



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 9007 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da ETS S.r.l., Minnucci Associati S.r.l., Mi.Cos. S.p.A., Itesa S.r.l., Maceg S.r.l., Tekno Kons Innovation S.r.l., Cartorender S.r.l., Rilievi Topografici di Boninsegna G. & C. S.n.c., Tecno Top S.r.l., I.G. Service S.r.l., Sub-Service S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG A043DB2284, A043DBCAC2, A043DC415F, rappresentate e difese dagli avvocati Antonia Romano, Maria Francesca Monterossi e Maria Vittoria Mobilia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio SLM in Roma, via Panama n. 54;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sandro Mento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Viale Liegi n. 16;

nei confronti

Le Generali Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri, Stefano Vinti e Luca Cialone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Emilia n. 88;

ad opponendum:

VIA Ingegneria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Petitto, Romana Gaito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Antonio Bertoloni n. 44;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari,

quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione dalla procedura n. DAC.0310.2023 (nota RFI_DAC\A0011\P\2024\0002667 del 17.07.2024) per l'affidamento dei servizi di ingegneria, indagini, rilevi e relativi lavori accessori attinenti alla progettazione di fattibilità tecnica esecutiva e/o indagini e/o rilievi, incluse tutte le prestazioni speciali e accessorie dovute, afferenti alla sede ferroviaria e/o alle sue opere civili e/o alle sue gallerie e/o ai suoi fabbricati e relativi impianti di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. del 29.01.2024 (con riferimento ai seguenti Lotti: Lotto n. 7 Milano CIG A043DB2284, Lotto n. 11 Roma CIG A043DBCAC2, Lotto n. 15 Verona CIG A043DC415F);*
- della nota RFI_DAC\A0011\P\2024\0002885 del 30.07.2024 di diniego di autotutela;*
- in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso, della lex specialis di gara, inclusi, a titolo non esaustivo, il Disciplinare di gara DAC.0310.2023 e i relativi allegati;*
- del provvedimento di aggiudicazione dei Lotti n. 7, 11 e 15 ad altro soggetto, ove, nelle more, questa dovesse intervenire;*
- di ogni altro atto e/o provvedimento comunque presupposto, connesso e/o consequenziale, se e in quanto lesivo, ivi inclusi, a titolo non esaustivo gli atti, i verbali e i relativi allegati facenti parte della documentazione di gara, nessuno escluso; nonché per il conseguente accertamento dell'inesistenza della causa di esclusione automatica ex art. 94, c. 6, D.Lgs. n. 36/2023 nei confronti dell'impresa mandante SUB SERVICE SRL e/o dell'ATI costituenda e per la successiva dichiarazione di aggiudicazione della procedura afferente dei Lotti 7,11,15 alla parte ricorrente;*
- ovvero, in subordine, della possibilità dell'ATI costituenda di estromettere l'impresa SUB SERVICE S.r.l. dall'ATI, con rimodulazione delle quote in considerazione della sussistenza in capo alle rimanenti imprese di tutti i requisiti richiesti dal bando per la*

partecipazione e l'esecuzione della gara e per la successiva dichiarazione di aggiudicazione della procedura afferente dei Lotti 7,11,15 all'ATI costituenda senza l'impresa SUB SERVICE SRL;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia dell'Accordo Quadro che dovesse eventualmente essere medio tempore stipulato, in relazione ai Lotti 7,11,15 in gara, con soggetto diverso da parte ricorrente;

nonché per il risarcimento del danno da disporsi in forma specifica, mediante subentro della ricorrente nell'esecuzione dell'Accordo Quadro e nei contratti applicativi eventualmente stipulati nelle more del giudizio in relazione ai Lotti 7,11,15 in gara, riservata la proposizione, in caso di sopravvenuta impossibilità di esecuzione anche solo parziale del contratto, di motivi aggiunti o di successivo giudizio volto a ottenere il risarcimento per equivalente per le prestazioni eventualmente non eseguite dalla ricorrente;

quanto al ricorso incidentale presentato da VIA Ingegneria S.r.l., successivamente integrato da motivi aggiunti, depositati in data 23 dicembre 2024:

- del provvedimento di esclusione (nota RFI_DAC\A0011\P\2024\0002667 del 17.07.2024) delle ricorrenti principali dalla procedura n. DAC.0310.2023 per l'affidamento dei servizi di ingegneria, indagini, rilevi e relativi lavori accessori attinenti alla progettazione di fattibilità tecnica esecutiva e/o indagini e/o rilievi, incluse tutte le prestazioni speciali e accessorie dovute, afferenti alla sede ferroviaria e/o alle sue opere civili e/o alle sue gallerie e/o ai suoi fabbricati e relativi impianti di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. del 29.01.2024 (con riferimento ai seguenti Lotti: Lotto n. 7 Milano CIG A043DB2284, Lotto n. 11 Roma CIG A043DBCAC2, Lotto n. 15 Verona CIG A043DC415F), nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione per le ulteriori ragioni ivi indicate;

quanto ai motivi aggiunti al ricorso principale depositati in data 21 novembre 2024:

- del "provvedimento di aggiudicazione efficace - Lotti 7, 11 e 15" adottato da R.F.I. in data 5 novembre 2024, con il quale si è provveduto ad aggiudicare alla R.T.I. VIA Ingegneria S.r.l., nella sua indicata qualità di mandataria, i lotti nn. 7, 11 e 15, previa apposizione di clausola risolutiva espressa al contratto, non essendo stati acquisiti, alla data di adozione del provvedimento, il certificato dell'Agenzia delle Entrate già richiesto e non essendo stati completati i controlli antimafia;

- di ogni altro atto e/o provvedimento comunque presupposto, connesso, e/o consequenziale, se e in quanto lesivo, ivi inclusi, a titolo non esaustivo, gli ulteriori atti, i verbali ed i relativi allegati facenti parte della documentazione di gara, nessuno escluso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso principale depositati in data 3 gennaio 2025:

- del "provvedimento di aggiudicazione efficace – Lotti 7, 11 e 15" adottato da R.F.I. in data 5 novembre 2024, con il quale si è provveduto ad aggiudicare alla R.T.I. Via Ingegneria S.r.l., nella sua indicata qualità di mandataria, i lotti nn. 7, 11 e 15;

- in subordine, di ogni altro atto e/o provvedimento comunque presupposto, connesso, e/o consequenziale, se e in quanto lesivo, ivi inclusi, a titolo non esaustivo, la lex specialis di gara (e relativi allegati) impugnata in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso, nonché degli ulteriori atti, verbali ed i relativi allegati facenti parte della documentazione di gara, nessuno escluso, con declaratoria dell'illegittimità dell'intera procedura e conseguente condanna della resistente alla riedizione della stessa in assenza delle clausole contestate.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A e di Le Generali Costruzioni S.p.A.;

Visto l'atto di intervento ad opponendum, il ricorso incidentale e i motivi aggiunti di VIA Ingegneria S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2025 il dott. Valerio Bello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Premesse in fatto e motivi di ricorso

Le ricorrenti, mandanti della costituenda ATI con mandataria ETS S.r.l., unitamente a quest'ultima (d'ora in poi, per brevità, indicate collettivamente come "ETS" o "raggruppamento"), hanno impugnato il provvedimento del 17 luglio 2024, di esclusione dell'intero raggruppamento dalla procedura ristretta in oggetto (nell'ambito della quale l'operatore economico plurisoggettivo è risultato il migliore offerente in relazione ai lotti nn. 7, 11 e 15), adottato dal RUP e motivato col riscontro

(nonostante la contraria dichiarazione resa nel DGUE) di tre violazioni fiscali definitivamente accertate (cartelle di pagamento non impugnate del 2016, del 2018 e del 2019) in epoca anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda (29 gennaio 2024) e di importo complessivo superiore alla soglia di “tolleranza” (cfr. allegato II.10, circostanza che integra una causa di esclusione automatica a norma dell’art. 94, comma 6, d.lgs. n. 36/23) commesse da una delle mandanti (SUB SERVICE S.r.l.).

1.1. Nel provvedimento gravato si dà atto che “la Stazione Appaltante ha richiesto all’Impresa di dare evidenza dell’impegno vincolante a pagare perfezionatosi in data antecedente al termine di scadenza per la presentazione delle offerte” e che, “in riscontro alla richiesta, la SUB SERVICE S.r.l. ha rappresentato di non poter fornire evidenza dell’impegno vincolante a pagare assunto entro la data del 29/01/2024 ed ha trasmesso una quietanza di pagamento delle n. 3 gravi violazioni definitivamente accertate riportante la data del 27/05/2024”. Inoltre, si evidenzia come “Codesto RTI, rispetto alla preesistente causa di esclusione automatica rilevata a carico della mandante SUB SERVICE S.r.l., non ha posto in essere gli adempimenti di cui ai commi 1 e 2 dell’art. 97 del D.lgs. 36/2023, che costituiscono i presupposti per consentire all’Operatore economico l’estromissione e la conseguente sostituzione di un’Impresa partecipante al raggruppamento senza incorrere in una causa di esclusione”, atteso che “la mandataria di Codesto RTI, infatti, ha manifestato la volontà di estromettere la mandante SUB SERVICE S.r.l. soltanto nell’ambito dell’istruttoria avviata dalla Stazione Appaltante dopo aver rilevato l’esistenza della preesistente causa di esclusione automatica ex art. 94, co. 6 del D.lgs. 36/2023 a carico della suddetta mandante”.

1.2. Ad avviso di ETS, tale esclusione sarebbe illegittima per le seguenti ragioni.

1.2.1. “**ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO ED ERRONEA VALUTAZIONE DEI FATTI. VIOLAZIONE DI LEGGE PER ERRONEA E/O FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 94 C. 6 D.LGS. 36/2023. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE SUL PUNTO RELATIVO AL PROCEDIMENTO DI ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELLA CARTELLA N. 07520230002848163 CON CONSEGUENTE VIOLAZIONE DELL’ART. 3 L. 241/1990 E SS.MM.II..”.**

In primo luogo, la circostanza di fatto, posta alla base del provvedimento, dell'esistenza di una violazione fiscale definitivamente accertata di importo superiore alla soglia di 5000 euro (cfr. allegato II.10 al Codice dei contratti pubblici, d'ora in poi soltanto “Codice”) sarebbe smentita dalla pendenza, al momento della presentazione dell'offerta, di un procedimento, attivato dalla mandante interessata dalla causa di esclusione presso il concessionario per la riscossione, per lo “sgravio” del debito tributario portato dalla cartella di maggiore importo (anno 2019, laddove la somma degli importi relativi alle altre due cartelle non superava la soglia in questione), conclusosi positivamente (con provvedimento del 29 febbraio 2024) e con il successivo integrale adempimento dell'obbligazione residua nel corso della procedura di gara (come da quietanza di pagamento generata telematicamente in data 14 giugno 2024, agli atti). Ne deriva che, stante la pendenza del procedimento di autotutela, la fattispecie concreta individuata dalla stazione appaltante non sarebbe ascrivibile a quella prevista e regolata dall'art. 94, comma 6, del Codice, trattandosi di violazione “non” definitivamente accertata.

1.2.2. “VIOLAZIONE DELL'ART. 97 D.LGS. 36/2023. ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ, ILLOGICITÀ MANIFESTA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI COERENZA AMMINISTRATIVA FRA PIÙ ATTI AMMINISTRATIVI”.

In via subordinata, con il secondo motivo di ricorso, ETS chiede l'accertamento della ricorrenza dei presupposti per l'operatività dell'istituto del ravvedimento operoso (c.d. self cleaning), mediante esclusione della mandante (in ipotesi di infondatezza del primo motivo), modificazione del raggruppamento in riduzione ed assorbimento della sua quota di partecipazione (pari allo 0,31%) da parte di altra mandante già facente parte della costituenda ATI (I.G. Service S.r.l.), in possesso dei requisiti, operazione, a dire delle ricorrenti, ingiustamente preclusa ancorché ciò non si sarebbe risolto in una modifica sostanziale dell'offerta.

1.3. Dunque, i fatti di causa possono essere così sintetizzati:

- con nota del 3 aprile 2024, Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. (d'ora in avanti soltanto “RFI”) ha comunicato al raggruppamento ricorrente la sua collocazione al primo posto in graduatoria, procedendo nella richiesta dei documenti a comprova dei requisiti di partecipazione (c.d. inversione procedimentale);*

- con PEC del 23 maggio 2024, R.F.I. ha richiesto chiarimenti alla mandante SUB SERVICE S.r.l. circa l'esistenza di irregolarità fiscali in grado di determinarne l'esclusione (in particolare, se fossero intervenuti pagamenti o se vi fossero contenziosi in essere), emerse dal certificato attestante le pendenze tributarie acquisito d'ufficio presso l'Agenzia delle Entrate;
- SUB SERVICE S.r.l. non si è mostrata in grado di comprovare la presentazione dell'istanza di "sgravio" della cartella di pagamento in data antecedente la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, pur ottenendo il provvedimento di accoglimento della domanda e provvedendo all'integrale pagamento prima dell'adozione del provvedimento di esclusione del raggruppamento;
- in pari data, R.F.I. ha comunicato tale circostanza anche alla mandataria ETS S.r.l.;
- in data 27 maggio 2024, la mandataria ha risposto nei seguenti termini: "nel caso in cui la documentazione presentata dall'Impresa SUB SERVICE SRL fosse ritenuta incompleta, carente o, anche se esauriente, non sufficiente a dimostrare la non sussistenza delle irregolarità imputate alla suddetta Impresa - che provvederà alla estromissione della citata Società SUB SERVICE SRL dal Raggruppamento di Imprese costituendo, esercitando a tal fine le facoltà previste dalla vigente normativa. Si precisa che tale estromissione non comporterà per il Raggruppamento alcuna perdita di requisiti di partecipazione né comporterà modifiche alle Offerte Tecnica ed Economica presentate in fase di gara", dandone (secondo la sua prospettazione) adeguata dimostrazione, con allegazione di una tabella illustrativa dei requisiti di qualificazione posseduti dall'altra mandante;
- ciò nondimeno, con il provvedimento del 17 luglio 2024, R.F.I. ha escluso il raggruppamento dalla gara, per le motivazioni sopra riportate.

2. Si sono costituite in giudizio RFI e Le Generali Costruzioni S.p.A., concludendo per il rigetto del ricorso.

3. È intervenuta ad opponendum VIA Ingegneria S.r.l. (d'ora in poi soltanto "VIA"), mandataria di altro raggruppamento in gara, nella propria qualità di seconda graduata in relazione ai tre lotti in contestazione, proponendo, altresì, ricorso incidentale c.d. escludente, successivamente integrato da motivi aggiunti.

3.1. Con il ricorso incidentale avverso il medesimo provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo, la società ha dedotto che sussisterebbero ulteriori ragioni di

esclusione di ETS non evidenziate dalla stazione appaltante, articolando i seguenti motivi di diritto.

3.1.2. *“VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 95, COMMA 1, E 98 DEL D.LGS. 36/2023. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE”; “VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ARTICOLO 97 DEL D.LGS. 36/2023. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DELL’ARTICOLO 3 DELLA LEGGE N. 241/1990”.*

In particolare, il carattere non veritiero della dichiarazione, resa nel DGUE, circa la regolarità fiscale della posizione della mandante, integrerebbe un “grave illecito professionale” a norma del combinato disposto dell’art. 95, comma 1, lett. e), e dell’art. 98 del Codice. Inoltre, anche a voler ritenere ammissibile, in astratto, il c.d. self cleaning, l’esclusione avrebbe dovuto essere disposta in forza dell’art. 97, comma 2, del Codice, giacché la presenza della mandante da estromettere sarebbe essenziale al fine di garantire l’esecuzione in contemporanea del numero di contratti applicativi indicati nell’offerta, con la conseguenza che quest’ultima risulterebbe mutata in misura sostanziale.

3.2. *Con i motivi aggiunti, la ricorrente incidentale ha riproposto sostanzialmente le medesime censure.*

4. *Con ordinanza n. 4359 del 24 settembre 2024, è stata rigetta la domanda cautelare di ETS per insussistenza del requisito del periculum in mora.*

5. *Intervenuta l’aggiudicazione in favore di VIA, con provvedimento del 5 novembre 2024, le ricorrenti ne hanno dedotto, mediante rituale impugnazione con motivi aggiunti (seguiti da ulteriori motivi aggiunti di analogo tenore), l’illegittimità sia in via derivata che per vizi propri, discendenti dalla violazione del vincolo di aggiudicazione previsto dalla lex specialis e da errori commessi nell’ambito sub-procedimento di verifica dei requisiti.*

6. *All’udienza pubblica dell’11 febbraio 2025, la causa è stata trattenuta in decisione.*

6.1. *Con ordinanza n. 3112 del 12 febbraio 2025, dopo il passaggio in decisione della causa, il Collegio ha rilevato la sussistenza di seri dubbi in ordine alla compatibilità con il diritto eurounitario (segnatamente, con la disciplina in tema di cause di esclusione di cui all’art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE, richiamata dall’art. 80*

della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali, nonché con il principio di proporzionalità) dell'art. 94, comma 6, d.lgs. n. 36/23, nella parte in cui prevede che “(...) il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta”, assegnando alle parti un termine per la presentazione di memorie vertenti sulla questione.

6.2. Alla camera di consiglio riconvocata del 25 febbraio 2025, all'esito del deposito delle memorie, la causa è stata nuovamente introitata per la decisione.

7. La motivazione del provvedimento di esclusione e la disciplina nazionale applicabile

Il raggruppamento rappresentato da ETS S.r.l. è stato escluso sulla scorta di una duplice motivazione:

- la mandante non ha fornito la prova di aver estinto il proprio debito tributario o di essersi impegnata a pagare in modo vincolante anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta;
- la mandataria non ha posto in essere gli adempimenti previsti dal Codice per la sostituzione della mandante attinta dalla predetta causa di esclusione, limitandosi a “proporre” la sostituzione della mandante soltanto all'esito degli accertamenti compiuti e comunicati dalla stazione appaltante.

7.1. La normativa nazionale applicata da RFI può essere ricostruita nei seguenti termini:

- l'art. 97, d.lgs. n. 36/23 (“Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti”) prevede, al primo comma, che, “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri: a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data; b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla

presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta”;

- a sua volta, il secondo comma dell'art. 97, dedicato al *self cleaning*, chiarisce che, “Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata”;

- dall'art. 96, comma 2 (dettato in tema di cause di esclusione dell'operatore economico individuale), richiamato dall'art. 97 (e per tale ragioni applicabile anche ai raggruppamenti), si desume che la disciplina del *self cleaning* non opera per la clausola di esclusione automatica di cui all'art. 94, comma 6 (fatta oggetto di un'espressa eccezione);

- quest'ultimo, del resto, prevede: “È inoltre escluso l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli 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 definitivamente accertate quelle indicate nell'allegato II.10. 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 sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta”, precludendo in modo assoluto all'impresa di recuperare la propria credibilità e affidabilità professionale nel corso della procedura di gara.

8. L'oggetto del rinvio pregiudiziale

La disciplina delle cause di esclusione automatiche e non automatiche che interessano un'impresa partecipante ad un raggruppamento e dei relativi rimedi è contenuta, come si è visto, nell'art. 97 del Codice dei contratti pubblici (e relativi richiami).

L'ampliamento delle ipotesi di self cleaning operanti a vantaggio dei raggruppamenti risponde all'esigenza di dare attuazione ai principi della legge delega n. 77/22 per l'approvazione del nuovo Codice (d.lgs. n. 36/23) e di adeguare il diritto interno ai principi elaborati in materia da codesta Corte.

8.1. Innanzitutto, il Collegio dubita della conformità al diritto eurounitario di una disciplina, come quella nazionale, che preclude il self cleaning, imponendo in ogni caso, in relazione alle violazioni fiscali definitivamente accertate, che "l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta".

Tale limite non appare imposto dalla direttiva 2014/24/UE, né dalla direttiva 2014/25/UE in materia di settori speciali (applicabile ratione materiae, essendosi in presenza di una procedura concernente l'affidamento di un servizio inerente il settore del trasporto ferroviario), né giustificato da apprezzabili ragioni.

Non si dubita che "Il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali dovrebbe (...) condurre all'esclusione obbligatoria a livello di Unione" (considerando n. 100 della direttiva 2014/24/UE). Tuttavia, una disciplina differenziata per tale causa di esclusione automatica non pare possa farsi discendere dalla disposizione di riferimento, vale a dire l'art. 57 della direttiva (richiamato dall'art. 80 della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali).

8.2. In primo luogo, l'art. 57, par. 2, si limita a prevedere che "Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice" (...) "Il presente paragrafo non è più applicabile 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". Sul piano letterale, la relazione tra il primo e il terzo periodo del par. 2 sembra configurare un rapporto regola/eccezione, in forza del quale la causa di esclusione è idonea a venir meno ("non è più applicabile") ove sia intervenuto il pagamento o l'impegno a pagare in modo

vincolante, chiaramente nel rispetto delle disposizioni procedurali in tema di self cleaning (si rammenta che, nel caso di specie, l'integrale estinzione dell'obbligazione tributaria è avvenuta ben prima dell'adozione del provvedimento di esclusione).

Ancor più chiaro nel senso qui prospettato è il disposto dell'art. 57, par. 5, a mente del quale “Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2”. Sul piano giuridico, l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria (nella specie, di natura tributaria) costituisce una condotta tipicamente omissiva, oltre che un illecito contrattuale a carattere permanente, come tale da ricomprendersi nell'ambito di applicazione del par. 5, che, nel delineare con maggior precisione i contorni della causa escludente, fa riferimento anche ad atti “omessi (...) nel corso della procedura”.

8.3. Ferme restando le superiori considerazioni, ritiene il Collegio che il par. 6 dell'art. 57, che testualmente consente all'operatore economico di “dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione” soltanto in relazione alle ipotesi previste ai paragrafi 1 e 4 non sia di ostacolo ad una lettura che consenta il ravvedimento operoso anche in caso di violazioni fiscali definitivamente accertate, posto che:

- le misure “riparatorie” risultano già individuate al par. 2 (pagamento o obbligo vincolante di pagamento), sicché l'eventuale riproposizione al par. 6 si sarebbe risolta in un'inutile duplicazione;
- il par. 6 disciplina, a ben vedere, la valutazione discrezionale di affidabilità rimessa alla stazione appaltante, che non ha ragion d'essere in caso di inadempimento dell'obbligazione tributaria, dovendosi accettare esclusivamente l'avvenuto pagamento;
- in entrambi i casi non si fa riferimento ad alcuno “sbarramento temporale” come quello introdotto dal legislatore italiano all'art. 94, comma 6.

8.4. Infine, una diversa lettura si porrebbe in evidente contrasto con il principio di proporzionalità, di matrice eurounitaria, posto che si ammetterebbe il self cleaning nel corso della procedura di gara in presenza di condanne definitive per gravissimi reati (cfr. art. 57, par. 1) e non per le meno rilevanti fattispecie di cui al par. 2, tenuto conto,

peraltro, che nell'ordinamento italiano il mancato pagamento delle imposte costituisce illecito penale soltanto in presenza di un dolo specifico di evasione (cfr. d.lgs. n. 74/00).

9. Il Collegio dubita della conformità al diritto eurounitario anche:

- della necessità per il raggruppamento di comunicare alla stazione appaltante, in sede di presentazione dell'offerta, la causa escludente in questione verificatasi prima della presentazione dell'offerta, il soggetto che ne è interessato e le misure in concreto adottate, laddove la mandante abbia dichiarato nel DGUE di essere in regola sul piano fiscale (art. 97, comma 1, lett. a, n. 1 del Codice dei contratti pubblici);
- della necessità di comprovare in ogni caso l'estromissione o la sostituzione del soggetto prima della comunicazione della causa di esclusione da parte della stazione appaltante (art. 97, comma 2, del Codice dei contratti pubblici).

Le due questioni appaiono strettamente correlate, se si considera che nella giurisprudenza nazionale è in via di affermazione un orientamento in virtù del quale “Per il vincolo di unitarietà che lega i componenti del raggruppamento temporaneo di imprese si può affermare che si presume che i suoi componenti conoscano la situazione degli altri componenti e si possa così utilizzare lo strumento rimediale di cui all'art. 97 d. lgs. n. 36/2023 unicamente nel rispetto delle relative prescrizioni procedurali; pertanto, la disciplina nazionale, nello stabilire che l'operatore economico conosce (è tenuto a conoscere) le cause di esclusione che lo riguardano - e dunque va escluso se alla data di scadenza del bando vi sono cause di esclusione non debitamente dichiarate, senza ammettere scusanti per i componenti del r.t.i. che ignoravano una causa di esclusione di uno dei componenti - appare del tutto ragionevole e pienamente conforme al diritto europeo” (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2024, n. 6944).

9.1. Codesta Corte ha chiaramente statuito come “L'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con l'art. 57, par. 4, lett. h), e alla luce del principio di proporzionalità, osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto

soggetto” (C. giust. UE, sez. IX, 3 giugno 2021, n. 210), principi espressamente estesi dal legislatore nazionale alla normativa in tema di raggruppamenti e consorzi.

Da tale giurisprudenza dovrebbero discendere i seguenti corollari:

- la disciplina delle cause di esclusione di cui all’art. 57 della direttiva 2014/24/UE (richiamata dall’art. 80 della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali) deve essere letta ed interpretata alla luce del principio di proporzionalità, consentendo nella misura più ampia possibile all’offerente, al raggruppamento o al consorzio, potenziale aggiudicatario in quanto miglior offerente, di sostituire il soggetto interessato da una delle predette cause;*
- le conseguenze dell’eventuale dichiarazione inveritiera circa l’assenza di cause di esclusione resa da quest’ultimo non possono essere imputate agli altri soggetti aggregati, con conseguente inconfigurabilità della presunzione assoluta di conoscenza introdotta dalla giurisprudenza nazionale.*

Se ciò è corretto, ne deriva che, fatta salva la dimostrazione della pregressa conoscenza da parte della mandataria, “punto di riferimento unitario del costituendo raggruppamento” (Cons. St., sez. III, 19 settembre 2019, n. 6237), ben potrebbe quest’ultimo procedere alla sostituzione o estromissione, secondo i modi e i tempi previsti dal Codice, della mandante colpita da una causa di esclusione al momento della relativa comunicazione da parte della stazione appaltante o, comunque, dell’effettiva conoscenza. Del resto, l’esclusione dalla gara non è una misura di carattere sanzionatorio, sicché la necessità di “prevenire” la stazione appaltante costituisce un limite non proporzionato rispetto all’obiettivo di assicurare che la commessa pubblica sia ottenuta dal miglior offerente e non congruente con la sua natura, pena la trasformazione dell’istituto del self cleaning, che presuppone l’interlocuzione e la collaborazione tra le parti, in una sorta di leniency programme.

10. In conclusione, il Tribunale intende rimettere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, a norma dell’art. 267 TFUE, le seguenti questioni di interpretazione del diritto dell’Unione:

- se l’art. 57 della direttiva 2014/24/UE e l’art. 80 della direttiva 2014/25/UE, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostano all’introduzione o all’interpretazione di una normativa interna che preclude l’estromissione o la sostituzione della mandante di un raggruppamento che abbia commesso violazioni*

fiscali definitivamente accertate in epoca antecedente la scadenza del termine di presentazione della domanda; in particolare, mediante una previsione secondo cui, in ogni caso, l'estinzione, il pagamento o l'impegno devono essersi perfezionati anteriormente alla scadenza del predetto termine, pur essendo la causa di esclusione venuta meno nel corso della gara e prima dell'adozione del provvedimento di esclusione del raggruppamento;

b) in caso di risposta affermativa al quesito sub a), se le medesime norme e principi ostano all'introduzione o all'interpretazione di una normativa interna che preclude l'estromissione o la sostituzione della mandante di un raggruppamento indipendentemente dalla conoscenza effettiva della causa di esclusione della mandante da parte della mandataria;

c) in caso di risposta affermativa ai quesiti sub a) e sub b), se le medesime norme e principi ostano all'introduzione o all'interpretazione di una normativa interna che preclude l'estromissione o la sostituzione della mandante laddove la mandataria sia venuta a conoscenza della causa di esclusione della mandante soltanto a seguito della comunicazione degli accertamenti effettuati dalla stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter):

a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;

b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;

c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 11 febbraio 2025 e 25 febbraio 2025, con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario, Estensore

Valentino Battiloro, Referendario

L'ESTENSORE
Valerio Bello

IL PRESIDENTE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO