudenza unionale si è infatti assistito sì ad una

modifica dell'identità giuridica e/o sostanziale del candidato, ma a fronte di situazioni in cui l'operatore subentrante: a) aveva già preso parte alla procedura quale componente del RTI prima del suo scioglimento (subentro dell'operatore economico al RTI di cui faceva parte prima del relativo scioglimento); ovvero, b) pure avendo incorporato altro candidato, aveva proseguito in proprio la procedura di affidamento.

4.2.5 Le indicazioni ritraibili dalla giurisprudenza unionale consentono di ritenere ammissibile il subentro dell'affittuario dell'azienda nella posizione dell'affittante anche ai fini della partecipazione ad una pubblica gara, assistendosi in siffatte ipotesi ad un'attenuazione del principio di identità del concorrente giustificata dal principio di continuità dell'azienda in capo all'affittuario.

A fronte di un affitto di azienda, pur assistendosi ad una modifica dell'identità giuridica, non viene meno l'identità sostanziale del concorrente, proseguendo in capo all'affittuario la capacità economica e tecnica del candidato iniziale espressa dall'azienda trasferita, rilevante ai fini della qualificazione del concorrente.

Tale operazione negoziale, assicurando comunque un collegamento qualificato tra candidato iniziale e candidato subentrante, dato dalla continuità sostanziale del concorrente (già valorizzata dalla giurisprudenza di questo Consiglio ai fini dell'accertamento dei requisiti di qualificazione, alla stregua di quanto *supra* osservato), permette di derogare parzialmente al principio di immodificabilità soggettiva del partecipante ad una pubblica gara, ove ciò:

- sia funzionale a garantire un'adeguata concorrenza, implicante altresì la libertà negoziale dell'operatore economico, suscettibile di esprimersi pure nel compimento di atti di affitto dell'azienda ai fini del soddisfacimento di esigenze organizzative (sulla valorizzazione della libertà contrattuale e della libera iniziativa economica delle imprese, che si traduce nella possibilità di procedere alle riorganizzazioni aziendali, anche attraverso l'affitto di azienda, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 agosto 2015, n. 3819);

- assicurarsi la conservazione in capo all'affittuario dei requisiti di capacità economica e tecnica posseduti dall'affittante ed espressi dall'azienda trasferita; il che, di regola, deve ammettersi in presenza di contratti di affitto aventi ad oggetto l'intera azienda o, comunque, il ramo di azienda destinato all'esecuzione dell'appalto pubblico sulla cui base il candidato originario si era qualificato;
- non determini una violazione del principio di parità di trattamento degli altri concorrenti, non consentendo il subentro di un operatore privo dei requisiti di partecipazione alla gara (si pensi ai requisiti di ordine generale), né comportando un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza; il che sarebbe ravvisabile se l'operazione negoziale minacciasse l'esistenza di una concorrenza libera e non falsata nell'ambito del mercato interno ovvero attribuisse all'offerente subentrante vantaggi ingiustificati rispetto agli altri concorrenti.

4.2.6 Tali conclusioni non sembrano in contrasto con i principi affermati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio in materia di modifiche della composizione dei raggruppamenti temporanei di imprese.

In particolare, con sentenza n. 9 del 2021, l'Adunanza Plenaria ha rilevato come *“l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e*

rapidamente, la propria partecipazione alla gara” (cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 10).

Tali statuizioni, pur esprimendo in via generale il divieto di sostituzione di un componente del RTI con l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento, non riguardano la fattispecie per cui è causa, data dal subentro nella posizione di mandante del RTI aggiudicatario, anziché di un qualsiasi operatore esterno, privo di un collegamento qualificato con i componenti originari del raggruppamento, dell'affittuario dell'azienda sulla cui base il candidato originario si era qualificato.

In altri termini, l'Adunanza Plenaria ha escluso l'addizione di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento nelle ipotesi in ciò determini una modifica dell'identità giuridica e sostanziale del concorrente, ma non ha affrontato il diverso tema in cui tale addizione salvaguardi, comunque, l'identità sostanziale del concorrente originario, permanendo senza soluzione di continuità in capo all'operatore subentrante la capacità tecnica ed economica già apprezzata dalla stazione appaltante ai fini dell'ammissione del RTI alla procedura di gara.

Pertanto, non potrebbero trarsi dalle sentenze nn. 9 e 10 del 2021 cit. argomenti contrari al subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara.

4.2.7 Non potrebbe neppure sostenersi che una tale operazione determini, comunque, la violazione di quegli obiettivi di tutela valorizzati dall'Adunanza Plenaria, rappresentati dalla esigenza *“di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento “calibrate” sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9).

Difatti, tali obiettivi di interesse generale, sottesi al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente, non sembrano compromessi a fronte di un affitto di azienda.

In particolare, in relazione alla verifica dei requisiti, si osserva che la continuità aziendale in capo all'affittuario agevola le attività da svolgere in sede amministrativa, proseguendo in capo all'affittuario l'insieme dei mezzi materiali e umani, sulla cui base il candidato originario si era qualificato, già oggetto di accertamento a cura della stazione appaltante precedente.

Non sembra, dunque, possano equipararsi la verifica da svolgere sulla posizione di un nuovo operatore economico, titolare di un'autonoma azienda e subentrante al candidato originario, e la verifica da effettuare in relazione all'affittuario della medesima azienda già valutata dalla stazione appaltante ai fini della qualificazione del candidato originario: nella seconda ipotesi, facendosi questione di una continuità sostanziale del concorrente, emerge la medesima capacità tecnica ed economica già oggetto di verifica amministrativa, con conseguente perdurante rilevanza (almeno in parte) delle risultanze degli accertamenti già svolti dalla stazione appaltante precedente.

Peraltro, anche la giurisprudenza unionale richiede all'operatore subentrante di dimostrare il possesso dei requisiti definiti dalla stazione appaltante (sentenza del 24 maggio 2016, *MT Højgaard*, cit., punto 44), con conseguente emersione di una rinnovata attività di verifica da svolgere in sede amministrativa; trattasi, dunque, di evenienza ammessa dalla giurisprudenza sovranazionale, di per sé non idonea, nelle richiamate ipotesi (in cui sussiste un collegamento qualificato tra candidato originario e operatore subentrante, quale quello ricorrente a fronte di un affitto di azienda), ad impedire l'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del partecipante alla pubblica gara.

Parimenti, il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara non risulta, di per sé, idoneo a determinare una violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, facendosi

questione di una circostanza da valutare nel caso concreto, verificando se l'operazione negoziale compiuta dal candidato originario sia idonea ad alterare la concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano all'affidamento del contratto pubblico, arrecando indebiti vantaggi nella formulazione dei termini delle offerte e impedendo che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti.

Anche in tale caso è possibile richiamare la giurisprudenza unionale, che non vieta in via generalizzata la possibilità di modifica dell'identità sostanziale e giuridica del candidato, ma subordina una tale ammissibilità alla condizione, da verificare in concreto, che la partecipazione alla procedura dell'operatore mutato nella sua identità giuridica e/o sostanziale (comunque titolare di un collegamento qualificato alla stregua di quanto *supra* precisato con il candidato originario) non comporti un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza.

Il principio di parità di trattamento dei concorrenti non potrebbe, pertanto, impedire l'astratta ammissibilità del subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla gara.

4.3 In terzo luogo, l'ammissibilità del subentro dell'affittuario all'affittante discende dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa registratasi in materia, influenzata da principi unionali ancora oggi vigenti.

4.3.1 In origine, la materia dei contratti pubblici risultava caratterizzata dall'applicazione generalizzata del principio di immodificabilità soggettiva dell'operatore economico in relazione sia alla fase di gara, che alla fase di esecuzione contrattuale.

In particolare, l'art. 18, comma 2, L. n. 55 del 1990, nella sua formulazione originaria, imponeva alle imprese, alle associazioni e ai consorzi aggiudicatari di eseguire in proprio le opere o i lavori compresi nel contratto.

4.3.2 Con l'art. 35 L. n. 109 del 1994 si è assistito ad una prima attenuazione di tale principio, limitatamente alla fase dell'esecuzione contrattuale, ammettendosi che le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e

scissione relativi ad imprese incaricate dell'esecuzione delle opere pubbliche producessero effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice a partire dal momento in cui il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, avesse proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187 , e avesse documentato il possesso dei requisiti prescritti per l'esecuzione della commessa; risultava prevista la possibilità di opposizione motivata della stazione appaltante nei sessanta giorni successivi al ricevimento della comunicazione della parte esecutrice.

In un primo momento la giurisprudenza di questo Consiglio ha inteso in senso restrittivo la disciplina dettata dall'art. 35 L. n. 109/94, in quanto reputata eccezionale rispetto al principio generale di immodificabilità del partecipante ad una procedura di gara, tale, dunque, da non potere essere applicata a fattispecie ulteriori rispetto a quelle espressamente regolate.

Pertanto, è stato escluso l'obbligo per l'amministrazione di valutare in capo alla cessionaria dell'azienda l'esistenza dei requisiti, soggettivi ed oggettivi, prescritti per la partecipazione alla gara, non potendo applicarsi in via analogica le disposizioni recate dall'articolo 35 della legge n. 109 del 1994 alla fase pubblicitaria dell'affidamento del contratto.

In particolare, si è rilevato che *“solo dopo la stipula del contratto vale quanto disposto dall'articolo 35 della legge n. 109 del 1994. Se, in tale fase, viene in essere una cessione di azienda si apre la fase della verifica in capo al cessionario. Ma nell'arco temporale compreso tra l'inizio della gara e la stipula del contratto il silenzio della norma si spiega tenendo conto del fatto che v'è solo la posizione di partecipante alla gara. Tale posizione è incredibile, con la conseguenza che, ove venga comunque effettuata la cessione, essa non ha alcun effetto”* (Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754).

4.3.3 Successivamente, questo Consiglio ha mutato il proprio avviso, ritenendo che il principio di continuità sostanziale alla base della disciplina di cui all'art. 35 L. n. 109/94 non potesse ritenersi eccezionale, costituendo

esplicazione di principi generali rilevanti altresì in ambito unionale, operanti pure nella materia degli appalti di servizi e forniture, sottratte all'applicazione della L. n. 109/94, e anche in relazione alla fase della pubblica gara, con conseguente ammissibilità del subentro del nuovo titolare dell'azienda al precedente candidato anche ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento.

In particolare, si è sostenuto che:

- il divieto di cessione del contratto, posto dall'articolo 18, comma 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dall'art. 22, D.L. 13 maggio 1991, n. 152 è stato attenuato dall'articolo 35 della legge n. 109 del 1994; per l'effetto, *“se si considera che il divieto di cessione del contratto, in deroga al principio comune che consente la cessione del medesimo con il consenso dell'altra parte, è stata introdotto nel settore pubblico con particolare riferimento alla materia dei lavori pubblici, appare un non senso, sotto il profilo ermeneutico, negare l'applicazione in via analogica ad altri settori della contrattualistica pubblica, delle norme che rimuovono il divieto stesso introducendo una disciplina più tenue”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2208), con conseguente ravvisata sussistenza dei presupposti per l'applicabilità in via analogica dell'art. 35 della legge n. 109 del 1994 agli appalti di servizio;
- nel settore dei pubblici appalti, il divieto, a pena di nullità, di cessione del contratto (in origine art. 18, comma 2, della legge n. 55/90, come modificato dall'art. 22 della Legge n. 203/91), è stato temperato nei casi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione societaria in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35 della Legge n. 109/94, che prevede il subentro del nuovo soggetto nel contratto, condizionato alla valutazione dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti; *“Da tale disposizione, seppur riferibile al subentro in un contratto già stipulato, si può ricavare un principio, applicabile anche alla fase anteriore della procedura di gara, in base al quale i processi di ristrutturazione societaria non devono essere penalizzati da misure idonee ad escludere dalle gare le imprese cessionarie, senza però consentire che un'impresa, che non abbia partecipato ad una gara, possa risultare aggiudicataria, senza una valutazione dei requisiti da parte dell'amministrazione. E',*

quindi, possibile il subentro nella procedura della società cessionaria del ramo di azienda dell'originaria partecipante e l'utilizzo dei requisiti riferiti a tale ramo di azienda, ma tale subentro non è automatico essendo necessaria la verifica della sussistenza di tutti i requisiti" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943).

4.3.4 L'evoluzione giurisprudenziale, tesa ad estendere la possibilità di subentro dell'operatore cessionario dell'azienda anche ai fini della partecipazione alla procedura di gara, è stata successivamente recepita dal legislatore del 2006, prevedendosi ai sensi dell'art. 51 D. Lgs. n. 163/06, che, *"qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice"*.

Tale previsione non è stata intesa da questo Consiglio in senso innovativo, ma come ricognitiva di un principio già immanente nel sistema dell'affidamento dei contratti pubblici, potendo, dunque, operare anche per le fattispecie *ratione temporis* sottratte alla sua applicazione.

Difatti, si è osservato che:

- *"il citato art. 51 del codice dei contratti pubblici ha fatto soltanto chiara esplicitazione, a recepimento del giusto rilievo da dare ad una vicenda dalla valenza pratica immediata, capace di incidere profondamente sulle potenzialità di sviluppo e sulla competitività dei soggetti che esercitano attività di impresa e talora sulla stessa loro sopravvivenza in un sistema economico sempre più complesso e globale"* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197);

- *"il principio dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, delineato nell'invocata previsione di cui all'articolo 23 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, è stato progressivamente ridimensionato dalla giurisprudenza amministrativa anche sotto*

l'influenza del diritto comunitario, tant'è che l'art. 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, proprio in relazione alle vicende soggettive dei soggetti partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica, ha previsto che "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice". Benché tale ultima disposizione, ratione temporis, non sia direttamente applicabile alla fattispecie in esame, la Sezione rileva che il diverso - e condivisibile - principio della modificabilità della compagine soggettiva che ha presentato l'offerta in una procedura di gara si può ricavare dalle disposizioni già contenute negli articoli 35 e 36 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che, secondo un prevalente indirizzo giurisprudenziale, costituiscono espressione di un principio generale applicabile non solo agli appalti di lavori pubblici, ma anche a quelli di fornitura di beni e servizi, non essendoci peraltro alcun elemento, normativo o fattuale, che ne impedisca l'applicazione anche agli appalti c.d. esclusi, di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158.[...] Del resto, ad avviso della Sezione, il principio della immutabilità assoluta dell'offerente, caratterizzata da un fondamentale elemento di staticità, mal si concilia con il carattere dinamico della vita delle imprese e con la loro intrinseca necessità di adeguare costantemente le loro stesse strutture organizzative alle vicende del mercato per poter conseguire i propri fini sociali ed essere così anche elemento di sviluppo e di crescita economica per l'intera collettività, tanto più che le esigenze pubbliche sottese allo stesso procedimento ad evidenza pubblica, quali l'affidabilità, oggettiva e soggettiva - anche sotto il profilo della sussistenza dei necessari requisiti di moralità pubblica - dei soggetti che concorrono per l'affidamento di appalti pubblici sono sufficientemente assicurate dagli obblighi che tali soggetti hanno nei confronti della pubblica amministrazione di comunicare le avvenute trasformazioni, onde consentire proprio

l'esercizio dei necessari poteri di controllo e verifica” (Consiglio di Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7276).

4.3.5 Alla luce di tali considerazioni, emerge che l'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del partecipante ad una pubblica gara, in presenza di vicende riorganizzative aziendali che assicurino la continuità sostanziale del concorrente, è il risultato di un indirizzo giurisprudenziale formatosi nel corso degli anni, funzionale a garantire la libertà di iniziativa economica e la libertà contrattuale degli operatori economici, insuscettibili di essere limitate in ragione della partecipazione alle pubbliche gare.

La disciplina dettata dall'art. 51 D. Lgs. n. 163/06 ha consentito, dunque, di chiarire l'applicazione, anche alla fase pubblicistica dell'affidamento, di principi già insiti nel sistema normativo, nazionale e unionale.

Ne deriva che i risultati già raggiunti dalla giurisprudenza di questo Consiglio non sembrano poter essere revocati in dubbio in ragione della mancata riproduzione della disciplina dettata dall'art. 51 D. Lgs. n. 163/06 nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici, recato dal D. Lgs. n. 50/16: si è in presenza, come osservato, di elaborazioni esegetiche fondate su principi generali, affermati in via giurisprudenziale anche prima dell'emanazione del D. Lgs. n. 163/06, applicabili anche in assenza di un loro espresso riconoscimento normativo.

4.3.6 Parimenti, non risulta dirimente in senso contrario la presenza nell'ambito del rinnovato assetto normativo di una disciplina delle vicende soggettive degli operatori economici riferita alla sola fase di esecuzione del contratto (art. 106, comma 1, lett. d.2, D. Lgs. n. 50/16).

Una tale circostanza, difatti, è spiegabile in ragione dell'assenza di un'espressa disciplina recata nella direttiva europea n. 24 del 2014 recepita con il D. Lgs. n. 50/16, essendosi, dunque, il legislatore nazionale *in parte qua* limitato a recepire la disciplina unionale, senza operare alcun riferimento espresso alle vicende soggettive interessanti i candidati, gli offerenti e aggiudicatari; il che

non implica, per ciò solo, la negazione dell'ammissibilità di analoghe vicende soggettive durante la fase di gara.

In ogni caso, la disciplina recata dall'art. 106, comma 1, lett. d.2, D. Lgs. n. 50/16, esprimendo un principio generale di continuità economica, volto a permettere il subentro dell'operatore che prosegue lo svolgimento dell'attività di impresa avvalendosi della medesima azienda (o, comunque, del ramo di azienda destinato all'espletamento della pubblica commessa), al pari di quanto precisato da questo Consiglio in relazione all'art. 35 della Legge n. 109/94 – che analogamente recava una disciplina riferita alla sola fase esecutiva –, lungi dal manifestare una difforma volontà legislativa, sembra potere essere applicata analogicamente anche alla fase dell'affidamento.

4.4 In ultimo, l'indirizzo accolto con la presente sentenza risulta coerente, altresì, con la posizione assunta in materia dall'Autorità Nazionale Anticorruzione che, pure richiamando la recente giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6216 e Tar Sicilia Palermo, 13 dicembre 2019, n. 2881), ha evidenziato come dall'art. 106 D. Lgs. n. 50/16 “*possa essere desunto un generale principio di derogabilità al principio dell'immodificabilità soggettiva (per il RTI, art. 48, comma 9) estensibile anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto*” (delibera n. 81 del 15 gennaio 2020).

4.5 Alla stregua delle considerazioni svolte, il Collegio ritiene che, anche sotto la vigenza del D. Lgs. n. 50/16, non possa escludersi, a fronte di vicende soggettive interessanti il candidato, l'offerente o l'aggiudicatario, motivate da effettive esigenze riorganizzative aziendali, il subentro nella posizione del concorrente originario, ai fini della partecipazione alla pubblica gara, dell'operatore economico che, acquisendo l'azienda sulla cui base il concorrente originario si era qualificato alla procedura, sostanzialmente prosegue l'esercizio dell'attività di impresa avvalendosi dei medesimi beni materiali e immateriali componenti l'azienda trasferita.

In tali ipotesi, non assistendosi ad alcun mutamento dell'identità sostanziale del ricorrente, ma continuando in capo all'operatore subentrante il possesso

della capacità economica e tecnica espressa dall'azienda destinata all'esecuzione della commessa in affidamento, si realizza un collegamento qualificato tra l'operatore subentrante e il concorrente originario idoneo a giustificare l'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del partecipante alla pubblica gara.

A tali fini, occorre, tuttavia, che l'operazione negoziale in concreto compiuta non determini la violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti (alla stregua di quanto pure precisato dalla giurisprudenza unionale), né sottenda uno scopo elusivo della disciplina imperativa regolante l'affidamento dei pubblici contratti.

Difatti, l'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva trova la propria giustificazione nelle esigenze di riorganizzazione aziendale, che devono potere essere perseguire, anche in pendenza della gara, nella piena esplicazione della libertà di iniziativa economica e della libertà contrattuale delle imprese: una tale attenuazione, invece, non potrebbe legittimare pratiche elusive, volte a celare la perdita di un requisito di partecipazione o comunque ad impedire le verifiche amministrative o i controlli giurisdizionali da svolgere sulla posizione dei concorrenti ai fini della loro partecipazione procedura di affidamento.

In siffatte ipotesi, non soltanto si configurerebbe un atto nullo, perché compiuto in frode alla legge ex art. 1344 c.c. - come tale improduttivo di effetti giuridici e, dunque, inidoneo a giustificare il subentro del nuovo operatore economico in sede di gara -, ma emergerebbe, in via generale, anche una violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, in quanto la fattispecie contrattuale sarebbe tesa ad evitare l'applicazione di una conseguenza espulsiva che in analoghe circostanze si sarebbe prodotta per tutti gli altri concorrenti.

Del resto, la circostanza per cui le modifiche soggettive del concorrente debbano essere determinate da reali esigenze di riorganizzazione aziendale e non siano finalizzate ad eludere la disciplina imperativa regolante la

partecipazione ad una pubblica gara è valorizzata espressamente dal dato positivo, proprio in relazione ai Raggruppamenti temporanei d'impresa, prevedendosi il divieto di recesso dell'impresa raggruppata ove finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara (art. 48, comma 19, D. Lgs. n. 50/16).

5. Sulla base delle coordinate ermeneutiche *supra* tracciate, è possibile esaminare le censure impugnatorie sollevate dall'appellante e i motivi di ricorso riproposti dal RTI appellato.

A tali fini, occorre ricostruire i fatti di causa, verificando se nella fattispecie concreta portata all'attenzione del Collegio potesse legittimamente autorizzarsi il subentro della società National Services Group, in qualità di affittuaria di azienda, alla società National Services, originaria mandante del RTI aggiudicatario del lotto per cui è causa.

In particolare, per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio, dalla documentazione in atti emerge che:

- con determinazioni direttoriali n. 2091, n. 2092 e n. 2093 del 9 luglio 2018 la stazione appaltante ha aggiudicato al RTI Consorzio Integra - nella composizione data dal Consorzio Integra in qualità di mandataria, e dalle società -OMISSIS- SrL, National Service SrL e Codice Group SrL, in qualità di mandanti - il lotto n. 1, il lotto n. 2 e il lotto n. 3 della procedura in contestazione;

- la società National Services SrL ha sottoscritto in data 11 luglio 2018 un contratto di affitto di azienda con la società National Service Group; in tale contratto (doc. 30 ricorso in primo grado) si dava atto che *“l'operazione di affitto e cessione di azienda di cui al presente atto è propedeutica e parte essenziale della proposta di concordato preventivo, con cessione dei beni, che la National Services S.r.l. intende proporre con ricorso ex art. 161 L.F. ai propri creditori innanzi al Tribunale di Roma come indicato nella determinazione dell'Amministratore Unico della società a mio rogito in data 25 maggio 2018 ...”*; il contratto è stato concluso tra la National Services S.r.l. società unipersonale con sede -OMISSIS- rappresentata dal Sig. -

OMISSIS-, e la National Services Group società a responsabilità limitata unipersonale con sede in -OMISSIS-, rappresentata dalla Sig.ra -OMISSIS-;

- la società National Service S.r.l. nel settembre 2018 ha depositato presso il Tribunale di Roma, sez. fallimentare, domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, L. Fall., chiedendo *“di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 161, comma 6, L.F., riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3, L.F. entro il termine che sarà a tal fine fissato”* (doc. 27 ricorso in primo grado);
- il Tribunale di Roma con provvedimento del 5 febbraio 2019 (doc. 31 ricorso in primo grado), rilevato che l'affittuaria National Service Group s.r.l. in esecuzione ed adempimento di un mandato all'incasso conferitole dalla proponente contestualmente alla stipula del contratto d'affitto d'azienda, aveva proceduto all'incasso di crediti facenti attivamente capo alla medesima proponente *“e, dei relativi proventi ne ha, quindi, fatto parziale utilizzo per il pagamento delle spettanze retributive dei dipendenti in proprio carico”*, ha ritenuto che ciò integrasse un atto di frode rilevante ai sensi dell'art. 173 L. Fall.; per l'effetto, disattendendo le argomentazioni alternative all'uopo svolte dalla proponente, il Tribunale, ai sensi degli artt. 161, comma 6, e 173 L. Fall., ha dichiarato improcedibile la domanda di concordato preventivo presentata con ricorso depositato il 12.9.2018 National Services s.r.l.;
- la stazione appaltante, all'esito di complesse vicende amministrative e giurisdizionali riepilogate nella determinazione n. 130 del 29 gennaio 2021, con il medesimo atto ha archiviato il procedimento di esclusione avviato nei confronti del RTI Consorzio Integra, ha richiamato la determinazione direttoriale n. 2091 del 2018 di aggiudicazione del lotto per cui è causa; ha preso atto del subentro della società National Services Group SrL mediante contratto di affitto di azienda tra la medesima società e la società National Services SrL come mandante del RTI aggiudicatario del lotto in esame in quanto in possesso dei requisiti generali e speciali necessari per contrarre con

la Pubblica Amministrazione; nonché ha preso atto che, a seguito del subentro, il RTI aggiudicatario della gara risultava composto dal Consorzio Integra in qualità di mandatario e dalle società -OMISSIS-, National Services Group SrL e Hexiss in qualità di mandanti.

6. Tenuto conto di tali elementi fattuali, l'odierno appellante censura fondatamente la sentenza di prime cure nella parte in cui il Tar ha escluso, in via generale, l'ammissibilità del subentro dell'affittuario dell'azienda nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara.

6.1 Il Tar, in particolare, non avrebbe potuto escludere il subentro della National Services Group nella posizione della National Services (in qualità di mandante del RTI aggiudicatario) soltanto facendo leva sul principio di immodificabilità soggettiva del RTI concorrente.

Richiamando le considerazioni svolte al par. 4, infatti, l'affitto di azienda è, di regola, funzionale ad una riorganizzazione dell'impresa, che viene proseguita, senza soluzione di continuità, dall'affittuario mediante l'impiego degli stessi mezzi materiali e immateriali già destinati dal concorrente originario all'espletamento della pubblica commessa; per l'effetto, emergendo una identità sostanziale tra affittante e affittuario, non può escludersi in astratto il subentro del secondo nella posizione del proprio dante causa anche ai fini della partecipazione alla pubblica gara.

6.2 Tale rilievo, tuttavia, non è sufficiente per pervenire all'accoglimento del motivo di appello – che comporterebbe la riforma della sentenza gravata –, occorrendo anche verificare se, posta l'astratta ammissibilità del subentro dell'affittuario, in concreto ricorressero le condizioni *supra* delineate per permettere la modifica dell'identità formale del concorrente, consentendo alla National Services Group di sostituirsi alla National Services in qualità di mandante del RTI aggiudicatario.

Difatti, in ragione dell'effetto devolutivo proprio dell'appello, la contraddittorietà o l'erroneità della motivazione giudiziale non determinano l'annullamento con rinvio della sentenza gravata (non ricorrendo alcuna delle

fattispecie di rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a.), né comportano la riforma della pronuncia di prime cure, ammissibile soltanto ove si giunga ad un diverso esito della controversia. Pertanto, pure di fronte ad una motivazione contraddittoria o erronea, occorre verificare in sede di appello se il contenuto dispositivo della decisione assunta dal Tar – che nella specie ha ritenuto illegittima l'autorizzazione al subentro rilasciata dalla stazione appaltante – sia comunque corretto.

Come osservato *supra*, l'idoneità dell'affitto di azienda a legittimare l'attenuazione del principio di immodificabilità del partecipante alla pubblica gara implica, altresì, che la fattispecie negoziale in concreto compiuta sia effettivamente determinata da una finalità di riorganizzazione aziendale e non sia, invece, animata da finalità elusive della disciplina imperativa regolante la partecipazione alle pubbliche gare, il che risulterebbe pure idoneo a violare il principio di parità dei concorrenti (consentendo la partecipazione di soggetti privi dei prescritti requisiti).

7. Avuto riguardo al caso di specie, emerge che nel provvedimento censurato dinnanzi al Tar, la stazione appaltante ha rilevato che nel 2018 (al momento dell'affitto d'azienda) e nel 2020 (per il perfezionamento del relativo atto) i requisiti generali (compreso quello della regolarità fiscale) e speciali delle società National Services e National Services Group risultavano conformi alla normativa vigente, ragion per cui la stazione appaltante non ha rilevato operazioni elusive della stessa in materia di requisiti.

La valutazione svolta dalla stazione appaltante non può essere condivisa.

Alla stregua di quanto fondatamente contestato dal RTI GSA nella propria memoria difensiva del 6 agosto 2021, recante la riproposizione dei motivi di ricorso assorbiti in primo grado (cfr. riproposizione del primo motivo di ricorso nella parte non esaminata dal Tar, riguardante anche l'emersione di uno scopo elusivo sotteso all'operazione complessivamente compiuta dalla National Services SrL), l'affitto di azienda posto in essere dalla National Services non poteva giustificare il subentro dell'affittuaria nella posizione

della propria dante causa nell'ambito del RTI aggiudicatario, essendo volto ad eludere la disciplina imperativa regolante la partecipazione alle pubbliche gare. In particolare, premesso che è configurabile un'operazione elusiva qualora lo scopo concreto sotteso alla negoziazione, pur perseguito mediante schemi contrattuali approvati dall'ordinamento in quanto tipizzati sul piano normativo o economico/sociale, sia precluso da una norma imperativa posta a presidio di interessi superindividuali o, comunque, sia analogo ad uno espressamente vietato (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 07 febbraio 2008, n. 2874, secondo cui la frode alla legge si realizza ove si manifesti una divergenza fra la causa tipica del contratto e la determinazione causale delle parti indirizzata alla elusione di una norma imperativa), nella fattispecie in esame vengono in rilievo le previsioni normative concernenti l'esclusione dalla gara del concorrente proponente una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Il tema è stato affrontato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (n. 9/21), che ha evidenziato come:

- la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare (R.D. n. 267/42, per brevità, anche L.F.) non integri una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4, L.F. e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale;
- la partecipazione alle gare pubbliche sia considerata dal legislatore, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, L.F. da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice

dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante;

- l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica debba intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

In base a tali principi, il concorrente che abbia presentato una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva, al fine di non incorrere in una causa di esclusione, è tenuto a chiedere tempestivamente l'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4, L.F., informandone prontamente la stazione appaltante: il tempo occorrente per l'eventuale rilascio dell'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara non potrebbe, peraltro, tradursi in un pregiudizio per il sollecito ed ordinato svolgimento della procedura di affidamento.

Pertanto, l'autorizzazione ex art. 186 bis, comma 4, cit., perché possa essere utilmente valorizzata al fine di impedire l'esclusione del concorrente, deve sopraggiungere prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione; rimane, comunque, la facoltà per la stazione appaltante di valutare nel singolo caso concreto se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante.

8. Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, deve accogliersi la censura riproposta dal RTI GSA nel presente grado di giudizio volta a fare valere la natura elusiva dell'operazione compiuta dalla National Services.

8.1 Al riguardo, in primo luogo, contrariamente a quanto eccepito dal RTI Consorzio Integra nella propria memoria di replica, un tale motivo è ammissibile.

In primo grado, la parte ricorrente aveva infatti dedotto che la modificazione soggettiva del RTI rivestiva *“carattere palesemente elusivo, per la perdita dei requisiti di partecipazione in capo alla originaria mandante National Service; e ciò, come si vedrà, 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)”*.

A sostegno di tale censura, il ricorrente ha anche valorizzato il Decreto del 5.02.2019 del Tribunale di Roma – Sezione Fallimentare dichiarativo dell’improcedibilità della domanda di concordato preventivo presentato dalla National Services, che *“dà conto della reale portata dell’operazione elusiva intercorsa tra la National Services S.r.l. (quale affittante d’azienda) e la National Services Group S.r.l. (quale affittuaria d’azienda)”*.

Diversamente da quanto eccepito dall’odierno appellante, dunque, non può ritenersi che sia rimasta incontestata la valutazione della stazione appaltante, secondo cui la combinazione della domanda di concordato, del Decreto del Tribunale di Roma e del fatto sottostante non fossero idonei ad incidere sull’affidabilità della National Service e sul vincolo fiduciario.

Il ricorrente in primo grado ha, difatti, censurato proprio che l’operazione complessivamente eseguita dalla mandante assumeva caratteri elusivi e, come tale, non risultava meritevole di protezione dall’ordinamento (stante pure la configurazione della *“nullità e/o inefficacia del contratto di affitto di azienda”*), integrando anche un grave illecito professionale ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c, del D. Lgs. n. 50/2016 che la stazione appaltante aveva ommesso di rilevare (cfr. anche terzo motivo di ricorso).

8.2 Le censure svolte in prime cure e riproposte in appello, oltre ad essere ammissibili, sono anche fondate, dovendo ritenersi che la complessa

operazione giuridica compiuta dalla National Service Srl, tradottasi nella conclusione di un contratto di affitto di azienda, nell'affidamento di un mandato all'incasso alla società National Service Group Srl e nel deposito di un ricorso per concordato preventivo ex art. 161 L. Fall., non fosse animata da effettive esigenze di riorganizzazione aziendale, ma fosse finalizzata ad eludere il controllo giudiziale necessario per permettere ad un'impresa proponente domanda di ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F., di partecipare alla gara ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16 e, per l'effetto, ad impedire l'esclusione di un concorrente altrimenti privo dei prescritti requisiti di partecipazione.

Una tale operazione, in ragione della sua natura elusiva, non avrebbe potuto essere approvata dall'ordinamento e, dunque, non avrebbe potuto giustificare il subentro nel RTI aggiudicatario della società National Services Group.

8.3 La National Services Srl, difatti, aveva manifestato fin dal 25.5.2018, attraverso il proprio amministratore, l'intenzione di domandare l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (cfr. contratto di affitto di azienda, in cui si richiama la determinazione del 25 maggio 2018, con cui l'Amministratore Unico della società aveva manifestato l'intenzione di *“proporre con ricorso ex art. 161 L.F. ai propri creditori innanzi al Tribunale di Roma”*), con la conseguenza che l'esigenza di chiedere l'ammissione al concordato preventivo era avvertita ancora prima dell'aggiudicazione della procedura, sopravvenuta in data 9 luglio 2018.

La presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo avrebbe, tuttavia, esposto la società istante al concreto rischio di essere esclusa dalla gara pubblica cui aveva preso parte (in qualità di mandante del RTI Consorzio Integra), tenuto conto che non sarebbe stato possibile ottenere l'aggiudicazione della procedura e, comunque, l'ammissione alla stipulazione del contratto in affidamento in assenza di una tempestiva autorizzazione giudiziale resa ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, L. Fall.

Al fine di evitare un tale rischio di esclusione dalla procedura per perdita di un requisito di partecipazione (come nei fatti successivamente verificatosi, alla stregua di quanto si osserverà *infra* nell'accogliere le corrispondenti censure svolte dal RTI GSA), la National Service SrL ha posto in essere un'operazione giuridica complessa, affittando la propria azienda ad una società riconducibile alla medesima famiglia, conferendo all'affittuaria un mandato all'incasso anche di crediti propri in frode ai creditori (secondo quanto accertato dal Tribunale di Roma) e proponendo una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo una volta dismessa l'azienda.

Tali circostanze emergono dagli atti di causa.

In particolare:

- la riconducibilità dell'affittante e dall'affittuario ai componenti della medesima famiglia non soltanto è stata puntualmente allegata dal RTI GSA con deduzione (non specificatamente contestata dal ricorrente) svolta nella memoria difensiva del 6 agosto 2021 - in cui si rileva che il contratto di affitto di azienda del 19.7.2018 era *“emblematicamente intervenuto tra due Società entrambe interamente partecipate da membri della Famiglia -OMISSIS-entrambe aventi sede nel medesimo indirizzo (a Roma in -OMISSIS-)”*-, ma si desume anche da quanto riportato nel contratto di affitto di azienda in ordine all'identità di sede legale delle due imprese contraenti e alla loro amministrazione da parte dei - OMISSIS-;
- l'inserimento del contratto di affitto di azienda in una più ampia operazione giuridica compiuta dalla National Services SrL, incentrata sulla manifestata intenzione di chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, emerge chiaramente dallo stesso contratto, in cui si dichiara che *“l'operazione di affitto e cessione di azienda di cui al presente atto è propedeutica e parte essenziale della proposta di concordato preventivo, con cessione dei beni, che la National Services S.r.l. intende proporre con ricorso ex art. 161 L.F. ai propri creditori innanzi al Tribunale di Roma”*;

- l'affidamento all'affittuaria di un mandato all'incasso in frode ai creditori è stato riscontrato dal Tribunale fallimentare di Roma.

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, l'autorità giudiziaria ordinaria ha rilevato che, nei rapporti tra l'affittante e l'affittuario, era stata pure pattuita una scrittura privata in forza della quale l'affittante aveva conferito mandato all'affittuaria per l'incasso dei propri crediti che, in forza anche di atto integrativo sottoscritto il 15.11.2018, avrebbero potuto avere ad oggetto anche poste maturate e scadute anteriormente al perfezionamento del contratto di affitto: a fronte della condotta dell'affittuaria che aveva proceduto all'incasso dei crediti facenti capo alla proponente provvedendo al loro parziale utilizzo per il pagamento delle spettanze retributive dei dipendenti in proprio carico, secondo quanto ravvisato dal Tribunale, la proponente dava indicazione esplicita di tale utilizzo delle somme conseguite dalla mandataria *“solamente a seguito di espresse richieste dell'ufficio commissariale che aveva rilevato la mancata trasmissione alla creditrice mandante, di importi introitati per cui conto e, con richieste del 10.12.2018 e del 17.12.2018, chiedeva contezza al riguardo, istanze che erano riscontrate dalla proponente in modo indiretto solamente con il deposito della propria istanza del 18.12.2018”*.

Secondo quanto rilevato dal Tribunale, *“ciò evidenzia, a opinione del tribunale, anche un corrispondente substrato subiettivo a supporto di tale condotta che oggettivamente, poiché importante decurtazione della piattaforma patrimoniale altrimenti disponibile nel contesto concordatario in favore del ceto creditorio, deve apprezzarsi quale atto di frode ex art. 173 l. fall. La proponente, invero, avallava tale operazione e non si attivava in alcun modo per il recupero di detta liquidità, peraltro di apprezzabile oggettiva entità, corrispondentemente decurtando le risorse attive concordatarie”*.

8.4 Tali circostanze evidenziano la natura elusiva dell'operazione giuridica complessivamente posta in essere dalla società National Services SrL, in quanto:

- la società intenzionata a presentare una domanda di ammissione a concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161 L. Fall., è chiamata comunque a

predisporre (o riservarsi di predisporre ex art. 161, comma 6, cit.) un piano funzionale al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori (Cass. civ. Sez. I Ord., 04 maggio 2018, n. 10752); per l'effetto, le iniziative da intraprendere per fronteggiare e superare lo stato di crisi devono essere sottoposte al previo controllo giudiziale, nell'ambito del giudizio di fattibilità giuridica ed economica del piano presentato (Cass. civ. Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061); di conseguenza, di regola, le iniziative strumentali al superamento della crisi dell'impresa vengono poste in essere successivamente alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura concorsuale, previo controllo giudiziale; nella specie, invece, la società, pur manifestando l'intenzione di chiedere l'ammissione al concordato preventivo, ha inteso poco prima dismettere la propria azienda in favore di altro operatore economico al di fuori di ogni controllo giudiziale;

- l'affitto di azienda è stato disposto in favore di una società avente la stessa sede legale dell'affittante e riconducibile alla medesima famiglia, con conseguente emersione di collegamenti qualificati tra le parti rilevanti non soltanto sul piano oggettivo, come ordinariamente accade in ogni rapporto di affitto di azienda - in cui si assiste (come sopra osservato) ad una continuità dell'impresa mediante l'utilizzo del medesimo insieme organizzato di beni materiali e immateriali per lo svolgimento dell'attività economica -, ma anche su quello soggettivo, tale da fare ritenere che si fosse in presenza di una continuità non soltanto dell'impresa, ma anche del soggetto imprenditoriale;

- l'affitto di azienda risultava collegato anche ad un mandato di incasso in favore dell'affittuario, reputato dal Tribunale di Roma in frode ai creditori, tenuto conto, pure, del substrato soggettivo dell'affittante, che *“non si attivava in alcun modo per il recupero di detta liquidità, peraltro di apprezzabile oggettiva entità, corrispondentemente decurtando le risorse attive concordatarie”* (cfr. provvedimento Tribunale di Roma, sez. fallimentare, cit.).

Emerge, dunque, un contesto economico-giuridico anomalo, in cui l'affitto di azienda non dava luogo ad un ordinario rapporto tra imprenditori, autonomamente valutabile, strumentale a garantire esigenze di riorganizzazione aziendali nell'interesse delle parti contraenti, bensì configurava una complessiva operazione elusiva, in quanto volta a consentire – attraverso l'affitto dell'azienda ad una società riconducibile alla medesima famiglia, mandataria all'incasso di crediti spettanti all'affittante, utilizzati dall'affittuario anche per esigenze proprie senza l'altrui opposizione – la prosecuzione della medesima attività d'impresa, evitando i prescritti controlli giudiziali che altrimenti avrebbero dovuto essere svolti sulla posizione dell'affittante.

Per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio, attraverso la complessa operazione negoziale posta in essere dalla National Services SrL, è stato eluso il controllo ex art. 186 bis, comma 4, L. Fall, che avrebbe potuto condurre all'esclusione della società dalla gara affittante, per effetto della perdita di un requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, nei fatti successivamente verificatasi (come *infra* osservato).

Se è vero che la mera presentazione del ricorso ex art. 161, comma 6, L.F. non avrebbe comportato l'automatica esclusione della società dalla gara, è pure vero che, ai fini della legittima conservazione della posizione di mandante del RTI concorrente, la National Services SrL avrebbe dovuto ottenere tempestivamente l'autorizzazione ex art. 186 bis, comma 4, L.F., sottoponendo al controllo giudiziale la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale.

La National Services ha invece eluso un tale controllo giudiziale, in quanto, pur consapevole dell'esigenza di chiedere l'ammissione al concordato preventivo (manifestata dal suo amministratore ancora prima dell'aggiudicazione della gara), anziché provvedere al deposito del ricorso ex art. 161 L. Fall. e chiedere l'autorizzazione ex art. 186 bis L. Fall., ha deciso di

concedere anticipatamente in affitto la propria azienda ad una società appartenente alla medesima famiglia, cui è stato pure conferito un mandato all'incasso reputato dal Tribunale di Roma in frode ai creditori.

Attraverso tale operazione complessiva, connotata dai richiamati elementi di anomalia, il concorrente ha dunque impedito l'applicazione della disciplina imperativa che, anche a garanzia dell'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante, avrebbe precluso al concorrente sottoposto al concordato preventivo di permanere in gara in assenza della prescritta autorizzazione ex art. 186 bis, comma 4, L. Fall.

La National Services SrL, che ha effettivamente chiesto l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, in altri termini, attraverso l'anticipato trasferimento della propria azienda, si è sottratta al prescritto controllo giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L. Fall. al fine di evitare il rischio di esclusione per perdita del requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16 nei fatti successivamente verificatosi.

Per l'effetto, l'affitto di azienda, in quanto (alla luce degli elementi richiamati) funzionale, anziché ad un'ordinaria riorganizzazione aziendale, ad eludere la disciplina imperativa - che precludeva ex artt. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, 161, comma 6, L.F. e 186 bis, comma 4, L.F. la partecipazione alla gara del concorrente proponente la domanda di concordato preventivo in assenza di positivo controllo giudiziale - integrava la fattispecie di nullità ex art. 1344 c.c., emergendo una divergenza fra la causa tipica del contratto e la determinazione causale delle parti indirizzata alla elusione di una norma imperativa.

Di conseguenza il contratto di affitto, inficiato da nullità come correttamente eccepito dal RTI GSA appellata, non avrebbe potuto legittimare il subentro della National Services Group alla National Services.

8.5 Non potrebbe diversamente argomentarsi, ritenendo che le censure impugnatorie svolte in prime cure dal RTI GSA in ordine alla natura elusiva dell'operazione giuridica compiuta dalla National Services fossero

inammissibili o generiche, né potrebbe valorizzarsi per giungere ad opposte conclusioni la successione temporale degli atti posti in essere dalla stessa National Services SrL.

Sotto il primo profilo, si osserva che la stazione appaltante ha statuito sulla sussistenza dei presupposti per fare luogo al subentro della National Services Group soltanto con la determinazione n. 130 del 2021, con la conseguenza che il ricorso di primo grado è stato ammissibilmente e puntualmente proposto avverso il primo atto autoritativo, implicante la spendita di potestà amministrativa, con cui la stazione appaltante ha autorizzato il subentro dell'affittuaria, riscontrando erroneamente (per quanto si dirà *infra*) la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo alla società National Services e negando (altrettanto erroneamente, per quanto *supra* rilevato) la natura elusiva della relativa operazione.

Sotto il secondo profilo, non potrebbe utilmente rilevarsi che il ricorso ex art. 161, comma 6, L. Fall. era stato depositato successivamente alla sottoscrizione del contratto di affitto, con la conseguente necessità di rendere insensibile verso l'affittuario gli eventi successivamente occorsi, incidenti sulla posizione dell'affittante.

Nel caso di specie emergeva un'operazione giuridica complessiva, risultante dalla combinazione di plurimi atti legati dal medesimo vincolo funzionale, da valutare alla stregua di un unitario contesto di riferimento.

Come osservato, l'affitto di azienda non assumeva natura autonoma, essendo propedeutico "*e parte essenziale della proposta di concordato preventivo, con cessione dei beni*": tale fattispecie negoziale, dunque, doveva essere valutata nel contesto economico e giuridico di riferimento, facendo parte di un'operazione societaria unitaria di più ampio respiro che prevedeva l'affitto di azienda, il mandato all'incasso in favore dell'affittuario (con le prefate criticità pure rilevate dal Tribunale di Roma) e l'ammissione al concordato preventivo.

Ne deriva che l'affitto di azienda, quale componente di un'operazione da valutare unitariamente, costituiva uno strumento negoziale impiegato

dall'affittante per evitare che la sottoposizione alla procedura concorsuale potesse determinare la sua esclusione dalla procedura di gara per perdita di un requisito di partecipazione (omee nei fatti avvenuto); il che conferma lo scopo elusivo sotteso alla relativa pattuizione.

8.6 In conclusione, la stazione appaltante, chiamata a valutare la ricorrenza dei presupposti per autorizzare la National Services Group a subentrare alla National Services SrL, pure potendo valorizzare l'astratta ammissibilità del subentro dell'affittuario dell'azienda nella posizione dell'affittante, avrebbe dovuto riscontrare nel caso concreto, alla luce delle circostanze fattuali sopra richiamate (percepibili al momento dell'adozione della determinazione n. 130 del 29 gennaio 2021), uno scopo elusivo caratterizzante l'intera operazione societaria posta in essere tra le parti.

In particolare, l'Amministrazione avrebbe dovuto ravvisare nel collegamento tra contratto di affitto, mandato all'incasso e ricorso ex art. 161 L.Fall. una complessiva operazione elusiva della disciplina in materia di partecipazione alla procedura di gara delle imprese proponenti domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

La National Services SrL, pur avendo manifestato l'intenzione di presentare un ricorso ex art. 161 L. Fall. (evidentemente per lo stato di crisi in cui versava ex art. 160 L. Fall.), anziché provvedere al deposito del relativo ricorso e sottoporsi al controllo giudiziale ex art. 186 bis L. Fall in ordine alla compatibilità della propria situazione con la partecipazione ad una pubblica gara, nell'ambito di un contesto giuridico - economico anomalo (per quanto *supra* osservato), si è sottratta al prescritto controllo giudiziale ex art. 186 bis L. Fall., concedendo in affitto l'azienda ad una società riconducibile alla stessa famiglia, con conseguente emersione di una continuità dell'attività di impresa apprezzabile sul piano non solo oggettivo ma anche soggettivo.

In tale maniera si è consentito, attraverso la società affittuaria, la prosecuzione della partecipazione alla gara evitando i controlli giudiziali prescritti dall'art. 186 bis L. Fall., che invece avrebbero dovuto essere svolti sul candidato

originario e che avrebbero condotto alla sua esclusione dalla procedura di affidamento in caso di riscontrata carenza dei prescritti requisiti di partecipazione (carenza del requisito nei fatti realizzatasi con la proposizione della domanda ex art. 161, comma 6, L.F. in assenza dell'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L.F., come si osserverà *infra*).

Ravvisata la natura elusiva dell'operazione societaria in esame, alla stregua di quanto correttamente dedotto dalla ricorrente in primo grado, l'Amministrazione non avrebbe potuto autorizzare il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante, facendosi questione di un atto negoziale che – alla luce del contesto economico giuridico di riferimento *supra* delineato – avrebbe dovuto ritenersi nullo ex art. 1344 c.c., come tale improduttivo di effetti giuridici e, pertanto, inidoneo a permettere alla National Services Group di entrare a fare parte, in luogo della National Services, del RTI aggiudicatario della gara.

9. Come anticipato – trattandosi di tematica strettamente connessa alla natura elusiva dell'operazione giuridica compiuta dalla National Services, volta ad impedire l'esclusione del concorrente per carenza di un requisito di partecipazione nei fatti emerso, per effetto della (programmata) proposizione di una domanda di concordato preventivo in bianco in assenza di autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L.F - la stazione appaltante ha errato non soltanto nell'autorizzare il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante nell'ambito del RTI aggiudicatario, ma anche nel riscontrare in capo alla National Services SrL il perdurante possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura.

9.1 Al riguardo, devono essere esaminati i motivi di ricorso riproposti dal RTI GSA, con cui, rilevandosi la natura elusiva dell'operazione compiuta dalla National Service, si è contestata la perdita in capo al RTI Consorzio Integra:

- del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, stante la presentazione dell'istanza di concordato preventivo in bianco da parte della

National Services (riproposizione del primo motivo di ricorso per la parte non esaminata dal Tar);

- del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, stante il carattere elusivo della costituzione della società National Services Group e dalla sottoscrizione dell'affitto di azienda (cfr. terzo motivo di ricorso riproposto);

- del requisito riferito alla regolarità fiscale e contributiva, in ragione sia delle ammissioni discendenti dalla documentazione riferibile alla società National Service SrL, sia di quanto emergente dalla documentazione prevenuta dall'Avcpass (cfr. secondo motivo di ricorso riproposto).

9.2 Tali censure sono fondate soltanto in parte.

9.3 In primo luogo, deve esaminarsi la censura riguardante la violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla società National Services SrL, in relazione alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F.

9.3.1 La censura è ammissibile, in quanto riguardante circostanze fattuali successive all'ammissione del RTI Consorzio Integra alla procedura di gara (oltre che all'aggiudicazione del lotto per cui è causa), che, pertanto, non avrebbero potuto essere dedotte mediante un ricorso tempestivamente proposto ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. (nella formulazione *ratione temporis* applicabile alla specie) avverso il relativo provvedimento di ammissione dei candidati alla gara.

Il RTI GSA, dunque, ha ammissibilmente articolato la relativa censura avverso la determinazione n. 130 del 2021, costituente il primo atto con cui la stazione appaltante, spendendo il potere provvedimentale di cui è attributaria, ha valutato la complessiva operazione compiuta dalla National Services, ritenendo “*nel 2018 (al momento dell'affitto d'azienda) e nel 2020 (per il perfezionamento del presente atto) i requisiti generali (compreso quello della regolarità fiscale) e speciali delle società NATIONAL SERVICES e NATIONAL*

SERVICE GROUP sono conformi alla normativa vigente pertanto, non viene rilevato dalla Stazione appaltante operazioni elusive della stessa in materia di requisiti?

9.3.2 La censura, oltre che essere ammissibile, risulta anche fondata.

9.3.3 La valutazione della stazione appaltante, incentrata sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo alla società National Services, non può essere condivisa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16.

Sebbene la National Services sia tornata allo stato *in bonis*, la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo in assenza dell'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L. Fall., ha determinato una soluzione di continuità nel possesso del requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16.

In subiecta materia deve infatti darsi continuità all'indirizzo giurisprudenziale per cui "*nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità*" (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386).

La presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.F., quale quella depositata dalla National Services presso il Tribunale di Roma, pur non integrando (come osservato) una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, permetteva al concorrente di conservare il requisito di partecipazione alla gara soltanto ove fosse stato positivamente svolto il controllo del giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4, L.F.

Implicando la presentazione della domanda di concordato una situazione di crisi dell'impresa (ex art. 160 L.F.), occorre, infatti, che un organo pubblico valuti la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale (cfr. Consiglio di Stato,

Ad. Plen. n. 9/21): in assenza di un tale giudizio di compatibilità, il concorrente deve essere escluso dalla procedura, non potendo ambire all'aggiudicazione o alla stipulazione del contratto.

Nel caso di specie la National Services ha presentato una domanda di concordato preventivo in bianco, ma non ha ottenuto alcuna autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L.F., ragion per cui, per il periodo di sottoposizione alla procedura concorsuale, non è stata valutata la compatibilità della situazione in cui versava l'impresa con la partecipazione alla procedura di gara.

Per l'effetto, deve ritenersi integrata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, che impone l'esclusione dell'operatore economico proponente domanda di ammissione al concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F. in assenza dell'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L.F., nella specie non rilasciata dal competente giudice fallimentare.

9.3.4 Non potrebbe al riguardo diversamente argomentarsi rilevando che la National Services:

- non avrebbe potuto ottenere l'autorizzazione in parola, in ragione dell'intervenuto trasferimento dell'azienda anteriormente alla presentazione del ricorso ex art. 161 L. Fall., con la conseguenza che la proponente, ormai priva dell'azienda, non sarebbe stata in condizione di chiedere l'autorizzazione giudiziale a partecipare ad una gara finalizzata all'affidamento di un contratto che non avrebbe potuto più sottoscrivere in quanto carente della capacità economica e tecnica necessaria per la sua esecuzione;
- era tornata *in bonis* alla data dell'adozione del provvedimento impugnato in prime cure.

Quanto al primo argomento, si rileva che nella specie è stata la National Services a porsi nell'impossibilità di ottenere l'autorizzazione ex art. 186 bis, comma 4, L. Fall., decidendo, anziché di presentare la domanda di ammissione al concordato preventivo e di chiedere l'autorizzazione ex art.

186 bis comma 4 L.F. - costituente l'iter ordinario prescritto dalla normativa di riferimento -, di compiere un'operazione elusiva (per quanto *supra* rilevato), affittando la propria azienda e soltanto all'esito chiedendo l'ammissione alla procedura concorsuale.

Trattandosi di una scelta liberamente assunta della società procedente, in applicazione del principio di autoresponsabilità – che grava sull'agente le conseguenze negative discendenti dalla propria condotta – l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione ex art. 186 bis L. Fall. non può essere valutata a favore della National Services SrL rientrando tra le conseguenze dell'operazione volontariamente effettuata dal concorrente, di cui lo stesso, dunque, risponde.

Quanto al secondo argomento, la posizione del proponente la domanda di concordato preventivo, non beneficiario dell'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis L. Fall, non può essere equiparata a quella di ogni altro concorrente che non abbia mai presentato una domanda di ammissione alla relativa procedura concorsuale, senza dunque riconoscere - con una tale iniziativa - di trovarsi in una situazione di crisi ostativa (in assenza di una positiva verifica di compatibilità del giudice fallimentare) alla partecipazione alla gara.

La presentazione della domanda di concordato in bianco produce infatti un effetto prenotativo, con la conseguenza che, in caso di adozione dell'autorizzazione giudiziale, la stessa si intende idonea a riconoscere in capo alla concorrente il requisito di partecipazione alla gara senza soluzione di continuità; tuttavia, ove tale autorizzazione non sopravvenga e la procedura si concluda con una dichiarazione di improcedibilità, come avvenuto nella specie, emerge una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di ordine generale, ostativa alla partecipazione alla gara.

In particolare, nel caso di specie:

- la società National Services ha comunque presentato una domanda ex art. 161, comma 6, L.F. in assenza di autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis L. Fall;

- la domanda di concordato in bianco in assenza dell'autorizzazione giudiziale *de qua* integra una causa di esclusione;
- la società, sebbene tornata *in bonis*, non ha posseduto interrottamente il requisito di partecipazione, non potendo, dunque, ritenersi titolare di una posizione analoga a quella assunta dagli altri concorrenti che non hanno proposto alcuna domanda di ammissione alla procedura concorsuale in parola.

Per l'effetto, l'equiparazione della National Services agli altri concorrenti ai fini della permanenza in gara condurrebbe ad una illegittima disparità di trattamento.

9.3.5 Alla luce delle considerazioni svolte, deve accogliersi il motivo di ricorso, riproposto dal RTI GSA, incentrato sulla perdita del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16 in capo alla National Services SrL.

9.4 Sebbene la National Services sia incorsa in un'autonoma causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, si impone comunque una verifica anche in ordine all'integrazione delle diverse cause di esclusione ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. n. 50/16, oggetto degli ulteriori motivi di ricorso riproposti dal RTI GSA, non potendo escludersi che una pronuncia di accoglimento delle relative censure possa essere di utilità per la parte privata appellata.

9.5 Le censure riproposte in grado di appello dal RTI GSA sono fondate nella parte in cui deducono il difetto di istruttoria e di motivazione in relazione alla mancata valutazione dell'operazione elusiva compiuta dalla National Services in relazione alla conclusione del contratto di affitto di azienda, suscettibile di integrare un illecito professionale apprezzabile ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16 (cfr. terzo motivo di ricorso riproposto).

L'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 580/16 rea un'elencazione dei gravi illeciti professionali meramente esemplificativa, potendo per tal via la stazione appaltante desumerne il compimento da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia

accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità (Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171).

Pertanto, non è indispensabile che i gravi illeciti professionali posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili anche da altri gravi indizi (Consiglio di Stato, sez. III, 31 maggio 2021, n. 4167).

Avuto riguardo al caso di specie, nel rinviare alle considerazioni sopra svolte in ordine alla natura elusiva della complessiva operazione compiuta dalla National Services, si osserva che la stazione appaltante avrebbe dovuto prendere in considerazione tale circostanza, valutandone la rilevanza ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), cit.

Dall'esame del provvedimento impugnato in prime cure non emerge invece che una tale verifica sia stata svolta, avendo (erroneamente) la stazione appaltante escluso la portata elusiva dell'operazione compiuta dalla National Services; il che integra il difetto di istruttoria e di motivazione fondatamente censurato dal RTI GSA.

Vertendosi in presenza di una causa di esclusione non automatica, implicante una valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine all'idoneità dell'illecito professionale a minare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico (Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3604), non può procedersi nel presente giudizio ad accertare l'integrazione della causa di esclusione in parola.

La valutazione sulla sussistenza di gravi illeciti professionali spetta infatti in via esclusiva alla stazione appaltante, costituendo una scelta ampiamente discrezionale, con la conseguenza che il sindacato del giudice amministrativo sulle relative motivazioni non può che limitarsi al riscontro "esterno" della non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative

di legge nella valutazione degli elementi di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248).

Per l'effetto, facendosi questione di attività discrezionale, una volta riscontrato il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla ricostruzione dei presupposti alla base della decisione amministrativa - in ragione della ricorrenza di un'operazione elusiva erroneamente esclusa dalla stazione appaltante - la censura riproposta dal RTI GSA può essere accolta ai soli fini dell'annullamento del provvedimento in funzione della riedizione del potere amministrativo.

Dovrà essere la stazione appaltante a riesaminare la fattispecie concreta, pure alla luce del contesto economico e giuridico *supra* delineato, al fine di valutare se l'operazione giuridica elusiva, complessivamente compiuta dalla National Service, integri un illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c), cit, minando l'affidabilità e l'integrità richiesta ad un operatore economico che aspiri a contrarre con la Pubblica Amministrazione.

9.6 Le censure riproposte dal RTI GSA non meritano, invece, favorevole apprezzamento nella parte in cui deducono:

- l'applicabilità alla specie della formulazione dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 anteriore alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 56/17, al fine di escludere la modificabilità soggettiva del RTI aggiudicatario;
- il difetto del requisito di regolarità fiscale e contributiva in capo alla mandante National Service;
- l'omessa valutazione dei numerosi illeciti professionali risultanti dalla dichiarazione resa il 4.11.2020 dal Consorzio Integra, riguardanti procedimenti penali, illeciti contrattuali e l'irrogazione di penali per circa 3 milioni di euro.

9.6.1 Con riferimento alla censura incentrata sulla violazione dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 (cfr. quarto motivo di ricorso in primo grado riproposto in appello), appare sufficiente rinviare alle considerazioni sopra svolte in ordine alla possibilità di derogare il principio di immodificabilità soggettiva del

partecipante ad una pubblica gara, in presenza di fattispecie negoziali non connotate da uno scopo elusivo dell'applicazione di norme imperative, implicanti una continuità sostanziale dell'impresa all'esito di effettivi processi di riorganizzazione aziendale.

Nella specie, dunque, l'illegittimità dell'autorizzazione al subentro della National Service Group non poteva derivare dall'applicazione del principio di immodificabilità soggettiva del RTI, né poteva discendere dall'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 che -a prescindere dalla formulazione presa in esame, da individuare comunque, come si vedrà *infra*, in quella successiva alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 56/17- non regola la fattispecie dell'affitto di azienda, ma dallo scopo elusivo dell'operazione negoziale compiuta dalla mandante National Services (come peraltro pure dedotto dallo stesso RTI GSA).

9.6.2 Non può essere accolta neppure la censura riferita alla carenza del requisito di regolarità fiscale e contributiva.

Ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 -nella formulazione anteriore a quella prevista dall'art. 8, comma 5, lett. b), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, che risulta applicabile, ai sensi dell'art. 8, comma 6, dello stesso D.L. n. 76/20, solo alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del relativo decreto e, dunque, a procedure diverse da quella per cui è causa, bandita nel 2016-, un operatore economico è escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

Lo stesso dato positivo precisa che costituiscono gravi violazioni, in campo tributario, quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602 del 1973 (euro cinquemila), in campo contributivo e previdenziale, quelle

ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

L'esclusione dalla gara, come precisato da questo Consiglio (sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 7789), pertanto, è esercizio di potere vincolato al ricorrere di due presupposti: a) la gravità della violazione; b) il definitivo accertamento della stessa. Ne consegue che l'attività amministrativa è del tutto conformata dalla legge, per cui il provvedimento di esclusione dalla gara costituisce esercizio di potere vincolato.

9.6.2.1 Avuto riguardo al caso di specie, in ordine alla regolarità contributiva e previdenziale, la stazione appaltante ha dato atto che la National Services risultava in regola con tutti i requisiti generali (compreso il DURC).

Per l'effetto, costituendo il DURC l'unico documento attestante il rispetto degli oneri previdenziali e contributivi da parte dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara, in presenza di DURC regolare a favore dell'operatore economico, la stazione appaltante non era tenuta ad alcuna ulteriore verifica, pure in presenza di segnalazioni in senso contrario a quanto ivi certificato pervenute da terzi interessati all'esclusione dell'operatore della procedura di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2019, n. 4023).

Come precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio, le uniche contestazioni ammissibili dinanzi al giudice amministrativo non possono che attenersi ad omissioni contributive o previdenziali idonee ad inficiare la regolarità contributiva risultante dal DURC, dovendo quindi consistere nella deduzione di errori, colpevoli o incolpevoli, in cui sia incorso l'ente previdenziale nel rilasciare il documento (Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3366).

Alla luce di tali considerazioni, a fronte di un DURC regolare riferibile alla posizione della National Services, la stazione appaltante non sarebbe stata tenuta a svolgere verifiche ulteriori sulla posizione del concorrente: il RTI GSA contesta, dunque, infondatamente l'assenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale, non potendo peraltro neppure valorizzarsi al riguardo documenti e atti, promananti dalla società National Services, riguardanti la presenza di debiti previdenziali e contributivi, in assenza di puntuali e comprovate contestazioni riferibili all'operato dell'ente previdenziale e, comunque, in mancanza di una prova circa il carattere definitivo delle ipotetiche irregolarità contributive o previdenziali per cui è causa.

9.6.2.2 Parimenti, in relazione al requisito di regolarità tributaria, alla luce di quanto rilevato circa il carattere definitivo delle relative violazioni, occorre che vi sia un accertamento tributario in ordine all'esistenza di debiti insoluti e che tale accertamento sia stato conosciuto dall'operatore economico, in modo da consentire allo stesso di impedire il consolidarsi dell'atto impositivo, con il tempestivo pagamento o la relativa contestazione mediante i rimedi previsti dall'ordinamento tributario (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2019, n. 1415).

Per l'effetto, non possono rilevare anche in tale caso atti o documenti, promananti dalla società National Services, in cui si attese l'esistenza di debiti tributari, in assenza di un loro accertamento definitivo.

Nel caso di specie, inoltre, sebbene la stazione appaltante avesse acquisito la documentazione pervenuta dall'AVCPASS, che rilevava la seguente criticità: *“a) la posizione fiscale della mandante NATIONAL SERVICES (cod. fiscale - OMISSIS-), risulta irregolare”*, il RTI Consorzio Integra ha prodotto una certificazione da parte della Agenzia delle Entrate espressamente valorizzata nel provvedimento impugnato in prime cure, in cui si attestava (come emergente dallo stesso provvedimento per cui è causa) che: *“A seguito dell'istanza prot. n. 4364677 del 1 dicembre 2020 riferita alla richiesta ANAC n.*

5310129 datata 6 novembre 2020 codice fiscale:-OMISSIS- codice identificativo gara (CIG) n. 66980161°9 evasa con data elaborazione 19 novembre 2020, eseguite le verifiche del caso ATTESTA CHE alla data di elaborazione, il debito complessivo riferibile al codice fiscale interrogato risultava inferiore alla soglia di 5.000,00 (regolarità fiscale)”.

Diversamente da quanto ritenuto dal RTI GSA, il chiarimento fornito dall’Agenzia delle Entrate riguardava l’evasione della richiesta ANAC n. 5310129 datata 6 novembre 2020, elaborata in data 19 novembre 2020, e precisava che alla data di elaborazione e, dunque, alla data del 19 novembre 2020, pure emergendo dei debiti fiscali della Nazional Service, essi non risultavano gravi ai sensi dell’art. 80, comma 4, D. Lgs. n. 50/16, in quanto inferiori alla soglia di € 5.000,00 prescritta per la regolarità fiscale.

In subiecta materia questo Consiglio (sez. V, 6 agosto 2019, n. 5576), con indirizzo condiviso dal Collegio, ha precisato che, alla luce della complessiva logica di mera semplificazione ed efficientamento che caratterizza il sistema di verifica telematica accentrata, proprio del sistema AVCPass, non può darsi prevalenza alle modalità meramente formali di verifica dei requisiti di partecipazione prescritti dalla *lex specialis*, posto che l’estromissione di un concorrente dalle procedure evidenziali genera una restrizione della platea dei concorrenti alla gara e, incidendo sulla concorrenza e sulla sua ottimizzazione delle offerte, è giustificabile soltanto in presenza di un difetto realmente esistente in capo all’escludendo, senza che possano ostarvi risultanze amministrative formali che siano, a un’attenta verifica, smentite dalla realtà effettiva delle circostanze.

Del resto, essendo il sistema fisiologicamente destinato ad essere utilizzato solo nella fase di produzione delle dichiarazioni, senza riguardo alle successive e necessarie verifiche svolte dalla stazione appaltante, quest’ultima non può essere vincolata, né può fermarsi alle relative risultanze.

Ne discende che, le quante volte, in ossequio ad un approccio sostanzialistico, sia successivamente acquisita la certificazione dell’effettivo possesso dei

requisiti (a dispetto dell'esito negativo della interrogazione del sistema), l'iniziale posizione di irregolarità deve ritenersi irrilevante e, comunque, superata.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, la stazione appaltante, valutata la certificazione dell'Agenzia delle Entrate che chiariva la non gravità dell'irregolarità fiscale emersa dal sistema AVCPASS, ha correttamente escluso l'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, cit., non registrandosi alcuna soluzione di continuità nel possesso del relativo requisito di partecipazione.

9.6.2.3 Deve, infine, rilevarsi come la stazione appaltante abbia pure rinviato, *per relationem*, nell'ambito della determinazione n. 130 del 2021, alla sentenza del Tar Lazio n. 2547 del 2019, con cui era stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal RTI GSA per fare valere l'assenza di requisiti di partecipazione del RTI Consorzio Integra.

Trattasi di un'ulteriore *ratio decidendi* a sostegno del provvedimento amministrativo meritevole di conferma in sede giurisdizionale, non potendo il RTI GSA recuperare con il ricorso avverso il provvedimento n. 130 del 2021 una decadenza maturata in ragione della mancata tempestiva impugnazione ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. (nella formulazione *ratione temporis* applicabile alla specie) del provvedimento di ammissione alla gara.

Il che conferma – per un'ulteriore autonoma ragione – l'impossibilità di desumere dagli atti e dai documenti promananti dalla National Services, riguardanti asseriti debiti fiscali, contributivi e previdenziali, anteriori rispetto al provvedimento di ammissione del concorrente alla gara, la carenza del requisito di partecipazione di cui all'art. 80, comma 4, D. Lgs. n. 50/16.

9.6.3 Infine, deve essere disattesa la censura, articolata con il terzo motivo di ricorso riproposto in appello (III.2), avente ad oggetto l'omessa valutazione dei numerosi illeciti professionali risultanti dalla dichiarazione resa il 4.11.2020 dal Consorzio Integra, riguardanti procedimenti penali, illeciti contrattuali e l'irrogazione di penali per circa 3 milioni di euro.

Al riguardo, il RTI GSA deduce che *“il provvedimento impugnato omette ogni valutazione sui fatti elencati nella richiamata dichiarazione del 4.11.2020”*, con conseguente emersione di un preteso difetto di istruttoria e di motivazione.

Il motivo di ricorso è infondato, avendo la stazione appaltante svolto apposite attività istruttoria in ordine ai fatti dichiarati dal RTI Consorzio Integra, pervenendo, all'esito, a valutare *“positivamente tutti i requisiti generali e speciali di tutti gli operatori economici facenti parte del RTI CONSORZIO INTEGRA (compresa l'ausiliaria della mandante HEXISS) che consente, in relazione anche al principio di proporzionalità, alla non definitività dei provvedimenti ed a quanto richiesto dalla lex specialis, di esprimere un giudizio di affidabilità degli stessi in relazione all'esecuzione dell'appalto in questione”*.

La stazione appaltante, dunque, ha valutato il complesso materiale istruttorio acquisito al procedimento, escludendo la ricorrenza di cause di esclusione; il che implica una valutazione di affidabilità ed integrità del concorrente.

Del resto, la stazione appaltante, che non ritenga i precedenti dichiarati dal concorrente incisivi della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità delle relative circostanze risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2622).

La carenza di motivazione del provvedimento di ammissione a una gara pubblica di un concorrente, pertanto, non può di per sé implicare un difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla rilevanza delle circostanze dichiarate dal concorrente, né determina un ostacolo alla piena tutela giudiziale degli altri concorrenti, cui è comunque garantita la possibilità di far valere le proprie ragioni avverso l'ammissione.

Ne deriva che, a fronte di una valutazione della stazione appaltante volta a negare l'integrazione delle cause di esclusione previste dal D. Lgs. n. 80/16, il RTI GSA non avrebbe potuto limitarsi ad elencare i fatti potenzialmente

rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, deducendone l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante, ma avrebbe dovuto puntualmente indicare, per ciascuno di essi, sotto quale profilo la decisione comunque assunta dall'Amministrazione – nel senso dell'affidabilità e dell'integrità del concorrente aggiudicatario – dovesse ritenersi irragionevole, incongrua o inficiata da un travisamento dei fatti (alla stregua di quanto pure avvenuto in relazione alle fattispecie, *supra* esaminate, riguardanti la sottoposizione alla procedura di concordato preventivo, la natura elusiva dell'affitto di azienda e il difetto dei requisiti di regolarità contributiva, previdenziale e fiscale).

La censura in esame, dunque, per come formulata, non è meritevole di favorevole apprezzamento, non registrandosi un'omessa valutazione delle dichiarazioni rese dal RTI Consorzio, comunque esaminate al fine di ravvisare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo al relativo concorrente.

10. Alla luce delle considerazioni svolte:

- il primo motivo di appello principale deve essere rigettato, non risultando legittimo il provvedimento di autorizzazione della National Services Group al subentro nella posizione della National Services ai fini della partecipazione alla gara in qualità di mandante del RTI aggiudicatario;
- in parziale accoglimento dei motivi di ricorso riproposti dal RTI GSA, deve ravvisarsi l'illegittimità della determinazione n. 130 del 2021 impugnata in prime cure anche nella parte in cui, da un lato, non ha ravvisato l'integrazione della causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16 in capo alla National Services, in ragione della proposizione di una domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva ex art. 161, comma 6, L.F. in assenza dell'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L. Fall.; dall'altro, ha escluso l'emersione di operazioni elusive e, dunque, ha omesso di valutare la possibile rilevanza dell'operazione esclusiva invero compiuta dalla National Services (sopra delineata) ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16;

- devono rigettarsi le ulteriori censure impugnatorie riproposte in appello dal RTI GSA.

11. Con il secondo motivo di appello, articolato in via subordinata e pertanto da esaminare stante il rigetto del primo motivo di appello, il RTI Consorzio Integra ha contestato l'erroneità del capo decisorio con cui il Tar ha dichiarato l'inefficacia del contratto in applicazione dell'art. 121, comma 1, lett. c), c.p.a., ravvisando la violazione dell'art. 32, comma 9, D. Lgs. n. 50/16, per l'essere stato il contratto di appalto stipulato in data 1.2.2021, coincidente con il giorno in cui era stata comunicata agli altri concorrenti l'aggiudicazione della gara.

11.1 Secondo quanto dedotto dall'appellante, la determinazione direttoriale del 29.1.2021 cit. non avrebbe assunto natura di aggiudicazione definitiva in favore del RTI Consorzio Integra, ma soltanto di nulla osta al subentro dell'affittuaria nell'aggiudicazione in precedenza disposta in data 9.7.2018.

Per l'effetto:

- da un lato, l'annullamento dell'atto di subentro determinerebbe il ripristino della situazione anteriore e il riespandersi sia dell'autonomia imprenditoriale che dell'attività provvedimentale dell'Amministrazione; peraltro, sarebbe in ipotesi anche possibile una riorganizzazione dell'assetto interno del RTI mediante la sostituzione interna della mandante, previa assegnazione di un congruo termine, tenuto conto che nella specie i requisiti di carattere speciale della National Services sarebbero posseduti dalle altre imprese del RTI;

- dall'altro, non sarebbe stato possibile dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto, risalendo l'aggiudicazione al 9.7.2018, con conseguente mancata integrazione di una violazione dell'art. 32, comma 9, D. Lgs. n. 50/16.

Inoltre, la dichiarazione di inefficacia del contratto sarebbe stata impedita dalla necessità di escludere il RTI GSA e dagli investimenti notevoli in larga misura effettuati dall'appellante (non facendosi questione di mera ripetizione di singoli servizi).

11.2 Il motivo di appello è, nel rito ammissibile, nel merito fondato ai sensi di quanto di seguito precisato.

In punto di rito, si osserva che la circostanza per cui la sentenza ha precisato che “... *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*” non risulta rilevante al fine di ritenere inammissibile il motivo di appello, in quanto il RTI Consorzio Integra ha proposto appello proprio per contestare tali statuizioni, incentrate su una qualificazione del provvedimento impugnato in termini di aggiudicazione, ritenute inficcate dagli errori puntualmente dedotti in sede impugnatoria.

11.3 La determinazione n. 130 del 2021, come correttamente contestato dall'appellante, non poteva essere qualificata come provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che l'Amministrazione non era tenuta a rispettare, a far data dalla sua adozione, il termine di trentacinque giorni di cui all'art. 32, comma 9, D. Lgs. n. 50/16 ai fini della stipulazione del contratto.

In particolare, deve premettersi che l'aggiudicazione costituisce un atto tipizzato dal legislatore nell'ambito della sequenza procedimentale che conduce alla sottoscrizione del contratto, avente una specifica funzione in senso alla procedura di affidamento.

Ai sensi dell'art. 32, commi 5 e 6, D. Lgs. n. 50/16, difatti, la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione, provvede all'aggiudicazione, la quale non equivale ad accettazione dell'offerta.

Come precisato da questo Consiglio, l'art. 32 del D. Lgs. n. 50 del 2016 - al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle situazioni giuridiche ed imprenditoriali - ha eliminato la tradizionale categoria della 'aggiudicazione provvisoria', ma distingue solo tra: - la proposta di aggiudicazione, che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, comma 5, cit.; -

l'aggiudicazione tout court, che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione (tra gli altri, Consigli di Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6904). Si è, dunque, in presenza di una successione procedimentale tra proposta di aggiudicazione, approvazione della proposta e conseguente aggiudicazione: attraverso la proposta di aggiudicazione viene individuato il candidato migliore alla stregua di quanto risultante dalla valutazione delle offerte in concreto compiuta; all'esito dei prescritti controlli, la stazione appaltante provvede a recepire gli esiti della gara, disponendo l'aggiudicazione in favore del migliore offerente.

11.4 Il provvedimento impugnato in prime cure, in ragione del potere concretamente esercitato, non può essere qualificato come atto di aggiudicazione.

La stazione appaltante con la determinazione n. 130 del 2021, difatti, non ha riesaminato gli esiti della gara, non avendo inciso sulla valutazione delle offerte, sulla graduatoria dei concorrenti o sull'individuazione delle condizioni negoziali migliori da porre a base del contratto di appalto (aspetti, invece, propri dell'aggiudicazione); l'Amministrazione - oltre alla prescritta verifica dei requisiti ex art. 32, comma 7, D. Lgs. n. 50/16 (che certamente non dà luogo ad una nuova aggiudicazione, presupponendo la previa adozione del provvedimento di aggiudicazione) - si è invece limitata a valutare alcuni fatti sopravvenuti all'aggiudicazione (in specie, l'affitto di azienda) a fine di verificare la ricorrenza dei presupposti per fare luogo al subentro della National Service Group nel RTI aggiudicatario.

Il provvedimento impugnato in prime cure non esprime, dunque, un potere di aggiudicazione della gara (già esercitato), ma manifesta l'esercizio di un distinto potere amministrativo, di verifica dei presupposti per autorizzare la modifica *ex nunc* della composizione del RTI aggiudicatario.

Tanto emerge dallo stesso contenuto dispositivo dell'atto per cui è causa, tenuto conto che la stazione appaltante si è limitata, da un lato, a revocare la precedente determina di decadenza dell'aggiudicazione -con conseguente

reviviscenza dell'originaria aggiudicazione, comportando il ritiro in autotutela di un atto di secondo grado (nella specie di decadenza dell'aggiudicazione) la reviviscenza del titolo originario (Consiglio di Stato Sez. III, 14 gennaio 2013, n. 130) -, dall'altro, a "*richiamare la determinazione direttoriale n. 2091 del 9 luglio 2018 di aggiudicazione del Lotto 1 a cui si rinvia per relationem*", prendendo atto del subentro della National Services Group come mandante del RTI: l'Amministrazione, dunque, nel richiamare la precedente aggiudicazione, ha meramente confermato il relativo provvedimento, senza procedere al suo riesame, limitandosi ad una nuova istruttoria circoscritta al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e all'integrazione dei presupposti per il subentro della National Services Group nell'ambito del RTI Consorzio Integra.

11.5 L'opzione interpretativa accolta con la presente sentenza, del resto, risulta coerente con la disciplina positiva previgente, dettata dall'art. 51 D. Lgs. n. 163/06 che, nel regolare le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario, richiamava un mero potere di accertamento dell'Amministrazione ai fini dell'ammissione del nuovo operatore economico (cessionario, affittuario, ovvero soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione) "*alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione*", a seconda del momento temporale in cui fosse avvenuta la vicenda soggettiva in concreto rilevante.

Pertanto, l'autorizzazione del subentro, in relazione a vicende successive all'aggiudicazione, non avrebbe potuto determinare un riesame degli esiti della gara ai fini dell'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione, bensì avrebbe legittimato soltanto una verifica amministrativa funzionale all'ammissione del concorrente, nella nuova composizione, alla stipulazione del contratto, ferma rimanendo l'aggiudicazione già disposta.

Sebbene la disciplina dettata dall'art. 51 D. Lgs. n. 163/06 non sia stata riprodotta nell'attuale codice dei contratti pubblici, le relative previsioni, come osservato, costituivano un recepimento di principi già affermati in via

giurisprudenziale, da ritenere (per le considerazioni svolte *supra*, cui si rinvia) ancora oggi vigenti in materia; la disciplina ivi dettata può, pertanto, essere utilmente invocata nella presente sede (per la sua indubbia rilevanza interpretativa), al fine di escludere la possibilità di qualificare la determinazione n. 130 del 2021 quale atto di aggiudicazione della gara.

11.6 Il riconoscimento della determinazione n. 130 del 2021 quale nuova aggiudicazione, inoltre, condurrebbe a risultati applicativi non sostenibili.

Difatti, una tale qualificazione, per coerenza, dovrebbe imporre la riapertura, per tutti i concorrenti non vincitori della procedura, dei termini di decadenza per l'impugnazione dei risultati della gara.

L'aggiudicazione, in particolare, produce nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario *“un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del “bene della vita” rappresentato dall'aggiudicazione della gara”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 luglio 2019, n. 5234), ragion per cui una nuova aggiudicazione produrrebbe un nuovo *vulnus* ai concorrenti non risultati vincitori della gara, in tale modo legittimandoli a contestare la selezione dell'offerta migliore.

Un tale risultato, tuttavia, non sarebbe sostenibile a fronte di un atto amministrativo con cui la stazione appaltante si è limitata a richiamare un provvedimento di aggiudicazione assunto anni prima, senza procedere al riesame dei risultati della gara ivi divisati.

11.7 La tesi accolta con la presente sentenza risulta, infine, coerente con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 9/21 in ordine alla modifica della composizione dei Raggruppamenti Temporanei di impresa ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Sebbene nel caso di specie si faccia questione di affitto di azienda e, dunque, l'astratta ammissibilità del subentro dell'affittuaria nell'ambito del RTI non sia giustificabile sulla base dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, D. Lgs. n. 50/16 (regolante distinte fattispecie) -bensì in ragione della libertà contrattuale, della

libertà di iniziativa economica e del principio di continuità sostanziale dell'impresa (idonei ad attenuare la portata del principio di immodificabilità soggettiva del concorrente)-, l'Adunanza Plenaria, statuendo sulla modificazione della composizione del RTI, ha espresso un principio generale di “*c.d. sostituibilità procedimentalizzata*”, posto a tutela della trasparenza e della concorrenza, valori generali rilevanti anche in relazione alla modifica della composizione del RTI in esito al subentro dell'affittuario.

La sostituibilità procedimentalizzata, che l'Adunanza Plenaria non ha escluso possa verificarsi anche all'esito dell'aggiudicazione (rimettendo “*alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutare se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante*”), non implica una nuova aggiudicazione, ma l'avvio e la conclusione di un sub-procedimento di verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti per fare luogo alla modifica della composizione del RTI, nell'esercizio di un potere non riconducibile a quello di aggiudicazione.

11.8 Non potrebbe, peraltro, argomentarsi diversamente sulla base del *nomen iuris* attribuito dalla stazione appaltante all'atto di comunicazione della determinazione n. 130/21 – qualificato come comunicazione di aggiudicazione - , sia perché tale *nomen* non risulta nell'atto comunicato, il solo a rilevare ai fini della sua qualificazione, sia perché il *nomen iuris* impiegato nello svolgimento dell'attività giuridica non può ritenersi dirimente per l'interprete, occorrendo procedere alla qualificazione degli atti avendo riguardo al loro specifico contenuto.

Trattasi di principio generale applicabile anche in ambito amministrativo, essendosi precisato che “*ai fini della di una corretta qualificazione della sua natura l'atto amministrativo va interpretato non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto in base al suo specifico contenuto e risalendo al potere concretamente esercitato dall'amministrazione, prescindendo dal nomen iuris che gli è stato assegnato*” (cfr. Consiglio di Stato Sez. IV, 5 giugno 2020, n. 3552).

Pertanto, sulla base delle considerazioni svolte, avendo riguardo al contenuto motivazionale e dispositivo della determinazione in esame, deve escludersi la possibilità di una sua qualificazione alla stregua di aggiudicazione.

11.9 Per l'effetto, non essendosi in presenza di un provvedimento di aggiudicazione, non avrebbe potuto trovare applicazione il termine dilatorio di trentacinque giorni prescritto dall'art. 32, comma 9, D. Lgs. n. 50/16 ai fini della stipulazione del contratto, che nella specie risultava già decorso a far data dalla comunicazione della determinazione del 9 luglio 2018, di aggiudicazione del lotto in contestazione.

Di conseguenza, non avendo la sottoscrizione del contratto in data 1 febbraio 2021 violato il termine ex art. 32, comma 9, D. Lgs. n. 50/16, il Tar non avrebbe potuto riscontrare la grave violazione prevista dall'art. 121, comma 1, lett. c), c.p.a. e, dunque, non avrebbe potuto dichiarare l'inefficacia del contratto per cui è causa.

Nella specie, peraltro, non si era realizzata alcuna compromissione delle esigenze di tutela alla base del combinato disposto degli artt. 32, comma 9, D. Lgs. n. 50/16 e 121, comma 1, c.p.a, ben potendo il RTI GSA contestare, prima della stipulazione del contratto, le valutazioni della Commissione e la selezione dell'offerta migliore avvalendosi dei mezzi di ricorso previsti dall'ordinamento, insorgendo contro l'aggiudicazione del 2018.

11.10 Per mera completezza, si rileva che l'art. 121, comma 1, lett. c), c.p.a. prevede l'integrazione di una grave violazione a condizione che, tra l'altro, il vizio inficiante la legittimità del provvedimento di aggiudicazione "*abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento*".

Questo Consiglio ha precisato come non possa dichiararsi l'inefficacia del contratto qualora residuino in capo all'amministrazione appaltante poteri non ancora esercitati, con la conseguenza che l'annullamento dell'aggiudicazione (che si ripete nella specie non è riscontrabile) non sarebbe da solo sufficiente a rendere la società ricorrente automaticamente aggiudicataria dell'appalto e conseguentemente a farle conseguire, altrettanto automaticamente, la

declaratoria di inefficacia del contratto stipulato ed il subentro nel medesimo (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 4585).

Come (anche sotto tale profilo) correttamente censurato dall'appellante, nella specie non sussistono le condizioni per ritenere esaurito il potere discrezionale della stazione appaltante, non potendo ritenersi che, per effetto dell'emissione della presente sentenza, sussista un obbligo provvedimentale di individuare il RTI GSA quale nuova aggiudicataria della gara.

Come si osserverà *infra* e nella disamina del successivo motivo di appello, infatti, nel caso in esame si riscontrano illegittimità non solo in relazione all'autorizzazione al subentro della National Services Group e all'accertamento del possesso dei requisiti in capo alla National Services (alla stregua di quanto rilevato nella disamina del primo motivo di appello), ma anche con riguardo al provvedimento di archiviazione del procedimento di esclusione del RTI GSA; il che impone, dunque, un'ulteriore attività provvedimentale (discrezionale) da svolgere nella fase di riedizione del potere, tale da escludere, allo stato, la sussistenza di una pretesa del RTI GSA ad ottenere l'affidamento della commessa; profilo suscettibile di rilevare pure al fine di negare la dichiarazione di inefficacia del contratto.

11.11 Il motivo di appello, infine, risulta fondato -nei limiti di seguito precisati- anche nella parte in cui rileva, in via subordinata, come l'illegittimità dell'autorizzazione al subentro dell'affittuaria e l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo alla National Services risultino inidonee, per ciò solo, a determinare l'esclusione dell'intero Raggruppamento.

Come osservato nella disamina del primo motivo di appello, l'Amministrazione procedente, da un lato, non avrebbe potuto autorizzare il subentro della National Services Group, alla luce della complessiva operazione elusiva compiuta dall'affittante, dall'altro, avrebbe dovuto sia riscontrare una soluzione di continuità nel possesso del requisito ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16 in capo alla National Services, sia valutare

se l'operazione elusiva dalla stessa compiuta fosse idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16.

Allo stato, questo Consiglio può statuire esclusivamente sulle conseguenze discendenti dall'illegittimità dell'autorizzazione al subentro dell'affittuaria e dalla perdita del possesso ininterrotto del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16; non possono, invece, essere esaminate le conseguenze discendenti (altresì) dall'integrazione dell'ipotetica causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, trattandosi di circostanza ancora da accertare, rimessa alla valutazione discrezionale che la stazione appaltante dovrà svolgere nella fase di riedizione del potere; pertanto, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., il Collegio non può statuire sugli effetti discendenti da una circostanza oggetto di poteri amministrativi non ancora esercitati.

È invece possibile soffermarsi sugli effetti prodotti dall'illegittimità dell'autorizzazione del subentro e dalla soluzione di continuità nel possesso del requisito ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, trattandosi di circostanze già accertate con la presente pronuncia e oggetto di uno specifico motivo di appello articolato in via subordinata dal RTI Consorzio Integra (cfr. par. II.2.1 dell'appello), come tali rientranti nel *thema decidendum* dell'odierno giudizio.

11.11.1 Al riguardo, si osserva che, per effetto dell'annullamento della determinazione n. 130/21 nella parte in cui ha autorizzato il subentro dell'affittuaria National Service Group e non ha riscontrato una soluzione di continuità nel possesso del requisito ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16 in capo alla National Service (ancora titolare del ruolo di mandante del RTI aggiudicatario, in ragione dell'insussistenza dei presupposti alla base del subentro dell'affittuaria e dell'odierno annullamento *in parte qua* della relativa determinazione autorizzatoria), salva rimanendo l'esigenza di un ulteriore accertamento in sede amministrativa in relazione all'integrazione causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16 (e, dunque, ferme

rimanendo le possibili conseguenze discendenti da una tale verifica), la situazione giuridica che emerge è data dalla presenza, nell'ambito del RTI aggiudicatario, di una mandante incorsa nella causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, per avvenuta proposizione di una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F. in assenza dell'autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis L.F.

A fronte dell'integrazione di un motivo di esclusione ex art. 57, par. 4, Direttiva n. 24 del 2014, cui è riconducibile la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16 – in effetti corrispondente alla previsione di cui all'art. 57, par. 4, lett. b), della direttiva europea – non risulta predicabile un automatismo espulsivo, dovendo consentirsi all'operatore economico di dimostrare l'avvenuta adozione di misure riparatorie volte a garantirne l'affidabilità e integrità.

Come precisato da questo Consiglio (sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603), l'art. 57, paragrafo 6 della direttiva 2014/24/UE *“rappresenta esternazione del principio di proporzionalità (art. 5 TUE, paragrafo 4), quale principio generale del diritto dell'Unione, ragion per cui le amministrazioni nazionali non possono non tenerne conto nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi, come quello enunciato al paragrafo 4, lettera a) dell'articolo 57 della direttiva. Al contempo, le autorità tanto comunitarie quanto nazionali non possono imporre, sia con atti normativi che amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore (cioè sproporzionata) a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento sia idoneo (cioè adeguato all'obiettivo da perseguire) e necessario (nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile). Tale obiettivo può ben essere perseguito, secondo i giudici della CGUE, lasciando all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare, caso per caso, le particolari circostanze del caso di specie, e all'operatore economico quella di dimostrare la propria affidabilità malgrado la constatazione della violazione, dato che si tratta pur*

sempre di una violazione commessa non da lui direttamente, quanto piuttosto da un soggetto estraneo alla sua impresa”.

Per l'effetto, la stazione appaltante dovrebbe consentire all'operatore economico colpito da un motivo di esclusione riconducibile al disposto dell'art. 57, par. 4, Direttiva n. 24 del 2014, di dimostrare l'avvenuta adozione di misure riparatorie idonee ad impedire la conseguenza espulsiva dalla partecipazione dalla gara.

Pure ove tali misure fossero ritenute nella specie insufficienti, in ragione anche della particolare causa di esclusione in esame (non riguardante illeciti suscettibili di riparazione e implicante l'effettuazione di un'operazione elusiva), comunque non potrebbe pervenirsi all'esclusione automatica del RTI aggiudicatario, risultando la fattispecie concreta suscumbibile sotto la previsione dell'art. 48, commi 18 e 19-ter, D. Lgs. n. 50/2020.

11.11.2 Diversamente, da quanto dedotto dal RTI GSA, nel caso in esame, *ratione temporis*, deve infatti trovare applicazione la disciplina recata dall'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 nella formulazione successiva alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 56 del 2017.

Il Collegio intende, al riguardo, dare continuità all'indirizzo già espresso dalla Sezione (30 luglio 2020, n. 4858), che ammette l'applicazione della nuova formulazione dell'art. 48 D. Lgs. n. 50/16 anche alle procedure di gara indette anteriormente all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 56/17, ove venga in rilievo una fase procedimentale interamente svoltasi sotto la vigenza dello *jus superveniens*.

L'art. 131 D. Lgs. n. 56/2017, sotto la rubrica «Entrata in vigore», non detta infatti alcuna disciplina specifica intertemporale o transitoria, prevedendone semplicemente l'entrata in vigore decorsi quindici giorni dalla data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 5 maggio 2017 (il decreto è pertanto entrato in vigore il 20 maggio 2017).

In particolare, a differenza dalla disciplina intertemporale dettata dall'art. 216, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016 per l'entrata in vigore del nuovo codice dei

contratti pubblici, l'art. 131 D. Lgs. n. 56/2017 non prevede l'ultrattività della disciplina previgente per tutte le procedure il cui bando sia stato pubblicato anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina.

Ritiene pertanto il Collegio che, in assenza di una specifica disciplina intertemporale, debba trovare applicazione il principio generale *tempus regit actum*, con la conseguente applicabilità anche alle procedure di evidenza pubblica in corso, tenendo conto delle relative fasi procedimentali.

Nel caso di specie tutti gli elementi della fattispecie concreta sussumibile sotto la fattispecie astratta delineata dalla novella legislativa sono venuti ad esistenza nella fase successiva all'aggiudicazione del luglio 2018, ossia in pendenza della fase di verifica dei requisiti e di integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione, costituente un segmento procedimentale a sé stante nell'ambito della gara, antecedente la stipula del contratto e la sua esecuzione.

Pertanto, in virtù del sopra richiamato principio regolatore del regime di individuazione della norma applicabile *ratione temporis*, non può che trovare applicazione la nuova disciplina; ciò, tanto più, qualora dalla relativa applicazione non solo non derivi uno stravolgimento dell'offerta, ma resti, per contro, conservato l'esito della gara maggiormente rispondente all'interesse pubblico acchè i lavori vengano realizzati secondo l'offerta risultata la migliore secondo i criteri stabiliti dalla *lex specialis* di gara.

11.11.3 Le disposizioni previste dalla novella prevedono che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento aggiudicatario la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi l'impresa mandataria della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

In particolare, la disposizione contenuta nel comma 17 consente alla stazione appaltante di "*proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di*

qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire” – per quanto qui interessa – “in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione”, “ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’art. 80” [inciso, inserito nel comma 17 dall’art. 32, comma 1, lettera e), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56], facendo “[s]alvo quanto previsto dall’art. 110, comma 5”.

Il comma 18 detta una disposizione analoga per le imprese mandanti.

La disposizione contenuta nel comma 19 consente il recesso di una o più imprese raggruppate *“esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimaste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”*, specificando (come osservato) che *“[i]n ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”*.

Infine, la disposizione contenuta nel comma 19-ter [aggiunto dall’articolo 32, comma 1, lettera h), d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56] estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 – ivi limitata alla fase dell’esecuzione del contratto – anche alla fase di gara.

La ratio che sorregge la sopra riportata disciplina estensiva delle deroghe al principio dell’immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari sancito dall’art. 48, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 è costituita sia dall’incentivazione della libera concorrenza e della massima partecipazione sia dall’esigenza di garantire, per quanto possibile, la stabilizzazione dell’offerta risultata migliore nell’interesse pubblico della qualità delle opere, sia, nella fase dell’esecuzione, la continuità e tempestività dei lavori.

Pertanto, stante l’applicabilità della disciplina novellata di cui ai commi 18 e 19ter dell’art. 48 cit., come correttamente dedotto dall’appellante, salvo l’accertamento in ordine all’integrazione (altresì) della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, l’Amministrazione,

riscontrato che la società mandante National Services ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, senza essere stata utilmente autorizzata dal tribunale fallimentare a partecipare alla gara, ritenute insufficienti le misure riparatorie all'uopo documentate, dovrebbe consentire l'estromissione della mandante, assegnando, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno, tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara (cfr. Adunanza Plenaria n. 9 del 2021 cit.), comunque verificando se il RTI, nella eventuale composizione così modificata in riduzione, sia comunque in possesso dei requisiti occorrenti per l'espletamento della commessa.

12. Con il terzo motivo di appello è censurato il capo decisorio con cui il Tar ha rigettato il ricorso incidentale proposto in prime cure.

12.1 Invero, secondo quanto dedotto dall'appellante, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il RTI GSA, sussistendo cause di esclusione in capo alle mandanti Engie e Florovivaistica.

In particolare, in relazione alla mandante Engie:

- la società avrebbe preso parte ad una intesa restrittiva della concorrenza accertata con provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; la circostanza per cui tale provvedimento fosse stato annullato dal Tar Lazio con sentenza n. 8768/20, non avrebbe potuto impedire alla stazione appaltante di valutare autonomamente i fatti sottesi alla vicenda ai fini della ricorrenza del grave illecito professionale; peraltro, si tratterebbe di una pronuncia di primo grado censurata con ricorsi pendenti in appello;
- la società avrebbe reso nel 2019 una dichiarazione recante omissioni in ordine alla sussistenza di precedenti condotte contrarie ai doveri posti da norme penali, civili ed amministrative, accertate da sentenze definitive e, in alcuni casi, non definitive, con emersione di una condotta suscettibile di rilevare ai fini della ricorrenza del grave illecito professionale e della

violazione del vincolo fiduciario; condotta, afferente alla falsa o omissiva dichiarazione, non valutata dall'Amministrazione;

- la stazione appaltante, in particolare, avrebbe omesso di valutare la rilevanza della mancata dichiarazione sia delle sentenze del Tribunale di Roma e Milano con le quali era stata accertato il grave inadempimento di Engie nei confronti dei propri subappaltatori (ancorché rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c-quater del Codice), sia dei procedimenti penali e dei provvedimenti adottati dalla magistratura penale, che, al contrario, era stata valutata dal RUP come ulteriore elemento incisivo sul vincolo fiduciario;
- la società avrebbe presentato preventivi falsi fuorvianti la valutazione di congruità dell'offerta presentata nell'ambito di una distinta procedura di gara; tale circostanza avrebbe comunque dovuto essere dichiarata, a nulla rilevando a tali fini la mancata adozione di un provvedimento espulsivo da parte della stazione appaltante procedente, trattandosi di elementi all'epoca non conosciuti dalla relativa Amministrazione, emersi soltanto su iniziativa del secondo classificato in sede giurisdizionale; parimenti, la presentazione di preventivi falsi avrebbe dovuto essere valutata ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), a prescindere dall'inserimento della relativa circostanza nel casellario informativo tenuto dall'Anac; sotto il profilo temporale, il *dies a quem* non coinciderebbe con la data di esercizio del potere valutativo, stante la necessità di applicare il principio di necessaria continuità dei requisiti di qualificazione, con la conseguenza che la condotta sarebbe irrilevante solo se il triennio scadesse prima della domanda di partecipazione, circostanza nella specie non realizzatasi; diversamente da quanto dedotto dal Tar, la stazione appaltante non avrebbe neppure valutato la condotta in esame quale illecito;
- la stazione appaltante, in ordine alla condanna ex D. Lgs. n. 231/2001, si sarebbe espressa solo sulla mancata dichiarazione, senza operare alcuna valutazione in ordine alla rilevanza della stessa ai fini escludenti, non risultando peraltro neppure acquisita copia della sentenza che accertava la relativa violazione;

- la stazione appaltante, parimenti, sarebbe incorsa in errore nel non riscontrare l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-quater, d. Lgs. n. 50/16, non avendo acquisito le sentenze e del Tribunale di Roma del 31 gennaio 2018 e del Tribunale di Milano del 7 febbraio 2019, del 13 ottobre 2017 e del 15 novembre 2016 e avrebbe valutato solo tale ultima sentenza sulla base della presunta esiguità della sanzione, senza, dunque, procedere ad una valutazione ponderata e complessiva dei plurimi inadempimenti nei confronti dei sub-appaltatori, per un importo superiore ad € 400.000,00, rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-quater cit.;

- Engie avrebbe omesso di dichiarare una risoluzione contrattuale disposta nell'anno del 2016 da altra stazione appaltante e una contestazione di inadempimento opposta nel 2019 da altra stazione appaltante.

Avuto riguardo alla posizione della Cooperativa Florovivaistica del Lazio, l'appellante deduce, parimenti, l'erroneità della decisione del Tar, evidenziando l'illegittimità della determinazione al riguardo assunta dall'Amministrazione appellata.

In particolare:

- il soggetto condannato in sede penale rivestiva la carica di componente del Consiglio di Amministrazione, cui competerebbe l'amministrazione ordinaria e straordinaria, ragion per cui lo stesso avrebbe dovuto essere compreso tra i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione ex art. 80 D. Lgs. n. 50/16, come dimostrato dall'acquisizione al sistema AVCPass della sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Velletri;

- la sentenza di condanna risultava emessa anteriormente alla data della dichiarazione presentata in sede di gara e, comunque, era stata pronunciata su opposizione proposta dal condannato avverso il decreto penale di condanna non dichiarato;

- il reato in esame sarebbe, inoltre, connotato dalla gravità, facendosi questione di furto aggravato e prolungato di energia a danno dell'Enel compiuto anche mediante manomissione del contatore.

Il Tar avrebbe errato nel rigettare tali censure, statuendo sulla base di una motivazione carente, perplessa, contraddittoria, e, comunque, erronea che non solo avrebbe violato le norme ed i principi di riferimento ma sarebbe stata anche contrastante con le evidenze documentali.

12.2 Il motivo di appello è fondato soltanto in parte, nei limiti di quanto di seguito precisato.

12.3 Preliminarmente, giova ribadire come, in ragione dell'effetto devolutivo dell'atto di appello e della tassatività delle fattispecie di rimessione della causa al primo giudice ex art. 105 c.p.a., il vizio motivazionale così come l'omessa pronuncia non sono idonei a determinare l'annullamento della sentenza con rinvio al Tar (non configurando una fattispecie di violazione del diritto di difesa della parte), bensì impongono di decidere in sede di gravame le censure asseritamente non esaminate o erroneamente motivate in primo grado (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 10 del 2018).

12.4 Sempre in via preliminare, nel rito, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del motivo di appello per mancata impugnazione delle note nn. 161139 del 2020 e 1286 del 2021 del RUP - che formulavano una valutazione ostativa all'esclusione del RTI GSA -, non facendosi questione di provvedimenti amministrativi, suscettibili di consolidare, in caso di loro mancata impugnazione, un assetto di interesse incompatibile con la realizzazione della pretesa sostanziale azionata dal RTI Consorzio Integra, tale da determinare l'inammissibilità per difetto di interesse dell'impugnazione proposta dall'odierno appellante.

Trattasi, infatti, di note che esprimevano il contributo istruttorio fornito dal RUP ai fini delle valutazioni che la stazione appaltante avrebbe dovuto assumere in relazione alla posizione del RTI GSA; pertanto, la lesione della posizione giuridica dell'odierno appellante, idonea a radicare l'interesse al ricorso, non era integrata dalle note nn. 161139 del 2020 e 1286 del 2021, recanti esclusivamente il punto di vista del RUP in ordine alle questioni ancora da decidere in sede amministrativa (come tale inidoneo a conformare il

futuro esercizio del potere provvedimentale), ma dalla determinazione n. 127 del 2021 con cui la stazione appaltante ha al riguardo assunto la relativa decisione, archiviando il procedimento di esclusione avviato nei confronti di Engie e della società Cooperativa Florovivaistica e ritenendo conforme alla normativa di riferimento l'ammissione delle due società e dell'intero RTI alla gara per cui è causa.

Correttamente, pertanto, il RTI Consorzio Integra ha indirizzato la propria impugnazione contro l'atto lesivo della propria sfera giuridica, dato dalla determinazione n. 127/21, non potendo la mancata censura delle note nn. 161139 del 2020 e 1286 del 2021 ostare alla disamina nel merito delle censure impugnatrici articolate in giudizio.

In ogni caso, si rileva che lo stesso RUP aveva assunto una nuova posizione (nota n. 1286 del 19.1.2021 – doc. 12 produzione stazione appaltante in primo grado), favorevole all'ammissione del RTI GSA, con conseguente rivalutazione delle considerazioni svolte con le note nn. 161139 del 2020 e 1286 del 2021, da ritenere, pertanto, non più attuali sul piano istruttorio.

12.5 Parimenti, l'eccezione di inammissibilità opposta dal RTI GSA in relazione alla natura plurimotivata della determinazione n. 127/21 non può determinare un giudizio di complessiva inammissibilità del motivo di appello.

Il RTI GSA richiama correttamente l'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale, a fronte di un atto sorretto da plurime autonome ragioni giustificatrici, *“è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale; in sostanza, in caso di atto amministrativo, fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le una dalla altre, il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento (Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2910; sez. V, 12 settembre 2017, n. 4297; sez. V, 21 agosto 2017, n. 4045)”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2019, n. 6190).

Tale indirizzo, tuttavia, opera nel caso in cui si sia in presenza di un'unica decisione sorretta da plurime ragioni giustificatrici.

Nel caso di specie, invece, si è in presenza di un atto formalmente unitario (trattandosi di un unico documento), ma sostanzialmente complesso, avendo la stazione appaltante con la determinazione in parola assunto plurime decisioni, ciascuna delle quali riguardante la sussistenza di un autonomo requisito di partecipazione in capo a taluna delle società componenti il RTI GSA. In taluni casi la singola decisione è stata giustificata sulla base di plurime ragioni giustificatrici (tutte militanti per la ricorrenza del requisito di partecipazione).

Pertanto, l'indirizzo giurisprudenziale valorizzato dal RTI GSA può essere apprezzato nel prosieguo della trattazione soltanto in relazione alle decisioni, riguardanti la sussistenza di un autonomo requisito di partecipazione in capo alle società componenti il RTI GSA, giustificata da plurime e autonome *rationes decidendi*, di cui almeno una immune dai vizi di legittimità censurati dall'appellante.

Tale indirizzo, invece, non potrebbe operare per impedire, una volta riscontrata la legittimità di un'autonoma *ratio decidendi* in ordine al possesso di uno specifico requisito di partecipazione in capo ad una data società, per impedire la disamina delle censure impugnatorie contro le ulteriori decisioni aventi ad oggetto la sussistenza di diversi requisiti di partecipazione.

12.6 Alla luce di tali precisazioni, è possibile soffermarsi sulle singole censure impugnatorie.

12.7 In primo luogo, devono essere disattese le censure volte a contestare la legittimità della determinazione n. 127 del 2021, nella parte in cui ha escluso che la partecipazione ad un'intesa restrittiva della concorrenza, accertata con provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, potesse dare luogo all'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16.

Come precisato dalla Corte di Giustizia, “*una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che accerta una violazione delle norme in materia di concorrenza, non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di*

aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato (v., in tal senso, sentenza del 13 dicembre 2012, Forposta e ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punto 31)» (Corte di Giustizia U.E., ordinanza del 4 giugno 2019, in causa C-425/18, punto 34, CNS);

L'adozione di un provvedimento sanzionatorio, implicante l'accertamento di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, non produce, dunque, quale effetto immediato e diretto, l'integrazione di un grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, occorrendo a tali fini una valutazione autonoma della stazione appaltante procedente in ordine ai fatti contestati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (anche alla luce degli elementi di prova fondanti l'accertamento dell'infrazione) e alla loro idoneità ad influire sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico; in altre parole, occorre, *“una valutazione individualizzata del comportamento del concorrente all'interno della vicenda collusiva nella quale è risultato coinvolto”* (Consiglio di Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2088).

Peraltro, come osservato, facendosi questione di una valutazione discrezionale rimessa all'Amministrazione procedente, il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo non può assumere valenza sostitutiva, dovendo limitarsi al riscontro "esterno" della non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2021, n. 4248).

Avuto riguardo al caso di specie, la stazione appaltante ha aderito alle considerazioni svolte dal RUP con nota n. 161139 del 2020 -richiamata *per relationem* dalla stessa determinazione n. 127/21 – rilevando, in relazione alla posizione della società ENGIE destinataria di una sanzione antitrust, che: *“questa Amministrazione per l'effetto della sentenza del TAR n. 8768/2020, si trova nell'impossibilità giuridica di valutare i fatti presi in considerazione dell'Autorità Garante*

della Concorrenza e del Mercato nell'irrogazione della sanzione, al fine di determinarsi sulla sussistenza o meno di un grave illecito professionale tale da rendere dubbia l'affidabilità e la integrità della società ENGIE SERVIZI e quindi, di riflesso, del raggruppamento temporaneo di imprese con la mandataria GSA. Ne consegue, sotto il profilo segnalato, l'affidabilità della società e del correlato raggruppamento di imprese...".

La stazione appaltante ha, dunque, valorizzato la sentenza n. 8768/20, con cui il Tar Lazio aveva annullato il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella parte in cui recava l'accertamento di un'infrazione antitrust a carico della società Engie, mandante del RTI GSA.

La valutazione dell'Amministrazione è immune dai vizi di legittimità articolati dall'appellante, avendo ragionevolmente ritenuto che l'annullamento giurisdizionale del provvedimento antitrust (in relazione alla posizione del concorrente) impedisse di configurare un illecito professionale suscettibile di influire sull'affidabilità e sull'integrità della società Engie ai fini dell'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cit.

La legittimità del provvedimento amministrativo, infatti, va accertata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del *tempus regit actum* (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 8 marzo 2021, n. 1908); sicché, la stazione appaltante ha correttamente valorizzato che, al momento della decisione amministrativa, il provvedimento antitrust risultava annullato in giudizio, ragion per cui dallo stesso non avrebbero potuto trarsi argomenti a sostegno dell'integrazione di un illecito professionale, idonei a legittimare l'esclusione del concorrente dalla gara.

Sempre in applicazione del principio del *tempus regit actum*, non potrebbe giungersi a risultati differenti, rilevando che la sentenza n. 8768/2020 era stata appellata e che, dunque, sussisteva incertezza in ordine all'esito del relativo giudizio di appello: al riguardo, occorre infatti valutare la situazione giuridica e fattuale che l'Amministrazione poteva apprezzare al momento

dell'adozione del provvedimento - connotata dall'annullamento del provvedimento sanzionatorio, non passato immune al filtro giurisdizionale -, con conseguente irrilevanza di circostanze suscettibili di sopravvenire a tale data.

12.8 Non possono neppure essere condivise le censure con cui l'appellante deduce, in via generale, l'illegittimità dell'operato amministrativo, per non avere la stazione appaltante valutato le omissioni dichiarative del RTI GSA, emergenti dalla dichiarazione del 2019, in ordine a precedenti condotte contrarie ai doveri posti da norme penali, civili ed amministrative, accertate da sentenze definitive e, in alcuni casi, non definitive.

Al riguardo, si osserva che l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (n. 16 del 2020), ha precisato che:

- 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;
- 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;
- 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;
- 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.

Ne deriva che la violazione degli obblighi informativi che incombono sui partecipanti alle pubbliche gare intanto può comportare l'esclusione del concorrente reticente, in quanto essa sia stata valutata dalla Stazione appaltante in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso sì che *“l'esclusione non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l'omissione dichiarativa abbia intaccato l'attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2021, n. 4641).

Alla luce di tali principi, non è possibile fondatamente contestare l'omessa valutazione – a cura della stazione appaltante – delle omissioni dichiarative in cui sia incorso il RTI GSA.

Difatti, con la determinazione n. 127/21 l'Amministrazione:

- ha dato atto che il RUP aveva ritenuto che le circostanze emerse nella dichiarazione del 2020 dovessero essere incluse nella dichiarazione precedente (2019) e che tali omissioni informative configurassero la fattispecie di cui alle lettere c-bis dell'art. 80 del Codice dei Contratti;
- ha dato atto che il RUP con la nota prot. n. 1286 del 19 gennaio 2021, a seguito di un parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, aveva mutato il proprio avviso, formulando una valutazione positiva sull'ammissione del RTI GSA al prosieguo della gara;
- ha ritenuto irrilevante l'omissione dichiarativa riferita all'assenza della sentenza di condanna non definitiva per reati di cui al d. lgs. n. 213/2001, non sembrando che la sentenza fosse intervenuta alla data della prima dichiarazione;
- ha escluso che ricorresse un obbligo dichiarativo in relazione a quanto risultante dalla sentenza del Tar Lazio n. 235/17, anche alla luce di quanto ritenuto da questo Consiglio con sentenza n. 6530/20 in merito alla necessità

che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento;

- ha pure valorizzato il par. 4.2 linee guida n. 6 dell'Anac, in combinato disposto con l'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, in ordine alla rilevanza del casellario informativo di cui all'art. 213, comma 10, D. Lgs. n. 50/16;

- ha ritenuto di esprimere un giudizio di affidabilità della società Engie per tutte le questioni elencate nella dichiarazione del 2020 precedenti alla determinazione direttoriale n. 758 del 9 marzo 2017 in relazione alle preclusioni previste dal rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e per le questioni successive a tale data in quanto 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.

Ne deriva che la stazione appaltante, lungi dall'omettere ogni valutazione sulle omissioni dichiarative, ha espressamente riconosciuto l'esistenza di tali omissioni, ritenendo tuttavia che le medesime fossero inidonee a determinare l'esclusione del concorrente, perché non incidenti sulla fiducia e sull'affidabilità dell'operatore economico, tenuto conto, pure, dell'esigenza (valorizzata attraverso il rinvio alla sentenza n. 6530/20 di questo Consiglio), che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento; con la conseguenza che nella specie, in quanto le circostanze in contestazione, oltre ad essere ancora pendenti, non risultavano iscritte al Casellario dell'ANAC, nessuna causa di esclusione avrebbe potuto essere riscontrata in conseguenza delle relative omissioni dichiarative.

Per l'effetto, non determinando l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione una automatica esclusione dalla gara, il RTI Consorzio Integra avrebbe sì potuto censurare, in relazione alle singole omissioni dichiarative, le ragioni per cui il giudizio espresso dalla stazione appaltante in ordine alla loro irrilevanza ai fini escludenti fosse irragionevole, incongruo o inficiato da un travisamento dei fatti (come, invero, pure avvenuto ad esempio in relazione alle omissioni concernenti la presentazione di preventivi ritenuti falsi nell'ambito di una diversa procedura di gara o le sentenze di condanna di Engie al pagamento delle spettanze economiche in favore dei propri subappaltatori, infra esaminate), ma non poteva fondatamente contestare in via generalizzata la mancata valutazione delle omissioni dichiarative in cui era incorso il RTI GSA, trattandosi di circostanze comunque esaminate in sede procedimentale dalla stazione appaltante (anche attraverso il rinvio ai rilievi operati dal RUP e ad un parere dell'Avvocatura Generale dello Stato) e ritenute irrilevanti ai fini dell'esclusione del RTI GSA.

12.9 Non risultano fondate neppure le doglianze riguardanti la presentazione di preventivi in ipotesi falsi, suscettibili di fuorviare la valutazione di congruità dell'offerta presentata da Engie nell'ambito di una distinta procedura di gara.

Al riguardo, la stazione appaltante, ravvisata comunque l'irrilevanza dell'omissione dichiarativa ai sensi di quanto *supra* precisato, ha ritenuto che la presentazione di preventivi falsi fosse inidonea ad influire sull'affidabilità del concorrente sulla base di plurime e autonome *rationes decidendi*, rilevando che:

- era decorso il termine triennale di cui all'art 80, comma 12 del D. Lgs.n. 50/2016, trattandosi di circostanza accertata con la sentenza del T.A.R. Lazio 9 gennaio 2017 n. 235;
- risultavano assenti condanne risarcitorie, provvedimenti sanzionatori delle competenti Autorità e dell'ANAC, che infatti non aveva inserito nel Casellario informatico della società ENGIE il fatto accertato dalla sentenza *“(anche in ragione della qualificazione giuridica dello stesso non consistente in un precedente*

provvedimento amministrativo di esclusione da una procedura di gara o di una contestazione in giudizio di quest'ultimo bensì di una pronuncia del giudice amministrativo del 2017 che ha annullato l'aggiudicazione disposta da altra stazione appaltante in favore di Cofely (ora Engie Servizi), per un vizio riscontrato in sede di giudizio di anomalia dell'offerta – la presentazione di preventivi sconosciuti dalle stesse imprese emittenti - che ha reso l'esito del giudizio di anomalia inattendibile”;

- ha richiamato la sentenza del Tar Lazio n. -OMISSIS-/20 in ordine alla tardività delle contestazioni svolte dal RTI Consorzio Integra;

- ha comunque ritenuto, come sopra rilevato, che il concorrente doveva ritenersi meritevole di un giudizio di affidabilità per tutte le questioni elencate nella dichiarazione del 2020 precedenti alla determinazione direttoriale n. 758 del 9 marzo 2017 in relazione alle preclusioni previste dal rito ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. e per le questioni successive a tale data in quanto 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.

La decisione della stazione appaltante di ritenere comunque affidabile la società Engie nonostante l'omessa dichiarazione della circostanza fattuale in argomento (presentazione di preventivi sconosciuti dalle imprese emittenti nell'ambito di una distinta gara) e, comunque, nonostante la commissione del relativo fatto resiste alle censure impugnature proposte dall'appellante, essendosi in presenza di una valutazione non inficiata da manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto.

Difatti, l'Amministrazione ha valorizzato ragionevolmente le circostanze per cui la presentazione di preventivi sconosciuti dalle ditte emittenti non aveva comportato l'adozione di provvedimenti sanzionatori a carico dell'operatore economico, né aveva formato oggetto di condanne risarcitorie; la stessa Anac non aveva provveduto all'iscrizione della relativa circostanza nel casellario

informativo; la condotta, inoltre, risale nel tempo, essendo stata accertata nel 2017.

In relazione a tale ultimo elemento, pure prescindendo dal limite temporale (il triennio) entro il quale il fatto assume rilevanza ai fini escludenti ai sensi dell'art. 80, comma 10 bis, D. Lgs. n. 50/16 – sembrando che un tale limite riguardi il periodo durante il quale il concorrente può considerarsi privo del requisito di partecipazione (in caso di ritenuta integrazione della fattispecie escludente) e non il termine entro cui deve essere assunto il provvedimento di esclusione, con la conseguenza che, ove la domanda di partecipazione sia stata presentata, come nella specie, entro il triennio e il provvedimento dell'Amministrazione ex art. 80, comma 5, D. Lgs. n. 50/16 sia successivo a tale limite, il fatto in esame comunque rileverebbe perché sarebbe idoneo a determinare una soluzione nel possesso ininterrotto del requisito durante l'intera procedura di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. Vm 8 aprile 2021, n. 2838, che discorre di “*irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore alla adozione degli atti indittivi*”, a dimostrazione di come non possa aversi riguardo, quale *dies a quem*, alla data di adozione del provvedimento di esclusione) - la risalenza nel tempo poteva comunque rilevare per manifestare l'episodicità della condotta e la sua inidoneità ad influire sull'integrità e sull'affidabilità dell'operatore economico.

Parimenti rilevante risultava il fatto che la presentazione dei preventivi *de quibus* non aveva dato luogo ad alcun provvedimento di esclusione neppure nell'ambito della gara in cui i documenti erano stati prodotti, con la conseguenza che il medesimo fatto, non reputato rilevante dalla stessa stazione appaltante titolare della potestà provvedimentale direttamente influenzata dalla esibizione dei documenti *de quibus*, difficilmente avrebbe potuto essere apprezzata per l'esclusione da una diversa gara tenuta a distanza di tempo dal fatto in contestazione.

Né, sotto tale profilo, potrebbe sostenersi che, facendosi questione di circostanza accertata in costanza di giudizio, la stazione appaltante non

avrebbe potuto apprezzarne la rilevanza al fine di assumere le determinazioni di competenza.

Una volta emessa la sentenza n. 235/17 cit. e appreso il disconoscimento dei preventivi esibiti dal concorrente, la stazione appaltante, nella fase di riedizione del potere, avrebbe ben potuto decidere di escludere il concorrente, in ipotesi, valutando il complessivo comportamento tenuto nell'ambito della procedura di affidamento.

Secondo quanto emergente dal provvedimento per cui è causa, invece, ciò non è avvenuto, essendosi limitata l'Amministrazione procedente ad una rivalutazione dell'offerta presentata dal concorrente, reputandone l'anomalia, con la conseguenza che il mancato affidamento dell'appalto non è stato determinato dall'esclusione del concorrente primo classificato per l'integrazione di un illecito professionale o per la produzione di documenti falsi, ma soltanto per l'inidoneità dell'offerta a garantire un margine di profilo imprenditoriale idoneo a sostenere l'affidabilità dell'offerta (profilo, di per sé, non integrante una condotta illecita sul piano professionale).

Alla luce delle considerazioni svolte:

- da un lato, non si era in presenza, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f) ter, D. Lgs. n. 50/16, di un operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti;
- dall'altro, l'omissione dichiarativa e, comunque, la condotta in contestazione tradottasi nella presentazione nell'ambito di una distinta gara di preventivi disconosciuti dalle imprese emittenti, non avrebbero potuto dare luogo ad un'automatica conseguenza espulsiva ex art. 80, comma 5, lett. c) e c.bis) D. Lgs. n. 50/16, essendo rimesso il loro apprezzamento alla decisione discrezionale della stazione appaltante, nella specie congruamente motivata nel senso dell'affidabilità del concorrente.

Tale conclusione, del resto, è coerente con un precedente pronunciamento di questo Consiglio (n. 5926 del 2019), intervenuto su analoga questione, con cui è stata valorizzata l'assenza di segnalazioni in danno dell'operatore economico, la mancata iscrizione da parte dell'Anac del fatto in ipotesi illecito nel casellario informatico e, comunque, la mancata integrazione degli estremi della falsità documentale (sia nell'accezione del falso "commissivo" tradizionalmente inteso che in quella del falso cd. "omissivo"), non potendosi pertanto escludere che la mancata dichiarazione della circostanza esaminata fosse una semplice omissione sul presupposto della sua irrilevanza, come tale non significativa di un illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) e c.bis), D. Lgs. n. 50/16.

12.10 Con un'ulteriore censura il RTI Consorzio Integra deduce l'illegittimità della determinazione impugnata in via incidentale in primo grado, per essersi la stazione appaltante, in ordine alla sentenza di condanna ex D. Lgs. n. 231/2001, espressa solo sulla mancata dichiarazione, senza operare alcuna valutazione in ordine alla rilevanza della stessa ai fini escludenti, non risultando peraltro neppure acquisita copia della sentenza che accertava la relativa violazione.

La censura è fondata in relazione al denunciato difetto di istruttoria.

Alla stregua di quanto emergente in atti, risulta che:

- con nota n. 163318 del 19.11.2020 (doc. 8 deposito primo grado della stazione appaltante) il RUP ha valorizzato, tra le nuove circostanze dichiarate nel febbraio 2020 dal RTI GSA, un "*Procedimento penale incardinato presso il Tribunale di Roma con RG 30778/2013 a carico dell'ex Direttore Generale aggiunto della Cofely, 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 stazione appaltante con nota del 25.11.2020 (doc. 11 deposito primo grado della stazione appaltante) ha comunicato alla Engie Servizi e al RTI GSA l'avvio del procedimento di esclusione, richiamando altresì la condanna inflitta in primo grado ex D. Lgs. n. 231/2001;
- la Engie ha esercitato le proprie facoltà procedimentali presentando apposita memoria difensiva in data 4.12.2020 e 30.12.2020;
- la stazione appaltante, in relazione all'omissione dichiarativa riferita alla condanna ex D. Lgs. n. 231/01, ha rilevato che, *“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 (2019)”*.

Sebbene, come *supra* osservato, non possa censurarsi la mancata valutazione dell'omissione informativa, risultando la relativa circostanza comunque esaminata dalla stazione appaltante, può invece riscontarsi un difetto di istruttoria alla base della valutazione comunque compiuta, non emergendo gli elementi istruttori che hanno permesso di accertare che alla data del 16 gennaio 2019 la condanna in primo grado non era intervenuta, in quanto pubblicata in data 24 gennaio 2019.

Difatti, da un lato, è la stessa Amministrazione ad impiegare una locuzione (*“non sembra ...”*) che, ove riferita a circostanze fattuali, dimostra l'incertezza in ordine alla loro esistenza, a conferma dell'assenza di un'adeguata istruttoria in ordine ai presupposti fattuali alla base della decisione amministrativa; dall'altro, come dedotto dall'appellante, non risulta che l'Amministrazione abbia acquisito la sentenza penale in esame; il che manifesta ulteriormente il difetto di istruttoria, non essendosi acquisito un atto rilevante per dimostrare una circostanza fattuale sulla cui base è stata assunta la decisione amministrativa (la data di pubblicazione della sentenza).

Per l'effetto, la decisione della stazione appaltante di ritenere irrilevante l'omissione informativa riferita alla sentenza ex D. Lgs. n. 231/01 non è supportata da un'adeguata istruttoria, come fondatamente censurato dall'appellante.

Né potrebbe argomentarsi diversamente, facendo leva sull'asserita irrilevanza del precedente giudiziario ai fini della configurazione dell'obbligo dichiarativo e, dunque, dell'integrazione di una fattispecie escludente.

Difatti, come rilevato dall'Adunanza Plenaria (n. 16/2020), *“in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso”*; alla luce di tale principio, questo Consiglio ha rilevato che anche una pronuncia civile o una pronuncia penale, che accerti la commissione di un reato da parte di amministratori della società partecipante alla procedura anche solo allo scopo di applicare una misura cautelare o solamente la prospetti all'esito dell'attività di indagine disponendo il rinvio a giudizio, va dichiarato allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all'esito della quale è stato adottato, tenuto conto che *“è quest'ultima che la stazione appaltante è tenuta ad apprezzare per dire se il concorrente abbia commesso un “grave illecito professionale”, inteso come comportamento contrario ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, incidente sulla sua affidabilità professionale”* (Consiglio di Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6407).

Ne deriva che l'emissione di una sentenza di condanna ex D. Lgs. n. 231/01, riguardando un fatto, astrattamente in grado di far dubitare della integrità e affidabilità professionale dell'operatore economico chiamato all'esecuzione di un contratto d'appalto, di cui lo stesso concorrente non poteva non essere consapevole in ragione della sua afferenza alla società e del suo disvalore giuridico implicito nella condanna in sede penale, avrebbe dovuto essere oggetto di dichiarazione, ferma rilevando la possibilità per l'Amministrazione

di valutare una tale omissione dichiarativa (ove in concreto riscontrabile) al fine di formulare il giudizio di affidabilità e integrità del concorrente.

Si conferma, dunque, che l'omissione informativa risultava rilevante al fine di verificare l'integrazione di una causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c bis D. Lgs. n. 50/16, con la conseguenza che il difetto di istruttoria in ordine alla ricostruzione delle circostanze fattuali alla base della decisione amministrativa (con cui è stata negata la ricorrente di un'omissione informativa imputabile al concorrente) è idonea ad influire sulla legittimità della determinazione per cui è causa.

Le ulteriori e specifiche deduzioni difensive svolte dal RTI GSA in ordine all'inidoneità della condanna ad incidere sull'affidabilità del concorrente, in quanto relative ad una decisione inficiata da difetto di istruttoria, implicante la riedizione del pubblico potere, e comunque non oggetto di specifica valutazione nell'ambito del provvedimento per cui è causa, dovranno essere esaminate dalla stazione appaltante in esecuzione della presente pronuncia.

12.11 Risulta meritevole di accoglimento anche la censura riguardante la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-quater, D. Lgs. n. 50/16, esemplificativo di una condotta illecita comunque rilevante quale illecito professionale anche ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16 nella formulazione anteriore alle modifiche apportate con D. L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella L. 14 giugno 2019, n. 55.

Al riguardo, il RTI GSA aveva dichiarato nella propria dichiarazione del 2020 (doc. 10 produzione stazione appaltante in primo grado), con riferimento "*alle circostanze astrattamente rilevanti in base alla previsione dell'art. 80, comma 5, c quater), per puro scopo informativo...*", l'esistenza di alcune sentenze di condanna pronunciate dal Tribunale di Milano (n. 1273/19, n. 10308/17 e n.r.g. 16678/13 del 15.11.2016) e dal Tribunale di Roma (n. 2225/18).

La stazione appaltante ha ritenuto di esprimere sul punto un giudizio di affidabilità della società Engie in ragione delle non gravità della sanzione

comminata con Sentenza del Tribunale di Milano RG. 16678/2013 del 15 novembre 2016.

Come fondatamente censurato dall'appellante, la stazione appaltante, pure riconoscendo l'astratta rilevanza di sentenze di condanna emesse contro Engie in favore dei subappaltatori (trattandosi di circostanze effettivamente esaminate in sede procedimentale, salvo escluderne in concreto la gravità e, dunque, l'idoneità ad influire sull'affidabilità del concorrente), immotivatamente, si è limitata a valutare soltanto la sentenza del Tribunale di Milano RG. 16678/2013 del 15 novembre 2016, nonostante fossero state dichiarate dal concorrente ulteriori pronunce, riferibili sempre alla medesima causa di esclusione, in ipotesi idonee a condurre ad un giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico.

Né, in tale caso, potrebbe richiamarsi l'indirizzo per cui la stazione appaltante, che non ritenga i precedenti dichiarati dal concorrente incisivi della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità delle relative circostanze risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa.

Avendo la stazione appaltante avvertito l'esigenza di motivare espressamente su uno specifico precedente riferibile a pretesi inadempimenti nei confronti dei subappaltatori, non risulta ragionevole l'omesso esame di altre sentenze concorrenti a delineare la medesima condotta tenuta dal concorrente nei rapporti con i propri subappaltatori, anche ai fini di un esame complessivo delle circostanze all'uopo dichiarate.

Parimenti, non potrebbe neppure escludersi la rilevanza di sentenze sopravvenute in pendenza del procedimento di gara: si tratterebbe, infatti, di circostanze potenzialmente idonee a determinare la perdita di un requisito di partecipazione che deve essere posseduto ininterrottamente per tutta la procedura di affidamento (Consiglio di Stato, sez. III, 8 luglio 2021, n. 5202).

Si conferma, dunque, il difetto di istruttoria e di motivazione in cui è incorsa la stazione appaltante, per avere omesso di valutare la rilevanza di ulteriori sentenze di condanna dichiarate dal concorrente e potenzialmente rilevanti al fine di esprimere il giudizio di complessiva inaffidabilità dell'operatore economico. Ad ulteriore dimostrazione della carenza istruttoria, non emerge neppure su quali basi la stazione appaltante ha valutato la rilevanza della sentenza del Tribunale di Milano RG. 16678/2013 del 15 novembre 2016, non risultando la sua acquisizione agli atti del procedimento.

A diversa conclusione non potrebbe giungersi neppure sostenendo che l'appellante non ha censurato l'ulteriore rilievo, operato dalla stazione appaltante, riferito alla affidabilità della società Engie *“per tutte 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 superaccelerato 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”*.

Nel caso di specie, infatti, da un lato, le censure impugnatorie sono dirette proprio a denunciare l'erronea valutazione della condotta del concorrente come non grave, alla stregua di quanto emergente anche da sentenze successive alla determinazione del 9.3.2017, dall'altro, l'emissione di una condanna del concorrente intervenuta nei rapporti con il proprio subappaltatore è stata puntualmente valorizzata dalla stazione appaltante nell'impianto motivazionale del provvedimento per cui è causa, ragion per cui deve ritenersi che l'Amministrazione, nel trattare soltanto di una delle sentenze al riguardo dichiarate dall'operatore economico, non abbia esaminato (incorrendo nel riscontrato difetto di istruttoria) le altre pronunce di condanna, né specificatamente, né in via generale attraverso la valutazione finale *supra* trascritta.

Non risulterebbe, infatti, altrimenti spiegabile sotto un profilo razionale la trattazione specifica di una circostanza rilevante ai fini dell'integrazione di una data causa di esclusione e l'omessa specifica valutazione di altre circostanze convergenti, riguardanti il medesimo punto controverso.

Nella fase di riedizione del potere, l'Amministrazione dovrà, dunque, svolgere un'adeguata istruttoria in ordine alle sentenze di condanna in esame, pure pronunciando sulle documentate misure riparatorie eventualmente assunte dall'operatore economico.

12.12 Deve essere disattesa la censura riguardante l'omessa dichiarazione, a cura di Engie, di una risoluzione contrattuale disposta nell'anno del 2016 da altra stazione appaltante e di una contestazione di inadempimento opposta nel 2019 da altra stazione appaltante.

Il RTI GSA con specifiche deduzioni (recate nella memoria del 6 agosto 2021), non puntualmente confutate dall'appellante, ha rilevato che la risoluzione contrattuale del 2016 era stata disposta nei confronti di diverso soggetto e che le penali contrattuali alla base del contestato inadempimento erano state rinunciate dall'Amministrazione con cessazione del rapporto contrattuale alla sua naturale scadenza.

Non emergono, dunque, circostanze ascrivibili al concorrente, astrattamente idonee a rilevare quale illecito professionale ai fini escludenti, suscettibili di formare oggetto dell'obbligo dichiarativo.

12.13 In ultimo, devono essere esaminate le censure concernenti la partecipazione alla gara della mandante Cooperativa Florovivaistica del Lazio, relative all'omessa dichiarazione di una sentenza di penale di condanna riferibile ad un componente del consiglio di amministratore.

La stazione appaltante ha espresso un giudizio di affidabilità della società Cooperativa Florovivaistica, rilevando che:

1) la sentenza era stata emessa dal Tribunale di Velletri in data 6 maggio 2020 e comunicata alla Procura Generale nella medesima data. Il DGUE era stato rilasciato in data 8 maggio 2020, ragion per cui era plausibile che in quella

data la sentenza non era stata notificata alla parte, né emergeva dal Casellario Giudiziale, che alla data della dichiarazione risultava negativo;

2) il soggetto condannato non aveva poteri di rappresentanza né gestori e, pertanto, non era 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);

3) doveva ritenersi non grave il reato ascritto al socio, tale da non pregiudicare la fiducia e l'affidabilità dell'operatore economico in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto in questione.

La valutazione amministrativa, nei limiti del sindacato consentito a questo Giudice (*supra* delineati) in relazione a scelte discrezionali rimesse alla stazione appaltante, non risulta immune dai vizi di legittimità censurati dall'appellante.

12.13.1 In primo luogo, si osserva che la condanna penale era stata pronunciata con lettura del dispositivo in data 6 febbraio 2020 e, dunque, anteriormente all'elaborazione del DGUE; in data 6 maggio 2020 è stata pubblicata la motivazione, la quale, pure rilevando al fine di comprendere le ragioni alla base della decisione, non escludeva l'esistenza di una condanna già emessa dal Tribunale, suscettibile di comunicazione alla stazione appaltante, alla stregua di quanto *supra* rilevato in ordine alla perimetrazione dell'obbligo dichiarativo in relazione a condanne penali non definitive; l'assenza delle motivazioni, dunque, avrebbe in ipotesi potuto essere valorizzata dalla stazione appaltante per escludere l'idoneità dell'omissione informativa ad influire sull'affidabilità del concorrente, ma non per escludere in radice l'esistenza dell'omissione informativa.

12.3.2 In secondo luogo, si osserva che la stazione appaltante non risulta avere adeguatamente valutato neppure l'idoneità del reato contestato ad integrare la fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16.

Difatti, da un lato, è stata erroneamente svalutata la carica sociale del condannato, dall'altro, è stata ravvisata la non gravità del reato sulla base di

una motivazione insufficiente.

Quanto al primo profilo di esame, dall'esame delle motivazioni della sentenza penale prodotta in atti (doc. 6 deposito in primo grado del Consorzio Integra dell'1.6.2021, pag. 2, in cui è riportato il nominativo del condannato in relazione alla determinazione processuale da questi assunta) e della visura camerale della Cooperativa *de qua* (pure in atti - doc. 7 deposito in primo grado del Consorzio Integra dell'1.6.2021), emerge che il socio condannato risultava anche consigliere di amministrazione della cooperativa, come correttamente dedotto dal RTI GSA.

Pertanto, se è vero che l'art. 80, comma 3, D. Lgs. n. 50/16, attribuisce rilevanza alle condanne emesse nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, deve pure osservarsi che nella specie la fattispecie escludente per cui è causa non risulta quella delineata dall'art. 80, comma 3, cit., richiedente la definitività della condanna per uno dei reati qualificati dal legislatore e comportante l'automatica esclusione del ricorrente, bensì è quella di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 580/16, recante un'elencazione dei gravi illeciti professionali meramente esemplificativa, potendo per tal via la stazione appaltante desumerne il compimento da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità (Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171).

Pertanto, posto che in materia di gare pubbliche non è indispensabile che i gravi illeciti professionali posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili anche da altri gravi indizi (Consiglio di Stato, sez. III, 31 maggio 2021, n. 4167), la stazione appaltante avrebbe potuto desumere anche da una condanna non definitiva riferita ad un componente del Consiglio di

Amministrazione della società la sussistenza di un illecito professionale ai fini escludenti, facendosi comunque questione di soggetto che concorrevva, alla luce di quanto risultante dalla visura camerale in atti, alla gestione dell'impresa compiendo tutti gli atti di amministrazione di ordinaria e straordinaria amministrazione non espressamente demandati all'assemblea, per l'effetto occupando un ruolo di rilievo nell'ambito della struttura societaria.

Quanto al secondo profilo di indagine, la stazione appaltante ha valutato non grave il reato in esame e, dunque, tale da non pregiudicare la fiducia ed affidabilità dell'operatore economico *“in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto in questione”*.

La motivazione sottesa alla decisione risulta insufficiente, non consentendo di percepire l'iter logico giuridico osservato dall'Amministrazione per pervenire alla valutazione di affidabilità e di fiducia verso il concorrente.

Difatti, vengono richiamati l'oggetto e le caratteristiche dell'appalto, riguardanti tuttavia l'erogazione di un servizio in favore di una Pubblica Amministrazione (cfr. bando di gara sub doc. 1 al ricorso).

La sentenza del Tribunale di Velletri acquisita al giudizio di primo grado (deposito del RTI Consorzio Integra del 1° giugno 2021), pure disponendo la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna, dà tuttavia atto che:

- l'imputazione aveva ad oggetto l'impossessamento di energia elettrica tramite un allaccio abusivo *“ovvero, più correttamente tramite un allaccio con misuratore manomesso”*;
- sussisteva la penale responsabilità dell'imputato titolare dell'utenza manomessa e, dunque, beneficiario di fatto dell'alterazione della lettura dei consumi;
- sussisteva l'aggravante contestata in ragione della accertata manomissione del contatore, realizzata tramite la rottura degli elementi termosaldati posti a sua disposizione;

- non si apprezzavano le condizioni per il riconoscimento di circostanze attenuanti generiche, in quanto non giustificate da alcun compiuto elemento acquisito al processo e certamente incoerente con l'entità del pregiudizio arrecato al fornitore di energia elettrica e con il lungo lasso temporale nel corso del quale l'imputato dava luogo alla condotta in esame.

A fronte di tali rilievi la stazione appaltante non ha chiarito come l'impossessamento di energia elettrica mediante manomissione del contatore – fatto ritenuto di particolare gravità dal giudicante penale anche per la protrazione nel tempo, tanto da avere determinato l'esclusione delle attenuanti generiche e l'applicazione della pena (sospesa condizionalmente) di un anno e mesi quattro di reclusione e della multa di € 620, a fronte di una richiesta del P.M. di condanna alla pena della reclusione di 6 mesi e della multa di € 200 previo riconoscimento delle circostanze ex art. 62 bis c.p.c. - compiuto da una persona chiamata a concorrere all'amministrazione di una società cooperativa, non possa rilevare nell'ambito di un appalto di servizi affidato da un'Amministrazione, non essendo a tali fini sufficienti le considerazioni svolte al riguardo dall'Amministrazione, con particolare riferimento alle caratteristiche e all'oggetto dell'appalto.

13. Alla luce delle osservazioni svolte, in parziale accoglimento dell'appello e dei motivi di ricorso riproposti dal RTI GSA, deve provvedersi, in parziale riforma della sentenza gravata, all'accoglimento del ricorso principale e del ricorso incidentale di primo grado ai fini:

- dell'annullamento della determinazione n. 130/21, oltre che nella parte in cui ha autorizzato il subentro della National Services Group alla National Services nel RTI aggiudicatario del lotto per cui è causa (sotto tale profilo confermandosi le statuizioni del Tar), anche nella parte in cui la stazione appaltante non ha ravvisato in capo alla National Services SrL la soluzione di continuità nel possesso del requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, né ha valutato la rilevanza, ai sensi dell'art. 80,

comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, dell'operazione elusiva compiuta dalla National Services;

- dell'annullamento della determinazione n. 127/21, nella parte in cui la stazione appaltante ha omesso di svolgere un'adeguata istruttoria e di fornire una sufficiente motivazione in relazione: a) alla sentenza di condanna ex D. Lgs. n. 231/2001; b) alle sentenze di condanna della società Engie intervenute nei rapporti con i subappaltatori; nonché c) all'omessa dichiarazione di una sentenza penale di condanna riferibile ad un componente del consiglio di amministratore della società Cooperativa Florovivaistica del Lazio e, comunque, alla sua rilevanza ai fini dell'integrazione della causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16.

In parziale accoglimento dell'appello, deve provvedersi, altresì, alla riforma del capo di sentenza con cui il Tar ha dichiarato l'inefficacia del contratto.

Sotto tale ultimo profilo, giova inoltre precisare come, diversamente da quanto dedotto dal RTI appellato, la dichiarazione di inefficacia del contratto, recata nella sentenza gravata, non potrebbe essere confermata neppure facendo leva sull'annullamento dell'aggiudicazione "*a titolo di risarcimento in forma specifica (espressamente richiesto e sempre prioritario)*" (pag. 24 memoria RTI GSA del 6.8.2021).

In primo luogo, come osservato nella disamina del secondo motivo di appello, la determinazione impugnata con il ricorso di primo grado non poteva qualificarsi come atto di aggiudicazione, ragion per cui il suo annullamento non potrebbe condurre al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione come preteso dal RTI GSA.

In secondo luogo, si osserva che il Tar ha riconosciuto il risarcimento in forma specifica presupponendo (erroneamente) che sussistessero i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto, invero nella specie assenti.

Il risarcimento in forma specifica su cui ha insistito l'appellata nella propria memoria del 6.8.2021 non potrebbe, infine, essere comunque riconosciuto

anche in quanto incompatibile con il parziale accoglimento del secondo e del terzo motivo di appello.

Difatti, da un lato, l'illegittima autorizzazione del subentro dell'affittuaria nel RTI aggiudicatario e l'integrazione della causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. b), D. Lgs. n. 50/16, ai sensi di quanto precisato, non determinano l'esclusione automatica del RTI aggiudicatario; dall'altro, l'illegittimità – nei limiti sopra indicati – della determinazione di archiviazione del procedimento di esclusione del RTI GSA, implicando la necessità di ulteriori accertamenti da svolgere in sede amministrativa (nella fase di riedizione del potere) sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo al relativo concorrente, osterebbe comunque al risarcimento in forma specifica.

Non emergendo la certa sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo al RTI GSA, nonché non discendendo dal parziale accoglimento del secondo motivo di appello l'automatica esclusione dalla gara del RTI Consorzio Integra, non potrebbe infatti formularsi in capo al RTI GSA il giudizio di spettanza del bene della vita agognato con il ricorso di primo grado, dato dall'aggiudicazione della gara in proprio favore o, comunque, dal subentro nel rapporto contrattuale già costituito dalla stazione appaltante.

In definitiva, tale giudizio di spettanza, essenziale per il riconoscimento del risarcimento in forma specifica, presuppone eventi – da un lato, l'esclusione del RTI Consorzio Integra, dall'altro, la legittima partecipazione alla gara del RTI GSA – che allo stato non possono essere riscontrati in giudizio.

14. Per completezza, alla luce delle considerazioni svolte, deve evidenziarsi l'irrilevanza ai fini del decidere delle questioni di compatibilità unionale poste dall'appellante con la memoria di replica, relative alla presunta incompatibilità con l'ordinamento europeo di una disciplina nazionale in forza della quale, da un lato, *“qualora un operatore economico, membro di un raggruppamento temporaneo di operatori economici, affitti o ceda l'azienda, nel corso della procedura di gara, l'affittuario o il cessionario deve essere escluso e non può, pertanto, risultare aggiudicatario o stipulare il contratto”* ; dall'altro, *“qualora un operatore economico, membro di un raggruppamento*

temporaneo di operatori economici, incorra in uno o più motivi d'esclusione stabiliti dall'art. 57 paragrafo 4 della Direttiva 2014/24 recepito con l'art. 80 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, tutti gli altri membri di detto raggruppamento devono essere esclusi?

Come osservato, infatti, la disciplina interna:

- ammette la configurazione dell'affitto di azienda ai fini del subentro dell'affittuario all'affittante nella partecipazione della pubblica gara; tale disciplina non può, invece, consentire un'operazione funzionale, anziché alle esigenze di riorganizzazione aziendale cui è naturalmente preordinato l'affitto di azienda, all'elusione delle disposizioni inderogabili, vigenti in materia di cause di esclusione dalla procedura, adottate in recepimento della stessa normativa unionale, in quanto in tale caso non si fa questione dei principi, delle libertà e delle previsioni invocate dall'appellante a fondamento del quesito pregiudiziale, ma di una condotta che, ponendosi in contrasto con gli stessi, è indirizzata al perseguimento di uno scopo disapprovato dall'ordinamento;

- ammette la possibilità, in relazione alla causa di esclusione accertata nell'odierno giudizio (l'unica a rilevare ai fini del quesito pregiudiziale) - data dalla proposizione di una domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F. in assenza di autorizzazione giudiziale ex art. 186 bis, comma 4, L.F. (essendo invece rimessa alla fase di riedizione del potere la verifica dell'integrazione dell'ulteriore causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16) - di una riorganizzazione del Raggruppamento ex art. 48, commi 18 e 19 ter, D. Lgs. n. 50/16, tesa ad impedire l'esclusione di tutti gli altri membri del relativo raggruppamento.

15. La novità e la complessità delle numerose questioni dedotte nell'odierno giudizio impongono l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie ai sensi e nei

limiti di cui in motivazione l'appello proposto dal Consorzio Integra e i motivi di ricorso riproposti dal RTI GSA e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza gravata, accoglie nei predetti limiti il ricorso principale e il ricorso incidentale in primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti e le persone indicate nella presente sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO

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

