

Pubblicato il 04/01/2024

N. 00161/2024 REG.PROV.COLL.
N. 05564/2023 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 5564 del 2023, proposto dalla società Markas S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso D'Italia, n. 97,

contro

ARIA S.p.a. - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Cristiano Bosin in Roma, viale delle Milizie, n. 34,

nei confronti

- di Dussmann Service S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Orsola Cortesini, Giuseppe Morbidelli e Matteo Anastasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- della Regione Lombardia e della ASST Fatebenefratelli Sacco, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1403/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ARIA S.p.a. - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli acquisti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di e l'appello incidentale proposto dalla Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2023, il Cons. Antonio Massimo Marra e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

1. La società Markas S.r.l., seconda classificata nella gara - relativa al Lotto n. 1 – indetta da ARIA S.p.a. per l'assegnazione del servizio di pulizia e disinfezione di ambienti sanitari in favore degli enti del Servizio Sanitario Regionale, ha impugnato, l'aggiudicazione, disposta con la determina prot. n. 116 del 6 febbraio 2023 a favore di Dussmann Service S.r.l..

1.1. Alla gara per il Lotto n. 1 - riguardante il servizio in appalto per l'A.S.S.T. Fatebenefratelli Sacco, per un valore di € 36.108.789,12, - hanno preso parte n. 36 imprese.

1.2. All'esito della gara Dussmann Service S.r.l. si è collocata, come detto, al primo posto nella graduatoria finale, con punti 70,61, seguita da Markas S.r.l. con punti 68,91.

1.3. Indi, ARIA ha disposto l'aggiudicazione della gara per il Lotto n. 1 in favore di Dussmann.

1.4. Il provvedimento e gli atti della procedura sono contestati in giudizio da Markas.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato in data 27 giugno 2023 e proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, Markas, seconda classificata e odierna appellante principale, ha chiesto l'annullamento di tali esiti di gara e, ove possibile, il risarcimento in forma specifica mediante subentro nel rapporto contrattuale, articolando cinque censure in ordine all'offerta tecnica ed economica formulata da Dussmann.

2.1. Si è costituita in giudizio ARIA S.p.a. - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, per chiedere la reiezione del ricorso, di cui ha eccepito la infondatezza.

2.2. Si è altresì costituita in giudizio Dussmann, odierna appellante incidentale, concludendo negli stessi termini.

2.3. Con ricorso incidentale notificato avanti al medesimo Tribunale, Dussmann ha sostenuto che Markas sarebbe dovuta essere, a sua volta, esclusa dalla gara.

2.4. Infine, all'esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale), con la sentenza n. 1403 del 10 maggio 2023, ha respinto il ricorso principale di Markas e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Dussmann.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale Markas, deducendo un unico articolato motivo di censura e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e, ove possibile, l'aggiudicazione della gara o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

3.1. Si sono costituite per opporsi all'appello ARIA S.p.a. e Dussmann Service S.r.l., che ha proposto appello incidentale reiterativo del ricorso incidentale escludente proposto in primo grado.

Non si è invece costituita in giudizio la Regione Lombardia.

3.2. Nella camera di consiglio del 27 luglio 2023, fissata per la disamina della domanda cautelare proposta dall'appellante principale ai sensi dell'art. 98

c.p.a., il Presidente del Collegio, sull'accordo dei difensori, ha rinviato la causa, per il sollecito esame del merito, all'udienza pubblica che sarebbe stata fissata con separato decreto del Presidente della Sezione.

3.3. Infine nell'udienza del 23 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Con la appellata sentenza n. 1403 del 10 maggio 2023, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, dopo aver sinteticamente disatteso - verosimilmente per i limiti istruttori connessi alla speditezza del rito sugli appalti pubblici - le prime quattro censure inerenti alle offerte del ricorso principale, ha escluso che nella specie Dussmann dovesse essere esclusa dalla gara per irregolarità fiscali.

5. Con l'atto di appello principale Markas reitera, anzitutto, la necessità di esclusione dell'appellata Dussmann Service S.r.l. per irregolarità fiscali rilevanti ai sensi dell'articolo 80, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

5.1. A sua volta Dussmann nel proprio appello incidentale ripropone l'eccezione, non esaminata dal primo giudice, di inammissibilità (o comunque infondatezza) del motivo riproposto là dove ritiene la natura tributaria del contributo unificato, trattandosi a suo dire di "*spesa del processo*" che viene versata direttamente all'ufficio giudiziario.

5.2. L'eccezione reiterata in via incidentale deve essere respinta.

5.3. Al riguardo, il Collegio è dell'avviso, come puntualmente rilevato dalla difesa di parte appellante, che il contributo unificato non possa non essere ascritto alla categoria delle "*entrate tributarie*" delle quali, per vero, condivide tutte le caratteristiche essenziali, come anche confermato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (sez. un., 5 maggio 2011, n. 9840), la quale, in linea con l'indirizzo espresso dalla Corte costituzionale (sent. 7 febbraio 2005, n. 73), ha evidenziato che detto contributo "*presenta le caratteristiche essenziali del tributo, quali la doverosità della prestazione e il collegamento della stessa ad una pubblica spesa, cioè quella per il servizio giudiziario, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante*".

5.4. D'altra parte, che tale conclusione fosse condivisa dalla stessa Dussmann risulta confermato dal fatto che la controinteressata, in altra gara, aveva adombrato che le pendenze *de quibus* non integrassero cause di esclusione dalla procedura (dichiarazione del 13 aprile 2022, "rinvenuta" dall'odierna appellante principale dopo l'aggiudicazione e posta a base della censura in esame).

6. Sempre in via preliminare, vanno respinte le eccezioni di inammissibilità sollevate reciprocamente dalle parti appellante principale e appellante incidentale, per supposta violazione del divieto di *nova* di cui all'articolo 104 c.p.a., in relazione alla nuova documentazione depositata, per la prima volta nel presente grado di appello, rispettivamente dall'appellante principale al fine di supportare il proprio assunto circa la necessità di esclusione di Dussmann dalla procedura ai sensi dell'articolo 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, e dall'appellante incidentale al fine di sostenere l'insussistenza della ipotizzata causa di esclusione.

6.1. La reiezione delle anzi dette eccezioni si impone anche in considerazione del peculiare andamento della procedura selettiva e del giudizio di primo grado, con specifico riferimento all'assolvimento da parte di Dussmann degli oneri informativi nei confronti della stazione appaltante circa l'insussistenza di cause di esclusione rilevanti ai sensi dell'articolo 80, d.lgs. n. 50/2016.

6.2. Come già accennato, nel giudizio di primo grado Markas ha sostenuto che in capo all'aggiudicataria sussistessero irregolarità fiscali rilevanti ai sensi del comma 40 del citato articolo 80, *sub specie* di omesso pagamento di contributi unificati relativi a giudizi svolti presso il Tar del Lazio ed il Consiglio di Stato, e quindi la non veridicità della dichiarazione resa da Dussmann attestante la propria regolarità sotto tale profilo, producendo una dichiarazione resa dalla stessa Dussmann in altra procedura, a suo dire rinvenuta dopo l'aggiudicazione.

A seguito di ciò, Markas ha presentato agli uffici giudiziari interessati altrettante istanze di accesso, poi non coltivate e riattivate in pendenza del

presente giudizio di appello, al fine di conoscere i dettagli di quelle che a suo dire sarebbero state fattispecie escludenti a cagione dell'entità dei contributi non pagati, superiore alla soglia di gravità stabilita dall'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

6.3. Il primo giudice ha respinto la prospettazione attorea esclusivamente sulla base di quanto dichiarato a verbale, in occasione dell'udienza pubblica di trattazione della causa, dalla difesa di Dussmann: e cioè che le anzi dette pendenza non avrebbero configurato cause di esclusione obbligatoria dalla procedura, trattandosi di pendenze non ritualmente notificate e comunque sanate prima dell'aggiudicazione.

6.4. Di qui le ulteriori produzioni documentali nel presente grado, laddove, a seguito della già accennata "riattivazione" delle procedure di accesso documentale instaurate dall'odierna appellante presso il Tar del Lazio ed il Consiglio di Stato, Markas tende a confutare l'assunto condiviso dal primo giudice di una insussistenza e/o irrilevanza delle irregolarità *de quibus*.

6.5. In particolare, dalla documentazione prodotta dalle parti emerge quanto segue:

a) con riguardo ai quattro inviti al pagamento inoltrati dal Tar del Lazio nel 2021, risponde al vero quanto affermato (ma non documentato) dalla difesa di Dussmann dinanzi al primo giudice, e cioè che gli stessi sono stati annullati in autotutela già anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte nella procedura per cui qui è causa, essendo stato accertato che si trattava di indebita "duplicazione" di altrettanti inviti già notificati nel 2018;

b) quanto ai quattro inviti del 2018, Dussmann ha documentato che questi erano stati tempestivamente impugnati e che i relativi contenziosi tributari erano pendenti al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (sarebbero stati definiti in primo grado solo in un momento successivo, essendo tuttora pendenti nei successivi gradi di giudizio), il che induce Markas a evidenziare che tali vicende avrebbero dovuto in ogni caso essere portate a conoscenza della stazione appaltante

quali irregolarità “*non definitivamente accertate*” che l’Amministrazione era chiamata a valutare giusta la disciplina *ratione temporis* applicabile;

c) quanto al contributo unificato per il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, risulta documentato che questo era stato pagato – asseritamente all’insaputa di Dussmann – da altro operatore economico che in tale giudizio aveva partecipato in r.t.i. con Dussmann, restando però pendente la sanzione pari a € 20.000,00, non pagata dal detto operatore e che Dussmann avrebbe saldato solo in un momento successivo (comunque anteriore all’aggiudicazione).

7. Tutto ciò premesso, l’appellante principale Markas, invocando la generale regola della necessaria continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara, assume che nella specie Dussmann avrebbe conclamatamente perduto il requisito della regolarità fiscale in corso di gara, senza che la stazione appaltante ne abbia preso atto e assunto le necessarie determinazioni in punto di esclusione della stessa Dussmann dalla procedura selettiva.

In contrario, Dussmann e ARIA S.p.a. richiamano in prima battuta il consolidato indirizzo giurisprudenziale che esclude ogni facoltà per la stazione appaltante di sindacare le risultanze delle certificazioni rilasciate dalle autorità competenti (nella specie, l’Agenzia delle Entrate), le quali fanno fede della regolarità dell’operatore economico sotto il profilo fiscale: nella specie, l’assenza di irregolarità rilevanti sarebbe stata accertata – per l’appunto – attraverso le anzi dette certificazioni, acquisite dalla stazione appaltante in plurimi momenti della procedura (e, da ultimo, in sede di verifica sul possesso dei requisiti prima dell’aggiudicazione).

8. Tale contrasto di posizioni disvela, ad avviso del Collegio, un possibile punto di frizione applicativa tra i ricordati orientamenti interpretativi, tale da indurre a sollecitare l’intervento dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato.

8.1. Più specificamente, Dussmann si richiama al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, nelle gare pubbliche, le certificazioni relative

alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti, si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali” (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 4 maggio 2012, n. 8; id., sez. III, 18 dicembre 2020, n. 8148; id., sez. V, 17 maggio 2013, n. 2682).

8.2. Ma, a fronte di tale consolidato orientamento, è vero che la giurisprudenza ha enunciato un ulteriore consolidato principio (dall'Adunanza plenaria nella sent. 20 luglio 2015, n. 8), riveniente dalla richiamata regola – invocata dall'appellante principale Markas - secondo cui, *“proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A (...). E tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti, è appena il caso di rilevarlo, non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore “operatore economico” (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da*

quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica (...)".

9. Il Collegio non può, dunque, non rilevare che l'applicazione contestuale dei richiamati indirizzi è suscettibile di condurre, in vicende come quella qui all'esame, a conclusioni suscettibili di contraddire o l'uno o l'altro degli indirizzi medesimi (e, quindi, di determinare contrasti o incertezze di giurisprudenza).

Non è, anzitutto, chiaro, in particolare, se esista sempre un obbligo del concorrente di informarsi, e soprattutto di informare tempestivamente la stazione appaltante, su tutte le situazioni di irregolarità fiscale o contributiva che dovessero sopravvenire in corso di gara; e se, per converso, sussista ininterrottamente un obbligo per la stazione appaltante di verificare l'eventuale esistenza di irregolarità (mediante l'acquisizione di certificazioni dell'Agenzia delle entrate anche riflettenti la posizione "storica" dell'operatore), in ogni fase della procedura di gara, atteso che l'affermazione giurisprudenziale secondo cui la verifica "può" avvenire in ogni momento della procedura di gara non implica necessariamente che la stessa "debba" essere condotta in relazione ad ogni momento e con le richiamate modalità.

Infine, nell'ipotesi in cui dovesse riaffermarsi la sufficienza di un accertamento "puntuale" eseguito dalla stazione appaltante mediante l'acquisizione della certificazione in un determinato momento della procedura (che, di regola, coinciderà con quella della verifica delle dichiarazioni rese dal concorrente sul possesso dei requisiti di partecipazione), emerge il tema processuale se sia consentito al concorrente, il quale impugni l'aggiudicazione, di andare al di là di quanto è sufficiente per la stazione appaltante, e quindi documentare la sussistenza di irregolarità "escludenti" in un qualsiasi momento della procedura di gara diverso da quello in cui quest'ultima ha

condotto le proprie verifiche, con il conseguente dovere del giudice di accertare l'illegittimità dell'aggiudicazione e annullarla.

10. Vanno dunque rimessi all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato i seguenti quesiti:

i) se, fermo restando il principio della insussistenza di un potere della stazione appaltante di sindacare le risultanze delle certificazioni dell'Agenzia delle entrate attestanti l'assenza di irregolarità fiscali a carico dei partecipanti a una gara pubblica, le quali si impongono alla stessa amministrazione, il principio della necessaria continuità del possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure selettive comporti sempre il dovere di ciascun concorrente di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsiasi irregolarità che dovesse sopravvenire in corso di gara;

ii) se, correlativamente, sussista a carico della stazione appaltante, ferma restando la richiamata regola della sufficienza delle certificazioni rilasciate dalle Autorità competenti, il dovere di estendere la verifica circa l'assenza di irregolarità in capo all'aggiudicatario della procedura in relazione all'intera durata di essa, se del caso attraverso l'acquisizione di certificazioni estese all'intero periodo dalla presentazione dell'offerta fino all'aggiudicazione;

iii) se, in ogni caso e a prescindere dalla sufficienza o meno delle verifiche condotte dalla stazione appaltante, il concorrente che impugni l'aggiudicazione possa dimostrare, e con quali mezzi, che in un qualsiasi momento della procedura di gara l'aggiudicatario ha perso il requisito dell'assenza di irregolarità con il conseguente obbligo dell'amministrazione di escluderlo dalla procedura stessa.

11. La statuizione sulle spese è riservata alla decisione definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dei quesiti indicati in motivazione. Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2023

con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE
Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO