

Pubblicato il 02/09/2022

N. 07667/2022REG.PROV.COLL.
N. 05949/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5949 del 2021, proposto da PLATTNER S.P.A., in proprio e quale capogruppo-mandataria del costituendo RTI con GUFLEER GEO S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

contro

COMUNE DI CALDARO SULLA STRADA DEL VINO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
AGENZIA PER I PROCEDIMENTI E LA VIGILANZA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (ACP), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Fadanelli, Alexandra Roilo, Renate Von

Guggenberg, Patrizia Pignatta, Lukas Plancker e Luca Graziani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

CARRON BAU S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Segalerba e Paolo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma della Provincia di Bolzano, n. 174 del 2021;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caldaro sulla Strada del Vino, della ACP e della Carron Bau s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Maria Alessandra Sandulli, Luca Graziani e Paolo Carbone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– I fatti principali, utili ai fini del decidere, possono essere così riassunti:

- l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture indicava, per conto del Comune di Caldaro, una gara per il «risanamento e l'ampliamento della scuola media di Caldaro – Lotto 01 Opere edili», con un importo a base d'asta pari ad € 8.899.160,89, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- la gara veniva aggiudicata al RTI Carron Bau, risultato primo in graduatoria;
- la società Plattner, in costituendo RTI con Gufler Geo s.r.l., seconda classificata nella graduatoria finale, chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a Carron Bau;

- il ricorso era articolato su due motivi, entrambi basati sul presupposto che l'aggiudicataria Carron Bau, in quanto facente parte (quale controllata al 70% da Carron Holding s.r.l.) di un grande gruppo di imprese (il Gruppo Carron, tra i primi in Italia in termini di fatturato per quanto riguarda le imprese di costruzioni), non rientrasse, diversamente da quanto da essa dichiarato, tra le micro, piccole e medie imprese di cui all'art. 3, comma 1, lettera aa), del codice dei contratti pubblici (c.c.p.) di cui al d.lgs. n. 50 del 2016; Carron Bau avrebbe quindi dovuto presentare in gara la dichiarazione di impegno a rilasciare la garanzia definitiva, prevista a pena di esclusione dall'art. 93, comma 8, del c.c.p., richiamato espressamente dal disciplinare di gara.

2.– Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma di Bolzano, con sentenza n. 174 del 7 giugno 2021, respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale, condannando la ricorrente alla rifusione delle spese di lite a favore di tutte le parti.

3.– Avverso la predetta sentenza ha proposto appello la Plattner s.p.a., in proprio e quale capogruppo-mandataria del costituendo RTI con Gufler Geo s.r.l., riproponendo nella sostanza i motivi proposti in primo grado, sia pure adattati alla motivazione della decisione impugnata.

In particolare, l'appellante insiste nel sostenere che:

i) la dichiarazione del legale rappresentante di Carron Bau s.r.l., circa la natura di PMI della stessa, sarebbe falsa: Carron Bau dovrebbe essere inquadrata tra le imprese collegate, in virtù della quota di partecipazione in essa assunta da Carron Holding s.r.l. (pari al 70% del capitale sociale di Carron Bau), a sua volta proprietaria del 100% del capitale sociale di Carron s.p.a.; di conseguenza, sarebbe necessario fare riferimento al bilancio consolidato del "Gruppo Carron" al fine di verificare il rispetto dei parametri previsti per le PMI da parte dell'aggiudicataria Carron Bau; così facendo, e in seguito alla verifica dei bilanci consolidati relativi agli ultimi due anni antecedenti alla partecipazione alla gara de qua, emergerebbe che Carron Bau non possa essere considerata una micro, piccola o media impresa; la relativa

dichiarazione, pertanto, dovrebbe essere considerata falsa, ai sensi della lettera f-*bis*) del comma 5 dell'art. 80 del c.c.p., o, in via gradata, ai sensi delle fattispecie di cui alle lettere c-*bis*) o c) del medesimo articolo, con conseguente esclusione dalla gara;

ii) Carron Bau, non potendo essere considerata una micro, piccola o media impresa, avrebbe dovuto presentare, a pena di esclusione, la dichiarazione di impegno a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 93, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 2.2. del disciplinare.

L'appellante lamenta inoltre che il Comune di Caldaro avrebbe palesemente operato un'indebita accelerazione della stipula del contratto e della consegna dei lavori, tesa di fatto a compromettere la tutela cautelare.

Il giudice di primo grado avrebbe dovuto pronunciarsi sulla domanda di inefficacia del contratto al fine del subentro o, in subordine, condannare l'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno subito, quantificato alla fine in complessivi € 656.631,65, oltre agli accessori di legge.

4.– Carron Bau s.r.l. si è costituita nel presente giudizio di appello, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, per i seguenti motivi: la procura alle liti, per entrambi i gradi di giudizio, sarebbe stata rilasciata dalla sola Plattner e non anche dalla Gufler Geo s.r.l., designata quale mandante del costituendo RTI; la Plattner, non possedendo in proprio la qualificazione nella categoria OS21, non potrebbe fare a meno di Gufler Geo s.r.l.; quest'ultima, tuttavia, non avrebbe impugnato l'aggiudicazione (non avendo Plattner, per l'anzidetto difetto di procura, la rappresentanza processuale della designata mandante), prestandovi acquiescenza.

Carron Bau ha inoltre proposto appello incidentale per l'annullamento della medesima sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa n. 174 del 2021, nella parte in cui erroneamente avrebbe ommesso di esaminare prioritariamente il ricorso incidentale dalla stessa proposto. Il giudice di primo grado avrebbe dovuto accertare l'illegittimità della partecipazione alla gara dell'odierna appellante, stante l'omessa dichiarazione, da parte di quest'ultima,

di un precedente rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettere *c*) e *c-bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016 (in particolare, in una precedente procedura ad evidenza pubblica, bandita dal Comune di Merano e avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di costruzione della Scuola Elementare e Palestra a Sinigo, la Plattner, dopo essersi resa aggiudicataria in via provvisoria della gara medesima in RTI con altre imprese mandanti, sarebbe incorsa in un provvedimento di esclusione rimasto inoppugnato, per non essere stata in grado di produrre la necessaria documentazione a comprova delle dichiarazioni sui requisiti di partecipazione alla gara rese nell'ambito dell'offerta).

La controinteressata chiede altresì il rigetto dell'appello principale e, in subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'avverso appello principale, di respingere comunque la domanda di subentro dell'appellante nell'affidamento in corso di esecuzione, in ragione dello stato ormai avanzato di esecuzione dei lavori e della preminenza dell'interesse sotteso alla realizzazione dell'opera pubblica, ai sensi dell'art. 5, comma 6, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

5.– Si sono costituiti in giudizio il Comune di Caldaro sulla Strada del Vino e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP), insistendo entrambi per il rigetto dell'appello principale.

6.– Con ordinanza n. 4872 del 10 settembre 2021, il Collegio: i) non ha accolto l'istanza di rinvio della causa, proposta dalla società appellante per l'assenza del consigliere di Stato di lingua tedesca; ii) ha respinto la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata, proposta con l'appello principale, tenuto conto della natura dell'opera pubblica da realizzare e dello stadio avanzato di esecuzione dei lavori.

7.– All'udienza del 23 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.– Il “principio della ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale, consente di derogare all’ordine logico di esame delle questioni – e quindi di tralasciare ogni valutazione pregiudiziale sulla eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla società controinteressata, per difetto della procura alle liti – e di risolvere la lite nel merito.

2.– Il primo motivo di appello – secondo cui la dichiarazione del legale rappresentante di Carron Bau s.r.l. circa la natura di PMI della stessa, sarebbe falsa, in quanto i parametri previsti per tale qualificazione andrebbero riferiti al bilancio consolidato del “Gruppo Carron” sulla base dei criteri indicati nella Raccomandazione n. 2003/361/CE – non può essere accolto.

2.1– Ai sensi dell’art. 3, comma 1, lettera aa), del d.lgs. n. 50 del 2016, per microimprese, piccole e medie imprese devono intendersi: *«le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro».*

Il legislatore ha considerato rilevanti per la qualificazione giuridica di ‘PMI’ gli indici elencati nell’art. 2 dell’allegato alla citata Raccomandazione – segnatamente, quelli occupazionale e del fatturato annuo, ovvero, in alternativa, del bilancio – senza distinguere ai fini del calcolo dei predetti indici tra «impresa autonoma», «impresa associata» e «impresa collegata» (come invece si fa nel successivo art. 3 dell’allegato alla Raccomandazione), e senza neppure richiamare l’art. 6 dello stesso allegato, relativo alla determinazione dei dati dell’impresa.

La lettera della disposizione è chiara in tal senso: viene richiamata genericamente la definizione di “microimprese, piccole e medie imprese”

riportata nella Raccomandazione relativa alla definizione delle micro-imprese, piccole e medie imprese, per poi specificare in modo puntuale («In particolare, sono medie imprese [...]») gli indicatori necessari e sufficienti ai fini della qualificazione delle 'PMI' (effettivi, dati di bilancio e fatturato) e senza attribuire alcuna rilevanza giuridica ad eventuali forme di controllo o di collegamento con soggetti estranei alla gara ai fini dell'imputazione dei predetti criteri dimensionali.

La voluntas legis di non operare un richiamo all'intero portato della Raccomandazione n. 2003/361/CE – recependo sì la tipologia di 'soglie' ma da imputarsi alla comune nozione giuridica di impresa giuridicamente autonoma, al fine probabilmente di facilitare maggiormente l'accesso delle PMI alle procedure di gara – non contrasta con il primato delle fonti del diritto dell'Unione. La Raccomandazione è, infatti, un atto cui difetta un'efficacia precettiva diretta, generale ed erga omnes, consistendo, come è noto, in un'esortazione a tenere un certo comportamento suggerito, senza neppure obbligo di risultato (l'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea recita: «[...] Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti»).

La stessa Raccomandazione in commento prevede poi, nella sua stessa formulazione, significativi margini di flessibilità: prevedendo che le soglie indicate all'art. 2 dell'allegato «costituiscono valori massimi» (potendo gli Stati membri «stabilire, in taluni casi, soglie inferiori»); ovvero facendo salva la possibilità di «impiegare unicamente il criterio degli effettivi per l'attuazione di determinate politiche, eccetto nei settori disciplinati dalle varie normative in materia di aiuti pubblici».

Del resto, anche sul piano dell'inquadramento sistematico, non può parlarsi di una scelta normativa incoerente: il Codice dei contratti pubblici, al fine della verifica dei requisiti generali e speciali, considera di norma quelli posseduti dalla singola impresa partecipante e non quelli, eventualmente maggiori,

facenti capo ad imprese collegate o controllate, salvo ovviamente il ricorso all'avvalimento o al raggruppamento di imprese.

2.2.– Alle considerazioni in diritto sopra svolte (relative alla interpretazione della citata norma definitoria) deve aggiungersene una ulteriore in fatto, anch'essa dirimente.

L'Allegato A1 al disciplinare di gara prevedeva letteralmente la possibilità di dichiarare: *«di essere una micro, piccola, media impresa ai sensi della Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003 relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (se si occupano meno di 250 persone e il fatturato annuo non supera i 50 mln di Euro oppure il bilancio annuo non supera i 43 mln di Euro barrare la casella)»*.

La società aggiudicataria, nel dichiarare di avere i requisiti richiesti espressamente dalla stessa lex specialis per potersi definire PMI (avendo alle proprie dipendenze meno di 250 occupati e un fatturato annuo inferiore a 50 milioni di euro: sul punto non vi è contestazione), non ha quindi affermato il falso (quale deve ritenersi una dichiarazione volutamente difforme da un fatto certo e immediatamente percepibile) e neppure indicato circostanze fuorvianti.

Se anche ci fosse stato un errore sull'interpretazione della norma definitoria – e nel paragrafo precedente questa eventualità è stata esclusa – tale errore sarebbe imputabile alla stazione appaltante e non certo alla società aggiudicataria, la quale non avrebbe potuto di certo essere sanzionata per avere reso una dichiarazione conforme a quanto richiesto nel modulo sottoscritto.

Su queste basi, sarebbero comunque destinante a cadere tutte le censure relative all'asserita violazione dell'art. 80, comma 5, f-bis), c-bis), c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

3.– Respinto il primo motivo di gravame, va respinta anche la seconda censura, basata anch'essa sulla (erronea) tesi per cui Carron Bau non dovrebbe essere considerata una piccola e media impresa: l'aggiudicataria,

secondo l'appellante, avrebbe dovuto produrre l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva occorrente per l'esecuzione del contratto, richiesta dall'art. 93, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, senza alcuna possibilità di sanatoria.

3.1.– La censura è infondata anche per un altro motivo.

Come è stato messo in luce, il citato comma 8 dell'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 – secondo cui «*L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario. Il presente comma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese*» – è diretto a facilitare la partecipazione alle gare, attraverso la posticipazione (e non l'esonero) della garanzia fideiussoria per l'esecuzione dell'appalto, a seguito della aggiudicazione.

L'asserita erronea interpretazione circa la valenza da fornire alla partecipazione e collegamento con altra società, con la conseguente posticipazione della garanzia fideiussoria (agevolazione, come si è detto, soltanto procedurale e non sostanziale), sarebbe stata comunque sanabile con il soccorso istruttorio, trattandosi di irregolarità che non ha inciso in alcun modo sulla correttezza e trasparenza del confronto competitivo tra le imprese.

Nel caso in esame, Carron Bau ha dichiarato e allegato (senza specifica contestazione di controparte) di avere provveduto al rilascio della garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 103 del codice dei contratti.

4.– Per tutte le ragioni sopra esposte, l'appello va integralmente respinto e la sentenza di primo grado interamente confermata.

Non sussistono, quindi, nemmeno i presupposti (anche in punto di rilevanza) per rimettere la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, come chiesto dall'appellante principale.

Il sistema del rinvio pregiudiziale, introdotto dall'art. 267 TFUE per assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione negli Stati membri, istituisce una cooperazione diretta tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali, attraverso un procedimento in cui la determinazione e la formulazione delle questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione – se necessarie ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale – spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore (sentenze Kelly, in C-104/10; Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens, in C-42/10, C-45/10 e C-57/10).

Il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia del sistema di rinvio pregiudiziale, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (sentenza Cartesio, in C-210/06, punti 93, 94 e 98).

Qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione di interpretazione del Trattato.

La giurisprudenza europea ha, tuttavia, precisato che, dal rapporto fra il secondo e il terzo comma dell'articolo 267 TFUE, deriva che i giudici di cui al comma terzo dispongono dello stesso potere di valutazione di tutti gli altri giudici nazionali nello stabilire se sia necessaria una pronuncia su un punto di diritto dell'Unione onde consentir loro di decidere.

Tali giudici non sono, pertanto, tenuti a sottoporre una questione di interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad essi se questa non è rilevante, vale a dire nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della controversia.

In sintesi, è stato chiarito che l'obbligo del giudice nazionale di ultima istanza non sussiste se:

a) la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite);

b) la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso;

c) la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione (c.d. teoria dell'atto chiaro, sul punto è sufficiente il richiamo alla sentenza capostipite della Corte del Lussemburgo 6 ottobre 1982, in C-283/81, Cilfit).

Nel caso in esame, tutte le considerazioni sopra svolte inducono il Collegio a ritenere che sussiste, nella presente controversia, l'ultima delle citate deroghe.

Va pure richiamata la recente sentenza della Corte di Giustizia, 6 ottobre 2021, in C-561/19, Consorzio Italian Management, la quale, in sostanziale continuità con la precedente giurisprudenza, ha precisato che «[l]'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi».

4.2.– L'appello incidentale è, quindi, divenuto improcedibile per carenza di interesse.

5.– Le spese di lite del secondo grado di giudizio vanno poste a carico della parte appellante, secondo la regola generale della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del secondo grado di giudizio in favore della società Carron Bau, del Comune di Caldaro e della ACP, che si liquidano complessivamente in € 3.000,00, in favore di ciascuna di esse, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Francesco De Luca, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere

Ulrike Lobis, Consigliere

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO