Pubblicato il 01/07/2020

N. 04227/2020REG.PROV.COLL.
N. 02236/2020 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2236 del 2020, proposto da Egea Ambiente s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con la società cooperativa sociale Proteo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Teknoservice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Marche Multiservizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Galvani e

Gianluca Bucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Servizi Ecologici Integrati Toscana s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Capecchi, Stefano Pasquini e Jacopo Quintavalli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Capecchi in Firenze, via Giorgio La Pira, n. 17;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 79/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Marche Multiservizi s.p.a. e di Teknoservice s.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Teknoservice s.r.l.;

Visto l'intervento in giudizio di Servizi Ecologici Integrati Toscana s.r.l.;

Viste le note di udienza depositate da Egea Ambiente s.r.l., Teknoservice s.r.l. e Servizi Ecologici Integrati Toscana s.r.l.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Alessandro Verrico e uditi per le parti gli avvocati Luca Capecchi, Angelo Giuseppe Orofino e Angelo Clarizia ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 28/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Marche Multiservizi s.p.a. (MMS), con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 26 aprile 2019, indiceva una procedura aperta sopra la soglia di rilevanza comunitaria, ex artt. 35, comma 1, lett. c) e art. 60 d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei "*servizi di raccolta rifiuti porta a porta, spazzamento manuale e servizi collaterali per il periodo di anni 2 (due) CIG [7869737869]*", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95, comma 3 del predetto decreto, per un importo complessivo stimato, a base d'asta, pari ad € 13.900.000 i.e., di cui € 84.602,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

1.1. Alla gara prendevano parte solo due concorrenti, ossia la società Teknoservice s.r.l. e l'ATI costituita dalla società Stirano s.r.l. (oggi Egea Ambiente s.r.l.), quale mandataria, e dalla soc. coop. sociale Proteo, quale mandante. L'ATI si avvaleva della società Servizi Ecologici Integrati Toscana s.r.l. (SEI Toscana) per la dimostrazione del requisito di partecipazione RT.2), con il quale il disciplinare di gara chiedeva ad ogni operatore economico di "*Aver eseguito, per almeno un anno consecutivo in ciascuno dei 3 (tre) anni immediatamente antecedenti a ritroso dalla data di pubblicazione del bando sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, (quindi dal 26.04.2016 al 25.04.2019), servizi di raccolta svolti con il metodo porta a porta aventi ad oggetto almeno 4 (quattro) frazioni merceologiche gestite in un comune di almeno 100.000 (centomila) abitanti residenti serviti*".

1.2. L'ATI si aggiudicava la procedura concorsuale.

2. Con ricorso dinanzi al T.a.r. Marche (R.G. n. 435/2019) e relativi motivi aggiunti, la società Teknoservice a r.l. impugnava, *in parte qua*,

gli atti di gara, il provvedimento prot. n. 14841 del 27 novembre 2019 adottato da Marche Multiservizi a seguito di approfondimento istruttorio in relazione ad alcune censure del ricorso introduttivo del giudizio e il provvedimento prot. n. 16042 del 19 dicembre 2019 con cui Marche Multiservizi aveva accettato la sostituzione di SEI Toscana con la nuova ausiliaria AIMAG s.r.l.. La ricorrente agiva altresì per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'ATI controinteressata.

2.1. In particolare, la ricorrente eccepiva, con il secondo motivo di ricorso, l'omessa dichiarazione da parte dell'ausiliaria SEI Toscana del grave errore professionale *ex* art. 80, comma 5, lett. c) e c-*bis*), del d.lgs. n. 50/2016 in cui sarebbe incorsa quest'ultima, costituito dal procedimento penale R.G.N.R. 21127/14 pendente avanti l'Autorità giudiziaria di Firenze, per corruzione e turbativa d'asta, a carico di Organni Eros (consulente dell'impresa Siena Ambiente, amministratore delegato e legale rappresentante della società Finanza per le Infrastrutture - FPI s.p.a., e poi direttore generale e amministratore delegato di SEI Toscana s.r.l. fino al novembre 2016) e Buzzichelli Marco (amministratore delegato e legale rappresentante di Siena Ambiente s.p.a., mandataria del RTI denominato "Progetto SEI" e poi SEI Toscana s.r.l., e consigliere di SEI Toscana s.r.l.) ed altri, con relativa applicazione di misure interdittive e cautelari, confermate dal Tribunale Distrettuale del Riesame di Firenze (fonte: decreto del Prefetto di Siena del 17 marzo 2017).

2.2. Pertanto, a seguito della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, la stazione appaltante avviava, d'ufficio, un procedimento di verifica in relazione alle censure, di cui al secondo motivo, con cui si contestava l'omessa esclusione dell'aggiudicataria

per aver reso una dichiarazione incompleta in relazione a tali vicende giudiziarie relative alla società SEI Toscana. La verifica riguardava, altresì, la compatibilità dell'oggetto sociale dell'ausiliaria con l'avvalimento e con la possibilità, per la stazione appaltante, di chiedere la sostituzione dell'ausiliaria *ex* art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

2.3. All'esito della verifica, la Marche Multiservizi, adottando i provvedimenti impugnati dalla ricorrente con atto di motivi aggiunti, disponeva di non ritenere sussistente, in capo all'ausiliaria SEI Toscana, la falsa dichiarazione *ex* art. 80, comma 5, lett. c), c-*bis*) ed f-*bis*), d.lgs. n. 50/2016 e, per converso, di ritenere la stessa inadempiente in relazione agli obblighi informativi previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, senza, tuttavia, considerare che tale condotta integrasse un "*grave illecito professionale*", tale da comportare l'esclusione dell'aggiudicataria, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, *in parte qua*, della graduatoria di gara. La stazione appaltante, ad ogni modo, imponeva all'RTI aggiudicatario la sostituzione dell'ausiliaria SEI Toscana s.r.l., con altra impresa ausiliaria *ex* art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 e, in seguito, accettava a tal fine la sostituzione con la nuova ausiliaria AIMAG s.r.l.

3. Con ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti, l'ATI impugnava rispettivamente, *in parte qua*, gli atti della medesima gara e il provvedimento prot. n. 14840 del 27 novembre 2019 adottato da Marche Multiservizi a seguito di approfondimento istruttorio in relazione ad alcune censure del ricorso incidentale.

3.1. In particolare, la controinteressata appellante incidentale eccepiva che la concorrente Teknoservice avesse omesso di

dichiarare la risoluzione contrattuale accertata nei suoi confronti giudizialmente dal Tribunale di Bari con la sentenza n. 3587/2018 del 16 agosto 2018 (R.G. n. 14390/2014), ove, in accoglimento della domanda riconvenzionale spiegata dal Comune di Vico del Gargano, veniva dichiarato risolto per grave inadempimento della Teknoservice il contratto di appalto n. 178 dell'8 marzo 2012 e, per l'effetto, veniva condannata quest'ultima al pagamento della complessiva somma di € 25.000,00 valutata all'attualità, oltre interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza.

3.2. A seguito della proposizione del ricorso incidentale, la stazione appaltante avviava un secondo procedimento di verifica d'ufficio in relazione alla censura relativa all'omessa dichiarazione, da parte dalla ricorrente, di una precedente risoluzione contrattuale dichiarata giudizialmente.

3.3. All'esito della verifica, la Marche Multiservizi, adottando i provvedimenti impugnati dalla controinteressata con atto di motivi aggiunti, disponeva di non ritenere sussistente, in capo alla seconda classificata, la falsa dichiarazione *ex* art. 80, comma 5, lett. c), c-*bis*) ed f-*bis*), del d.lgs. n. 50/2016 e, per converso, di ritenere inadempiente Teknoservice in relazione agli obblighi informativi previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, tuttavia senza considerare che tale condotta integrasse un "*grave illecito professionale*", tale da comportare l'esclusione dalla graduatoria finale ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016.

2. Il T.a.r., con la sentenza n. 79 del 29 gennaio 2020, ha accolto il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti nonché il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti e, per l'effetto, ha annullato gli atti di gara, compensando tra le parti le spese del giudizio.

Secondo il Tribunale, in particolare, con riferimento al secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio nonché alle analoghe questioni introdotte con il ricorso incidentale ed alle connesse questioni introdotte con i due ricorsi per motivi aggiunti, da esaminare prioritariamente potendo esse determinare la reciproca esclusione dei due offerenti:

a) in via preliminare:

a.1) ha ritenuto infondata l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse al secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, motivata dal fatto che la questione sarebbe stata rivalutata, dall'amministrazione, attraverso un nuovo provvedimento oggetto di ricorso per motivi aggiunti;

a.2) ha ritenuto infondata l'eccezione di improcedibilità del secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, motivata dal fatto che sarebbero tardivi e inammissibili i connessi motivi aggiunti nn. 9 e 10;

a.3) ha ritenuto infondata l'eccezione di improcedibilità del ricorso incidentale, motivata dal fatto che la questione sarebbe stata rivalutata, dall'amministrazione, attraverso un nuovo provvedimento oggetto di ricorso incidentale per motivi aggiunti;

a.4) ha ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale per motivi aggiunti, motivata dal fatto che in esso non vengono riproposti (ovvero trascritti) i motivi prospettati con il primo gravame incidentale;

b) nel merito, ha ritenuto fondati il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio e il corrispondente decimo motivo introdotto, da Teknoservice, con il ricorso per motivi aggiunti, in quanto:

b.1) la controinteressata andava immediatamente esclusa in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) del d.lgs. n. 50/2016, per aver "*omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*" e, di conseguenza, per aver "*tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*", atteso che la vicenda di SEI Toscana era nota perché aveva determinato analogo ricorso proposto al T.a.r. Umbria poi accolto, per la parte che qui interessa, con sentenza 21 ottobre 2019, n. 518 e perché si tratta di fattispecie di mera reticenza di carattere rilevante, avendo indubbiamente influito sul corretto svolgimento della procedura di selezione,

b.2) l'obbligo di esclusione dell'intero RTI derivava, peraltro, dall'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, quale norma speciale che preclude l'applicazione della sanatoria generalizzata di cui al successivo comma 3, come invece aveva ritenuto Marche Multiservizi;

b.3) l'omissione informativa è riconducibile all'intero raggruppamento e si ripercuote sulla sua affidabilità professionale senza poter essere circoscritta alla sola ausiliaria, poiché dagli atti, non emerge che le imprese partecipanti al raggruppamento aggiudicatario (Proteo ed Egea Ambiente, già Stirano s.r.l.) fossero all'oscuro della vicenda di SEI Toscana;

b.4) analoghe ragioni valgono con riferimento alla omessa indicazione, da parte della Teknoservice, della risoluzione contrattuale dichiarata dal Tribunale di Bari con sentenza n. 3587/2018;

c) pertanto, la fondatezza di tali censure determina l'esclusione di entrambe le offerenti (uniche partecipanti alla procedura), con conseguente annullamento dell'intera gara;

d) in vista di eventuali ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, ha ritenuto opportuno esaminare anche il sesto motivo di gravame introdotto, da Teknoservice, con il proprio ricorso per motivi aggiunti, ritenendolo fondato, atteso che la risposta fornita dalla stazione appaltante al quesito n. 10 (possibilità di dimostrare la sussistenza del requisito calcolando i 100.000 abitanti con riferimento ad un ambito territoriale <ATO> o regionale <ARO> per il quale sia stato sottoscritto un singolo contratto), confligge con la *lex specialis* che invece parla di 100.000 abitanti "*in un comune*";

e) per effetto dell'annullamento dell'intera gara, ha ritenuto assorbite tutte le ulteriori censure.

3. La Egea Ambiente s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento con Proteo soc. coop. sociale (mandante), ha proposto appello, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente accoglimento integrale del ricorso incidentale di primo grado. In particolare, l'appellante ha sostenuto le censure riassumibili nei seguenti termini:

i) "*Error in iudicando. Sull'inammissibilità e improcedibilità dell'atto di motivi aggiunti proposto da Tekcnoservice*": il giudice di primo grado avrebbe errato nel decidere sulla eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti presentati tardivamente da Teknoservice, in quanto il provvedimento prot. n. 14841 del 27 novembre 2019 era stato impugnato solo in data 30 dicembre 2019 con i motivi aggiunti, con i quali era stata impugnata anche la successiva comunicazione del 19 dicembre 2019, quindi in maniera tardiva. Sarebbe quindi

sopravvenuta la carenza di interesse in relazione alle censure formulate originariamente con il ricorso introduttivo ed il giudice di primo grado avrebbe pertanto errato nel ritenere che l'interesse all'impugnazione (complessiva dei due atti) si sarebbe concretizzato solo dopo la ricezione del provvedimento del 19 dicembre 2019, atteso che tale nota consiste in una mera comunicazione priva di carattere provvedimentale;

ii) "*Error in iudicando sui motivi di ricorso accolti dal giudice di primo grado in particolare il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio e il corrispondente decimo motivo introdotto, da Teknoservice, con il ricorso per motivi aggiunti. Illegittimità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e 89, D.Lgs. n. 50 del 2016, 38 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50 del 2016*": l'appellante deduce che non sussiste alcun obbligo dichiarativo da parte della società SEI Toscana sulle vicende che l'hanno interessata, perché precedenti il triennio dall'indizione della procedura di gara (26 aprile 2019) e perché tale obbligo, ai sensi dell'art. 80, comma 5, c-*bis*), ricade solo sugli operatori economici concorrenti; peraltro, a differenza di quanto affermato dal T.a.r., non sarebbe applicabile alla fattispecie l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, restando quindi ferma l'ammissibilità del c.d. soccorso istruttorio;

iii) "*Error in iudicando. Sull'interpretazione della risposta al quesito 10*": secondo l'appellante il sesto motivo del ricorso per motivi aggiunti della Teknoservice avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per tardività, poiché trattandosi di una FAQ pubblicata sul sito della Marche Multiservizi in data 29 maggio 2019 avrebbe dovuto essere impugnata entro giugno 2019; nel merito, l'appellante osserva inoltre

che la pregressa gestione di servizi porta a porta in un singolo comune da 100.000 abitanti, in forza di un singolo contratto, non è assolutamente dissimile dalla pregressa gestione dei medesimi servizi, sempre in forza di un singolo contratto, per una serie di comuni che complessivamente contano 100.000 abitanti.

3.1. Si è costituita in giudizio la Marche Multiservizi s.p.a. (MMS), la quale, depositando memoria difensiva, si è opposta all'appello e ne ha chiesto l'integrale rigetto.

La stazione appaltante ha dato atto che, in esecuzione della sentenza impugnata, ha provveduto ad annullare, in via di autotutela, il provvedimento di ammissione delle concorrenti alla gara, il riconoscimento della Commissione del possesso del requisito tecnico RT.2 da parte delle stesse, nonché la nota con cui è stata formalmente accettata la sostituzione dell'ausiliaria SEI Toscana con AIMAG. In entrambi i casi l'annullamento è stato disposto per la mancanza, sia in capo alla seconda classificata, sia in capo alla nuova ausiliaria del raggruppamento appellante, del requisito tecnico di partecipazione RT.2. MMS ha quindi indetto una nuova gara per l'affidamento dei medesimi servizi, in relazione alla quale essa si è riservata il diritto di non procedere all'aggiudicazione e/o alla stipula del contratto, in base agli sviluppi processuali che dovessero verificarsi in merito alla gravata sentenza del T.a.r. Marche. Nel nuovo bando, pubblicato sulla G.U.C.E. il 12 febbraio 2020, risulta modificato il requisito tecnico RT.2, già censurato dal T.a.r.

La stazione appaltante ha altresì fornito un aggiornamento dei procedimenti penali relativi alle vicende riguardanti SEI Toscana.

Controdeducendo alle censure dell'appellante, MMS ha poi evidenziato che:

a) la norma *ex* art. 80, comma 5, lett c), d.lgs. n. 50/2016 va ritenuta alla stregua di una clausola di chiusura, imponendo agli operatori economici di notiziare alla stazione appaltante ogni informazione relativa alle proprie precedenti vicende professionali, non rilevando ai fini della sua applicabilità la presunta barriera temporale prevista dal comma 10 del medesimo articolo, impropriamente richiamata dall'appellante;

b) all'ausiliaria è applicabile il medesimo regime giuridico previsto per gli operatori economici concorrenti e/o aggiudicatari, con particolare riferimento agli obblighi dichiarativi, atteso il chiaro tenore letterale dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016;

c) è soltanto con il successivo provvedimento del R.U.P. prot.n. 16042 del 19 dicembre 2019 di accettazione della sostituzione di SEI Toscana con AIMAG che si è concretata la lesione dell'interesse strumentale di Teknoservice alla demolizione della gara.

3.2. Con atto di intervento *ad adiuvandum ex* art. 97 c.p.a., si è costituita in giudizio la società Servizi Ecologici Integrati Toscana a r.l. (SEI Toscana), la quale, svolte delle premesse inerenti al proprio interesse ad intervenire, nel merito, al fine dell'accoglimento dell'appello, ha dedotto in ordine alla inammissibilità e improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti proposto da Teknoservice, all'assenza di un obbligo dichiarativo da parte di SEI Toscana srl rispetto al procedimento penale ed alla contraddittorietà del riferimento operato nella gravata pronuncia agli artt. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

In particolare, l'interveniente sottolinea che:

i) in ragione della tardività dei motivi aggiunti proposti rispetto al provvedimento MMS prot. 14841 del 27 novembre 2019, il ricorso

proposto da Teknoservice rispetto alla dichiarazione di SEI Toscana doveva essere dichiarato irricevibile, inammissibile e improcedibile;

ii) non sussisteva alcun obbligo dichiarativo di SEI Toscana e neanche degli altri componenti dell'RTI Egea rispetto al procedimento penale;

iii) non è assimilabile, in termini di portata escludente per il concorrente, la falsa dichiarazione alla omessa dichiarazione e, pertanto, non è applicabile alla fattispecie l'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, relativo espressamente alle sole dichiarazioni mendaci.

3.3. Si è costituita in giudizio Teknoservice s.r.l., la quale, proponendo appello incidentale, ha a sua volta impugnato la sentenza di primo grado, sollevando le seguenti censure, così riassumibili:

i) "*Violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; errore manifesto)*":

i.1) in particolare, in via preliminare l'appellante incidentale ripropone l'eccezione di improcedibilità del primo ricorso incidentale della controinteressata all'esito della sopravvenienza del provvedimento del 27 novembre 2019 con il quale la Marche Multiservizi, analizzando le doglianze svolte da Stirano/Egea Ambiente, le ha ritenute infondate; Teknoservice censura inoltre la statuizione con cui il primo giudice ha ritenuto non fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale della Stirano/Egea Ambiente, per non aver esposto i motivi già enunciati con il primo gravame, limitandosi solamente a richiamarli *per relationem*, e censura altresì l'omessa pronuncia del primo giudice sull'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti del ricorso incidentale, essendo stati notificati prima che la Teknoservice

notificasse i propri motivi aggiunti del ricorso principale e quindi prima che sorgesse l'interesse alla proposizione dell'incidentale;

i.2) nel merito, relativamente all'omessa dichiarazione, da parte di Teknoservice, della risoluzione contrattuale dichiarata dal Tribunale di Bari con sentenza n. 3587/2018, l'appellante incidentale ha dato atto dell'adozione di misure di *self cleaning* e della sottoscrizione di una transazione con il Comune di Vico, con cui le parti, *inter alia*, si impegnano a depositare nel giudizio di appello intentato avverso la sentenza n. 3875/2018, un atto di rinuncia degli effetti della sentenza appellata *ex* art. 306 c.p.c.; la società, inoltre, lamenta che il primo giudice non avrebbe considerato il limite triennale di rilievo dell'illecito professionale sancito dall'art. 57, § 7, della direttiva 2014/24/UE, in quanto la risoluzione disposta dal Tribunale delle Imprese di Bari, per espressa previsione della sentenza, è stata fatta retroagire ad un momento antecedente all'ottobre 2015, data cui vi è stata la interruzione del rapporto contrattuale tra Teknoservice ed il Comune di Vico del Gargano, e quindi ad un momento precedente i tre anni rispetto al momento della indizione della procedura di gara;

ii) "*Riproposizione dei motivi assorbiti*":

ii.1) "*Violazione art. 1 della l. n. 190/2012 e dell'art 29 del d.l. n. 90/2014; violazione della lex specialis*" – primo motivo del ricorso principale: con riferimento all'ATI controinteressata difetterebbe il requisito di cui al par. 3.2, lettera RP.3) del disciplinare di gara, in quanto la Proteo risulta cancellata, con provvedimento del 15 dicembre 2017, dalla *white list* tenuta dalla Prefettura di Cuneo e la nuova richiesta di iscrizione risulta inevasa;

ii.2) "*Violazione art. 89 del d.lgs. n. 50/2019. Eccesso di potere (disparità di trattamento; ingiustizia manifesta)*" – settimo motivo aggiunto: sarebbe

illegittimo che la stazione appaltante, riscontrando una richiesta formulata dalla controinteressata, abbia concesso una dilazione dei tempi originariamente indicati per la sostituzione dell'ausiliaria nell'avvalimento da parte della controinteressata, peraltro senza addurre motivazioni;

ii.3) "*Violazione art. 89 del d.lgs. n. 50/2019. Eccesso di potere (disparità di trattamento; ingiustizia manifesta)*" – ottavo motivo aggiunto: in violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 63 della direttiva 2014/24, l'ausiliaria non avrebbe indicato le prestazioni che intendeva effettuare e che giustificavano il prestito del requisito;

ii.4) "*Violazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24 e dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2019*" – nono motivo aggiunto: non sarebbe consentita la sostituzione dell'ausiliaria laddove il difetto dei requisiti sia originario;

3.4. Con successiva memoria del 4 maggio 2020 la MMS ha replicato alle avverse deduzioni dell'appellante incidentale ed al terzo motivo dell'atto d'intervento.

3.5. Hanno infine presentato ulteriori memorie SEI Toscana e Egea Ambiente, replicando alle deduzioni delle controparti, chiedendo il rigetto dell'appello incidentale ed insistendo nelle proprie difese e conclusioni.

4. All'udienza del 4 giugno 2020 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

5. L'appello principale non è fondato.

6. Al riguardo, il Collegio, con riferimento alla prima censura sopra descritta relativa alla omessa declaratoria della sopravenuta carenza di interesse al secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, osserva, in condivisione di quanto affermato dal primo giudice, che:

a) sebbene le affermazioni contenute nelle lettere A e B di cui alla nota del 27 novembre 2019 (prot. n. 14841) presentino di per sé un'efficacia immediata, essendo inerenti alla non sussistenza della falsa dichiarazione (lett. A) e, per converso, alla sussistenza dell'inadempimento ma non tale da determinare il grave illecito professionale e, per l'effetto, l'esclusione e l'annullamento dell'aggiudicazione (lett. B);

b) le stesse non presentavano i caratteri tali da far sorgere l'onere dell'immediata impugnativa in capo alla Teknoservice, atteso che non incidevano direttamente sul *petitum*, relativo all'annullamento dell'aggiudicazione, restando l'aggiudicazione già disposta in favore dell'ATI subordinata alla sostituzione dell'ausiliaria, nel termine assegnato;

c) pertanto, la portata lesiva di tali affermazioni nei confronti dell'interesse della Teknoservice ad ottenere l'annullamento (e, per l'effetto, l'aggiudicazione in suo favore) si concretizzava solo con la successiva comunicazione del 19 dicembre 2019, allorquando veniva accettata dalla MMS la sostituzione dell'ausiliaria e, pertanto, veniva confermata l'aggiudicazione in favore dell'ATI.

6.1. La censura, pertanto, risulta non fondata.

7. Con un secondo motivo l'appellante principale, nel sostenere l'insussistenza dei presupposti per disporre l'esclusione dell'ATI per omessa dichiarazione, deduce che:

a) nei confronti della ausiliaria SEI Toscana, non risultano condanne definitive a carico dei soggetti muniti di rappresentanza, né provvedimenti di risoluzione segnalati ad ANAC o qualsiasi altro fatto o circostanza rilevante *ex* art. 80 d.lgs. n. 50/2016;

b) essendo le vicende penali precedenti il triennio dall'indizione della procedura di gara (26 giugno 2019), non può sussistere alcun obbligo dichiarativo da parte della società SEI Toscana;

c) non sussiste un obbligo dichiarativo sull'intero raggruppamento anche per fatti e circostanze non direttamente note, che si riferiscono ad un soggetto terzo - l'ausiliario, in quanto l'art. 80, comma 5, c-*bis*), ricade solo sugli operatori economici concorrenti, come peraltro desumibile dalle Linee Guida ANAC n. 6.

7.1. Con riferimento all'obbligo dichiarativo da parte della società SEI Toscana sulle vicende che l'hanno interessata, il Collegio deve in primo luogo dare atto che, con l'ordinanza 9 aprile 2020 n. 2332 della Sezione V, è stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la "*questione relativa alla consistenza, alla perimetrazione e agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e b-bis), d.lgs. n. 50 del 2016*".

7.2. La decisione sulla rimessione non assume tuttavia rilevanza determinante nel presente giudizio, atteso che, con riferimento al caso in esame, nel termine triennale di cui all'art. 57, par. 7 della Direttiva 2014/24/UE, e precisamente in data 15 maggio 2017, interveniva nei confronti della società SEI Toscana l'avviso di chiusura indagini preliminari *ex* art. 415-*bis* c.p.p., per l'illecito amministrativo previsto dagli artt. 5 e 24 d.lgs. n. 231/2001 in riferimento ai reati di turbativa d'asta e corruzione contestati agli ex amministratori.

7.3. Tale evento, data la sua rilevanza nell'ottica dell'affidamento della stazione appaltante nei confronti dell'ausiliaria – e dell'intero

gruppo - ai fini dell'esecuzione dell'appalto, fa di per sé sorgere l'obbligo dichiarativo in capo alla stessa.

7.4. Ciò detto, occorre considerare che, in ragione della data di indizione della gara in esame, risulta applicabile *ratione temporis* il testo dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 successivo alle modifiche apportate dall'art. 5, comma 1, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, atteso che, alla stregua della disposizione transitoria dello stesso art. 5, comma 2: «*Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicono le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto* [...]», cioè successivamente al 15 dicembre 2018.

7.5. Ai sensi della nuova disposizione, tra i casi di esclusione automatica dell'operatore economico dalla gara di appalto vengono individuate le seguenti:

"*c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;*

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante

motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa".

Al successivo comma 10-*bis* si statuisce che "*Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso*".

7.6. Al riguardo, va dato atto che nel vigore della disposizione previgente, che individuava condotte da qualificarsi *ex lege* "*gravi illeciti professionali*", la giurisprudenza ha ritenuto che l'individuazione fosse solo esemplificativa, potendo la stazione appaltante desumere il compimento di "*gravi illeciti professionali*" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231) se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Ebbene, tale conclusione è rimasta valida dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, realizzata con il già citato art. 5 d.l. n. 135 del 2018, che ha sdoppiato nelle successive lettere c-*bis*) e c-*ter*) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. c) la previsione di portata generale sopra trascritta (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171).

7.7. In questo quadro la giurisprudenza, anche se non univocamente (in senso parzialmente contrario, Cons. Stato, III, 23 agosto 2018, n. 5040; V, 3 aprile 2018, n. 2063; III, 12 luglio 2018, n. 4266), ha interpretato l'ultimo inciso dell'art. 80, comma 5, lett. c), attribuendogli il rigoroso significato di una norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; III, 29 novembre 2018, n. 6787).

7.8. Con riferimento alle vicende connesse al procedimento penale, risulta pertanto che SEI Toscana è incorsa in una violazione dell'obbligo dichiarativo, avendo precluso alla stazione appaltante di acquisire opportuna informativa, in corso di gara, riguardo alle accuse nei confronti dei propri vertici aziendali e, soprattutto, all'imputazione *ex* d.lgs. n. 231/2001 che ha colpito la medesima società.

Invero, secondo recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367), non è necessario che i gravi illeciti professionali posti a supporto della sanzione espulsiva siano accertati con sentenza, anche non definitiva, essendo sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi.

7.9. Invero, non vi è dubbio che sussiste un obbligo dichiarativo sia sull'ausiliaria, visto che l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 impone la presentazione, in gara, anche di un DGUE sottoscritto dalla stessa, che sull'intero raggruppamento per fatti e circostanze che si riferiscono all'ausiliaria.

8. Ciò considerato, il Collegio ritiene di poter non affrontare il terzo motivo con cui l'appellante principale, da un lato, eccepisce l'inammissibilità per tardività del sesto motivo del ricorso per motivi aggiunti della Teknoservice e, dall'altro, censura nel merito le affermazioni del primo giudice in ordine alla interpretazione fornita dalla stazione appaltante in merito alla pregressa gestione di servizi porta a porta (quesito n. 10).

Invero, tali statuizioni si palesano non determinanti ai fini del disposto annullamento giudiziale, essendo finalizzate esclusivamente a prevenire comportamenti scorretti in vista dell'eventuale adozione di ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

9. In conclusione, l'appello principale risulta infondato.

10. A medesime conclusioni deve giungersi con riferimento all'appello incidentale.

11. In primo luogo, in relazione alle eccezioni preliminari riproposte dalla Teknoservice con il primo motivo dell'appello incidentale, il Collegio osserva che:

a) condivisibilmente il primo giudice ha ritenuto che il primo gravame incidentale non fosse divenuto improcedibile all'esito della sopravvenienza del provvedimento del 27 novembre 2019 della Marche Multiservizi, atteso che la stazione appaltante, analizzando le censure dell'ATI, non adottava decisioni modificative della preesistente situazione di fatto e di diritto, tali da far venir meno l'interesse della Stirano/Egea Ambiente a coltivare il proprio ricorso incidentale, in quanto, dopo aver rilevato la violazione dell'obbligo dichiarativo, escludeva l'integrazione del "*grave illecito professionale*"; peraltro, a dimostrazione della permanenza del proprio interesse, la

Egea Ambiente impugnava tale sopravvenuto provvedimento con atto di motivi aggiunti;

b) non è fondata l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti della Stirano/Egea Ambiente, per essersi limitata a richiamare *per relationem* i motivi enunciati con il ricorso incidentale, senza riportarli per esteso, peraltro in considerazione del fatto che l'atto di motivi aggiunti del ricorso incidentale conteneva, oltre ai vizi per illegittimità derivata, anche contestazioni autonome avverso il nuovo provvedimento;

c) l'interesse alla proposizione dei motivi aggiunti al ricorso incidentale sorgeva dalla adozione del nuovo provvedimento, prescindendo, pertanto, dalla proposizione dei motivi aggiunti al ricorso principale che avevano ad oggetto diverso provvedimento.

11.1. Deve essere pertanto respinta la prima censura dell'appello incidentale.

12. Parimenti infondato si palesa il secondo motivo dell'appello incidentale, riguardante la sussistenza della violazione dell'obbligo dichiarativo da parte della Teknoservice ed il suo valore escludente.

12.1. Al riguardo, il Collegio osserva che:

a) la transazione e le *misure di self cleaning* sono intervenute in un momento successivo rispetto a quello in cui insorgeva l'obbligo dichiarativo in capo alla Teknoservice;

b) ad ogni modo, con specifico riferimento alla invocata transazione con il Comune di Vico, rileva il principio, da cui non sussistono ragioni per discostarsi, per cui "*la transazione stipulata a seguito della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante per grave inadempimento impedisce l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, ma determina definitivamente il consolidamento del fatto*

storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'importanza e quindi la gravità dell'inadempimento. Tale circostanza (risoluzione contrattuale composta mediante transazione), integra comunque il presupposto del grave errore nell'esecuzione della prestazione, rilevante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/06. Pertanto deve essere dichiarata in sede di partecipazione, potendo rilevare potenzialmente come grave illecito professionale, la risoluzione di un contratto d'appalto seppur poi si è giunti a transazione, non potendo il concorrente dichiarante omettere di rendere la dichiarazione facendo riferimento ad una propria valutazione di non gravità della vicenda" (Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628);

c) in merito alla retroazione degli effetti della risoluzione giudiziale ad un momento anteriore al triennio dall'indizione della procedura di gara, ferme restando le osservazioni di cui al precedente paragrafo 7, ai fini dell'individuazione del momento in cui scaturiva l'obbligo dichiarativo omesso dall'appellante incidentale rileva l'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento imputabile a Teknoservice, operato dal Tribunale di Bari con sentenza pubblicata il 16 agosto 2018; per converso non rileva a tali fini la decorrenza degli effetti della risoluzione, rispetto alla quale è lo stesso giudice ordinario a precisare che l'obiettivo di tale statuizione era quello di preservare l'interesse del Comune a giovarsi "*delle conseguenze per lui favorevoli, come la condanna al risarcimento del danno*";

d) in conclusione, risulta che l'evento che la Teknoservice aveva l'obbligo di dichiarare (risoluzione contrattuale giudiziale) interveniva con certezza nel corso del triennio antecedente all'indizione della gara e che tale omissione, in quanto relativa ad una accertamento con sentenza del grave inadempimento della società, assume rilevanza

determinante avendo inevitabilmente inciso sul processo decisionale della stazione appaltante.

13. In ragione della conferma delle statuizioni dell'impugnata pronuncia che hanno condotto all'annullamento della gara, deve ritenersi improcedibile il terzo motivo dell'appello incidentale con cui vengono riproposti i motivi dichiarati assorbiti in primo grado.

14. In conclusione, l'appello principale e l'appello incidentale sono infondati e devono pertanto essere respinti, con conseguenziale conferma della pronuncia impugnata.

14. La particolarità della vicenda induce a disporre la compensazione tra le parti delle spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando respinge l'appello principale e l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso dal Consiglio di Stato nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 svoltasi ai sensi degli artt. 84 del d.l. n. 18/2020 e 4 del d.l. n. 28/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO