

APPALTI - REQUISITI DI ORDINE GENERALE - ART. 80, C. 5, LETT. C) D.LGS. 50/2016 - INFORMAZIONI FALSE O FUORVIANTI - CONDIZIONI DI RILEVANZA - ESCLUSIONE - LEGITTIMA

Ai fini dell'integrazione della nozione di gravi illeciti professionali per informazioni false o fuorvianti, legittimanti l'esclusione dell'operatore economico, rilevano le dichiarazioni propriamente false o alterate dall'omissione di dati necessari, rese con negligenza, se non addirittura con dolo, idonee ad incidere potenzialmente sul processo decisionale della stazione appaltante, sulla base di un apprezzamento in concreto e a priori della rilevanza obiettiva delle medesime.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6157/2019

Publicato il 12/09/2019

N. 06157/2019REG.PROV.COLL.

N. 02280/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2280 del 2019, proposto da Co.Str.M. s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Albertani Corporates s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sandro e Angelo Raffaele Pelillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimo Letizia in Roma, alla via Monte Santo, n. 68;

contro

Comune di Alba Adriatica, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Ruggero Bianchi in Roma, alla via Leonardo Greppi, n. 77;
Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Scarpantoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” s.c.p.a., La Cascina Costruzioni S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, alla via Barnaba Tortolini, n. 30;
Taddei s.p.a., Mastrangeli Aldo s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo – L'Aquila, sez. I, n. 564/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alba Adriatica, dell'Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata, del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” s.c.p.a. e de La Cascina Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Angelo Raffaele Pelillo e Antonio Ruggero Bianchi, per delega degli avvocati Referza e Scarpantoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Co.Stra.M. s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Albertani Corporates s.p.a., esponeva che, in data 22 marzo 2018, il Comune di Alba Adriatica, per il tramite della Centrale Unica di Committenza – Unione Comuni Val Vibrata, aveva indetto procedura aperta, *ex artt. 3, comma 1, 60 e 71 d. lgs. 50/2016*, per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto “*demolizione e ricostruzione ala inagibile della Scuola Media E. Fermi – 2* Stralcio*” in Alba Adriatica, per l'importo a base d'asta di € 1.400.000,00, da aggiudicarsi con il metodo del cd. “confronto a coppie”.

Precisava che, secondo il disciplinare di gara, l'appalto sarebbe stato aggiudicato in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2 del *Codice*, con attribuzione di un massimo di 80 punti per l'offerta tecnica e 20 punti per quella economica, secondo i criteri specificamente individuati.

Rappresentava che la gara si era svolta nel corso di sei sedute (pubbliche e riservate) e che, in quella del 6 luglio 2018, si era vista classificare al primo posto in graduatoria, risultando provvisoriamente aggiudicataria.

Nondimeno, con ricorso dinanzi al TAR per l'Abruzzo, il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” e la Società La Cascina Costruzioni s.r.l. avevano contestato gli esiti della gara.

Con la sentenza epigrafata, resa nella integrità del contraddittorio delle parti, il primo giudice:

a) aveva accolto il ricorso, annullando l'aggiudicazione, sull'assunto che l'aggiudicataria, odierna appellante, avesse reso, in violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016, “*informazioni false o [comunque] fuorvianti*”, in ordine

alle caratteristiche della propria offerta tecnica, suscettibili di condizionare, in guisa determinante, l'attribuzione dei punteggi;

b) aveva, peraltro, disatteso la domanda risarcitoria (sia per equivalente che in forma specifica), avuto riguardo alla prospettica impossibilità di formulare giudizio prognostico sugli esiti conformativi del rinnovato confronto concorrenziale a coppie;

c) aveva, conseguentemente, disatteso l'istanza intesa alla declaratoria di inefficacia del contratto, argomentando dal mancato accoglimento della domanda di tutela specifica.

Avverso la ridetta statuizione insorgeva l'appellante, lamentandone la complessiva erroneità ed ingiustizia ed invocandone, per quanto di interesse, la riforma.

Si costituivano in giudizio, per resistere al gravame, il Comune di Alba Adriatica e l'Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata, nonché il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" s.c.p.a. e La Cascina Costruzioni S.r.l., che argomentavano l'inaammissibilità e l'infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del 27 giugno 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Osserva il Collegio che la decisione impugnata muove dalla premessa che, nella gara in esame, l'offerta tecnica fosse, per quanto di interesse, soggetta a valutazione secondo i criteri determinati dalle prescrizioni capitolari, tra le quali le seguenti prevedevano l'attribuzione discrezionale del punteggio da 0 a 5 punti:

- (D1) *utilizzo di materiali da costruzione derivanti da materie prime rinnovabili per almeno il 20% in peso su totale dell'edificio escluse le strutture portanti* (il peso totale dell'edificio

dovendo intendersi comprensivo delle migliorie offerte dagli operatori economici, secondo il chiarimento n. 3 reso dalla stazione appaltante in data 24 aprile 2018);

- (D2) *utilizzo di materiali estratti, raccolti o recuperati, nonché lavorati (processo di fabbricazione) ad una distanza massima di 150 km dal cantiere di utilizzo, per almeno il 60% in peso sul totale dei materiali utilizzati* (per una distanza massima dovendosi intendere - anche alla luce dell'art. 2.6.5 del d.m. dell'11 /01/2017, richiamato nel bando di gara - *la sommatoria di tutte le fasi di trasporto incluse nella filiera produttiva, con moltiplicazione delle distanze, in caso di trasporto via ferrovia o via mare, per un fattore pari a 0,25*).

In concreto, il seggio di gara aveva attribuito all'aggiudicataria appellante, per il primo criterio, il massimo punteggio, a dispetto del fatto, denunciato con il ricorso di prime cure, che avesse indicato un peso totale dell'edificio più basso di quello comprensivo delle migliorie offerte.

Il ricorso aveva lamentato, altresì, che l'aggiudicataria avesse compreso il "*tavolato in legno di abete*" tra i materiali non strutturali, che, a termini di disciplinare, avrebbero dovuto essere esclusi dal calcolo del peso dell'edificio, ai fini dell'attribuzione del punteggio D1 che, come precisato, era finalizzato a premiare la maggior percentuale delle materie prime rinnovabili sul peso dell'edificio: ciò aveva comportato, alla luce delle formalizzate ragioni di doglianza, l'*alterazione del rapporto percentuale fra il peso delle materie prime utilizzate e il peso totale dell'edificio* (tanto più basso essendo, invero, il peso totale dell'edificio, tanto maggiore risultando la percentuale d'incidenza in peso delle materie prime rinnovabili, e viceversa).

In entrambi i casi il corretto calcolo dell'incidenza delle materie rinnovabili (che avrebbe dovuto essere più basso, dovendosi escludere il tavolato in legno d'abete) sul peso dell'edificio (che avrebbe dovuto essere più alto dovendo comprendere le migliorie offerte) avrebbe, in definitiva, dato un risultato nettamente inferiore rispetto alla percentuale (96%) dichiarata dal raggruppamento controinteressato.

Sotto distinto e concorrente profilo critico, l'aggiudicataria, con riferimento al criterio "D2" (filiera di approvvigionamento dei materiali non eccedente il limite di 150 km, con il correttivo previsto dal d.m. 11.1.2017) per il quale pure aveva conseguito il massimo punteggio, avrebbe:

- a) omesso di dichiarare, nel calcolo delle distanze, le tratte del trasporto su gomma da "Lonato alla Stazione di Brescia", e dalla "Stazione di Porto d'Ascoli a Pagliare del Tronto" (evidentemente, per evitare di superare il limite di 150 km);
- b) falsamente dichiarato il trasporto ferroviario dell'acciaio – benché la ditta fornitrice non operasse consegne mediante trasporto ferroviario - per avvalersi del moltiplicatore dello 0,25 previsto dal ridetto d.m. 11.1.2017, per la distanza coperta dal tratto ferroviario;
- c) falsamente dichiarato di produrre le strutture prefabbricate occorrenti nello stabilimento della mandataria Co.Stra.M. S.r.l., situato a 9 chilometri dal cantiere d'appalto.

Ciò posto, ritenendo comprovate le circostanze oggetto di denuncia, il primo giudice – in applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d. lgs. n. 50/2016, che ricomprende l'allegazione di "*informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*" nel novero dei "*gravi illeciti professionali*" idonei ad imporre l'adozione di misura espulsiva – ha accolto il ricorso, ritenendo non decisiva l'ecceputa necessità di procedere, sul piano dell'apprezzamento del concreto interesse ad agire, alla c.d. prova di resistenza, stante l'impossibilità di apprezzare *a priori* l'esito valutativo operato con il metodo del confronto a coppie.

3.- Ciò posto, con il primo motivo di impugnazione, l'appellante si duole della asserita contraddittorietà della sentenza la quale avrebbe, per un verso, ingiustamente rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancato superamento della c.d. prova di resistenza e, per altro verso, conferito portata

escludente a dichiarazioni relative ad elementi progettuali che non sarebbero stati determinanti ai fini dell'aggiudicazione.

3.1.- Sotto entrambi i profili, la censura non merita accoglimento.

3.1.1.- Dal primo punto di vista, l'impraticabilità della c.d. prova di resistenza (che, come è noto, vale a dare corpo, in chiave di concreta utilità dell'accesso alla tutela giurisdizionale, ai fini della dimostrazione che l'ipotetica e prospettica fondatezza della domanda sarebbe effettivamente in grado di arrecare al ricorrente il vantaggio perseguito) è stata desunta dalla logica del criterio comparativo utilizzato per l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche.

In effetti, laddove l'attribuzione, sia pure necessariamente discrezionale, di un punteggio per ciascuna offerta *in sé considerata* legittima la verifica *a priori* del possibile esito alternativo, nel caso del c.d. *confronto a coppie* questa possibilità è esclusa dalla impossibilità di prevedere *ex ante* le conseguenze della comparazione, per definizione condizionate dall'attribuzione del punteggio preferenziale non in assoluto, ma in relazione ai singoli confronti tra le offerte, a due a due.

È, dunque, l'impossibilità di formulare un giudizio prognostico che vale ad assolvere dal relativo onere probatorio.

3.1.2.- Sotto il secondo punto di vista, la riconduzione delle informazioni (obiettivamente) “false” o anche solo “fuorvianti” tra le ipotesi di “*gravi illeciti professionali*” che – in quanto idonei a “rendere dubbia” l’*integrità* (morale) o l’*affidabilità* (professionale) del concorrente – legittima (ed impone) l'adozione della sanzione espulsiva trae alimento, nel corpo della previsione di cui all'art. 80, comma 3 lettera c) d. lgs. n. 50/2016, non solo dal rimprovero di “*negligenza*” (quando non di dolo) che è possibile formulare a carico del concorrente, ma anche *potenziale* attitudine della informazione falsa od omessa ad “*influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*”, ai fini della ammissione e della selezione delle offerte e della conseguenziale aggiudicazione.

Ne discende (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2018, n. 2747):

a) che, per un verso, non si deve trattare di dichiarazione semplicemente *erronea* (in quanto non conforme alla verità dei fatti) o materialmente *omessa* (in quanto taciuta da parte del concorrente che era in possesso dei relativi dati e delle sottese informazioni), ma di dichiarazione propriamente *falsa* (in quanto oggetto di una condotta intesa alla alterazione, consapevole e volontaria o quanto meno frutto di non giustificabile negligenza, parimenti idonea a strutturare un giudizio di complessiva *colpevolezza*) o alterata dalla omissione di dati necessari (“*informazioni dovute*”);

b) che, per altro verso, non è necessario dimostrarne (con giudizio necessariamente *a posteriori*) le concrete modalità di incidenza sulla operata valutazione, essendo (necessario ma) sufficiente l'apprezzamento (pur sempre in concreto, ma *a priori*) della *rilevanza* (cioè della *idoneità* – *suscettibilità*, nel linguaggio della norma – a *fuorviare* il giudizio sulle caratteristiche della proposta negoziale).

L'influenza (determinante) sul processo decisionale va, per tal via, certamente dimostrata, ma è a tal fine sufficiente – proprio perché la *rimproverabile falsificazione od omissione di dati della realtà economica e professionale* è destinata ad incidere sulla affidabilità prima ancora *soggettiva* (*id est*, del concorrente) che *oggettiva* (*id est*, dell'offerta) – il riscontro della obiettiva *rilevanza*, nel senso chiarito, dei dati volta a volta omessi o alterati.

Nel caso di specie, non è revocabile in dubbio (di là dalla questione – che l'appellante affida a distinto motivo di gravame e di cui si dovrà dire *infra* – della *effettiva* falsità, *in parte qua*, dell'offerta) che le indicazioni sul peso dell'edificio e sulla distanza chilometrica abbiano influenzato (trattandosi di elementi qualificanti del confronto concorrenziale) la valutazione dell'offerta (a maggior ragione in un caso in cui, come quello di specie, non è neppure possibile

interrogarsi sulla “resistenza” della doglianza sul punto formulata dal concorrente controinteressato).

In particolare, come correttamente evidenziato dal primo giudice

a) l’odierna appellante aveva fatto riferimento al peso indicato nel computo metrico del progetto a base di gara – 2824,41 tonnellate - ai fini del calcolo dell’incidenza percentuale delle materie prime rinnovabili sul peso totale dell’edificio;

b) la *rilevanza*, ai fini della maggiore *chance* di ottenere l’aggiudicazione, è dimostrata dal fatto che, se l’aggiudicataria avesse fatto riferimento al maggior peso dell’edificio comprensivo delle migliorie, come prescritto dal disciplinare e dal chiarimento n. 3 del 24 aprile 2018 della stazione appaltante, *l’incidenza percentuale delle materie prime da fonte rinnovabile sarebbe stata inferiore*;

c) non possono aver rilievo le contrarie allegazioni sulla rilevanza trascurabile del peso delle migliorie: nella ribadita ottica della mera “*suscettibilità di fuorviare*” il corretto e paritario confronto concorrenziale, è corretto osservare che, quando l’aggiudicataria aveva formulato l’offerta, non poteva avere cognizione delle offerte concorrenti e della percentuale da loro offerta di materie prime da fonti rinnovabili, sicché anche un lieve incremento di tale valore aveva con tutta evidenza una *rilevanza sia assoluta*, perché il sub-criterio di valutazione del criterio D1 prevedeva di valutare il prezzo delle proposte anche in relazione alle quantità offerte, sia relativa, in quanto anche una piccola differenza percentuale nel confronto a coppie previsto dal disciplinare era in grado di orientare la preferenza dei componenti del seggio di gara verso un’offerta rispetto all’altra;

d) analoghe considerazioni valgono con riferimento alla applicazione del criterio premiante D2, che prevedeva l’attribuzione fino a cinque punti per l’utilizzo di materiali estratti raccolti o recuperati, nonché lavorati (processo di fabbricazione) ad una distanza massima di 150 km dal cantiere di utilizzo, per almeno il 60% in

peso sul totale dei materiali utilizzati: in proposito, l'appellante aveva dichiarato che il trasporto dell'acciaio da utilizzare per l'esecuzione di lavori, fornitogli da uno stabilimento con sede a Brescia, sarebbe arrivato in cantiere per via ferroviaria e pertanto, applicando il moltiplicatore previsto dalla legge di gara, aveva calcolato una distanza inferiore a 150 km che, le era valsa l'attribuzione del punteggio previsto per il relativo criterio premiante.

3.1.3.- Il primo motivo di appello deve, quindi, essere respinto.

4.- Con il secondo motivo, l'appellante assume criticamente che *“le migliorie [erano] state considerate nell'ambito del peso relativamente alla sottovoce D1 con la sola eccezione di quelle la cui incidenza non avrebbe modificato il valore percentuale indicato (96%)”* e, sotto diverso rispetto, assume che l'indicazione di valori diversi del peso del fabbricato da realizzare fosse dovuta (non a negligenza, ma a mero) *error calami*.

4.1.- Il motivo – che mira complessivamente a revocare in dubbio la *falsità* delle dichiarazioni rese – non è fondato.

4.1.2.- Le prescrizioni capitolari erano, innanzitutto, ispirate alla valorizzazione, mercé il riconoscimento di punteggi premiali, delle proposte progettuali prevedenti un *maggior impiego di materie prime rinnovabili* (all'uopo stabilendo che la *relativa quota percentuale* dovesse calcolarsi sul *peso complessivo dell'edificio da realizzare al netto del suo carico strutturale*).

In dettaglio, tra i *“criteri premianti”* l'art. 16 includeva: *“D1- Utilizzo di materiali da costruzione derivante da materie prime rinnovabili per almeno il 20% in peso sul totale dell'edificio escluse le strutture portanti”*.

In proposito, l'appellante aveva formalizzato una proposta progettuale che prevedeva l'impiego di materie rinnovabili nella misura del 96% del peso dell'edificio (ottenendo il massimo punteggio a disposizione della Commissione e prevalendo nel confronto con gli altri concorrenti) ma, contravvenendo alla riferita

prescrizione normativa, aveva effettuato il calcolo del peso dell'edificio *senza tener conto delle migliorie ovvero del carico derivante dalle stesse*.

Orbene, atteso che le opere migliorative *contribuiscono ad accrescere il peso strutturale del fabbricato*, è evidente che la determinazione percentuale delle materie rinnovabili *andava effettuata scomputando dal calcolo il peso delle strutture portanti?*

Appare, perciò, corretta la conclusione, cui è coerentemente pervenuto il primo giudice, secondo cui dal riferimento ad un inwertierio fattore di ponderazione (peso della struttura) non poteva che discendere una errata attribuzione del punteggio.

4.1-3.- Analogo discorso va operato quanto al punteggio aggiuntivo previsto per l'eventualità che la proposta prevedesse l'impiego di materiali provenienti da una distanza inferiore a 150 km.

In dettaglio, l'art. 16 prevedeva un punteggio premiale per: *“D2 – Utilizzo di materiali estratti, raccolti o recuperati, nonché lavorati (processo di fabbricazione) ad una distanza massima di 150 km. dal cantiere di utilizzo, per almeno il 60% in peso sul totale dei materiali utilizzati (per distanza massima [dovendosi intendere] la sommatoria di tutte le fasi di trasporto incluse nella filiera produttiva)”*, con la precisazione che, in forza della previsione del D.M. 11 Ottobre 2017, espressamente richiamato, potesse applicarsi, in caso di trasporto ferroviario, ulteriore coefficiente moltiplicativo.

La società appellante aveva dichiarato nell'offerta migliorativa che l'acciaio da utilizzare nella costruzione dell'edificio veniva acquistato da una società con sede a Lonato e trasferito al centro di trasformazione di Pagliare del Tronto posto ad una distanza di km. 119,25, inferiore alla soglia chilometrica fissata dal disciplinare di gara: dichiarazione, peraltro, risultata non conforme al vero, in quanto, considerata la distanza di 477 km. tra i luoghi di partenza e di destinazione del materiale acquistato, la dichiarazione che il trasporto avrebbe avuto luogo su rotaie ha consentito di avvalersi del moltiplicatore 0,25 e, quindi, di ottenere il

chilometraggio utile per l'assegnazione del punteggio (km. $477 \times 0,25 = 119,25$). La falsità era emersa dalla consultazione della rete ferroviaria, giacché le stazioni di partenza e di arrivo del trasporto per rotaie erano situate, rispettivamente, in Brescia ed in Porto d'Ascoli, località distanti sia da Lonato che da Pagliare del Tronto. Infatti, il nastro ferroviario copriva solo una parte del tragitto, dal momento che, per raggiungere dal luogo di partenza la sede di destinazione, era necessario avvalersi del trasporto stradale.

5.- Alla luce delle considerazioni che precedono, assorbenti di ogni altro dedotto profilo, l'appello deve ritenersi infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che quantifica in complessivi € 3.000,00, oltre accessori a favore del Comune di Alba Adriatica, € 3.000,00, oltre accessori, a favore del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti", ed € 3.000,00, oltre accessori, a favore dell'Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO