Pubblicato il 13/08/2019

N. 00698/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00283/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 283 del 2019, proposto da Thales Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Berruti, Francesco Dal Piaz, Francesco Russo e Luigi Cocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21 Int. 5-8;

contro

Liguria Digitale s.p.a, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Bormioli, Elisabetta Sordini e Paolo Bormioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Genova, piazza Dante 9/14;

nei confronti

ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova, domiciliataria in Genova, v.le Brigate Partigiane, 2;

e con l'intervento di

ad opponendum:

AEP Ticketing Solutions s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Damonte e Antonio Oppicelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberto Damonte in Genova, via Corsica 10/4;

per l'annullamento

del provvedimento di cui alla nota 28 marzo 2019, con il quale Liguria Digitale s.p.a. ha disposto l'esclusione del RTI Thales Italia s.p.a. dalla procedura di gara europea per la realizzazione del sistema di bigliettazione elettronica per il servizio di trasporto pubblico della Regione Liguria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Liguria Digitale s.p.a e dell'ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 luglio 2019 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 19.4.2019 e depositato il successivo 2.5.2019 la società Thales Italia s.p.a., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Pluservice s.r.l., ha impugnato il provvedimento di cui alla nota 28 marzo 2019, con il quale Liguria Digitale s.p.a. ha disposto, ai sensi dell'art. 80 comma 5 del d. lgs. n. 50/2016, l'esclusione del RTI dalla procedura di gara europea per la realizzazione del sistema di bigliettazione elettronica per il servizio di

trasporto pubblico della Regione Liguria, a motivo della mancanza dei requisiti in capo ad uno dei subappaltatori nell'ambito della terna indicata ai sensi dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016 dalla mandante Pluservice s.r.l., essendo emerso che tutti i tre amministratori della società Tom s.r.l. sono stati condannati definitivamente per reati tributari e previdenziali, e che le condanne non risultano dichiarate nel relativo D.G.U.E..

Premesso che il R.T.I. si è classificato primo in graduatoria, a sostegno del gravame deduce due motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione degli artt. 80, co. 5, e 105, co. 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione dell'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014. Violazione del principio di proporzionalità. Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità manifesta.

Non sussisterebbero nella fattispecie i presupposti per applicare al RTI Thales la sanzione dell'esclusione dalla procedura, posto che le disposizioni dell'art. 80, commi 1 e 5 del d.lgs. 50/2016, laddove lette nel senso di disconoscere all'operatore economico la possibilità di sostituire il subappaltatore carente dei requisiti, risulterebbero incompatibili con l'art. 71, par. 6, lett. b della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

Inoltre, l'interpretazione seguita dalla stazione appaltante si porrebbe in contrasto con altre disposizioni del codice dei contratti pubblici che espressamente consentono, anche in fase di gara, la sostituzione di operatori economici che risultino sprovvisti dei requisiti di ammissione (artt. 89 comma 3 in materia di avvalimento e art. 48 comma 19-ter in materia di perdita dei requisiti da parte della mandante di R.T.I.), viepiù trattandosi di subappalto meramente facoltativo.

Cita a conforto la sentenza del T.A.R. Sicilia, I, 17.5.2018, n. 1096, nonché l'ordinanza del TAR Lazio, II, 24.5.2018, n. 6010, che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione circa la compatibilità dell'art. 80 comma

5 del d.lgs. n. 50/2016 sia con gli artt. 57 e 71, par. 6 della Direttiva, sia con il principio di proporzionalità di cui al "considerando" 101, per la parte in cui la norma in questione dovesse essere interpretata nel senso della comminatoria di esclusione per un operatore economico a causa dell'accertamento, in corso di gara, di un motivo di esclusione in capo ad un subappaltatore indicato nella terna, anziché nel senso della imposizione della mera sostituzione del subappaltatore medesimo.

2. Violazione dell'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione del Regolamento ANAC 9 gennaio 2019. Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Eccesso di potere per comportamento illogico e contraddittorio. Difetto di motivazione.

Il parere precontenzioso dell'ANAC, chiesto ex art. 211 d. lgs. n. 50/2016, sarebbe stato emesso in assenza del necessario contraddittorio.

Si sono costituiti in giudizio le amministrazioni intimate Liguria Digitale s.p.a. e l'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con atto notificato in data 16.5.2019 e depositato lo stesso giorno è intervenuta in giudizio – ad opponendum – la società AEP Ticketing Solutions s.r.l., seconda classificata e ora aggiudicataria provvisoria.

Alla camera di consiglio del 23.5.2019, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il legale della società ricorrente ha chiesto la fissazione dell'udienza pubblica per la decisione della causa nel merito.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 24 luglio 2019 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso è infondato.

Il provvedimento di esclusione impugnato ha fatto applicazione dell'art. 80 comma 5 del D. Lgs. n. 50/2016, a mente del quale *"Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:* […] *f-*

bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

Si tratta di vedere se tale normativa nazionale sia conforme alla direttiva europea 2014/24/UE di cui costituisce recepimento e, segnatamente, all'art. 71 comma 6 lett. b) della direttiva n. 2014/24/UE, che è del seguente tenore: *"Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:* […] *b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione".*

Giova rilevare, in proposito, come il TAR Lazio, sezione II, con ordinanza, 24 maggio 2018 n. 6010, abbia rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione *"se gli articoli 57 e 71, paragrafo 6, della direttiva 2014/24/UE, ostino a una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la quale prevede l'esclusione dell'operatore economico offerente nel caso di accertamento, in fase di gara, di un motivo di esclusione relativo a un subappaltatore facente parte della terna indicata in sede di offerta, in luogo di imporre all'offerente la sostituzione del subappaltatore designato".*

Orbene, il collegio ritiene che non si configuri il contrasto con la superiore normativa europea, nei termini prospettati dalla società ricorrente.

Dirimente è il richiamo, contenuto in apertura dell'art. 71 comma 6 lett. b) (rubricato: subappalto) della direttiva n. 2014/24/UE, *"al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2"* (a mente del quale*: "Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici,*

rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X").

Il chiaro riferimento alla fase di "esecuzione" di appalti pubblici di cui all'articolo 18, paragrafo 2 della direttiva n. 2014/24/UE, unitamente al richiamo ai "subappaltatori" - piuttosto che ai "subappaltatori proposti", come invece specificato nel precedente comma 2 dell'art. 71 - chiarisce che la disposizione, laddove impone la sostituzione del subappaltatore nei confronti del quale sussistano motivi obbligatori di esclusione, ha esclusivo riguardo alla successiva fase di esecuzione del contratto, come peraltro specificato dall'art. 105 comma 12 del d.lgs. 50/2016 (*"L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80"*).

Deve pertanto ritenersi che, nel caso di obbligatoria indicazione della terna di subappaltatori, le conseguenze del riscontro di un motivo di esclusione relativamente ad un subappaltatore siano differenti a seconda che tale situazione venga accertata in corso di gara (con esclusione dell'offerente), ovvero in un momento successivo alla stipulazione del contratto (con sostituzione del subappaltatore), e che tale doppio regime sia conforme alla direttiva n. 2014/24/UE.

Né appare violato il principio di proporzionalità – che, peraltro, ai sensi del considerando 101 della direttiva n. 2014/24/UE, concerne soltanto il carattere lieve o grave delle irregolarità accertate nell'applicare motivi di esclusione "facoltativi" - giacché la disciplina di maggior rigore (esclusione) meglio risponde, in termini di adeguatezza, ai principi di imparzialità e parità di trattamento che permeano la fase di selezione delle offerte, ma non quella di esecuzione dell'appalto, laddove non vengono in discussione interessi legittimi di terzi (art. 1372 cod. civ.), mentre l'interesse pubblico della stazione appaltante – che è ormai avvinta da un vincolo

contrattuale - appare adeguatamente protetto con l'imposizione dell'obbligo di sostituzione del subappaltatore.

Nel caso di specie, al di là della riferita questione di diritto, in punto di fatto è pacifico e non contestato che tutti i tre amministratori della società Tom s.r.l., subappaltatore proposto dalla mandante Pluservice s.r.l. nell'ambito della terna ai sensi dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016, sono stati condannati definitivamente per reati tributari e previdenziali, e che le condanne non risultano dichiarate nel relativo D.G.U.E..

Donde il ricorrere della specifica causa di esclusione di cui agli artt. 80 comma 5 lettere c) ed f-bis) e 105 comma 12 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, contestata al R.T.I. ricorrente.

Infondato è anche il secondo motivo di ricorso, concernente l'asserito, mancato coinvolgimento della società ricorrente nel procedimento consultivo svoltosi dinanzi all'ANAC.

A prescindere dalla corretta qualificazione del procedimento (meramente consultivo o precontenzioso ex art. 211 d.lgs. n. 50/2016) e dell'effettivo dispiegarsi del contraddittorio (avendo l'amministrazione comunque trasmesso all'ANAC le controdeduzioni della ricorrente), è un fatto che si tratta di una violazione di norma sul procedimento, sicché, per la natura vincolata del provvedimento di esclusione dalla gara nel ricorrere dei motivi di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, è palese – ex art. 21-octies comma 2 L. n. 241/1990, che il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA, nei confronti di ciascuna delle parte resistenti costituite e dell'interveniente AEP Ticketing Solutions s.r.l..

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Angelo Vitali	**Roberto Pupilella**

IL SEGRETARIO