

Publicato il 02/04/2020

N. 02245/2020REG.PROV.COLL.
N. 08654/2019 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8654 del 2019, proposto da Seatt Soc.Coop. Sociale Servizi Avanzati Tecnologici e Terapeutici a.r.l. (d'ora in poi SEATT) in proprio e quale capogruppo del RTI, Sincon S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli Avvocati Giovanni Spataro e Mario Pagliarulo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Mario Pagliarulo in Roma, via Luigi Rizzo, n. 50;

contro

Regione Puglia, in persona del Governatore pro tempore, non costituita in giudizio;

Azienda Sanitaria Locale Barletta – Andria – Trani – ASL BAT, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Francesco Paolo Bello, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 15;

Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Fabio Francario, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Paganica, n. 13;

nei confronti

N.T.A. – Nuove Tecnologie Applicate S.r.l. (d'ora in poi N.T.A.) e Maggio '82 Cooperativa Sociale Integrata, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, in proprio e n.q. rispettivamente di mandataria e mandante del RTI, rappresentati e difesi dagli Avvocati Michele Perrone e Gianluca Piccinni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini, n.30; E-Care S.p.A. e Olisistem Start S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 1340/2019, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio CUP, riscossione ticket, call center e back office.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di N.T.A. – Nuove Tecnologie Applicate S.r.l. e di Maggio '82 Cooperativa Sociale Integrata, dell'Azienda Sanitaria Locale Barletta – Andria – Trani – ASL BAT e di Innovapuglia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2020 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Giovanni Spataro, Mario Pagliarulo, Francesco Paolo Bello, Fabio Francario, Michele Perrone e Gianluca Piccinni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con bando spedito alla G.U.C.E. il 16.11.2017, l'Azienda sanitaria locale BAT indicava una procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto: "Servizio CUP, riscossione ticket, call center e back office".

La durata del servizio veniva prevista in 24 mesi, più eventuali 12 mesi ed eventuali 6 mesi in proroga tecnica, per un costo totale di € 9.241.691,76, oltre IVA.

Alla gara prendevano parte, tra gli altri, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori "società cooperativa consortile stabile", il costituendo RTI "NTA s.r.l.- Maggio '82 - E-Care s.p.a." (con NTA s.r.l., quale capogruppo mandataria), nonché il costituendo RTI "SEATT s.r.l.- Sincon s.r.l." (con SEATT s.r.l., quale capogruppo mandataria).

In esito alla gara, risultava primo classificato, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori, con 97,91 punti in totale; secondo classificato, il RTI capeggiato dalla NTA s.r.l., con 97,38 punti in totale; terzo classificato, il RTI capeggiato dalla SEATT s.r.l., con 94,43 punti in totale.

Con deliberazione n. 1738 del giorno 8.10.2018, l'appalto veniva aggiudicato al Consorzio Leonardo Servizi e Lavori primo graduato.

Tuttavia, la Stazione appaltante, con successiva deliberazione n. 1896 del 16.11.2018, decideva di escludere il Consorzio aggiudicatario a seguito di riscontrate irregolarità del DURC concernenti una delle ditte consorziate.

Tale ultimo provvedimento veniva impugnato dal Consorzio Leonardo dinanzi al TAR per la Puglia e definito con sentenza di rigetto n. 1272 del 7.10.2019.

In conseguenza di tale esclusione, venivano richiesti al secondo graduato RTI NTA i giustificativi dell'offerta economica ex art. 97 del decreto legislativo n. 50/2016.

Con verbale datato 29.1.2019, la Stazione appaltante definiva il subprocedimento ex art. 97 del decreto legislativo n. 50/2016 ritenendo congrua l'offerta del RTI NTA.

Con deliberazione del Direttore generale n. 221 del 14.2.2019, la gara veniva aggiudicata definitivamente al detto raggruppamento.

2.- Con ricorso al TAR per la Puglia, il RTI capeggiato da SEATT impugnava: -la deliberazione del Direttore generale dell'Azienda sanitaria locale BAT n. 221 del 14.2.2019; - il verbale delle giustificazioni dell'offerta economica datato 29.1.2019 e tutti gli atti relativi al detto sub-procedimento; - tutti gli atti e verbali di gara, nonchè ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto d'appalto frattanto eventualmente sottoscritto, chiedendo anche la condanna dell'Amministrazione resistente ad aggiudicare la gara d'appalto al RTI SEATT ricorrente.

Con successivi motivi aggiunti, il Raggruppamento ricorrente impugnava la deliberazione del Direttore generale dell'ASL BT - ASBAT n. 1051 del 13.6.2019 recante: presa d'atto "della

sostituzione della mandante E-Care con il RTI N.T.A. (mandataria) - Coop. Maggio 82 (mandante) in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni da eseguire; modifica della deliberazione n. 1896 nel senso di aggiudicare in favore del RTI: N.T.A. s.r.l. - Maggio '82 società coop. in luogo del RTI: N.T.A. s.r.l. - Maggio 82 società coop. - E Care; conferma della delibera n. 221 del 14/02/2019 in ogni sua parte”.

3. - Si costituivano l'Azienda sanitaria locale intimata, Innovapuglia s.p.a. e il RTI tra N.T.A. - Nuove Tecnologie Applicate s.r.l., società Maggio '82 Cooperativa Sociale Integrata, E - Care s.p.a., resistendo al gravame.

4. - Il RTI controinteressato proponeva ricorso incidentale avente contenuto “paralizzante”, in quanto diretto a contestare l'ammissione alla gara della ricorrente principale.

5.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR rigettava il ricorso principale e relativi motivi aggiunti e rigettava anche il ricorso incidentale, compensando le spese di giudizio tra le parti.

Quanto al ricorso introduttivo, il TAR rilevava che la E-Care s.p.a., diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino all'aggiudicazione, è risultata in regola con obblighi contributivi e previdenziali e in relazione al pagamento delle imposte e tasse (come da dichiarazione dell'Agenzia delle entrate del 18.1.2019 che attesta la veridicità di quanto dichiarato in sede di gara).

I dati risultanti dal bilancio 2017 di E-Care s.p.a. non hanno alcuna attinenza e/o relazione con il possesso dei requisiti di partecipazione, atteso che, a titolo esemplificativo, nulla rilevano in ordine alla definitività (o meno) dell'accertamento a fini tributari, mentre la

Stazione appaltante è vincolata alle attestazioni fornite dalle Amministrazioni competenti ad accertare la regolarità contributiva e fiscale dei concorrenti.

Dalla documentazione prodotta dallo stesso RTI ricorrente non emerge l'esistenza di alcun procedimento penale in corso; per cui nessuna dichiarazione andava effettuata ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016 dalla mandante E- Care s.p.a..

Quanto alla contestazione concernente il possesso di un compendio aziendale relativo al servizio di call center, si tratta di eventi ipotetici e futuri non ancora verificatisi, che non hanno alcuna rilevanza con lo svolgimento della procedura di gara oggetto del giudizio.

Quanto al giudizio di congruità dell'offerta, il TAR ha ritenuto che la censura muove da un erroneo presupposto di fatto e nessuna sottostima del costo del lavoro è stata operata dall'aggiudicataria.

Il TAR ha respinto anche la censura relativa all'attribuzione all'aggiudicataria dei punteggi relativi al criterio di valutazione rappresentato dalle "proposte tecnologiche migliorative" per lo svolgimento del servizio CUP, poiché impinge nell'ambito della sfera di discrezionalità riservata alla commissione tecnica, che, peraltro, come emerge dal verbale del 31.5.2018 (cfr. pag. 2) ha operato lo "studio e analisi comparativa della documentazione tecnica di tutte le ditte partecipanti" in relazione a detto criterio di valutazione.

Il ricorso per motivi aggiunti è stato rigettato dal TAR perché non corrisponde a realtà l'assunto secondo cui la Stazione appaltante non avrebbe proceduto alla verifica dei requisiti prescritta dall'art. 32, comma 7, del decreto legislativo n. 50/2016, come indicato nella

gravata deliberazione di aggiudicazione n. 221 del 14.2.2019 e anticipato dalla precedente deliberazione n. 1896 del 16.11.2018.

Inoltre, non vi è stata alcuna modificazione vietata della compagine del RTI aggiudicatario, né violazione degli artt. 48 e 80 del decreto legislativo n. 50/2016; difatti, l'art. 48, commi 18 e 19-ter, del codice degli appalti consente all'Ente appaltante la possibilità di estromettere la società mandante E-Care s.p.a. destinataria del DURC negativo e «mantenere» l'aggiudicazione in capo ad un raggruppamento composto solo dalla mandataria NTA e dall'altra mandante coop. Maggio '82. Tale possibilità trova applicazione anche per le modificazioni soggettive dei raggruppamenti che si verificano nella fase di gara per effetto della espressa previsione in tal senso di cui al comma 19-ter, introdotto dal decreto legislativo n. 56/2017.

E' infondata anche la doglianza secondo cui l'offerta tecnica risulterebbe modificata dall'esclusione dal raggruppamento della mandante E-Care s.p.a...

Da ultimo, il TAR ha ritenuto infondato il ricorso incidentale dell'aggiudicatario.

6.- Propone appello il Raggruppamento capeggiato da SEATT deducendo l'erroneità e ingiustizia della sentenza.

7.- Si sono costituiti in giudizio il Raggruppamento capeggiato da N.T.A., l'Azienda sanitaria locale BAT e Innovapuglia s.p.a., chiedendo il rigetto dell'appello.

8.- A seguito di scambio di memorie e di repliche, alla pubblica udienza del 27 febbraio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato.

Si può, pertanto, prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di tardività del primo e secondo motivo di ricorso, nonché dei motivi aggiunti riproposte in questa sede dal controinteressato RTI NTA.

2.- Con i motivi di appello vengono sostanzialmente riproposte le censure disattese in primo grado.

2.1.- Col primo motivo, la ricorrente lamenta la mancata esclusione della aggiudicataria per carenza dei requisiti di cui all'art. 80, commi 4 e 5 lett c) ed f-bis, del codice degli appalti in capo alla mandante E-Care, la quale già un mese prima dell'aggiudicazione, in data 15.1.2019, aveva comunicato alla stazione appaltante l'intervenuto affitto del ramo di azienda alla Olisistem Start s.r.l., con conseguente inammissibile subentro di quest'ultima in gara.

Il raggruppamento aggiudicatario andava escluso per mancata dichiarazione da parte della mandante E-Care s.p.a. della sussistenza di un debito contributivo e di un debito erariale, nonché di un procedimento penale per reati tributari, di cui al PVC della Guardia di Finanza del 29.5.2017, per l'ingentissimo importo di 16.800.000,00, di cui euro 14.900.000,00 di IVA non versata per le annualità 2015-2016, che, per tale ultimo ammontare, ha comportato un sequestro preventivo dei conti correnti e dei crediti della società da parte della Procura della Repubblica.

La censura dell'appellante si fonda su una interpretazione del bilancio di esercizio di E- Care s.p.a. per l'anno 2017.

2.1.1. - Osserva il Collegio che ai sensi dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, "un operatore economico è escluso dalla partecipazione a 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. Costituiscono gravi violazioni 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 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al 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. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande".

Come già statuito dal TAR, dalle evidenze documentali acquisite in corso di gara emerge che nessun obbligo dichiarativo è stato violato da E-Care s.p.a..

Va precisato che la regolarità contributiva e fiscale della mandante doveva sussistere a decorrere dal 17.12.2017, data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino al 24.2.2019, data del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Orbene, il DURC acquisito dalla ASL BAT in sede di verifica dei requisiti e i DURC del 31.7.2017, 28.11.2017, 28.3.2018, 26.7.2018

24.11.2018, prodotti in primo grado dal Raggruppamento controinteressato (docc. 5-9 depositati il 22.7.2019) attestano la regolarità contributiva per il periodo considerato.

Il DURC irregolare a carico della E-Care è stato emesso solo il 25.3.2019, un mese dopo l'adozione dell'aggiudicazione definitiva, avvenuta con provvedimento n. 221 del 14 febbraio 2019.

Anche per l'asserito debito tributario di E-Care, dalla certificazione dell'Agenzia delle Entrate del 18.1.2019, acquisita su richiesta della ASL del 12 dicembre 2018 in sede di controllo di veridicità delle dichiarazioni rese dai partecipanti, risulta che non sussistevano violazioni e debiti tributari definitivamente accertati che la concorrente avesse obbligo di dichiarare.

E dal certificato di carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'anagrafe tributaria del 18.12.2018 (all.11 alla documentazione depositata il 17.9.2019 dal Raggruppamento controinteressato in I grado) risultano a carico di E-Care cartelle di pagamento per debito non definitivamente accertato, anno di imposta 2008, per un debito di 98,68 euro, cartella di pagamento anno di imposta 2016, definitivamente accertato, per un debito di 405,15 euro e cartella di pagamento anno di imposta 2013 per un debito definitivamente accertato di euro 700,44.

Tali violazioni non possono però considerarsi "violazioni gravi" ai sensi del comma 4 dell'art. 80, considerato l'esiguo importo, inferiore alla soglia di euro 5.000 indicata dall'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, cui rinvia lo stesso comma 4 dell'art. 80 del codice degli appalti (cfr. C.d.S., sez. III, 13.9.2019 n. 6168).

2.1.2. - Quanto alla dichiarazione di cessione del ramo di azienda relativo alle attività di contact center e alle funzioni di staff correlate alla gestione diretta, commerciale e organizzativa, con decorrenza dal 1° gennaio 2019, alla società Olisistem Start s.r.l., su cui insiste l'appellante, il Collegio osserva che nella seduta del 14.2.2019 la stazione appaltante ha escluso il subentro della società Olisistem, per il divieto di modificazioni soggettive in corso di procedura, e che, motivatamente, la delibera n. 221 del 14.2.2019 aggiudica la gara in favore del RTI nella composizione indicata in sede di partecipazione, ovvero composto da NTA, Maggio '82 Cooperativa Sociale Integrata ed E-Care S.p.a.

2.1.3. - Né può valere a dimostrare l'esistenza di una violazione tributaria di cui al comma 4 dell'art. 80 cit. la notifica del verbale di contestazione della Guardia di Finanza del 29.5.2017, perché trattasi di un atto endoprocedimentale, cui non risulta abbia fatto seguito un accertamento definitivo né di reato tributario.

Come si evince dal testo dell'art. 80, comma 4, e come chiarito dalla giurisprudenza, ai fini della esclusione dalla gara rilevano le risultanze di sentenze o atti non più soggetti a impugnazione, da cui discende che le violazioni (ossia omessi pagamenti, superiori alla soglia minima ritenuta rilevante, di cui al citato art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del D.P.R. 602 del 1973) si possano considerare "definitivamente accertate" (C.G.A.R.S. n. 758 del 16.8.2019).

2.2. - La ricorrente afferma che la regolarità tributaria e contributiva attestata dall'Agenzia per le Entrate tiene conto della rateizzazione concessa nel settembre 2018, a seguito di un pagamento parziale di euro 13.365.275 a fronte dell'ingente debito di 16.800.000,00 di euro, ma non può ritenersi sussistente per il periodo antecedente, attesa

anche la valenza confessionaria delle dichiarazioni riportate nelle relazioni del bilancio al 31.12.2017.

Il requisito sarebbe stato perduto dalla mandante E-Care s.p.a. nel corso della gara, con conseguente soluzione temporanea nella continuità del possesso del requisito. I conti correnti ed i crediti sono stati dissequestrati in data 12.9.2018 a seguito del pagamento parziale e della rateizzazione, come emergerebbe dalla Relazione del Collegio sindacale.

2.2.1. - Il Collegio osserva che a fronte delle certificazioni rilasciate su richiesta della ASL Bat dall'Agenzia delle Entrate il 17.12.2017 e il 18.1.2018, correttamente la stazione appaltante ha ritenuto inesistenti debiti "definitivamente accertati", i soli rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 4.

2.3.- L'appellante insiste sulla pendenza di un procedimento penale per l'ingente debito tributario confessato in bilancio, considerato che il sequestro preventivo attuato dalla Procura della Repubblica presuppone la previa instaurazione di un procedimento penale, che in carenza di prova contraria deve ritenersi tuttora pendente.

Appurata l'esistenza del procedimento penale per reato tributario costituiva obbligo del concorrente dichiarare la relativa pendenza del procedimento ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) D.lgs 50/2016.

2.3.1. -Il Collegio osserva, innanzitutto, che il sequestro penale preventivo dei conti correnti e crediti ex art. 321 c.p. è stato disposto a carico di E-Care s.p.a. successivamente alla presentazione dell'offerta, in data 24.5.2018 e poi revocato il 12.9.2018, prima dell'aggiudicazione, in relazione alla esistenza del debito tributario per mancato versamento dell'IVA, di cui al citato verbale della Guardia di Finanza.

Il debito, come deduce lo stesso appellante, è stato oggetto di parziale pagamento e di rateizzazione per l'importo residuo.

L'ammissione a rateizzazione non rappresenta di per sé "definitività" dell'accertamento.

Il sequestro preventivo non è indicativo della definitività dell'accertamento tributario e non rientra tra le cause di esclusione tassative e automatiche di cui all'art. 80, comma 4.

2.3.2. - In secondo luogo, il sequestro preventivo non può ricomprendersi tra le cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c), che ricomprende situazioni oggetto di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, se sussumibili nella categoria di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la (sua) integrità o affidabilità" dell'operatore economico.

E' stato precisato dalla giurisprudenza che il concetto di "grave illecito professionale" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e che la norma ha carattere esemplificativo, non descrive la fattispecie astratta in maniera esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, che utilizza allo scopo elementi o criteri extragiuridici.

La norma, in altri termini, rimette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante l'individuazione di inadempienze tali da minare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra le parti (Stato sez. III, 11/06/2019, n.3908).

Pertanto, è stato affermato, che la stazione appaltante ben può attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente. Il concetto di "grave illecito professionale" ricomprende, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività

professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192).

Questa Sezione (cfr. CdS, Sez. III, n. 7231 del 27.12.2018) ha ritenuto, ad es., ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c), incondizionatamente doverosa la dichiarazione di episodi risolutivi di precedenti rapporti contrattuali, ancorché sub iudice, poiché il potere valutativo dell'Amministrazione può estrinsecarsi solo sulla base di dichiarazioni complete degli operatori economici partecipanti alle gare, che devono, dunque dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettiva rilevanza di tali episodi sul piano della "integrità professionale" dell'operatore economico.

Si tratta, evidentemente, di pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; V, 16 novembre 2018, n. 6461; V, 24 settembre 2018, n. 5500; V, 3 settembre 2018, n. 5142; V, 17 luglio 2017, n. 3493; V, 5 luglio 2017, n. 3288; V, 22 ottobre 2015, n. 4870), non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare (Consiglio di Stato Sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; V, 11 giugno 2018, n. 3592; V, 19 novembre 2018, 6530).

Tra questi sono stati fatti rientrare, anche alla luce della direttiva comunitaria, 2014/24/ del 26 febbraio 2014: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non

contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. (C.d.S., sez. III, 12/12/2018, n. 7022).

Nella specie, il sequestro preventivo è stato disposto per violazioni tributarie, relative al debito IVA, che non sono direttamente riconducibili all'affidabilità nello svolgimento dell'attività professionale e alla lealtà nel rapporto contrattuale, nulla togliendo alla innegabile gravità del comportamento dal punto di vista dell'ordinamento, la cui rilevanza tuttavia è compiutamente considerata dallo stesso art. 80, commi 1 e 4, nei limiti e alle condizioni ivi specificate.

La rilevanza di indagini penali in atto, in ogni caso, ai fini della fattispecie prevista dal comma 5 lett. c), andrebbe sempre valutata in relazione alla categoria "grave violazione professionale".

In quest'ottica, non sembra conducente il precedente citato dall'appellante (C.d.S., V Sezione, 20.3.2019, n. 1846) che attiene ad una fattispecie del tutto singolare, la fornitura in favore della Procura della Repubblica del servizio di intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali, per cui il bando richiedeva una serie di informazioni al fine di assicurare la sussistenza, in capo ai concorrenti del "massimo grado di onorabilità, sicurezza e

affidabilità”. In quel caso, le indagini penali in corso riguardavano un concorrente indagato per reato informatico, per aver "custodito in un proprio archivio riservato le tracce informatiche relative a una enorme quantità di conversazioni telefoniche /ambientali/telematiche per la cui intercettazione era stata incaricata da numerose AA.GG. e ciò in assenza di autorizzazione e quindi in violazione di legge”. E’ evidente, in quel caso, che la violazione per la quale risultava pendente l’indagine penale riguardava direttamente l’oggetto delle prestazioni dell’appalto da aggiudicare.

Alla luce delle considerazioni che precedono, in definitiva, tutt’al più, dalla nota integrativa del bilancio 2017 di E-Care s.p.a. è rilevabile l’esistenza di una indagine penale che né alla data di presentazione dell’offerta, né dopo, risulta essere sfociata nella adozione di provvedimenti di condanna definitivi, per le ipotesi di reato che ai sensi dell’art. 80, comma 1, conducono all’esclusione dalla gara.

Né si è in presenza di accertamenti tributari definitivi, ai sensi del comma 4 dell’art. 80.

Neppure si è in presenza di gravi illeciti professionali, ex comma 5, lett. c) dell’art. 80, non trattandosi di procedimento penale per fatti e comportamenti particolarmente significativi sotto il profilo della capacità e lealtà professionale.

2.3.3. – L’appellante asserisce che l’aver sottaciuto consapevolmente la circostanza della pendenza del procedimento penale, anche a voler ritenere che questo sia stato instaurato dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande, nel momento in cui (il 15.1.2019) E-Care s.p.a. comunicava alla stazione appaltante l’intervenuto affitto del ramo di azienda alla Olisistem Start,

configurerebbe l'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5 lett. f bis, con conseguente automatica esclusione dalla gara.

2.3.4. - Per quanto sopra detto, è inapplicabile il comma 5 lett f-bis, che prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che abbia reso falsa dichiarazione o presentato falsa documentazione, in quanto non ne sussistono i presupposti.

La mancata comunicazione alla stazione appaltante della pendenza, eventuale, di una indagine penale non concreta l'ipotesi del mendacio, semmai una omissione non direttamente rilevante sulla valutazione della "grave violazione professionale".

3.- Infondato è il secondo motivo di appello, con cui SEATT censura la sentenza perché ha respinto la doglianza concernente la carenza o perdita di un requisito essenziale di partecipazione ex art. 83, comma 1, del codice degli appalti, costituito dalla piena disponibilità operativa e organizzativa di un compendio aziendale in grado di svolgere il servizio di Call Center.

Al riguardo l'appellante sottolinea che vi era l'obbligo per l'offerente, previsto dalla lex specialis, di presentare un progetto tecnico col quale specificare le modalità di effettuazione del servizio di Call Center, che per l'appunto rappresentava la quota del 25% di cui era assegnataria la mandante E-Care s.p.a..

Essendo intervenuta la cessione del ramo di azienda, il Raggruppamento era rimasto privo del requisito di partecipazione.

Il TAR avrebbe equivocato il tenore della censura, e, ritenendo che venisse contestata la possibilità di eseguire il servizio, ha ritenuto infondato il motivo in quanto attinente alla fase esecutiva.

3.1. - Il Collegio osserva che la delibera di aggiudicazione, come già detto, ha escluso l'efficacia dell'intervenuto affitto del ramo di

azienda ed il servizio è stato affidato al raggruppamento nella sua originaria composizione.

La disponibilità e capacità di eseguire la prestazione secondo le prescrizioni del capitolato non richiedeva la disponibilità di un compendio aziendale relativo al Call Center da parte del Raggruppamento, che tuttavia era tenuto a dichiarare e dimostrare le modalità tecniche cui si sarebbe attenuto all'atto di presentazione dell'offerta.

Pertanto, nessuna ulteriore verifica in ordine ai requisiti di partecipazione si rendeva necessaria.

Ciò non precludeva, tuttavia, la possibilità, per le ragioni attinenti al venir meno del requisito di regolarità contributiva della mandante E-Care, che il raggruppamento aggiudicatario potesse scegliere, possedendo entrambe le società componenti i requisiti (iscrizione camerale e oggetto sociale adeguati all'espletamento del servizio di call center) di procedere direttamente alla esecuzione del contratto.

4.- Infondato è il terzo motivo di appello, con cui la ricorrente critica la sentenza nella parte in cui ha rigettato i motivi aggiunti notificati in data 11.7.2019.

La ricorrente sostiene l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo motivo aggiunto concernente l'impugnazione della delibera n. 1051 del 13.6.2019, che conferma l'aggiudicazione in favore del Raggruppamento capeggiato da NTA, del quale cessa di far parte E-Care s.p.a., senza aver posto in essere alcuna verifica sulla presenza/persistenza dei requisiti in capo al raggruppamento controinteressato, nonostante le cause di esclusione denunciate col ricorso introduttivo.

Non sarebbe neppure certa la provenienza da NTA della missiva del 15.5.2019, dal momento che non era qualificata la posizione del sottoscrittore dott. Andrea Bettini.

La delibera n. 1051/2019 sarebbe affetta da carenza di istruttoria e motivazione, nonché da violazione dell'art. 32, comma 7, del D.lgs n. 50/2016.

La motivazione in ordine alla verifica dei requisiti sarebbe solo "apparente".

Nessuna documentazione era stata allegata a riprova del possesso dei requisiti per espletare la parte di servizio già assegnata a E-Care s.p.a., la cui uscita di scena avrebbe comportato anche una non consentita "vistosa modifica dell'offerta del raggruppamento", tenuto conto dei dettagli del progetto tecnico-organizzativo presentato e degli elementi qualificanti della proposta, ricollegabili alle peculiarità della società E-Care s.p.a. e alle modalità di espletamento del servizio di Call Center che era stato posto a suo carico e che questa era in grado di garantire con determinate caratteristiche (ad es. sede operativa, sistema di gestione ambientale certificato etc.).

In definitiva, con la fuoriuscita di E-Care s.p.a. l'offerta tecnica sarebbe mutata radicalmente, con inevitabili ripercussioni sull'offerta economica.

4.1.- In ogni caso, secondo l'appellante, la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui ha reputato legittima la modifica del Raggruppamento in corso di gara (prima della stipula del contratto) mediante l'estromissione della mandante E-Care spa, destinataria di un DURC non regolare per l'importo non versato di euro 1.289.116,74 (circostanza dichiarata nella nota del 15.5.2019).

Pertanto, il Raggruppamento andava escluso ex art. 80, commi 4 e 6, codice degli appalti; né poteva invocarsi l'applicabilità dell'art. 48, commi 18 e 19 ter, del codice appalti, in quanto la possibilità della modificazione soggettiva del raggruppamento opererebbe solo nella fase esecutiva del rapporto.

4.2.- Il Collegio osserva, innanzitutto, che la missiva del 15.5.2019 è sottoscritta dal Dott. Andrea Bettini, il Consigliere delegato di NTA che ha sottoscritto il contratto di appalto.

Nella detta missiva il raggruppamento dichiarava il possesso dei requisiti per l'esecuzione in proprio dell'appalto e la delibera n. 1051/2019 attesta l'avvenuta verifica degli stessi.

La censura che muove l'appellante sul punto è generica e sfornita di ogni prova.

In ogni caso, la verifica del possesso dei requisiti in capo alle società componenti il raggruppamento era stata compiuta prima dell'aggiudicazione (come risulta dalla delibera n. 221 del 14.2.2019) e la stazione appaltante non era tenuta a rinnovare la stessa verifica al momento della presa d'atto della modifica soggettiva di cui alla delibera n. 1051 del giugno 2019, salvo per quanto attinente l'idoneità delle società componenti il raggruppamento a svolgere la quota del servizio prima affidata alla mandante E-Care s.p.a..

Le questioni sollevate con il ricorso introduttivo circa il difetto dei requisiti ex art. 80 del codice degli appalti in capo alla mandante E-Care s.p.a. erano sub iudice al momento in cui veniva adottata la delibera n. 1051/2019 e la stazione appaltante non aveva alcun obbligo giuridico di riesame in autotutela.

Infine, non è condivisibile la denunciata modifica dell'offerta, essendosi obbligato il raggruppamento al rispetto delle condizioni anche tecniche dell'offerta formulata, come si legge nel contratto.

Ogni questione riguardante le modalità di svolgimento della prestazione attiene alla fase esecutiva del contratto e il mancato rispetto degli obblighi contrattuali assunti dal Raggruppamento potrà esser fatto valere dalla stazione appaltante mediante l'attivazione dei rimedi previsti dal contratto e dall'ordinamento.

Peraltro, quanto alle conseguenze della estromissione dal raggruppamento di E-Care s.p.a., va ribadito che nessun stravolgimento dell'offerta ne è derivato.

Si tratta di un evento che si è verificato dopo l'aggiudicazione e che è previsto e disciplinato dall'art. 48, commi 17,18 e 19, come meglio si dirà nel prosieguo.

L'aggiudicataria è vincolata al rispetto della propria offerta, formulata in conformità alla lex di gara.

Il disciplinare di gara, nelle premesse, non imponeva ai concorrenti il possesso di un compendio aziendale, ma di garantire alcune modalità di prestazione (ad es., la presenza di personale operatore di sportello negli orari e giorni stabiliti e presso le sedi indicate nel prospetto di cui all'allegato 1, in grado di eseguire le operazioni di prenotazione di prestazioni specialistiche ambulatoriali con alcune caratteristiche minime, nel rispetto di indicatori minimi del livello del servizio, etc.); l'allegato 1 al disciplinare non designa compendi aziendali, ma città dove devono essere ubicati gli operatori da adibire al servizio, numeri di postazione per città, numeri di operatori, giorni e orari di lavoro, etc..

La prestazione, come conformatata dalla lex di gara, non è infungibilmente legata alla disponibilità di un complesso aziendale individuato nell'offerta tecnica.

4.3.- Sotto altro profilo, il Collegio osserva che poiché la modificazione soggettiva del raggruppamento è intervenuta dopo l'aggiudicazione definitiva, a seguito della comunicazione alla stazione appaltante del DURC negativo, avvenuta il 15.5.2019, è applicabile l'art. 48, commi 17 e 18, codice degli appalti.

Tali norme dispongono 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 la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di contrattare con la Pubblica amministrazione (in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo) ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, o nei casi previsti dalla normativa antimafia.

In particolare, il comma 18 cit. obbliga il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ad eseguire la prestazione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire.

Il fondamento della deroga prevista da queste disposizioni, rispetto al principio generale del comma 9, va individuato nell'esigenza di assicurare l'esecuzione del contratto nei termini stabiliti e di ovviare quindi ad un evento che colpisca uno dei componenti del raggruppamento temporaneo di imprese, che si è aggiudicato la commessa (C.d.S. sez. V, 18/07/2017, n. 3539).

4.4. - Infine, (anche se non è questo il caso), contrariamente alla tesi sostenuta dall'appellante, il comma 19 ter dell'art. 48, comma aggiunto dall'articolo 32, comma 1, lettera h), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19, anche in corso di gara.

A fronte del chiaro disposto del comma 19 ter, che rinvia alle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 19, non sono conducenti gli argomenti che l'appellante trae dalla Relazione illustrativa al correttivo al codice (pag. 20) e dall'Atto del Governo n. 397 (pagg. 86 e 87).

Né è convincente l'argomentazione dell'appellante secondo cui nel rinvio ai citati commi, il comma 19 ter farebbe salva anche la locuzione "in corso di esecuzione", perché si tratterebbe di una contraddizione palese con il contenuto dispositivo innovativo del nuovo comma aggiunto dal Legislatore del correttivo, che lo priverebbe di significato.

4.5. - Come già precisato dal TAR, le norme di cui ai commi 18 e 19 ter dell'art. 48, si pongono in posizione di specialità rispetto alla previsione generale di cui all'art. 80, comma 6, invocata dall'appellante.

4.6. – Da ultimo, non è pertinente il richiamo al comma 19 dell'art. 48, poiché la norma si riferisce all'ipotesi di riduzione del Raggruppamento per esigenze organizzative.

In tal caso, il divieto di modifica per mancanza di requisiti si riferisce alla riduzione del raggruppamento dovuto a carenza di requisiti che risale alla presentazione dell'offerta, con finalità elusiva della mancanza ab origine dei requisiti, mentre i casi di cui ai commi 17 e 18 attengono alla fattispecie per la quale la perdita dei requisiti è sopravvenuta alla domanda di partecipazione, come nella fattispecie.

5.- In conclusione, l'appello va rigettato.

6.- Le spese di giudizio possono compensarsi tra le parti, in considerazione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta, e per l'effetto, dichiara la legittimità degli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO