

Publicato il 28/06/2022

N. 05347/2022REG.PROV.COLL.
N. 02540/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2540 del 2022, proposto da
Consorzio Stabile Medil S.C.P.A., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte e Gianluigi
Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Paola Cannata ed Elena Cardamone, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Inc S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma,
via E. Gianturco n. 1;

Cipa S.p.A., Aleandri S.p.A., Ottoerre Group S.r.l., Basile Construction Group
S.r.l., tutti non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00487/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inc S.p.A. e di Anas S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, Pellegrino, Cannata e Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. ANAS indiceva gara per interventi sulla strada statale dello Stelvio. Trattasi in particolare di: “Intervento sulla S.S. 38 “dello Stelvio” - Accessibilità Valtellina - Lotto 4: nodo di Tirano. Tratta “A” (svincolo di Bianzone – svincolo La Ganda) e Tratta “B” (svincolo La Ganda – Campone in Tirano) e relativo servizio di monitoraggio ambientale in corso d'opera”. Importo a base d'asta: oltre 136 milioni 209 mila euro. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Metodo di gara telematico con inversione procedimentale (ossia: prima esame delle offerte e poi apertura delle buste amministrative per la verifica dei requisiti di partecipazione).

2. L'originaria prima classificata (MEDIL) veniva successivamente esclusa, a seguito della verifica della documentazione amministrativa, per avere prodotto polizza fideiussoria invalida ossia sottoscritta da soggetto non autorizzato (fatto pacifico e non contestato). Il provvedimento di esclusione si basava sia sulla violazione dell'art. 80, comma 5, lettera f-bis), del decreto legislativo n. 50 del 2016 (presentazione di dichiarazioni non veritiere), sia sulla violazione dell'art. 10 del Disciplinare di gara a norma del quale: “Non è sanabile – e quindi è causa di esclusione – la sottoscrizione della garanzia provvisoria da parte di un soggetto non legittimato a rilasciare la garanzia o non autorizzato ad impegnare il garante”.

3. L'esclusione veniva impugnata dinanzi al TAR Lombardia il quale rigettava tuttavia il ricorso sia perché era stata presentata documentazione obiettivamente non veritiera [art. 80, comma 5, lettera f-bis)], sia perché l'art. 10 del disciplinare di gara prescriveva la espressa esclusione dalla gara per la presentazione di polizza invalida. Disposizione di gara, questa, che neppure era posta in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Dichiarava infine improcedibile il ricorso incidentale di INC.

4. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per sostanziale violazione di quanto a tal fine stabilito dalla Adunanza plenaria n. 16 del 2020: la presentazione di un documento falso o comunque non veritiero, laddove come nella specie possa indurre la SA ad escludere un dato soggetto dalla gara, deve sempre formare oggetto di "valutazione in concreto" di affidabilità e giammai di "espulsione automatica". Ciò con conseguente applicazione della lettera c-bis) e non della lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti. Si riproponeva altresì la censura di incompetenza, in capo al seggio di gara, ad occuparsi della suddetta causa di esclusione.

5. Si costituivano in giudizio ANAS ed INC per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

6. INC ripresentava altresì ricorso incidentale per i seguenti motivi: a) assenza di requisiti essenziali della procura a favore del soggetto che ha rilasciato la polizza bancaria; b) omessa produzione integrale di tutte le dichiarazioni ex art. 80 del codice dei contratti; c) omessa esclusione di MEDIL per violazione di obblighi fiscali e contributivi; d) assenza dei requisiti di capacità tecnica in relazione ai lavori precedentemente eseguiti da MEDIL; e) assenza di valide autorizzazioni a partecipare alla gara in capo ad una delle consorziate di MEDIL, soggetta a concordato con continuità aziendale; f) illegittimità del soccorso istruttorio adottato in favore di MEDIL con riguardo alla sua offerta tecnica.

7. Resistevano avverso tale appello incidentale MEDIL e ANAS.

8. Alla pubblica udienza del 19 maggio 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

9. Tutto ciò premesso l'appello non può essere accolto per le ragioni di seguito indicate.

10. Come già anticipato, il provvedimento di esclusione di ANAS del 9 settembre 2021, una volta preso atto della produzione agli atti di gara di una “polizza bancaria non valida ... perché rilasciata da un soggetto non legittimato”, si basava sia sulla violazione dell’art. 80, comma 5, lettera f-bis), del decreto legislativo n. 50 del 2016 (presentazione di dichiarazioni non veritiere), sia sulla violazione dell’art. 10 del Disciplinare di gara a norma del quale: “Non è sanabile – e quindi è causa di esclusione – la sottoscrizione della garanzia provvisoria da parte di un soggetto non legittimato a rilasciare la garanzia o non autorizzato ad impegnare il garante”.

Trattasi pertanto di atto plurimotivato [dichiarazione non veritiera da un lato (falsità); violazione art. 10 disciplinare dall’altro lato (invalidità)].

Al riguardo la giurisprudenza (*ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2022, n. 1529; Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2021, n. 6025) è concorde nel ritenere che: *“In presenza di un atto amministrativo cd. "plurimotivato" è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale, dal momento che nel caso di un atto fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le une dalle altre, il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento”*.

Alla luce di quanto appena rappresentato, e al di là del tenore del provvedimento impugnato, la suddetta esclusione va ascritta non tanto ad una situazione di *falsità* (o dichiarazione non veritiera) quanto piuttosto di *invalidità* del documento prodotto (polizza emessa da soggetto pacificamente non autorizzato), come tale suscettiva di chiara esclusione dalla gara secondo quanto espressamente previsto dall’art. 10 del disciplinare di gara.

Trattasi di invalidità – e non tanto di falsità – proprio per la rilevata difformità rispetto al modello legale descritto dall’art. 10 del Disciplinare di gara.

Le pur condivisibili deduzioni di parte appellante, circa la necessità di applicare, anche in caso di informazioni false o comunque non veritiere, il metodo della “valutazione in concreto” di inaffidabilità e non quella della “automatica espulsione”, recedono infatti rispetto alla assorbente considerazione che, nel caso di specie, ci si trovava dinanzi ad una polizza bancaria comunque invalida, prima ancora che “falsa”, e ciò per stessa ammissione non solo di ANAS ma anche della difesa di parte appellante (cfr. pagg. 3 e 19 atto di appello)

Quanto poi alla ritenuta violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara (censura tra l'altro formalmente non riproposta in appello) si osserva brevemente che, secondo la giurisprudenza di questa stessa sezione:

- La garanzia provvisoria – destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016) – non costituisce un elemento formale ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione: come tale, essa è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, stante il principio che impedisce, a salvaguardia della *par condicio*, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804);

- *“Secondo i condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ... la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla lex specialis ben legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n.960; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).

Pertanto, in estrema sintesi: a) la garanzia provvisoria è parte essenziale e integrante dell'offerta e dunque insuscettibile di soccorso istruttorio

(meccanismo questo pure invocato dalla difesa di parte appellante); b) la carenza di un simile requisito dell'offerta, essenziale secondo la legge di gara, giustifica l'esclusione senza violazione del suddetto principio di tassatività delle relative cause.

Di qui la legittima previsione, nell'ambito della *lex specialis*, dell'esclusione dalla procedura in caso di invalidità della suddetta documentazione a corredo essenziale dell'offerta. A nulla valendo il fatto, peraltro, che la richiamata disposizione di gara non abbia previsto anche qui un meccanismo di valutazione in concreto, e ciò dal momento che trattasi, come più volte detto, di ipotesi di "invalidità" e non di "falsità" (ex. art. 80, comma 5, lettera c-bis). Alla luce di quanto sinora considerato, il complessivo motivo di appello deve dunque essere rigettato.

11. Quanto alla lamentata incompetenza del seggio di gara, basti infine considerare che il paragrafo 22 del Disciplinare di gara prevedeva proprio che, alla verifica di conformità della documentazione amministrativa, potesse eventualmente provvedere anche la commissione di gara. Di qui la radicale infondatezza, altresì, di tale specifico motivo di appello.

12. Alla luce di quanto sinora affermato, l'appello principale è infondato e deve dunque essere rigettato.

13. Si può dunque prescindere dall'esame dell'appello incidentale formulato da INC atteso che quest'ultima, in seguito al rigetto dell'appello principale, vede consolidarsi la sua favorevole posizione nella graduatoria finale di gara.

14. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 4.000 (quattromila/00), oltre IVA e CPA ove dovuti e da corrispondere in favore di ciascuno dei soggetti appellati (ANAS ed INC s.p.a.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO