

Publicato il 07/01/2022

N. 00048/2022REG.PROV.COLL.
N. 07553/2021 REG.RIC.
N. 07614/2021 REG.RIC.
N. 07615/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7553 del 2021,
proposto da

-OMISSIS- in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di
imprese con -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, quali mandanti, in persona
del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni,
Lorenzo Lentini e Alberto Linguiti, con domicilio digitale come da PEC tratta
dai Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS- società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte, Angelo Clarizia e
Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea
Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

A.n.a.s. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Maria Stefania Masini, Gianmarco Miele e Flavia De Pellegrin, con
domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

-OMISSIS- in proprio e quale capofila del consorzio con -OMISSIS-- -OMISSIS-, ciascuno in persona del proprio legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Trotta e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7614 del 2021, proposto da

-OMISSIS-S.p.A. in proprio e quale capofila del consorzio con -OMISSIS-- -OMISSIS-, ciascuno in persona del proprio legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

A.n.a.s. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Gianmarco Miele e Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte, Angelo Clarizia e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

-OMISSIS- in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, quali mandanti, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini e Alberto Linguiti con domicilio digitale come da PEC tratta dai registri di Giustizia;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli

avvocati Andrea Trotta e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7615 del 2021, proposto da

-OMISSIS- in proprio e quale capofila del consorzio con -OMISSIS-- -OMISSIS-, ciascuno in persona del proprio legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

A.n.a.s. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Gianmarco Miele e Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, quali mandanti, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini e Alberto Linguiti, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto ai ricorsi n. 7553 del 2021 e n.7614 del 2021:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione Prima) n. -OMISSIS-/2021, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 7615 del 2021:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione Prima) n. -OMISSIS-/2021, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle intimato e i relativi appelli incidentali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini, Alberto Linguiti, Andrea Trotta, Andrea Abbamonte, Angelo Clarizia, Gianluigi Pellegrino, Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffré, Luigi Strano, Maria Stefania Masini e Flavia De Pellegrin;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 27 dicembre 2019 A.n.a.s. s.p.a. indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento, in appalto integrato, degli interventi di "*adeguamento a 4 corsie della S.S. 372 "Telesina" dal km 0+000 al km 60+900*", per un importo complessivo a base di asta di € 390.646.088,02.

1.1. Espletata la fase di prequalifica e trasmessa la lettera di invito, A.n.a.s. riceveva offerta tra gli altri da: a) l'a.t.i. – associazione temporanea di imprese tra -OMISSIS-s.p.a. quale capogruppo mandataria e -OMISSIS-s.p.a., -OMISSIS- e -OMISSIS-, quali mandanti (da questo momento, solo a.t.i. -OMISSIS-); b) l'a.t.i. costituita tra -OMISSIS- s.c.p.a. quale capogruppo mandataria e -OMISSIS-s.p.a., -OMISSIS-s.c.a r.l., -OMISSIS-

1.2. All'esito delle operazioni di gara, risultava prima graduata l'a.t.i. -OMISSIS- con complessivi 71,822 punti, seconda l'a.t.i. -OMISSIS-con 71,756 punti e terza l'a.t.i. -OMISSIS-con 71,081 punti; concluse positivamente le verifiche relative al costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, con determina del 24 dicembre 2020 n. CDG-694850-U la procedura era aggiudicata all'a.t.i. -OMISSIS-

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania (che veniva iscritto al Rg. n. 310/2021), integrato da tre atti per motivi aggiunti, l'a.t.i. -OMISSIS-impugnava il provvedimento di aggiudicazione; nel giudizio si costituivano l'a.t.i. -OMISSIS- e l'a.t.i. -OMISSIS-entrambe con ricorso incidentale rivolto ad ottenere l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, nonché l'A.n.a.s. s.p.a. che concludeva per il rigetto dei ricorsi.

2.1. Con autonomo ricorso al medesimo Tribunale amministrativo regionale (che veniva iscritto al Rg. n. 377/2021), integrato da motivi aggiunti, l'a.t.i. -OMISSIS-impugnava il provvedimento di aggiudicazione; nel giudizio si costituiva l'a.t.i. -OMISSIS- che proponeva ricorso incidentale finalizzato ad ottenere l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, nonché l'A.n.a.s., che concludeva per il rigetto dei ricorsi.

2.2. Il primo giudizio era concluso dalla sentenza della prima sezione, -OMISSIS-, di accoglimento nei limiti di cui in motivazione del ricorso principale e dei ricorsi incidentali.

Il tribunale esaminava dapprima il ricorso principale di a.t.i. -OMISSIS-e rinveniva ragioni di esclusione delle prime due graduate dalla procedura perchè:

- riteneva sussistenti “già in astratto” indizi gravi, precisi e concordanti sull'esistenza di una situazione di collegamento tra -OMISSIS-tali da far ritenere le imprese riconducibili ad “un unico centro decisionale”; in particolare, gli elementi indiziari erano indicati nella circostanza che la stessa persona (-OMISSIS-) ricopriva contemporaneamente i ruoli di presidente e amministratore delegato di -OMISSIS- e di presidente del comitato di sorveglianza del -OMISSIS- (ruolo nel quale lo riteneva in grado di incidere sulle più importanti scelte gestionali del Consorzio), nonché l'appartenenza di -OMISSIS- al -OMISSIS-, che, per quanto situazione non preclusiva alla partecipazione alla stessa gara delle due imprese (così l'art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016), era elemento di “conferma” del “sospetto” in ordine alla

ric conducibilità all'unico centro decisionale, unitamente all'utilizzo dei medesimi requisiti e del medesimo stabilimento;

- di seguito, pur escludendo la falsità della documentazione prodotta – che diceva non provata – giudicava dubbia la concreta fattibilità complessiva dell'offerta dell'aggiudicataria, come pure del r.t.i. -OMISSIS- una volta escluso dal rispettivo *Piano di gestione delle terre* il sito di conferimento per il deposito di rocce e terre di scavo in titolarità della -OMISSIS-s.r.l. per il quale era stata allegata una c.i.l.a. illegittima, che il Comune di Melizzano, dopo complessa istruttoria, aveva dichiarato inefficace/nulla;

erano esaminati, poi, i ricorsi incidentali delle controinteressate; il tribunale:

- giudicava infondato il motivo di ricorso volto a contestare la natura di consorzio stabile della -OMISSIS-società cooperativa per azioni sulla base del precedente del Consiglio di Stato del 13 ottobre 2020, n. 6165 che già aveva accertato il possesso da parte del Consorzio ricorrente di tutti i requisiti strutturali indicati dall'art. 45, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 per essere annoverati tra i consorzi stabili;

- diceva infondati anche altri motivi: il contratto di avvalimento concluso tra -OMISSIS-, mandante del raggruppamento -OMISSIS-, e -OMISSIS-, indicata dal Consorzio -OMISSIS- quale esecutrice dei lavori, era giudicato valido per aver l'art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 posto il divieto per l'impresa concorrente di avvalersi di impresa ausiliaria, anch'essa partecipante autonomamente alla gara, nulla impedendo, invece, che l'avvalimento sia concluso nell'ambito del medesimo raggruppamento ove violazioni delle regole della concorrenza non sarebbero neppure prospettabili; considerava superata la questione della validità del contratto di avvalimento tra -OMISSIS- – -OMISSIS- e -OMISSIS-, entrambe mandanti del raggruppamento (per carente specificazione delle risorse messe a disposizione) in ragione di quanto accaduto in gara poiché l'A.n.a.s., dopo averne accertato la nullità, aveva legittimamente esercitato il soccorso istruttorio domandando alla -OMISSIS- se fosse in grado di fornire una elencazione, sia pure minima, dei servizi

analoghi dei quali era autonomamente in possesso, senza ricorrere al contratto di avvalimento, ed aveva poi altrettanto legittimamente ammesso il raggruppamento quando questi aveva chiarito, in risposta al soccorso istruttorio, di non aver bisogno del contratto di avvalimento essendo autonomamente in possesso di tutti i requisiti di qualificazione richiesti; riteneva che l'a.t.i. -OMISSIS- non fosse tenuta ad indicare un "nuovo prezzo" per la progettazione BIM, perché s'era limitata a confermare i prezzi posti a base di gara da A.n.a.s. per l'attività di progettazione e, infine, relativamente alle asserite modifiche progettuali, la soluzione proposta dall'a.t.i. -OMISSIS- per la realizzazione di un tratto di galleria preordinata soltanto a limitare le interferenze generate dalle lavorazioni in cantiere, senza alcuna modifica del tracciato e delle dimensioni e, per questo motivo, certamente ammissibile nel rispetto della configurazione geometrica finale dell'opera;

- unico motivo dei ricorsi incidentali ritenuto fondato era quello diretto a contestare la mancata dichiarazione da parte dell'a.t.i. -OMISSIS- di un provvedimento di esclusione adottato nei confronti della capogruppo mandataria dal -OMISSIS- in relazione alla procedura di gara per i "*lavori di manutenzione straordinaria liceo classico Linares di Licata*"; il tribunale, peraltro, precisava che tale omissione non comportava esclusione automatica della concorrente dalla procedura ma rivalutazione della vicenda da parte della stazione appaltante per apprezzare l'affidabilità ed integrità dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, come stabilito dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 16 del 2020.

2.3. Il secondo giudizio era concluso dalla sentenza della prima sezione, 27 luglio 2021, n. -OMISSIS-, con la quale il ricorso principale e quello incidentale erano dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione dell'a.t.i. -OMISSIS- già esclusa dalla procedura di gara, con la precedente pronuncia di cui s'è detto, unitamente all'a.t.i. -OMISSIS-, con conseguente annullamento degli atti di gara.

3. Avverso la sentenza del Tar Campania n. -OMISSIS- del 2021 propongono appelli autonomi l'a.t.i. -OMISSIS- (nel giudizio che ha assunto n. Rg. 7553/2021) e l'a.t.i. -OMISSIS- (nel giudizio che ha assunto n. Rg. 7614/2021); in entrambi i giudizi si è costituito l'a.t.i. -OMISSIS- che ha proposto appello incidentale; si è costituita anche A.n.a.s. che ha concluso, quanto al primo giudizio, per l'accoglimento delle censure formulate dall'a.t.i. -OMISSIS- nella prima parte dell'appello (quelle volte a contestare la sua esclusione dalla procedura di gara) e, quanto al secondo giudizio, per l'accoglimento delle censure formulate dall'a.t.i. -OMISSIS- nella prima parte dell'appello (quelle volte a contestare l'esclusione dalla procedura di gara). Nel primo giudizio si è costituita anche SOA – società organismo di attestazione s.p.a..

Avverso la sentenza del Tar Campania n. -OMISSIS- del 2021 ha proposto appello l'a.t.i. -OMISSIS-; nel giudizio si è costituito l'a.t.i. -OMISSIS- che proposto appello incidentale.

3.1. Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 18 novembre 2021 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

I. Riunione dei giudizi e criterio di esame dei motivi degli appelli principali e incidentali.

1. Preliminarmente va disposta la riunione dei tre giudizi. Nei giudizi con Rg. n. 7553/2021 e 7614/2021 è impugnata la stessa sentenza per cui la riunione è disposta ai sensi dell'art. 96, comma 1 cod. proc. amm.; la riunione al terzo giudizio di appello si giustifica per ragioni di connessione soggettiva, considerata l'identità delle parti costituite, e di connessione oggettiva, avendo ad oggetto l'impugnazione del medesimo provvedimento di aggiudicazione.

1.1. Occorre ora individuare un criterio di esame delle plurime questioni poste con gli appelli.

Al riguardo, va detto che con gli appelli principali e gli appelli incidentali è stato devoluto l'intero *thema decidendum* dei giudizi di primo grado; in sostanza,

al giudice di appello, come già al giudice di primo grado, è richiesto di verificare l'esistenza di ragioni di esclusione dalla procedura di gara dei primi tre concorrenti graduati.

1.2. Ciò vale anche per l'appello proposto dall'a.t.i. -OMISSIS-avverso la sentenza n. -OMISSIS- del 2021 sul quale occorre primariamente soffermarsi. Con il primo motivo di appello, infatti, è contestata la decisione del giudice di primo grado di disporre la chiusura in rito del giudizio senza procedere all'esame nel merito dei motivi proposti avverso il provvedimento di aggiudicazione, per il solo fatto di aver con la sentenza n. -OMISSIS- del 2021 già disposto la sua esclusione dalla procedura di gara: prima che si formi il giudicato sull'esclusione – assume l'appellante – sussiste l'interesse del concorrente escluso ad ottenere che l'esame dei motivi di ricorso proposti anche solo al fine di ottenere la riedizione della procedura di gara.

La doglianza è fondata.

E' orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa quello secondo cui il concorrente definitivamente escluso non è legittimato a ricorrere avverso gli atti di aggiudicazione conclusivi della procedura (Corte di Giustizia dell'Unione europea sentenza 21 dicembre 2016 C-355/15 B.T. un C.O.; Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018; V, 23 marzo 2018, n. 1849; 8 novembre 2017, n. 5161); per concorrente definitivamente escluso si intende quel concorrente destinatario di un provvedimento di esclusione della stazione appaltante non impugnato, ovvero la cui esclusione sia stata pronunciata all'esito di un giudizio conclusosi con sentenza passata in giudicato.

Nel caso di specie, l'a.t.i. -OMISSIS-non era un concorrente definitivamente escluso, come tale privo della legittimazione ad impugnare gli atti di causa, perché la sua esclusione era stata dichiarata con sentenza non ancora passata in giudicato (e, infatti, oggetto di impugnazione).

Ne segue che il giudice di primo grado non poteva dichiarare inammissibili i motivi del ricorso proposto nei confronti dell'aggiudicazione alla

controinteressata a.t.i. -OMISSIS- per il solo fatto di aver accolto in altro giudizio il (motivo di) ricorso avverso la sua ammissione alla procedura, poiché, anche in quel momento, l'esclusione non era definitivamente sancita.

L'accoglimento del motivo di appello comporta l'esame dei motivi di ricorso riproposti, diretti a dimostrare l'esistenza di ragioni di esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura di gara.

1.3. In definitiva, allora, gli appelli principali e incidentali possono essere esaminati raggruppando i motivi proposti avverso ciascun concorrente dagli altri due; saranno, pertanto, esaminati dapprima i motivi volti ad ottenere l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura, indipendentemente dalla sede – appello principale o incidentale – nella quale siano esposti – la quale, evidentemente, dipende dal differente esito del giudizio di primo grado – e di seguito i motivi diretti all'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- e, infine, quelli diretti all'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS-.

Solo al termine della trattazione, si dirà come l'accoglimento o il rigetto degli uni o degli altri si traduca nell'accoglimento e nel rigetto degli appelli principali ed incidentali ed in che limiti.

II. I motivi di esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura di gara.

2. Il giudice di primo grado ha ritenuto fondati alcuni motivi proposti dall'a.t.i. -OMISSIS- e disposto, per questo, l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura di gara; i capi della sentenza sono stati impugnati dall'a.t.i. -OMISSIS- con l'appello principale (nel giudizio con Rg. n. 7553/2021); altri motivi di esclusione sono stati respinti o assorbiti e quindi riproposti dall'a.t.i. -OMISSIS- nel proprio appello incidentale; altri, infine, proposti dall'a.t.i. -OMISSIS- e, come detto, ingiustamente dichiarati inammissibili dal giudice di primo grado, e correttamente riproposti in questa sede (nel giudizio con Rg. n. 7614/2021).

Sarà questo l'ordine di esame dei motivi con il quale si procederà.

3. Con il primo motivo di appello l'a.t.i. -OMISSIS- lamenta l' *“Error in iudicando: errata applicazione degli artt. 80, co. 5, lett. m) e 48, co. 7, D.Lgs. n.*

50/2016, nonché dell'art. 79, co. 13, DPR n. 207/2010. *Erroneità in fatto. Omessa valutazione della documentazione prodotta in giudizio. Inadeguatezza e carenza assoluta della motivazione*"; a suo dire gli elementi indiziari valorizzati dal giudice di primo grado per dire le offerte riconducibili ad un *"unico centro decisionale"* sarebbero inconsistenti: quanto al primo elemento – la contemporanea assunzione da parte del dott. -OMISSIS- di cariche apicali in -OMISSIS- e in -OMISSIS- mandanti dei due raggruppamenti in gara - in quanto, nel periodo intercorrente tra la data di prequalifica (28 febbraio 2020) e quella di presentazione dell'offerta (15 settembre 2020) questi non era ancora presidente del consiglio di sorveglianza del -OMISSIS-, avendo assunto detta carica solo il 2 dicembre 2020 (fino a quel momento tenuta dal dott. -OMISSIS-); inoltre il giudice di primo grado non avrebbe considerato che in un sistema societario c.d. dualistico la gestione della società e l'attuazione dell'oggetto sociale (tra cui va annoverata la decisione di partecipare alle gare di appalto come pure di assegnare i lavori alle singole consorziate) spetta al consiglio di gestione ai sensi dell'art. 2409 – *novies* cod. civ. e non al comitato di sorveglianza (che ha, invece, funzioni di controllo della società cooperativa e dei suoi organi), con la conseguenza che, se anche il dott. -OMISSIS- fosse stato presidente del consiglio di sorveglianza al momento di presentazione dell'offerta, non avrebbe avuto alcun potere di conoscere e di incidere sulla predisposizione della stessa, ma ancor prima sulla decisione di partecipare alla procedura di gara.

Quanto agli ulteriori elementi, l'appellante, rammentato – come, peraltro, fatto dallo stesso tribunale che pure l'aveva poi contraddittoriamente ritenuto sintomatico del collegamento sostanziale tra le imprese – che il rapporto consortile tra il -OMISSIS- non è causa di preclusione alla partecipazione dei due alla medesima procedura di gara, valendo il divieto di cui all'art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 per le sole consorziate che il consorzio abbia indicato quali esecutrici, si sofferma sull'ulteriore elemento indiziario richiamato dal Tar, vale a dire l'utilizzo dei *"medesimi requisiti ed il medesimo*

stabilimento” per dire che -OMISSIS- si sono qualificati in gara spendendo requisiti autonomamente posseduti, e in particolare, distinte attestazioni SOA relativamente alla categoria OS18A. La -OMISSIS- ammette che il Consorzio, per ottenere l’attestazione SOA, abbia dichiarato la disponibilità di uno stabilimento nella proprietà di -OMISSIS-, ma lo dice irrilevante poiché lecito corollario del meccanismo consortile ove l’art. 79, comma 13, d.P.R. n. 207 del 2010 consente espressamente al Consorzio di poter dimostrare in sede di rilascio dell’attestazione *“il requisito relativo alle attrezzature tecniche”* richieste per la qualificazione *“mediante l’attrezzatura in dotazione stabile di propri consorziati”*.

3.1. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata sul punto.

3.1.1. L’art. 80, comma 5, lett. m), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone l’esclusione dalla procedura di gara dell’operatore che *“si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

La disposizione riproduce la formulazione dell’art. 38, comma 1, lett. m-*quater*), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed è l’esito di una evoluzione, anche giurisprudenziale, alla quale ha fornito apporto decisivo la Corte di Giustizia dell’Unione europea. Con la sentenza 19 maggio 2009 pronunciata nella causa C-538/07 *Assitur s.r.l.* la Corte di Giustizia della Comunità europea ha stabilito che *“Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d’appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell’ambito di tale gara”*.

La sentenza della Corte aveva ad oggetto l’art. 34, ultimo comma, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (che, a sua volta, riproduceva l’art. 10, comma 1-*bis*, L. 11

febbraio 1994, n. 109); da quel momento, comunque, la normativa nazionale (riformulata nei termini riprodotti) è stata letta nel senso che una situazione di controllo tra le imprese partecipanti alla procedura, sia esso di tipo formale ovvero di tipo sostanziale, può condurre all'esclusione dalla procedura non in via automatica ma solo se è accertato, anche in via presuntiva, che le offerte, per essere imputabili ad un "*unico centro decisionale*", siano state reciprocamente influenzate.

La giurisprudenza nazionale si è, così, concentrata sulla verifica degli indici presuntivi che consentono di ritenere che le due offerte provengano da un "*unico centro decisionale*" (tra le varie: quanto alla parentela tra i soci delle due società cfr. Cons. Stato, sez. V., 12 gennaio 2021, n. 393; quanto alla comunanza dell'organo di vertice tra le due imprese cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010; III, 10 maggio 2017, n. 2173; in caso di pressoché integrale identità delle miglorie proposte, Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3768; in caso di coincidenza del giorno di spedizione del plico contenente l'offerta dal medesimo ufficio postale con le medesime modalità, Cons. Stato, sez. II, 29 maggio 2014, n. 440; esclude, invece, l'unico centro decisionale, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58 in caso in cui il sito *web* di un concorrente abbia un collegamento ipertestuale al sito *web* di altro concorrente; Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6219 per il caso di indicazione di una stessa ditta subappaltatrice).

In ogni caso, come chiarito da Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39 l'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "*unico centro decisionale*" da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e

personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale (nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

La giurisprudenza ha poi affrontato in più occasioni la questione dell'esito cui deve pervenire il predetto accertamento, precisando che non è richiesta anche la prova che il collegamento tra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati di effettivo condizionamento dei contenuti delle offerte e, attraverso queste, dell'esito della gara, per essere quella delineata dal legislatore una fattispecie di "pericolo presunto" (secondo una terminologia di derivazione penalistica), tale per cui il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi attraverso il ragionamento che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note ai sensi dell'art. 2727 cod. civ. è la sola sussistenza dell'unicità del centro decisionale al quale siano riconducibili le offerte e non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2021, n. 6119; 5 agosto 2021, n. 5778 e le sentenze ivi citate tra le quali, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426; 22 ottobre 2018, n. 6010). Ciò in quanto la presente causa di esclusione svolge una "*funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure di evidenza pubblica*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959).

3.1.2. Di tali coordinate ermeneutiche ha fatto applicazione il giudice di primo grado giungendo, però, a risultati non condivisibili.

Preliminarmente, va precisato che, esclusa la situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., l'appartenenza di -OMISSIS- al -OMISSIS- è indice di una relazione di fatto tra le due imprese che, per quanto non impedisce la loro contemporanea partecipazione alla procedura di gara (operando il divieto di cui all'art. 47, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 per la sola consorziata che sia stata indicata per l'esecuzione dal Consorzio partecipante),

dimostra quella contiguità che apre la strada alla verifica degli indici presuntivi del collegamento (punto sub c) del percorso istruttorio del quale s'è detto in precedenza).

Gli indici presuntivi indicati dal giudice di primo grado, però, non sono affatto univoci nel dire esistente un “unico centro decisionale” cui siano riconducibili le offerte presentate dai due raggruppamento concorrenti.

Il primo di essi non ricorre in fatto: al tempo della presentazione dell'offerta il dott. -OMISSIS- non era presidente e amministratore delegato di -OMISSIS- e contemporaneamente presidente del consiglio di sorveglianza del -OMISSIS-; è dimostrato dalla visura camerale depositata in atti che la carica di presidente del consiglio di sorveglianza fu assunta solo il 2 dicembre 2020, quando le offerte erano state presentate da tempo (il 15 settembre 2020). In quel momento il dott. -OMISSIS- era consigliere di sorveglianza. Tanto basta a privare di rilevanza la circostanza indiziaria, senza dover ulteriormente soffermarsi sulle competenze del consiglio di sorveglianza e sulla sua effettiva capacità– che è un organo di controllo – di indirizzare l'azione concreta della società (id est. di influenzare l'elaborazione delle offerte da presentare in gara).

Anche il secondo elemento non sussiste: -OMISSIS- e -OMISSIS- non si sono qualificate utilizzando i medesimi requisiti poiché ciascuna di esse era in possesso di propria attestazione SOA per la categoria OS18A.

L'a.t.i. -OMISSIS- ha lungamente insistito sul fatto che le due avevano ottenuto l'attestazione SOA per quella categoria super-specialistica perché nella disponibilità del medesimo stabilimento industriale necessario alla qualificazione, giungendo a dire, in sede di discussione orale, che l'una avrebbe avuto interesse alla vittoria della gara dell'altra perché ne sarebbero derivati reciproci vantaggi proprio dall'utilizzo dello stabilimento.

L'argomento è suggestivo, ma affatto idoneo ad ergersi a elemento presuntivo dell'esistenza di un “*unico centro decisionale*” nei sensi sopra detti; l'utilizzo del medesimo stabilimento industriale per l'esecuzione di prestazioni

specialistiche (quali sono quelle previste dalla SOA categoria OS18A: produzione e montaggio in opera di strutture in acciaio), con le attrezzature ivi presenti e il personale specializzato porta a dire che tra le due imprese v'è una relazione contrattuale – del che, però, v'era già certezza considerata l'appartenenza di -OMISSIS- al -OMISSIS- – non certo ad indirizzare il ragionamento nel senso del coordinamento nella formulazione dell'offerta per la procedura di gara (esclude che relazioni negoziali possano condurre a dire esistente un “unico centro decisionale” anche Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69 già in precedenza citata). L'assunto non considera inoltre che, ai sensi dell'art. 79, comma 13, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, primo periodo: *“I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati?”*.

Il vantaggio che -OMISSIS- riceve dall'utilizzazione dello stabilimento di sua proprietà da parte del -OMISSIS- sta, dunque, nel rapporto consortile, nell'essere, cioè, il primo consorziato del secondo, con tutto quanto ne segue in termini di agevolazioni della propria attività, e prescinde completamente dall'esito della gara, cui gli stessi abbiano partecipato; oltre a ciò non v'è altro: in caso di vittoria dell'a.t.i. -OMISSIS-lo stabilimento sarà utilizzato per l'esecuzione delle prestazioni (con il relativo personale e le attrezzature presenti) ma questo non dà alcuna utilità ulteriore a -OMISSIS- (che già aveva consentito prima della gara che ciò avvenisse), né, comunque, alcuna utilità che sia equiparabile all'aggiudicazione della procedura di gara all'a.t.i. del quale è mandante, tale per cui si possa dire, anche solo in astratto, che possa essere per questa indotta a coordinare la formulazione delle offerte.

3.2. Il secondo motivo di appello dell'a.t.i. -OMISSIS- va trattato unitariamente al motivo sub b) dell'appello incidentale dell'a.t.i. -OMISSIS- (relativo all' *“erroneo mancato accoglimento o rigetto dei motivi di ricorso principale integrato con i motivi aggiunti”*), poiché riguardano la medesima vicenda.

3.2.1. Lamenta l'a.t.i. -OMISSIS-:

a) il vizio di ultrapetizione: relativamente al “*sito di conferimento in titolarità della -OMISSIS-*” la ricorrente aveva contestato (con i primi motivi aggiunti) l’attribuzione del punteggio alle controinteressate, a.t.i. -OMISSIS-e a.t.i. -OMISSIS- per il criterio di valutazione dell’offerta “*B.4 – Gestione delle terre*” stante la mancata allegazione dei documenti richiesti a comprova della idoneità del sito, nonché (con i secondi e i terzi motivi aggiunti) la falsità della documentazione relativa al predetto sito di conferimento prodotta in gara unitamente all’offerta, con conseguente dovuta esclusione di entrambi ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), ovvero lett. f-*bis*) d.lgs. n. 50 del 2016, non, invece, la “*inutilizzabilità*” del sito che era stata rilevata dal giudice per dire inaffidabili le offerte, senza che tale prospettazione fosse mai stata avanzata dalla ricorrente;

b) erroneità in fatto in quanto:

b1) il sito non era inutilizzabile: la c.i.l.a. era stata dichiarata inefficace/nulla dal Comune per la mancata allegazione di documenti, relazioni e nulla osta, ma qualora detta documentazione fosse stata presentata, il sito sarebbe potuto essere dichiarato utilizzabile;

b2) il sito non era stato “*indicato*” dalle controinteressate, ma individuato specificatamente da A.n.a.s. in sede di progetto definitivo posto a base di gara;

b3) non spettava all’offerente la definizione delle pratiche amministrative per i siti oggetto di miglioramento fondiario e per procedere con la successiva movimentazione individuati dall’A.n.a.s., ma al titolare del sito di conferimento, nel caso di specie la -OMISSIS-s.r.l., come risultava chiaro dalla manifestazione di intenti da questo presentata e dallo schema contenuto nella disciplina di gara;

c) violazione di legge e delle prescrizioni di gara e contraddittorietà: nessuna disposizione normativa o della *lex specialis* di gara comminava l’esclusione a causa dell’inutilizzabilità di un sito di conferimento e, comunque, siccome si trattava di un sito segnalato dalla stessa stazione appaltante nel progetto definitivo posto a base di gara e, peraltro, indicato dalla stessa ricorrente a.t.i. -

OMISSIS-nella propria offerta come sito di destinazione di una parte delle terre in esubero, il giudice, accertatane l'inutilizzabilità, avrebbe dovuto dichiarare la sua irrilevanza nella valutazione di tutte le offerte (che l'avevano considerato su indicazione dell'A.n.a.s.), con conseguente sterilizzazione del punteggio assegnato ai concorrenti che l'avevano indicato, ovvero, in alternativa, avrebbe dovuto imporre alla stazione appaltante la rivalutazione delle offerte di tutte quei concorrenti;

d) ulteriore violazione della legge e delle prescrizioni di gara. Irrilevanza in concreto del sito de quo nelle valutazioni della Commissione di gara: il sito di conferimento in titolarità di -OMISSIS-s.r.l. non era stato reputato decisivo dalla commissione giudicatrice al fine dell'attribuzione del punteggio per il criterio di valutazione "B.4 – Gestione delle terre" e questo perché la lettera di invito prescriveva che il punteggio per il criterio b.4 sarebbe stato assegnato ai concorrenti per "modifiche tecniche migliorative" o "proposte di miglioramento della gestione materie", ed in effetti l'a.t.i. -OMISSIS-, nella sua offerta migliorativa, aveva proposto, oltre al sito della -OMISSIS- indicato nel progetto definitivo di A.n.a.s., altri tre siti di deposito definitivo di terre di scavo che erano da soli sufficienti a coprire le necessità di smaltimento del materiale in esubero costituente sottoprodotto e la commissione giudicatrice aveva ritenuto di assegnarle il punteggio previsto per il predetto criterio proprio in ragione dei siti "supplementari" ed "aggiuntivi" che aveva indicato.

In conclusione, dice ingiusta la disposta esclusione poiché, anche a voler considerare le ricadute sulla complessiva offerta dell'inutilizzabilità del sito di conferimento di proprietà della -OMISSIS-s.r.l., la commissione non avrebbe mai potuto dire non fattibile l'offerta, tanto più che sin dal primo grado aveva allegato e dimostrato la sovrabbondanza del sito rispetto ai fabbisogni di deposito del sottoprodotto e cui alla propria concreta offerta, bastando la capienza degli altri siti individuati.

3.2.2. Nel suo appello incidentale l'a.t.i. -OMISSIS-contesta la sentenza per aver detto non provata la falsità della documentazione trasmessa dalle

controinteressate unitamente all'offerta; dopo aver rammentato che a comprova dell'utilizzabilità del sito di conferimento in titolarità della - OMISSIS-s.r.l. le due concorrenti avevano fornito alla stazione appaltante una c.i.l.a. trasmessa al Comune di Melizzano, ribadisce l'esistenza di due profili di falsità nella predetta comunicazione: il proprietario del suolo, Sig. -OMISSIS-, aveva disconosciuto la firma apposta in calce alla stessa e, in secondo luogo, a differenza di quella trasmessa al Comune la c.i.l.a. allegata all'offerta presentava l'aggiunta a mano delle quantità di materiale da conferire. Nel riportare integralmente il motivo già proposto in primo grado l'appellante incidentale sostiene che le due concorrenti avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura di gara per aver prodotto documentazione falsa o, comunque, perché considerate inaffidabili dall'A.n.a.s..

3.3. Il motivo dell'appello incidentale di a.t.i. -OMISSIS- è fondato; la sentenza di primo grado va riformata sul punto; il motivo dell'appello principale dell'a.t.i. -OMISSIS- è assorbito.

3.3.1. Preliminarmente, va respinta l'eccezione di irricevibilità dei secondi e terzi ricorsi per motivi aggiunti, riproposta dall'appellante a.t.i. -OMISSIS- in forma critica alla sentenza di primo grado, che già l'ha detta infondata.

In sostanza, a parere dell'appellante principale, conosciuto il provvedimento di aggiudicazione il 24 dicembre 2020, ed acquisiti gli atti di gara in seguito ad istanza di accesso ai documenti il 29 gennaio 2021, l'a.t.i. -OMISSIS- avrebbe potuto giovare della proroga dei termini di impugnazione ammessa dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 12 del 2020 (per i casi di impugnazione dell'aggiudicazione per vizi emersi solo in seguito ad istanza di accesso agli atti), fino al 28 febbraio 2021, onde i motivi aggiunti notificati il 17 marzo 2021 e il 27 aprile 2021 erano irricevibili. D'altronde, aggiunge, i nuovi provvedimenti adottati dal Comune di Melizzano erano stati conseguenza di una istanza di autotutela (della c.i.l.a. relativa ai sito della - OMISSIS-s.r.l.) presentata dall'a.t.i. -OMISSIS- a termini di impugnazione ampiamente decorsi.

Senonché, come correttamente evidenziato dal giudice di primo grado, l'a.t.i. - OMISSIS-ha integrato le originarie censure avverso il provvedimento di aggiudicazione con motivi aggiunti proposti nei termini decorrenti dall'avvenuta conoscenza dei provvedimenti assunti dal Comune di Melizzano a giudizio già pendente.

In particolare, quando il Comune di Melizzano ha, con nota 15 marzo 2021 prot. n. 2387, dichiarato di non aver ricevuto alcuna c.i.l.a. per il sito di conferimento della -OMISSIS-s.r.l., la ricorrente ha tempestivamente (con i motivi aggiunti notificati il 17 marzo 2021) domandato dichiararsi l'illegittimità dell'aggiudicazione (anche) per la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), d.lgs. n. 50 del 2016 ipotizzando che fosse stata formata falsa documentazione. Successivamente, quando il Comune di Melizzano, con nota del 23 aprile 2021, di cui a breve si dirà, ha accertato l'esistenza delle due versioni della medesima c.i.l.a. e successivamente dichiarato inefficace e/o nulla l'unica ritenuta ammissibile perché il proprietario dei terreni aveva disconosciuto la sua firma, la ricorrente ha tempestivamente (con i motivi aggiunti notificati il 27 aprile 2021) ulteriormente specificato le ragioni per le quali la stazione appaltante avrebbe dovuto rilevare l'esistenza di falsa documentazione prodotta dalle controinteressate ed escluderle dalla procedura.

Prima che il Comune di Melizzano adottasse i predetti provvedimenti – e dunque con la sola documentazione acquisita il 29 gennaio 2021 a seguito di accesso agli atti di gara – l'a.t.i. -OMISSIS-non avrebbe potuto in alcun modo aver contezza dell'esistenza dei predetti vizi dell'aggiudicazione. L'istanza di autotutela formulata dall'a.t.i. -OMISSIS-al Comune di Melizzano ha consentito l'emersione dei predetti profili di falsità, poichè l'amministrazione comunale ha potuto confrontare le diverse versioni della c.i.l.a. e il Sig. - OMISSIS-, come si avrà modo di spiegare, disconoscere la sua firma. La circostanza che l'istanza fosse stata presentata a termini di impugnazione ampiamente scaduti è del tutto irrilevante, poichè quel che conta è che i

motivi aggiunti siano stati proposti nei termini di legge decorrenti dalla conoscenza degli (ulteriori) vizi di legittimità.

3.3.2. E' indispensabile una precisa ricostruzione dei fatti alla luce della documentazione versata in atti, con la premessa che A.n.a.s. aveva individuato nel progetto definitivo a base di gara taluni siti di collocamento dei materiali derivanti dagli scavi e dalle demolizioni che sarebbero stati gestiti da operatori terzi estranei alla procedura di gara (pag. 56 del disciplinare: *“Con riferimento alla gestione delle terre e rocce in regime di sottoprodotto sono stati individuati i seguenti siti a cui possono essere destinate una parte delle terre in esubero, l'utilizzo previsto sarà finalizzato per lo più alla riqualificazione ambientale di cave dismesse o aree degradate per miglioramento fondiario e riutilizzato mediante la normale pratica industriale e reinserite nei cicli produttivi”*); tra questi siti vi era quello di San Salvatore -OMISSIS-(BN) gestito dalla -OMISSIS-s.r.l..

Quest'ultima aveva presentato al Comune di Melizzano una c.i.l.a. firmata dal proprietario del suolo Sig. -OMISSIS--, necessaria per avviare le attività di movimentazione e utilizzo delle terre legate al sito di conferimento; precisamente la c.i.l.a. era stata trasmessa al Comune il 4 settembre 2020 dal geom. -OMISSIS- che l'aveva asseverata.

Nella nota del 23 aprile 2021, prot. n. 3448, il Comune riferisce di non aver rinvenuto tra i suoi atti la c.i.l.a. e di averne richiesto nuovamente l'invio al geom. -OMISSIS- (con nota del 15 marzo 2021), e che altra copia le veniva trasmessa, senza che ne avesse fatto richiesta, da -OMISSIS- (con pec del 25 marzo 2021). Aggiunge che messe a confronto le due c.i.l.a. aveva potuto accertare l'esistenza di una sostanziale differenza poiché nella c.i.l.a. trasmessa da -OMISSIS- erano quantificate movimentazioni di terra per 199.980,00 non riportate nella c.i.l.a. (ri)trasmessa dal geom. -OMISSIS-. Pertanto, sulla base degli atti a sua disposizione, da un lato, dichiarava l'intervento comunicato dal geom. -OMISSIS- *“sottoposto al regime di edilizia libera (C.I.L.) in quanto riguarda interventi strettamente connessi all'esercizio dell'attività agricola ...”* e, dall'altro, l'intervento comunicato da -OMISSIS- non accettabile perché trasmesso da

soggetto non indicato nella c.i.l.a. e comunque *“inammissibile perché comporta una sostanziale modifica dello stato dei luoghi (determinando una variazione del piano quotato ignota e non rilevabile dagli atti, ma comunque mediamente spalmata di circa 3,20 m)”* ed in quanto *“in netto contrasto con la normativa vigente in materia paesaggistica”*.

Successivamente, però, con nota del 26 aprile 2021 prot. n. 3510 il Comune di Melizzano, avendo ricevuto una comunicazione dal Sig. -OMISSIS- con la quale si diceva estraneo all’iniziativa procedurale avviata in suo nome e disconosceva la firma apposta in calce alla comunicazione di inizio lavori sui fondi di sua proprietà, dichiarava *“inefficace e/o nulla”* anche la c.i.l.a. trasmessa dal geom. -OMISSIS-.

Sono agli atti del giudizio tanto la c.i.l.a. trasmessa dal geom. -OMISSIS- al Comune quanto la c.i.l.a. trasmessa da -OMISSIS- e da -OMISSIS- s.p.a., ed infine la comunicazione del Sig. -OMISSIS--.

3.3.3. I profili di falsità documentale rappresentati dall’a.t.i. -OMISSIS- risultano provati dalla documentazione in atti e dalle circostanze precedentemente riportate.

In particolare, stante il disconoscimento effettuato dal Sig. -OMISSIS-- è falsa la firma di questi in calce alla c.i.l.a. trasmessa al Comune di Melizzano dal geom. -OMISSIS-, e, in secondo luogo, considerata la discrepanza tra le due comunicazioni prima riferita è manomessa – e, dunque non conferme all’originale, seppur anch’esso caratterizzato dalla falsità prima detta – la c.i.l.a. prodotta dall’a.t.i. -OMISSIS- e dall’a.t.i. -OMISSIS- in sede di gara rispetto a quella inviata al Comune dal geom. -OMISSIS-, nella parte in cui reca la dichiarazione al punto 1 *“tipologia di intervento e descrizione sintetica delle opere”*, sub 1.8 quale specificazione *“Sistemazione per messa a dimora di terreno vegetale e pietrisco per 199,980,00 mq su una superficie di 66,660 mq”*.

3.3.4. La produzione di documentazione falsa in procedura di gara è oggetto di due disposizioni contenute all’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016: alla lett. c-bis) è disposto che va escluso l’operatore economico che *“...abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le*

decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", alla lett. f-bis) è prevista l'esclusione dalla procedura di gara de *"l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere"*. Il rapporto tra le due disposizioni è stato definito dall'Adunanza plenaria nella sentenza 28 agosto 2020, n. 16 in questi termini: - le due disposizioni hanno *"identità di oggetto"*, non rilevando che, in un caso, si parli di *"informazioni false"* e, nell'altro, di *"documentazione non veritiera"*, poiché *"documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo di informazioni che l'operatore è tenuto a dare alla stazione appaltante e che quest'ultima a sua volta deve discrezionalmente valutare per assumere le proprie determinazioni nella procedura di gara"*; - ne segue una parziale sovrapposizione degli ambiti di applicazione, dovuta al fatto che entrambe fanno riferimento a *"ipotesi di falso"*, la quale va risolta con il criterio di specialità (previsto dall'art. 15 delle preleggi) e dunque con prevalenza della disposizione di cui alla lett. c-bis) sulla base dell'elemento specializzante costituito dal fatto che *"le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all'adozione dei provvedimenti della stazione appaltante «sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e concretamente idonee ad influenzarle"* (e conseguente inevitabile restringimento dei casi riconducibili alla fattispecie di cui alla lett. f-bis) sostanzialmente a quelle ipotesi in cui la documentazione presentata in sede di gara sia falsa senza alcun margine di opinabilità e non sia finalizzata all'adozione di provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, valutazione delle offerte o aggiudicazione).

La conclusione del ragionamento è che, così come in ogni altro caso di *"grave illecito professionale"*, anche in caso di produzione di documentazione falsa (che sia idonea ad influenzare le decisioni sull'aggiudicazione della procedura), la stazione appaltante è tenuta a stabilire se la stessa fosse in grado di sviare le proprie valutazioni e, di seguito, se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità e affidabilità (in questo senso anche Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2021, n. 3176; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2838 e III, 1° giugno 2021, n. 4201 in cui si

discorre di automatico effetto espulsivo in caso di “*non veridicità dei fatti allegati a supporto della domanda di partecipazione*”).

3.3.5. Spetta, dunque, ad A.n.a.s. valutare se la produzione di documentazione falsa porti a dubitare dell'integrità e affidabilità dell'a.t.i. -OMISSIS- e dall'a.t.i. -OMISSIS-; non valgono ad esonerare la stazione appaltante dall'obbligo di valutazione le circostanze addotte dagli operatori economici nelle proprie difese e precisamente:

a) che il sito di conferimento di cui si discute fosse stato individuato nel progetto definitivo elaborato da A.n.a.s. e posto a base di gara (come pure che spettasse al titolare del sito acquisire i titoli amministrativi necessari per la concreta utilizzazione), poiché quel che rileva è che gli operatori economici l'abbiano inserito tra i siti da utilizzare in sede di esecuzione dell'opera, con conseguente sua valutazione da parte della commissione giudicatrice per l'assegnazione del punteggio all'offerta;

b) che la c.i.l.a. fosse stata consegnata loro dalla -OMISSIS-s.r.l., cui, dunque, dovrebbe essere imputata l'eventuale falsità della documentazione, perchè le disposizioni normative citate non dicono necessaria l'imputabilità della falsificazione all'operatore economico, e danno rilevanza alla (sola condotta di) produzione in gara di documentazioni (o informazioni) false, che siano state così formate dallo stesso operatore economico come pure da un terzo estraneo alla procedura;

c) che anche l'a.t.i. -OMISSIS-abbia indicato il sito di conferimento della -OMISSIS- costruzioni s.r.l. nella propria offerta producendo, peraltro, la manifestazione di intenti di questi, non foss'altro che per il fatto, pacifico in atti, che l'a.t.i. -OMISSIS-non ha depositato, a differenza degli altri operatori economici, la c.i.l.a. con i profili di falsità di cui s'è detto.

Da altro punto di vista, la produzione documentale in esame non può considerarsi irrilevante, così che si possa discorrere di falso c.d. innocuo, come pure pare ipotizzare l'a.t.i. -OMISSIS- nelle proprie difese.

Preliminarmente, va detto che le disposizioni normative in precedenza riportate non consentono di ritenere che una ipotesi di falso c.d. innocuo valga ad esimere la stazione appaltante dal valutare il comportamento del concorrente che abbia prodotto documentazione falsa o reso false dichiarazioni in sede di gara.

Occorre, poi, considerare che, nel caso concreto, la lettera di invito, in relazione al criterio di valutazione delle offerte “B.4 Gestione delle terre”, disponeva l’assegnazione del punteggio “per ogni sito” – e dunque, indipendentemente dal fatto che si trattasse di sito reperito previamente alla gara da A.n.a.s. o indicato in sede di offerta dall’operatore economico – solo se fosse stata allegata la documentazione comprovante “la tipologia del materiale prodotto e/o in grado di accogliere/trattare”; si può, pertanto, affermare che la c.i.l.a. sia stata considerata dalla commissione giudicatrice per l’assegnazione del punteggio ai concorrenti che avevano dichiarato di voler utilizzare in sede di esecuzione proprio quel sito di conferimento poiché essa riportava – si è già detto, in conseguenza della manomissione del documento originale – la tipologia e la quantità di materiale che ivi sarebbe stato conferito.

Né può dirsi che la commissione giudicatrice abbia assegnato ai concorrenti il punteggio per il criterio di valutazione “B.4 Gestione terre” in ragione dei soli siti di conferimenti reperiti dai concorrenti – e non dunque per quelli indicati dalla stazione appaltante – in quanto gli unici a poter essere qualificati come “intervento migliorativo” rispetto al progetto posto a base di gara: i verbali di gara non forniscono sicura prova del fatto che la commissione abbia così orientato la sua decisione sull’assegnazione del punteggio (essendosi questa limitata a riferire i siti previsti in offerta da ciascun concorrente).

3.3.6. In conclusione, la procedura di gara dovrà regredire alla fase di valutazione dell’ammissione dei concorrenti, ove l’A.n.a.s. procederà a valutare la loro affidabilità e l’integrità tenendo conto di tutte le circostanze emerse nell’odierno giudizio.

Ciò non esime dal procedere all'esame degli altri motivi articolati dall'a.t.i. - OMISSIS-nel giudizio di primo grado (nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti) non esaminati e qui riproposti, poiché in prospettazione idonei a condurre all'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura o all'aggiudicazione diretta della procedura, e, dunque, ad un'utilità maggiore rispetto alla mera regressione della procedura di gara alla fase dell'ammissione dei concorrenti.

3.4. L'a.t.i. -OMISSIS-ha preliminarmente riproposto il terzo motivo del ricorso di primo grado (*“V. Motivo riproposto – violazione e falsa applicazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/16 in combinato disposto con l'art. 59, co. 1-bis. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara”*) nel quale sostiene che ai primi due graduati non potevano essere assegnati i cinque punti premiali tabellari connessi al servizio di progettazione (previsti dal *sub*-criterio di valutazione *“B.5.3.”* della lettera di invito), in quanto essi, sprovvisti dei requisiti di progettazione, si erano avvalsi di progettisti esterni.

Il motivo è inammissibile in quanto genericamente formulato: la ricorrente sostiene che la stazione appaltante non avrebbe dovuto assegnare il punteggio premiale alle controinteressate per aver scelto di avvalersi di progettisti esterni, ma non fornisce alcuna ragione che possa condurre a dire tale facoltà (di avvalersi di progettisti esterni) preclusa ai concorrenti o anche ostativa all'assegnazione del punteggio per il criterio di valutazione evocato, del quale, peraltro, non viene in alcun modo esposto il contenuto né dette le modalità con le quali la commissione giudicatrice avrebbe dovuto farne applicazione.

Così articolato, il motivo non consente al giudice di apprezzare compiutamente la critica rivolta all'operato della stazione appaltante e richiede una necessaria opera di integrazione delle argomentazioni difensive che non può essere rimessa al giudice.

3.5. E' poi riproposto il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio (*“VI. Motivo riproposto – violazione di legge e della lex specialis. Eccesso di potere sotto ulteriori profili”*) in cui si assume: a) che dal DGUE allegato dalla -OMISSIS-, mandataria del raggruppamento aggiudicatario, non sarebbe possibile

evincere le dichiarazioni che la stessa avrebbe dovuto rendere con conseguente violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-*bis*) e f-*bis*) d.lgs. n. 50 del 2016: in particolare, la -OMISSIS- non avrebbe dichiarato di essere stata sottoposta dal Prefetto di Roma alla procedura di monitoraggio di cui all'art. 32 d.l. n. 90 del 2014; b) in via estremamente subordinata, che A.n.a.s. avrebbe verificato la documentazione amministrativa dei concorrenti e i requisiti di ammissione in seduta riservata, così contravvenendo al regime di pubblicità delle sedute di gara.

Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato per le ragioni che seguono.

Quanto alla prima censura, va detto che l'eventuale omissione dichiarativa del concorrente, che non abbia informato la stazione appaltante di tutte le trascorse vicende professionali rilevanti ai fini dell'apprezzamento della sua integrità ed affidabilità, è in fatto superata dall'effettiva conoscenza che la stazione appaltante ne abbia acquisito *aliunde* e dal giudizio che, *plena cognitio*, abbia espresso sulla sua integrità e affidabilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6407); nel caso di specie, pertanto, anche a voler ammettere che l'a.t.i. -OMISSIS- fosse tenuto a dichiarare la misura prefettizia di cui all'art. 32 d. l. 24 giugno 2014, n. 90 i cui effetti, peraltro, erano già terminati, è stato allegato negli scritti difensivi, e non contestato espressamente dalla ricorrente, che nel 2017 il Prefetto di Roma aveva comunicato ad A.n.a.s. l'adozione della misura di monitoraggio, della quale, pertanto, la stazione appaltante aveva conoscenza, e che in fase di prequalifica aveva dato atto di aver soppesato tutte le notizie utili relative ai vari operatori economici – tra le quali è da presumere, per quanto detto, anche quella relativa alla -OMISSIS- – e nondimeno aveva ritenuto che nessuna fosse tale da giustificare l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara.

La ricorrente, pertanto, avrebbe dovuto criticare la decisione della stazione appaltante di non escludere l'a.t.i. -OMISSIS- in ragione della vicenda

professionale che l'aveva riguardata, non già limitarsi a rilevare la mera omissione dichiarativa.

La censura *sub b)* è infondata: la giurisprudenza ha più volte ribadito l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa che le offerte, tecniche ed economiche, onde assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti, precisando che in tale fase la verifica consentita consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, con l'ulteriore precisazione, tuttavia, che i suddetti principi vanno necessariamente verificati in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l'effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare (da ultimo: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627). Nel caso di specie, la modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consentiva di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2021, n. 1700; III, 5 dicembre 2019, n.8333; III, 13 dicembre 2018, n.7039; III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

3.6. Con l'ulteriore motivo riproposto, il primo dei motivi aggiunti notificati il 1° marzo 2021 (*“VII. Motivo riproposto – violazione e falsa applicazione dell'art. 95*

d.lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Indeterminatezza e inattendibilità delle offerte avversarie. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza dei presupposti in fatto e diritto”), l’a.t.i. -OMISSIS-si duole del punteggio attribuito all’aggiudicataria (e alla seconda graduata) in relazione al criterio di valutazione “*B.4 Gestione delle terre*”, poiché, a suo dire, non sarebbe stata prodotta la documentazione alla quale la lettera di invito subordinava l’assegnazione del punteggio.

Il motivo è inammissibile.

Secondo orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, nell’ambito di una procedura ad evidenza pubblica la valutazione delle offerte tecniche (come anche delle ragioni che giustificano una soluzione migliorativa) costituisce espressione di un’ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, laddove le stesse non siano inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754; III, 20 maggio 2021, n. 3908; III, 23 aprile 2021, n. 3297; V, 8 gennaio 2021, n. 282).

Nel caso di specie, secondo le indicazioni della lettera di invito, per l’assegnazione del punteggio relativo al criterio di valutazione “*B.4 Gestione delle terre*”, la commissione giudicatrice era tenuta – oltre che ad esprimere il proprio giudizio circa le proposte migliorative presentate dai concorrenti – a verificare l’adeguatezza della documentazione prodotta in relazione ai siti individuati per il conferimento delle terre: anche tale ultimo profilo rientrava, dunque, nell’ambito della discrezionalità della commissione con conseguente applicazione dei limiti in precedenza detti per la sindacabilità in sede giudiziaria.

Le censure formulate dall’a.t.i. -OMISSIS-nel motivo di ricorso sono inammissibili poiché non danno conto di vizi di irragionevolezza manifesta, illogicità o macroscopici errori di fatto nella valutazione della commissione.

Un esame complessivo delle criticità sollevate – a prescindere, cioè, da quanto esposto con riguardo al singolo sito, che, comunque, è operazione sterile considerato che il giudizio della commissione è necessariamente globale, reso, cioè, considerando tutti i siti proposti e tutta la documentazione fornita – porta a dire che, per gran parte dei casi, la ricorrente denuncia la produzione di titoli autorizzativi all'utilizzo del sito con scadenza antecedente alla conclusione dell'opera oggetto dell'appalto; senonché, come esposto dall'a.t.i. -OMISSIS- nelle sue difese, non è questa ragione sufficiente per dire che il sito non potesse essere considerato – o, ancor più gravemente, che nessun punteggio le potesse essere assegnato per il criterio di valutazione de qua – poiché i titoli abilitativi (in possesso dei titolari o gestori dei siti) erano tutti rinnovabili, onde, seppur fosse prevista la loro scadenza durante la fase di esecuzione dei lavori, non ne sarebbe derivata la sicura inutilizzabilità del sito per la possibilità del rinnovo.

A voler diversamente opinare, e, in particolare, a voler ritenere che la lettera di invito abbia inteso richiedere la perfetta coincidenza tra durata di validità del titolo autorizzativo e periodo di completamento dell'opera, ne deriverebbe, oltre che una evidente riduzione dei siti utilizzabili ai soli che, per ragioni meramente causali, possano vantare tale requisito, una palese irragionevolezza nella scelta della stazione appaltante, considerando che quel che interessa è la continuativa utilizzabilità del sito; che questa possa essere assicurata mediante il rinnovo del titolo autorizzativo è evenienza del tutto fisiologica.

Ad ogni buon conto, che la commissione abbia soppesato ogni profilo relativo anche alla documentazione prodotta per i singoli siti è dimostrato dal differente punteggio assegnato a ciascun concorrente; da questo punto di vista, peraltro, va detto che il punteggio dell'a.t.i. -OMISSIS- è stato di 7,5 su 15 punti, con il che è dimostrato *per tabulas* che la commissione ha valutato ogni aspetto, anche i profili di criticità, della proposta dell'a.t.i. -OMISSIS-.

3.7. Con altro motivo riproposto, il secondo motivo dei motivi aggiunti notificati il 1° marzo 2021 (“VIII. Motivo riproposto – violazione e falsa

applicazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara sotto ulteriore profilo. Manifesta indeterminatezza e incompletezza delle offerte avversarie. Eccesso di potere per difetto di radicale istruttoria”), l'a.t.i. -OMISSIS- ha sostenuto che, contrariamente a quanto richiesto dalla lettera di invito, l'aggiudicataria non aveva indicato i “nuovi prezzi” in relazione a tutte le migliorie proposte; in particolare, a suo dire, risulterebbe non prezzata: - la miglioria consistente nella esecuzione della progettazione e della realizzazione delle infrastrutture attraverso l'utilizzo del protocollo ENVISION (al fine di ottenere la certificazione ENVISION per il progetto e per la realizzazione dell'intervento con il più alto livello di ENVISION AWARD); - la miglioria (per il criterio b.1.1.) relativa all' *“inserimento di talee di essenze arbustive autoctone per un miglior inserimento”* e vi sarebbe una difformità tra la quantità di elementi offerti per il monitoraggio della scogliera dei massi ciclopici presenti nell'elaborato descrittivo e quella dichiarata nell'analisi dei prezzi; - la miglioria (per il criterio b.1.4.) relativa all' *“installazione alcuni portali a messaggio variabile PMW”*; - la miglioria (per il criterio b.2.3.) relativa alla *“struttura metallica anulare atta a sostenere le linee di led RGB”* proposta con *“montanti in ferri piatti accoppiati (spessore 8mm) e fasce curvate sempre con profili piatti alti 12 cm (spessore 6mm)”* e con *“finitura zincata forte”*.

Il motivo è infondato.

Preliminarmente, considerato che tale censura – mancata previsione dei “nuovi prezzi” in relazione alle proposte migliorative offerte – è comune a tutte le appellanti, in via principale e incidentale, del presente giudizio, è opportuno premettere alcune precisazioni relative alla lettura della lettera di invito.

Nella lettera di invito (al par. 13) era effettivamente stabilito l'obbligo per i concorrenti di prezzare le proposte migliorative relative ai criteri e sub-criteri b.1.1., b.1.2., b.1.3, b.1.5, B.2, b.3.1., B.4, b.5.2. e b.5.3., inserendo all'interno dell'offerta tecnica un *“Elenco dei Nuovi prezzi”* e all'interno dell'offerta economica una *“Lista lavorazioni e forniture – Nuovi prezzi”* (utilizzando a tal

fine, in via prioritaria, le voci di prezzo contenute nel prezzario generale dell'A.n.a.s. e le relative schede di Analisi Prezzi).

Era poi specificato che qualora nella offerta tecnica non fossero stati descritti i “*Nuovi prezzi*” delle migliorie offerte, le stesse non sarebbero state valutate e il concorrente avrebbe ottenuto il punteggio di 0; l'esclusione dalla procedura era, invece, prevista (al par. 14) per il caso di mancato inserimento all'interno della Busta C – offerta economica de “*le schede di analisi dei nuovi prezzi*” e ribadita (a pag. 44) con la specificazione che l'offerta sarebbe stata considerata “*indeterminata*” nel caso di presentazione di offerta economica priva dell'indicazione degli importi relativi alle migliorie proposte per le quali veniva richiesta la quantificazione dei “*Nuovi prezzi*”.

Precisato quanto sopra, il motivo è infondato.

L'a.t.i. -OMISSIS- ha esattamente esposto nei propri scritti difensivi ove ed in che modo sono stati indicati i “nuovi prezzi” praticati per ciascuna delle migliorie precedentemente riportate, fermo restando che per la prima di esse – l'utilizzo del protocollo ENVISION – la ricorrente non ha identificato il criterio di valutazione delle offerte cui era riferito, onde va necessariamente espunta, già in prospettazione, dalle proposte migliorative da prezzare.

L'analisi della documentazione versata in atti conferma l'allegazione dell'a.t.i. -OMISSIS-, quanto alla migliora di cui al criterio b.1.1. in quanto presente alla scheda n. 41 delle *Analisi nuovi prezzi* inseriti in offerta tecnica, quanto alle migliorie di cui al criterio b.1.4. e b.2.3., trattandosi di elementi già previsti dalla *Lista delle Lavorazioni e forniture* a base di gara per aver il concorrente provveduto a modificare la corrispondente quantità della voce di prezzo; facoltà espressamente consentita dalla lettera di invito.

Quanto ai profili di indeterminatezza dell'offerta rilevati dalla ricorrente occorre precisare che, quanto al “*monitoraggio della scogliera dei massi ciclopici*”, risulta l'identica quantità nella scheda n. 4 delle *Analisi nuovi prezzi* inserita in offerta tecnica e nella scheda n. 4 delle *Analisi nuovi prezzi* inserita nell'offerta economica e quanto agli altri – fermo restando che l'a.t.i. -OMISSIS- con

allegazioni puntali ha smentito ogni profilo di dubbio – non sono in alcun modo, neppure in astratto, sufficienti a dire indeterminata l' (intera) offerta della controinteressata: la ricorrente, dall'eventuale accoglimento, non potrebbe ricavare né la riduzione del punteggio, né tanto meno l'esclusione dell'altra.

3.7. Vanno ora esaminati i motivi proposti dall'a.t.i. -OMISSIS-avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Con il primo motivo riproposto (si tratta del primo motivo del ricorso di primo grado integrato dai motivi aggiunti), l'a.t.i. -OMISSIS- come l'a.t.i. -OMISSIS-in precedenza, sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura di gara per mancata indicazione dei “*nuovi prezzi*” in relazione ai seguenti criteri di valutazione:

i) b.2.1. per aver offerto quale miglioria la realizzazione “*in particolari situazioni*” di uno “*strato di sottobase del manto stradale da eseguirsi mediante misto bituminato di tipo “hard” ottenuto con l'impiego di grafene*”; lavorazione per la quale assume non avrebbe esposto alcun “*nuovo prezzo*” nella *Lista lavorazioni e forniture – Nuovi prezzi* dell'offerta economica né avrebbe riportato un corretto riferimento in termini di voci di prezzo all'interno del quadro sinottico dell'offerta tecnica (poiché le voci di prezzo riportate “*D.01.005.c*” e “*D.01.010.b*” si riferivano ad altre tipologie di lavorazioni: il primo a conglomerati bituminosi di base con bitume modificato di tipo “soft” e il secondo a realizzazione di strado di base mediante l'impiego di fresato rigenerato con emulsione bituminosa modificata e cemento);

ii) b.2.3. per aver offerto quale miglioria la realizzazione di un “*sistema segnaletico luminoso “tempo flash” che avverte della presenza di ghiaccio stradale tramite una coppia di lampade lampeggianti che si accendono quando la temperatura esterna scende sotto i 3 gradi*”, come pure l'installazione di “*portali a messaggio variabile PMV*” da collegare alla centrale operativa della viabilità ANAS (RMT – Road Management Tool), senza però prevedere né gli uni né gli altri all'interno del quadro sinottico dell'offerta tecnica e, quanto alla prima delle due migliorie,

anche nelle schede analisi delle *Lista Lavorazioni e forniture – Nuovi prezzi* dell’offerta economica, ove mancherebbe la previsione del prezzo della “*sonda di temperatura*” che possa consentire l’accensione del sistema al raggiungimento delle temperature;

iii) B.4 per non aver esposto il “*Nuovo prezzo*” relativo agli oneri per la redazione del Nuovo Piano di utilizzo delle terre (PUT);

iv) b.5.2. per aver proposto anche in relazione a detto criterio di valutazione l’installazione di un sistema luminoso “*tempo flash*” – con le conseguenti omissioni già evidenziate al punto ii) – e per aver proposto l’installazione di bande sonore trasversali, anche in questo caso senza indicazione di nuovo prezzo nella Lista Lavorazioni e forniture dell’offerta economica.

3.7.1. Il motivo è infondato.

3.7.2. Quanto alla prima delle migliorie proposte e asseritamente non prezzate – l’utilizzo di grafene al posto del misto cementato per la realizzazione del sottobase – convince la tesi esposta dall’a.t.i. -OMISSIS- nei propri scritti difensivi: la lavorazione non poteva essere considerata quale proposta migliorativa suscettibile di comportare un “nuovo prezzo”.

Ciò in ragione del fatto che, come espressamente previsto nel passo della *Relazione tecnica* riportato dalla stessa appellante, l’utilizzo del grafene in sostituzione del misto cementato ad alta deformabilità, era previsto solo “*in particolari situazioni*” ossia qualora “*in periodi particolari di produzione del cantiere*” si fosse verificata una situazione di “*eventuale indisponibilità del fresato*”.

In sostanza, l’a.t.i. -OMISSIS- si diceva pronta a sostituire il “*misto cementato ad alta deformabilità*” con il grafene, ma nel caso, del tutto eventuale, di indisponibilità del fresato; la proposta migliorativa consisteva, dunque, nella disponibilità resa – e come tale si può ritenere sia stata apprezzata dalla commissione giudicatrice (in mancanza di più ampia motivazione, considerato che nella verbalizzazione la commissione altro non faceva che riportare quanto esposto nella relazione tecnica dai concorrenti) – non nella introduzione di una nuova lavorazione alternativa a quella prevista dal

progetto a base di gara. Vero questo, se cioè la proposta non consisteva in una lavorazione alternativa suscettibile di comportare una diversificazione dei prezzi, non v'era ragione di prevedere un “nuovo prezzo”.

Quanto sopra trova conforto nella documentazione citata dall'a.t.i. - OMISSIS- nelle proprie difese dalla quale effettivamente risulta che per la realizzazione dello strato di sottobase era stata confermata la tipologia di lavorazione prevista dall'A.n.a.s. nel progetto a base di gara; in sostanza, era questa la modalità ordinaria di composizione di quella parte dell'opera che necessitava di espressa indicazione di prezzo, il quale, poi, per quanto sopra, altro non poteva essere che quello già definito da A.n.a.s..

3.7.3. Quanto alla seconda delle migliorie contestate dall'appellante – il sistema segnaletico luminoso “tempo flash” e i “Portali a messaggio variabile” – l'a.t.i. -OMISSIS- ha dimostrato di aver indicato i nuovi prezzi dell'uno e dell'altro all'interno dei documenti dell'offerta tecnica: in particolare, quanto al “sistema segnaletico tempo flash” valgono i prezzi contenuti nell'allegato P3- Nuovi prezzi offerta tecnica che si riferiscono partitamente a “segnale triangolare”, “pannelli aggiuntivi”, “lampeggiatore” e “segnaletica luminosa”, vale a dire proprio agli elementi che, una volta assemblati, comporranno il predetto sistema; relativamente ai “Portali a messaggio variabile”, trattandosi di componente già previsto nella *Lista delle Lavorazioni e forniture* a base di gara ne è stata aumentata la quantità come consentito dalla lettera di invito.

Come in precedenza riferito, per il “sistema segnaletico “tempo flash” l'appellante lamenta la mancanza previsione della “sonda di temperatura” nella Lista da allegare all'offerta economica: sul punto va detto che l'a.t.i. - OMISSIS- ha efficacemente dimostrato che l'uso della sonda era solo eventuale, poiché in prima battuta era prevista l'attivazione da remoto del sistema; ad ogni buon conto, la carenza di tale elemento non potrebbe condurre a dire, per ciò solo, mancante il “nuovo prezzo” della predetta miglioria, sarebbe, infatti, una mera irregolarità dell'offerta, sanabile con ricorso al soccorso istruttorio.

3.7.4. Relativamente alla terza proposta migliorativa per la quale si lamenta l'omissione del “*nuovo prezzo*”, vale a dire (gli oneri per) la redazione del nuovo P.u.t. – piano di utilizzo delle terre, convince l'interpretazione della lettera di invito fornita dall'a.t.i. -OMISSIS-: a pag. 51-52, esplicitando gli elementi di valutazione per l'attribuzione del punteggio relativo al criterio “*B.4. Gestione delle terre*” la stazione appaltante aveva dato rilevanza alle “*proposte per l'approvvigionamento e riciclo dei materiali necessari alla realizzazione delle opere nonché per l'allontanamento finale di quelle di esubero*”. Pertanto era in relazione ad esse che il concorrente avrebbe dovuto, eventualmente, indicare “*nuovi prezzi*”: la redazione di un nuovo P.u.t. che ne sarebbe derivato (le proposte migliorative avrebbero potuto prevedere l'utilizzo di altri siti di conferimento), sarebbe stato a carico del concorrente (si legge, infatti, nella lettera di invito: “*Sarà onere dell'aggiudicatario la redazione del nuovo PUT e le attività necessarie alla sua approvazione*”).

Così intesa la lettera di invito, la previsione della redazione di un nuovo P.u.t. non necessitava dell'indicazione di un “nuovo prezzo”.

3.7.5. Per l'ultima miglioria della quale si contesta la mancata indicazione di un “*nuovo prezzo*”, per l'installazione del sistema luminoso “*tempo flash*” vale quanto detto al punto 3.7.3, mentre per le “*bande sonore trasversali*”, l'a.t.i. - OMISSIS- ha dimostrato che il relativo “nuovo prezzo” è stato previsto: in primo luogo, nell'ambito dell'offerta tecnica, alla scheda 22 dell'allegato P3 – Nuovi prezzi Offerta tecnica, come “*Segnaletica orizzontale in termocolato plastico tipo “sonoro”, e con la stessa voca all'interno della Lista delle categoria di lavoro e forniture dell'offerta economica.*

3.8. Nel secondo motivo riproposto (il secondo motivo del ricorso di primo grado) la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe erroneamente giudicato congrua l'offerta dell'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia *ex art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016*, sebbene questa avesse operato una significativa sottostima dei costi della manodopera, tale da rendere dubbia la

possibilità di eseguire correttamente l'appalto senza compromettere l'effettiva retribuzione dei lavoratori.

Argomenta tale conclusione sulla base di alcune considerazioni: in primo luogo, evidenzia la significativa differenza tra il costo della manodopera stimato dalla stazione appaltante per le lavorazioni poste a base di gara in € 70.691.872,10, e quello praticato dall'aggiudicatario che assume essere di € 67.103.675,50; giunge a tale quantificazione sottraendo dall'importo complessivo per la manodopera indicato dall'aggiudicatario nei suoi giustificativi, pari ad € 69.329.646,00, il costo impiegato per la realizzazione delle migliorie, a sua volta ricavabile applicando alle quantità indicate nei "Nuovi prezzi" offerti come riportati nella Lista lavori e forniture gli importi corrispondenti alla singola voce di prezzo unitaria, che stima, pertanto, in € 2.225.970,52.

Propone, infine, un ricalcolo del costo della manodopera dell'a.t.i. - OMISSIS-, relativo ancora una volta alle lavorazioni poste a base di gara, da effettuare tenendo conto dell'incidenza percentuale che è stata indicata dalla stessa A.n.a.s. nelle singole voci dell'Elenco Prezzi ufficiale.

3.8.1. Il motivo è infondato.

3.8.2. Il sopra richiamato art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prescrive che: *"Nell'offerta economica l'operatore economico deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lett. a)"*.

L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta - e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante - risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione ex art. 36 Cost. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; V, 22 giugno 2020, n. 3972; V, 10 febbraio 2020, n. 1008); serve ad evitare, infatti, manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a

rendere l'offerta in gara maggiormente competitiva rispetto alle altre (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786). In questo senso, inoltre, è possibile affermare che la valutazione di congruità dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 agosto 2021, n. 5795).

È poi orientamento consolidato che la valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione, ma può solo verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2018, n. 6689; V, 17 maggio 2018, n. 2953; 24 agosto 2018, n. 5047; sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444).

3.8.3. Rientra in ambito nella discrezionalità della stazione appaltante anche la scelta del criterio da utilizzare per stabilire la congruità dell'offerta sottoposta a verifica, escluso che il legislatore abbia indicato un parametro vincolante, considerato che anche le tabelle ministeriali costituiscono un parametro solo indicativo, se è vero che secondo la giurisprudenza consolidata lo scostamento delle voci di costo da quelle ivi indicate non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5283; V, 28 giugno 2021, n. 4868). La giurisprudenza ha, pertanto, affermato, quanto al parametro in base al quale valutare la congruità dell'offerta, che la valutazione dell'anomalia, o non, dell'offerta può essere dimostrata anche facendo ricorso

a elementi diversi purché dotati di quei crismi di razionalità, logicità e attendibilità tecnica ed economica, idonei a sorreggere il giudizio finale di congruità o di non anomalia. In altri termini, la valutazione di questi aspetti non può essere costretta entro criteri predeterminati e rigidi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2021, n. 4653).

3.8.4. Nel motivo di appello l'a.t.i. -OMISSIS-suggerisce di utilizzare quale parametro di valutazione della congruità del costo della manodopera il raffronto in termini assoluti tra il costo della manodopera indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara e quello riferito dall'aggiudicatario nella propria offerta; la differenza per difetto del secondo dovrebbe portare a dire incongrua l'offerta dell'a.t.i. -OMISSIS-.

Ritiene il Collegio che tale parametro di valutazione della congruità – pur astrattamente utilizzabile – non possa essere utilmente praticato nel caso della procedura de qua, in cui i concorrenti erano chiamati a intervenire profondamente sul progetto posto a base di gara apportandovi significative migliorie (sulla base delle quali, peraltro, avrebbero ottenuto il punteggio), di modo che il progetto finale si sarebbe trovato ad essere per molteplici profili differente rispetto a quello originario e per questa ragione il costo complessivo della manodopera stimato dalla stazione appaltante non più utile parametro di riferimento (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2021, n. 3616, che anzi esclude completamente la possibilità di utilizzare come parametri le stime effettuate dalla stazione appaltante al fine di determinare la base d'asta).

3.8.5. La stessa ricorrente pare consapevole di ciò, se è vero che avverte l'esigenza di compiere il raffronto tra due dati che definisce “*immediatamente paragonabili*” e per questo motivo procedere all'individuazione del costo della manodopera previsto dall'aggiudicatario per le sole per le lavorazioni poste a base di gara mediante la sottrazione del costo stimato per le “*lavorazioni aggiuntive*”.

Tuttavia, anche questo correttivo non convince, poiché non è possibile in relazione ad un progetto estremamente complesso, nel quale le lavorazioni indicate dalla stazione appaltante sono amalgamate alle migliorie previste dai concorrenti, fissare una precisa distinzione tra le une e le altre in punto di costo di manodopera; quel che si intende affermare è che nulla può escludere che le migliorie proposte prevedessero le stesse lavorazioni del progetto posto a base di gara con minore incidenza di manodopera, che vale a giustificare il ribasso offerto e porta a dire fallace l'equiparazione tra "proposte migliorative" e "lavorazioni aggiuntive" che la ricorrente pone a base del suo ragionamento. In definitiva, il costo della manodopera è unico ed è quello complessivamente previsto dall'operatore per l'esecuzione dell'intera opera.

3.8.6. Per le esposte ragioni pare al Collegio che miglior parametro per la verifica della congruità del costo della manodopera sia quello proposto dall'a.t.i. -OMISSIS- nei suoi giustificativi e sostanzialmente utilizzato dalla stessa stazione appaltante, se è vero che questa, una volta ricevuti i predetti giustificativi, nulla ha contestato all'aggiudicataria (e ciò è consentito avendo la giurisprudenza precisato che non v'è vizio motivazionale in caso di conclusione in senso positivo del giudizio di congruità dell'offerta qualora la stazione appaltante si sia meramente riferita al contenuto dei giustificativi forniti dall'aggiudicataria, cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2021, n. 4753; III, 18 maggio 2021, n. 3817); si tratta della verifica dell'incidenza percentuale del costo della manodopera sul costo complessivo stimato per l'esecuzione dell'opera.

L'a.t.i. -OMISSIS- ha precisato che, a fronte di un'incidenza media stimata dalla stazione appaltante in 19.129%, nella sua offerta la stessa incidenza risultava pari al 21,5% e ne ha tratto la considerazione che il minor costo complessivo previsto per l'esecuzione dell'opera è dovuto al ribasso sui prezzi delle materie prime e dei semilavorati e non per riduzioni della retribuzione corrisposta ai lavoratori.

La deduzione è condivisibile; il giudizio di congruità dell'offerta formulato dalla stazione appaltante in applicazione di tali parametri non risulta affetto da alcun profilo di irragionevolezza, arbitrarietà o illogicità.

Ogni altra argomentazione critica svolta dalla ricorrente è, dunque, superata, poiché insuscettibile di condurre a dire illegittima la decisione assunta, ivi compreso la proposta di ricalcolare il costo complessivo della manodopera applicando dell'incidenza percentuale del costo del lavoro tratto dalle singole voci dell'Elenco Prezzi ufficiale di A.n.a.s. alle nuove quantità offerte dall'a.t.i. -OMISSIS-, ponendosi quale parametro più convincente quello della determinazione dell'incidenza media complessiva del costo del lavoro sull'effettivo costo di esecuzione offerto dall'aggiudicataria.

3.9. Con il terzo motivo riproposto (si tratta del terzo motivo del ricorso) l'a.t.i. -OMISSIS-sostiene che l'aggiudicazione all'a.t.i. -OMISSIS- sia illegittima anche perché quest'ultima aveva ommesso di informare la stazione appaltante di talune vicende giudiziarie che l'avevano coinvolta; in particolare, la ricorrente riferisce che, in relazione alla procedura per l'affidamento di un appalto della stessa A.n.a.s. (appalto integrato degli interventi di "*adeguamento al tipo B (4 corsie) dell'itinerario Sassari – Olbia. Lotto 8 dal km 68+600 al km 76+922*"), era stata contestata la conclusione di una serie di accordi illeciti rivolti a turbare l'andamento della procedura di gara per favorire l'a.t.i. della quale la controinteressata era mandataria e che ne era conseguita l'adozione di misure cautelari penali nei confronti dei legali rappresentanti della società e delle misure di sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32, comma 8, d.l. n. 90 del 2016.

Il motivo è sostanzialmente identico a quello proposto dall'a.t.i. -OMISSIS- e già respinto al punto 3.5. cui necessariamente si rimanda, aggiungendo, peraltro, che l'acquisita conoscenza da parte dell'A.n.a.s. delle pregresse vicende professionali della -OMISSIS- evocate nei motivi di ricorso è ancor maggiormente comprovata (oltre che dalla comunicazione prefettizia del 2017 cui ha fatto riferimento la -OMISSIS- e che non è contestata dalle altre parti,

anche) dalla circostanza allegata dalla stessa ricorrente secondo cui le vicende penali si consumarono nell'ambito di una procedura di gara indetta dalla stessa A.n.a.s..

Va ribadito, dunque, il ragionamento prima svolto: se, nonostante la comprovata conoscenza di tali vicende, l'A.n.a.s. ha deciso di ammettere l'a.t.i. -OMISSIS- alla procedura di gara è per averle giudicate in fase di prequalifica non idonee a supportare un giudizio di inaffidabilità e non integrità dell'operatore economico; quest'ultima valutazione – e non l'inadempimento all'obbligo dichiarativo – pertanto la ricorrente avrebbe dovuto censurare.

3.10. In conclusione, all'esito dell'esame di tutte le censure relative alla permanenza in gara dell'a.t.i. -OMISSIS- contenute nei vari appelli proposti, è rimessa alla stazione appaltante di procedere ad una nuova valutazione della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 alla luce di tutti i fatti emersi nel corso del giudizio.

III. I motivi di esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS-dalla procedura di gara.

4. Il giudice di primo grado ha ritenuto fondati alcuni motivi proposti dall'a.t.i. -OMISSIS- e disposto, per questo, l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura di gara; i capi della sentenza sono stati impugnati dall'a.t.i. -OMISSIS- con l'appello principale (nel giudizio con Rg. n. 7614/2021); altri motivi di esclusione sono stati respinti o assorbiti e quindi riproposti dall'a.t.i. -OMISSIS- nel proprio appello incidentale; altri, infine, sono stati proposti dall'a.t.i. -OMISSIS-, non esaminati dal giudice di primo grado, per cui correttamente riproposti in questa sede nell'appello incidentale avverso l'appello principale proposto da a.t.i. -OMISSIS- contro la sentenza del Tar n. -OMISSIS-/2021 (nel giudizio con Rg. n. 7615/2021).

5. Con il primo motivo di appello (rubricato: *“Errores in procedendo et in iudicando: Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. m) del D.Lgs. 50/2016; Violazione ed errata applicazione degli artt. 48, co. 7, del D.Lgs. 50/2016 e art. 79, comma 13, del DPR n. 207/2010; Violazione dell'art. 57 Dir. 2014/14/UE; Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, L.n. 241/90; Violazione*

dell'art. 34, co. 2, CPA; Eccesso di potere per arbitrarietà, sviamento, carenza di istruttoria, motivazione erronea, ingiustizia manifesta, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; Violazione dei principi di buon andamento- imparzialità (art. 97 Cost.) e di iniziativa economica (art. 41 Cost.); Violazione dei principi comunitari di proporzionalità, non discriminazione e massima partecipazione”) l'a.t.i. -OMISSIS- contesta il capo della sentenza di primo grado n. -OMISSIS-/2021 con il quale è stata disposta la sua esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m). d.lgs. n. 50 del 2016 e dunque per essere -OMISSIS-, mandante del Consorzio -OMISSIS-e il -OMISSIS-, mandante dell'a.t.i. -OMISSIS-, riferibili ad un “*unico centro decisionale*”.

Le critiche sono sostanzialmente identiche a quelle svolte dall'a.t.i. -OMISSIS- nel proprio motivo di appello e già esaminate al punto 3.1. e ss. della presente sentenza; alle ragioni già esposte è possibile fare rinvio, con conseguente accoglimento del motivo di appello e riforma sul punto della sentenza di primo grado.

5.1. Con il secondo motivo di appello (rubricato: “*Erroneità del capo della sentenza che ha accolto parzialmente le censure proposte dall'ATI -OMISSIS-con riferimento alla CILA relativa al sito di conferimento nella disponibilità di -OMISSIS-s.r.l. presso il Comune di Melizzano*”) è contestato il capo di sentenza con il quale la sua offerta, al pari di quella dell'a.t.i. -OMISSIS-, era stata ritenuta complessivamente non attendibile dal giudice di primo grado per l'inutilizzabilità di uno dei siti di conferimento che erano stati indicati in sede di offerta.

Le argomentazioni a sostegno della critica ripercorrono per gran parte quanto sostenuto dall'a.t.i. -OMISSIS- nel proprio atto di appello; anche in questo caso l'a.t.i. -OMISSIS-si è opposto con appello incidentale nel quale il *thema decidendum* è ampliato a contestare la possibile falsità della documentazione prodotta in gara.

Entrambe le censure sono già state esaminate al punto 3.3. e ss. della presente sentenza; alle ragioni già esposte è possibile far rinvio con la conseguenza che

il motivo dell'appello incidentale dell'a.t.i. -OMISSIS-è accolto e quello dell'a.t.i. -OMISSIS-assorbito.

6. Vanno ora esaminati i motivi dell'appello incidentale dell'a.t.i. -OMISSIS-i e dell'a.t.i. -OMISSIS-che ripropongono ragioni di esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS-dalla procedura di gara non esaminate dal giudice di primo grado.

Di tutti i motivi proposti, tuttavia, va prioritariamente esaminato il quarto motivo dell'appello incidentale dell'a.t.i. (inserito nel giudizio Rg. n. 7615/2021).

7. Il motivo è rubricato: *“Violazione della lex specialis e dei principi generali in materia di gara. Violazione del principio di determinatezza dell’offerta. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento, irragionevolezza e manifesta iniquità”*: assume la ricorrente incidentale che l'a.t.i. -OMISSIS-abbia previsto il reimpiego dei terreni mediante trattamento a calce in contrasto con quanto prescritto nel documento denominato *“Recepimento Prescrizioni CIPE-Relazione e quadro sinottico delle prescrizioni ottemperate”* allegato al progetto a base di gara in cui, in espreso recepimento di quanto prescritto dalla delibera CIPE 100/2006 di approvazione del progetto preliminare, la stazione appaltante dava atto di aver *“revisionato le tabelle di gestione delle materie nel rispetto della normativa di riferimento sia da un punto di vista ambientale che prestazionale delle stesse”*. La ricorrente conclude nel senso della necessità di escludere l'a.t.i. -OMISSIS-dalla procedura per aver presentato un’offerta contrastante con le prescrizioni contenute nei documenti di gara (come espressamente previsto dalla lettera di invito a pagg. 32-33).

7.1. Il motivo è fondato e va accolto.

L'a.t.i. -OMISSIS-ha proposto di *“reimpiegare i terreni di cui alle classi A6-A7 mediante stabilizzazione (calce o cemento)”* quale proposta migliorativa contenuta nella sua Relazione tecnica al punto *“B.4 Gestione delle terre – approccio alla gestione delle materie”*; nella sua memoria difensiva ammette che tale trattamento non era consentito dalla normativa sulla base della quale è stato elaborato il progetto definitivo posto a base di gara, ma aggiunge che il Piano di gestione

materie era stato elaborato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 186 d.lgs. n. 152 del 2006 senza la predisposizione di un Piano di utilizzo del materiale di scavo, pur previsto dal d.m. n. 161 del 2012, e, dunque rimesso ai concorrenti (come previsto a pag. 52 della lettera di invito) e che nella elaborazione di tale Piano di utilizzo i concorrenti erano certamente tenuti a considerare la normativa sopravvenuta che prevedeva il trattamento a calce per il reimpiego dei materiali, ed anzi, lo incentivava quale "*normale pratica industriale*".

In definitiva, conclude l'appellante, la sua scelta di reimpiegare i terreni mediante stabilizzazione a calce o cemento era motivata dalla necessità di rendere conforme l'offerta alla normativa sopravvenuta, indicata nello stesso d.m. 161/2012, nel d.P.R. n. 120 del 2017 e nelle connesse "*Linee guida sull'applicazione della disciplina per l'utilizzo delle terre e rocce da scavo*" prodotte da SNPA di cui alla delibera n. 54/2019 emessa nel maggio 2019.

7.2. Le argomentazioni dell'a.t.i. -OMISSIS-non convincono; in primo luogo, esse trovano smentita in fatto: al tempo in cui era redatto il progetto definitivo le normative evocate come *ius superveniens* erano già in vigore, tanto che erano state considerate dall'A.n.a.s. per definire il "*Quadro normativo di riferimento*" nell'ambito del Piano gestione materie compreso tra i documenti del progetto a base di gara.

Decisiva, però, è un'altra considerazione: la normativa invocata dall'a.t.i. - OMISSIS-non prevede affatto quale "*normale pratica industriale*" la stabilizzazione a calce o cemento dei terreni allo scopo del loro reimpiego.

La disciplina della materia è contenuta nel d.P.R. 13 giugno 2017, n. 120 (*Regolamento recante la disciplina semplificata della gestione delle terre e rocce da scavo, ai sensi dell'articolo 8 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164*), il quale, come si evince dal riferimento contenuto nella sua epigrafe all'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, è un regolamento di delegificazione, destinato, dunque, a contenere l'intera disciplina della materia in sostituzione delle norme primarie

cui spetta solo l'indicazione dei principi generali (che infatti sono contenuti nell'art. 8 d.l. 12 settembre 2014, n. 133 conv. in l. 11 novembre 2014, n. 164). L'entrata in vigore del predetto regolamento ha comportato l'abrogazione del decreto ministeriale 10 agosto 2012 n. 161 che in precedenza disciplinava la materia (per espressa previsione del suo art. 31, comma 1).

L'art. 4, comma 2, del d.P.R. n. 120 del 2017 consente a che le terre e rocce da scavo siano qualificate come sottoprodotti – e dunque reimpiegate anche nell'attività edilizia – e non come rifiuti, ma a determinate condizioni, tra cui alla lett. c) è previsto che ciò possa avvenire qualora la stesse: *“sono idonee ad essere utilizzate direttamente, ossia senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale”* Quali siano le *“normali pratiche industriali”* è poi specificato dall'allegato 3 al regolamento ma tra queste non è compresa la stabilizzazione a calce o cemento, a differenza di quanto era previsto dall'abrogato d.m. n. 161 del 2012, all'allegato 3, che tra le *“normali pratiche industriali”* vi faceva rientrare proprio *“la stabilizzazione a calce, a cemento o altra forma idoneamente sperimentata per conferire ai materiali da scavo le caratteristiche geotermiche necessarie per il loro utilizzo, anche in termini di umidità, concordando preventivamente le modalità di utilizzo con l'ARPA o APPA competente in fase di redazione del Piano di Utilizzo”*.

In definitiva, allora, contrariamente a quanto sostenuto dall'a.t.i. -OMISSIS-la normativa tuttora vigente non consente il reimpiego dei terreni a seguito di processi di stabilizzazione a calce o cemento.

7.3. La prescrizione rivolta dal CIPE all'A.n.a.s. con la delibera 24 luglio 2019, pertanto, era diretta proprio a rendere le previsioni progettuali conformi alla normativa in materia ambientale come in precedenza descritta; l'A.n.a.s., in sede di redazione del progetto, vi si è attenuta.

L'offerta dell'a.t.i. -OMISSIS- pertanto, in un profilo di non secondaria rilevanza – tale essendo la gestione delle terre derivanti dalle attività di scavo nel cantiere – si pone in contrasto con la documentazione a base di gara; se anche tale situazione non fosse stata prevista come ragione escludente dalla lettera di invito – e lo è per quanto stabilito dalle *“Indicazioni per la descrizione*

delle proposte offerte? – lo sarebbe stato comunque in virtù di quanto stabilito dall'art. 59, comma 3, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016, per il quale: “*Fermo restando quanto previsto all'articolo 83, comma 9, sono considerate irregolari le offerte: a) che non rispettano i documenti di gara?*”.

7.4. L'accoglimento del motivo comporta esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS-dalla procedura di gara con conseguente assorbimento degli altri motivi proposti dall'a.t.i. -OMISSIS- nel suo appello incidentale e dei motivi proposti dall'a.t.i. -OMISSIS-. Dal loro accoglimento, infatti, non potrebbe derivare utilità maggiore.

IV. I motivi di esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS-dalla procedura di gara.

8. E' possibile procedere ora all'esame dei motivi proposti dall'a.t.i. -OMISSIS- e dall'a.t.i. -OMISSIS-avverso l'ammissione di a.t.i. -OMISSIS-alla procedura di gara con i ricorsi incidentali di primo grado; di questi, come esposto nella parte in fatto, solo uno è stato ritenuto fondato, ed è stato impugnato con specifico motivo di appello incidentale dell'a.t.i. -OMISSIS- (proposto nei giudizi Rg. n. 7553/21 e Rg. n. 7614/21).

Si procederà, pertanto, dall'esame di tale motivo di appello; di seguito saranno esaminati i motivi dell'appello principale dell'a.t.i. -OMISSIS- avverso le statuizioni di rigetto contenute nella sentenza di primo grado sostanzialmente coincidenti con i motivi di esclusioni fatti valere dell'a.t.i. -OMISSIS-.

9. Con il primo motivo dell'appello incidentale l'a.t.i. -OMISSIS-contesta la sentenza per “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 213 del T.u. 50/2016 in connessione con i principi di causalità adeguata ex art. 2043 c.c. – difetto di motivazione e travisamento dei fatti?*”: sostiene l'appellante che il giudice di primo grado avrebbe errato nel ritenere violato l'onere dichiarativo incombente sui concorrenti ad una procedura di gara per aver omesso di informare la stazione appaltante del provvedimento di esclusione subito dal -OMISSIS-. A suo dire, l'esclusione non era qualificabile come “*grave illecito professionale?*” e, per questo, non era tenuto ad informarne la stazione appaltante.

Riferisce, infatti, l'appellante che l'esclusione era stata disposta perché avevano presentato domanda di partecipazione alla stessa gara il Consorzio stabile -OMISSIS-e la sua consorziata -OMISSIS-s.r.l.; concomitanza che s'era determinata per avere quest'ultima chiesto al Consorzio la partecipazione alla procedura di gara per suo conto e, poi, presentato essa stessa domanda di partecipazione alla medesima procedura. Aggiunge l'appellante che l'A.n.a.c., informato dell'accaduto, aveva archiviato il procedimento nei confronti del Consorzio stabile -OMISSIS-e disposto sanzioni nei confronti della sola -OMISSIS-s.r.l. cui veniva imputato in via esclusiva la violazione delle disposizioni evidenziali.

10. Il motivo è fondato.

10.1. Il giudice di primo grado ha ritenuto che l'a.t.i. -OMISSIS-fosse tenuta a dichiarare un provvedimento di esclusione subito dal Consorzio -OMISSIS-in precedente procedura di gara, *“per i lavori di manutenzione straordinaria liceo classico Linares di Licata”* da parte del -OMISSIS-.

La questione dell'obbligo dichiarativo di provvedimenti di esclusione da una precedente procedura di gara è stata affrontata da questa Sezione nella sentenza 20 settembre 2021, n. 6407, in cui si è chiarito che:

a) nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra anche un provvedimento di esclusione subito dall'operatore concorrente in altra procedura di gara da altra stazione appaltante in quanto sia scaturito da condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico per l'esecuzione del contratto in affidamento;

b) precisamente, il provvedimento di esclusione - come una pronuncia civile (es. di risoluzione di precedente contratto di appalto per inadempimento) o penale (es. che accerti la commissione di un reato da parte di amministratori della società partecipante alla procedura anche solo allo scopo di applicare una misura cautelare o solamente la prospetti all'esito dell'attività di indagine disponendo il rinvio a giudizio) - va dichiarato allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all'esito della quale è stato adottato; è

quest'ultima che è poi tenuta ad apprezzare se il concorrente abbia commesso un “*grave illecito professionale*”, inteso come comportamento contrario ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, incidente sulla sua affidabilità professionale

c) in sostanza, dire che il concorrente è onerato di dichiarare una “precedente esclusione”, è formula sintetica per dire che il concorrente è tenuto a dichiarare quella pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale come operatore chiamato all'esecuzione di un contratto d'appalto (che abbia condotto la stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione).

La conseguenza del ragionamento è che il concorrente è tenuto a dichiarare la vicenda professionale che ha determinato l'esclusione da precedente procedura di gara, sempre che, come in generale per ogni pregressa vicenda professionale, possa essere assunta a “*grave illecito professionale*”, ossia a condizione che trascenda la singola procedura di gara in cui è stata valutata da una specifica stazione appaltante ed attenga più in generale alla vita professionale dell'impresa di modo che per essa si possa dubitare della integrità e affidabilità professionale del concorrente come esecutore dell'appalto. Non v'è obbligo dichiarativo, invece, qualora la vicenda che ha dato luogo al provvedimento di esclusione si genera e si consuma all'interno della procedura di gara nella quale è stata adottata dalla stazione appaltante (nella sentenza citata è fatto l'esempio di esclusione motivata dall'accertamento dell'irregolarità fiscale del concorrente: tale vicenda professionale - e il relativo provvedimento di esclusione - non sono oggetto di necessaria conoscenza da parte di altra stazione appaltante in successiva procedura di gara: la regolarità tributaria e contributiva del concorrente va, infatti, accertata da ciascuna stazione appaltante per ogni singola gara cui l'operatore abbia richiesto di partecipare).

10.2. La vicenda che ha comportato l'esclusione del Consorzio -OMISSIS- dalla procedura di gara indetta dal -OMISSIS- appartiene a questa seconda

tipologia. Risulta chiaro, infatti, dalla ricostruzione fornita dall'a.t.i. -OMISSIS- nell'atto di appello come si tratti di vicenda strettamente connessa a quella specifica procedura di gara, che ha esaurito integralmente i suoi effetti all'interno della stessa, con l'impedimento alla partecipazione.

Riguardata dal punto di vista del Consorzio -OMISSIS-, inoltre, neppure pare qualificabile come "*grave illecito professionale*" da cui possano ricavarsi ragioni di non affidabilità e non integrità del concorrente come esecutore dell'appalto, poiché integralmente attinente alla condotta di altro soggetto, vale a dire della consorziata -OMISSIS-, come risulta dalla decisione assunta dall'A.n.a.c..

10.3. In conclusione, il motivo di appello dell'a.t.i. -OMISSIS- va accolto e la sentenza riformata nella parte in cui ha accolto il relativo motivo dei ricorsi incidentali dell'a.t.i. -OMISSIS- e dell'a.t.i. -OMISSIS-.

11. E' possibile passare all'esame dei motivi degli appelli principali dell'a.t.i. -OMISSIS- e dell'a.t.i. -OMISSIS-.

L'a.t.i. -OMISSIS- si duole, in primo luogo, dell' "*Error in iudicando – sulla carenza del requisito di stabilità del Consorzio -OMISSIS-(mandatario)*": ribadisce l'assenza di una "*comune struttura di impresa*" che consenta al Consorzio -OMISSIS- di eseguire in via diretta i lavori pubblici (senza dover necessariamente ricorrere all'assegnazione ad una consorziata), e lo qualifica come semplice "*intermediario*" di servizi (o di commesse); a supporto evidenzia come lo statuto consortile vigente alla data di prequalificazione consentisse l'esercizio delle sole funzioni di mero coordinamento e supporto tecnico delle consorziate, allo scopo di procurare loro le commesse pubbliche mediante la presentazione di domande di partecipazione ad appalti "*in via indiretta*" e che solo con la modifica statutaria approvata il 3 agosto 2020 – a procedura di gara ormai avviata – è stata introdotta la facoltà di esecuzione diretta dei lavori pubblici.

Aggiunge una serie di elementi fattuali: la mancanza di personale operaio assunto in proprio dal Consorzio, la previsione dell'assegnazione a terzi dell'attività di partecipazione alle gare, l'esiguità degli acquisti effettuati che

risultano limitati alle sole forniture di “toner” e ai servizi di *hosting* e, infine, l’aver ottenuto certificati di qualità nel settore di attività EA35, ossia per servizi e non lavori.

Conclude che per l’assenza di “*comune struttura di impresa*” per l’esecuzione diretta delle prestazioni affidate va esclusa la qualificazione del Consorzio - OMISSIS-come “*consorzio stabile*” ai sensi dell’art. 45, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 come da recenti indicazioni giurisprudenziali (è richiamata la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 5 del 2021) che hanno definitivamente superato l’isolato precedente richiamato dal giudice di primo grado per il quale era sufficiente che la “*comune struttura*” si occupasse di erogare servizi per dire esistente un consorzio stabile.

Identiche argomentazioni sono contenute nel terzo motivo dell’appello dell’a.t.i. -OMISSIS-con il quale la sentenza di primo grado è contestata per “*Error in iudicando. Erroneità del capo della sentenza che ha disposto la reiezione del I motivo del ricorso incidentale. Violazione e falsa applicazione dell’art. 45, co.2, lett. c) del D.Lgs. 50/2016; Violazione degli artt. 45, 47, 83 e 85 del Codice – Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione e difetto di istruttoria*”.

12. I motivi sono infondati.

12.1. Con la sentenza 14 dicembre 2021, n. 8331 questa Sezione ha affrontato le problematiche poste dal motivo di appello; è opportuno richiamare i passaggi principali.

Si è precisato che:

- per la giurisprudenza, il consorzio stabile di cui all’art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all’avalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del “*cumulo alla rinfusa*” (cfr. Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943; VI,

13 ottobre 2020, n. 6165; III, 22 febbraio 2018, n. 1112; V, 22 gennaio 2015, n. 244; III, 4 marzo 2014, n. 1030);

- elemento qualificante del tipo legale del consorzio stabile è la “*comune struttura di impresa*”, da intendersi quale “*azienda consortile*” utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (in questo senso si è espressa da ultimo anche l'Adunanza plenaria, 18 marzo 2021, n. 5, ma già in precedenza Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; III, 16 aprile 2019, n. 2493, tutte rimarcando in questo modo la differenza con i consorzi ordinari); l'azienda consortile consegue per duplice via: mediante la creazione *ex novo* di una struttura aziendale con l'assunzione in capo al consorzio di proprio personale unitamente all'acquisizione di propri macchinari, attrezzature e strumenti, con i quali, al pari delle imprese consorziate, dotarsi di capacità tecnico - professionali idonee ad eseguire commesse pubbliche, ma anche - rientrandovi nei limiti consentiti dalla nozione civilistica di “*azienda*” quale “*complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*” - acquisendo la sola disponibilità giuridica di personale e mezzi che, al momento opportuno, il management consortile possa organizzare per procedere all'esecuzione diretta del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493 cui si deve l'ulteriore specificazione per cui la disponibilità giuridica consiste in “*un complesso di rapporti giuridici che consentono all'imprenditore di disporre di mezzi necessari all'esercizio dell'impresa*” e la costituzione dell'azienda dipende da “*la capacità giuridica dell'imprenditore medesimo di asservirli ad una nuova funzione produttiva, diversa da quelle delle imprese da cui quei mezzi siano eventualmente "prestati"*”);

- in quest'ultimo caso, in definitiva, il consorzio potrà attingere dalle singole consorziate il personale, i mezzi e le attrezzature, ma anche, eventualmente, le risorse finanziarie, che, organizzate in maniera originale, consentiranno l'esecuzione diretta del contratto (le ragioni che inducono a considerare valida anche questa seconda forma organizzativa sono esposte da Cons. Stato, sez.

III, 13 ottobre 2020, n. 6165 secondo cui che l'alterità soggettiva che caratterizza il consorzio rispetto alle consorziate non può essere spinta fino al punto di imporre la nascita di un soggetto che sia integralmente slegato dalle imprese; se è vero, infatti, che la funzione del consorzio è quella di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese alle procedure di gara cui non avrebbero potuto partecipare con i soli propri requisiti, al tempo stesso beneficiando di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata data dal consorzio e dalla struttura consortile, la creazione di un consorzio stabile non può condurre alla nascita di un'impresa che sia necessariamente portata all'esecuzione in proprio del contratto, poiché ciò rendere inutile la previsione dell'istituto stesso del consorzio stabile);

- la questione della natura giuridica del consorzio partecipante alla procedura di gara è una questione di interpretazione degli atti negoziali, dell'atto istitutivo e dell'eventuale regolamento che ne disciplina il funzionamento: qualora dall'interpretazione delle clausole statutarie si giunga a dire il soggetto collettivo istituito dalle imprese conforme al *tipo legale* del consorzio stabile di cui al codice dei contratti pubblici, ne discenderanno tutti gli effetti che la legge prevede, ivi compreso quello di poter nominare una o più tra le proprie consorziate per l'esecuzione dell'appalto, quale che sia l'effettivo livello di attuazione in concreto delle previsioni statutarie;

- dall'esame degli atti negoziali può evincersi, infatti, se le imprese abbiano voluto istituire un consorzio stabile, inteso come soggetto collettivo con causa mutualistica, e come abbiano realizzato la "*comune struttura di impresa*", se dotando il consorzio di una azienda sua propria ovvero consentendogli di attingere alle (aziende) delle singole consorziate; se ciò è avvenuto, il consorzio esiste ed ha la natura di consorzio stabile, ciò di cui potrà dubitarsi è solamente della sua operatività e, ai fini che qui interessano, dell'idoneità a rendersi aggiudicatario dell'appalto, ma non certo a partecipare in tale forma alla procedura di gara.

12.2. Per quanto sopra, per dire il Consorzio -OMISSIS-riconducibile (o meno) al tipo legale del consorzio stabile di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 vanno esaminate le clausole statutarie e tutti gli altri atti negoziali che regolano il suo funzionamento (in special modo nel rapporto con le consorziate) da interpretare alla luce dei criteri di interpretazione del contratto ex artt. 1362 e ss. cod. civ..

Va, dunque, accertata la “*comune intenzione*” delle consorziate – primario criterio di interpretazione degli atti negoziali ai sensi dell'art. 1362 (*Intenzione dei contraenti*), comma 1, cod. civ. – per dire se esse intendevano dotare il Consorzio di una “*comune struttura di impresa*”; inducono a dir questo l'art. 7 dello statuto (nella formulazione precedente alla elaborazione di nuovo statuto approvato con assemblea straordinaria del 3 agosto 2020) che denominato “*Obblighi dei soci consorziati?*” disponeva al punto 7.1. che “*Ciascun socio consorziato si assume, ai sensi dell'articolo 2603, numero 3, cod.civ., l'obbligo di mettere a disposizione della società consortile, in proporzione alla quota di capitale sociale posseduta, con le modalità e nei termini stabiliti eventualmente in apposite delibere o regolamenti approvati dalla compagine societaria, le risorse di qualsivoglia natura occorrenti per la gestione della società e mirate al conseguimento dell'oggetto sociale*”: nell'oggetto sociale (al punto 4.1. lett. a) era proprio prevista l'esecuzione dei lavori (e in generale degli “*ordinativi?*”) acquisiti in seguito alla partecipazione a procedure di gara; per quanto sia vero, come sottolineato dall'appellante, che era fatto riferimento all'esecuzione “*indiretta*” delle commesse, non v'è dubbio che l'associazione in comune delle risorse fornite da diverse consorziate per l'esecuzione dei lavori potesse dar luogo ad una nuova struttura di impresa riconducibile in via immediata alla disponibilità del Consorzio.

Conforta tale conclusione quanto previsto dal Regolamento consortile disciplinante l'assegnazione ed esecuzione dei lavori – richiamato dal Consorzio -OMISSIS-nelle sue difese e risalente al 2018 – in cui era prevista all'art. 11 la facoltà di decidere l'esecuzione diretta dei lavori oggetto

dell'appalto, da effettuarsi – è possibile affermare – con le risorse messe a disposizione dalle consorziate.

Il comportamento complessivo delle consorziate (anch'esso criterio interpretativo per l'art. 1362, comma 2, cod. civ.) successivo alla costituzione del Consorzio lo conferma: in particolare, l'avvertita esigenza di modificare lo statuto prevedendo espressamente l'esecuzione diretta dei lavori unitamente all'istituzione di una “*comune struttura di impresa*” (punto 5.1.) ma lasciando sostanzialmente immutato il contenuto delle clausole relative all'oggetto sociale, lungi dal segnare un momento di discontinuità con quanto precedentemente fatto, come prospettato dall'appellante, pare porsi in continuità con la condotta fino a quel momento tenuta, per dar più sicuro aggancio negli atti negoziali a quanto, in definitiva, già avveniva nella concreta azione consortile.

12.3. In conclusione, gli atti negoziali per come interpretati conducono a dire il Consorzio -OMISSIS-conforme al *tipo legale* del consorzio stabile di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 per la previsione di una “*comune struttura di impresa*” da realizzare nelle modalità in precedenza descritte. Con ciò è superato ogni problema di qualificazione del Consorzio all'odierna procedura di gara.

13. Con altro motivo di appello l'a.t.i. -OMISSIS- assume che la sentenza di primo grado sia viziata da “*Error in iudicando – Sull'avvalimento della -OMISSIS- – violazione di legge (artt. 48 co. 7 e 89 co. 7 in relazione all'art. 47 d.lgs. 50/2016) – Eccesso di potere (arbitrarietà – travisamento – difetto del presupposto – di istruttoria)*”; a suo parere l'art. 47, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 vieterebbe alle consorziate indicate come esecutrici di prendere parte alla procedura di gara anche in veste di ausiliaria di altra impresa, a nulla rilevando che l'avvalimento sia interno al medesimo raggruppamento, poiché l'art. 89, comma 1, pur consentendo l'avvalimento tra soggetti dello stesso raggruppamento, non ammette che ciò sia concesso alla consorziata esecutrice: il contratto di avvalimento tra -OMISSIS-, mandante del raggruppamento, e -OMISSIS-,

indicata dal Consorzio -OMISSIS-come esecutrice dei lavori, sarebbe pertanto nullo.

Identiche argomentazioni critiche sono svolte dal'a.t.i. -OMISSIS-nel quarto motivo di appello rubricato *“Errores in iudicando. Erroneità del capo della sentenza che ha disposto la reiezione del III motivo di ricorso incidentale. Violazione dell’art. 48, co. 7 e dell’art. 89, co 1 e 7 del Codice. Violazione dell’art. 97 Cost.ne. Eccesso di potere per difetto di istruttoria”*.

14. I motivi sono infondati.

14.1. E' posta la questione della possibilità per una delle imprese partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese (in veste di mandante) di avvalersi di altra impresa che sia stata indicata quale esecutrice dei lavori da un consorzio anch'esso partecipante al medesimo raggruppamento (in veste di mandatario).

14.2. La vicenda pare trovare disciplina in due diverse disposizioni del codice dei contratti pubblici.

La prima è l'art. 48, comma 7, penultimo periodo che, in relazione ai raggruppamenti temporanei, dopo aver disposto che i consorzi stabili (di cui all'art. 45, comma 2, lett. c) sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono, dispone che *“a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara”*. L'ampiezza della formulazione letterale utilizzata – in particolare, la specificazione che il divieto vale *“in qualsiasi forma”* – sembrerebbe idonea a comprendere anche il caso in cui la consorziata indicata come esecutrice si presenti in gara nella veste di ausiliaria di altra impresa, sia pur facente parte del medesimo raggruppamento.

La seconda è costituita dall'art. 89, comma 1, primo periodo, in cui, nel definire i caratteri generali dell'avvalimento, è detto che: *“L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lett. b) e c), necessari per partecipare*

ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi". Anche in questo caso l'ampiezza del dettato normativo consente di farvi rientrare il caso in cui l'operatore economico in raggruppamento intenda acquisire i requisiti di partecipazione richiesti avvalendosi di consorziata indicata come esecutrice da consorzio partecipante al raggruppamento.

14.3. Ritene il Collegio che l'antinomia tra le due norme – l'una vieta quel che l'altra permette – sia solo apparente.

Il divieto di cui all'art. 48, comma 7, penultimo periodo, infatti, va interpretato in senso restrittivo (secondo il noto brocardo: *plus dixit quam voluit*) per coerenza con quanto stabilito in apertura del settimo comma: "*E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti*". E' ivi espresso il principio di unicità della qualità di concorrente a mente del quale ciascun operatore economico può prendere parte alla gara come concorrente in unica forma e, dunque, alternativamente in forma individuale, come membro di raggruppamento o quale consorziato di un consorzio ordinario di concorrenti (sul presupposto che in questi ultimi due casi si assuma la qualifica di concorrente).

La regola è poi estesa all'impresa consorziata indicata come esecutrice da parte di consorzio stabile; quest'ultima – cui a rigore non sarebbe attribuita la qualificazione di concorrente poiché non compete direttamente all'assegnazione della commessa – non può prendere parte alla medesima procedura di gara come concorrente all'assegnazione dell'appalto in altra veste, né in forma singola né in forma associata (e quindi quale componente di altro raggruppamento o consorziata di altro consorzio).

14.4. Così inteso il divieto posto dall'art. 48, comma 7, non trova applicazione nei casi in cui la consorziata esecutrice partecipi alla procedura (anche) in

veste di ausiliaria di altra impresa componente il raggruppamento; in ciò dimostrandosi tale disposizione perfettamente coerente con la disposizione di cui all'art. 89, comma 1, primo periodo, che non pone limiti all'avvalimento c.d. interno al raggruppamento. Sarebbe d'altra parte irragionevole ed illogico acconsentire a forme di avvalimento tra due imprese partecipanti in egual veste al medesimo raggruppamento, e porre un divieto, invece, per il caso di avvalimento tra un'impresa raggruppata e la consorziata indicata come esecutrice da parte di altra impresa del raggruppamento.

In definitiva, infatti, nell'uno come nell'altro caso non v'è pericolo, neppure astratto, di alterazione del gioco concorrenziale tra le imprese concorrenti; l'avvalente e l'ausiliaria, partecipando al medesimo raggruppamento, concorrono dalla stessa parte all'acquisizione della commessa, non necessitano di concludere accordi dissimulati poiché sono legittimamente già coordinate per ottenere l'aggiudicazione.

14.5. Nei medesimi motivi di appello, le appellanti fanno valere l'omissione di pronuncia in relazione all'ulteriore censura contenuta nei motivi del ricorso di primo grado con la quale veniva argomentata la necessità di escludere l'a.t.i. - OMISSIS-dalla procedura di gara perché nella dichiarazione di impegno di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 l'ausiliaria -OMISSIS- non aveva specificato i mezzi e le risorse messe a disposizione della -OMISSIS-.

14.6. Il motivo di ricorso – che effettivamente pare non essere stato esaminato espressamente dal giudice di primo grado – è infondato.

14.6.1. È posta la questione del contenuto richiesto ai fini della validità della dichiarazione prevista dall'art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale: *“L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”*.

Sostiene l'appellante che nella predetta dichiarazione, al pari di quanto avviene nel contratto di avvalimento, occorre specificare in maniera dettagliata i mezzi e le risorse poste a disposizione dell'operatore concorrente dall'ausiliaria. In mancanza di ciò, la dichiarazione sarebbe da considerarsi inefficace e, per questo, inoperante l'avvalimento.

14.6.2. Il Collegio ritiene che la tesi dell'appellante non meriti adesione. La dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria non deve avere il medesimo contenuto del contratto di avvalimento stipulato tra le due imprese; solo in questo e non nella prima è necessaria l'indicazione dettagliata delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dell'operatore concorrente (qualora, come noto, sia stato concluso un avvalimento c.d. tecnico – operativo; cfr. *ex multis*, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 4 maggio 2021, n. 395).

Induce a tale conclusione innanzitutto il dato letterale: la “*specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*” è richiesta dal legislatore (all'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1) a pena di nullità per il solo contratto di avvalimento, mentre, per la dichiarazione di impegno è richiesto solo che l'ausiliaria assuma l'obbligo di porre a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui il concorrente è carente.

Il diverso tenore letterale delle disposizioni è coerente con la diversa natura e finalità dei due atti negoziali: il primo è un contratto riconducibile, sia pur con sue peculiarità, alla tipologia dei contratti c.d. di prestito, con il quale i contraenti si obbligano reciprocamente e che necessita della specificazione del contenuto delle rispettive prestazioni per non incorrere nella indeterminatezza dell'oggetto (e, dunque, nella causa di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, cod. civ.); il secondo è una promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto). La ragione per la quale il legislatore ha previsto la produzione di siffatta dichiarazione a perfezionamento

dell'avvalimento è stata dalla giurisprudenza indicata nella necessità di impegnare l'ausiliaria anche nei confronti della stazione appaltante, ciò che non sarebbe derivato in via immediata dal contratto di avvalimento efficace solo *inter partes* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3506; V, 21 maggio 2021, n.) rendendola direttamente responsabile nei suoi confronti per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di avvalimento (cfr. in generale sulle differenze indicate già nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° agosto 2018, n. 4765). In questo senso, la dichiarazione di impegno necessariamente segue il contratto di avvalimento che sia già stato validamente stipulato e ne documenta l'avvenuta conclusione (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 1° febbraio 2021, n. 69).

Alla luce delle descritte differenze, allora, sarebbe del tutto ultroneo richiedere la dettagliata indicazione nella dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, come già all'interno del contratto di avvalimento, delle risorse e dei mezzi poste a disposizione proprio perché detta dichiarazione non ha come scopo quello di mostrare alla stazione appaltante la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti del concorrente (che, cioè, non sia un trasferimento di risorse “meramente cartolare”); ciò la stazione appaltante verifica attraverso l'esame del contratto di avvalimento, pure oggetto di obbligata trasmissione da parte del concorrente in sede di presentazione dell'offerta.

Per completezza del discorso, occorre precisare che in altre pronunce, riferite però a vicende sottoposte al vecchio codice dei contratti pubblici, non sono mancante posizioni più rigorose, ma non inconciliabili con la tesi qui accolta, poiché si è affermata la sola necessità di una dichiarazione “riproduttiva” del contenuto del contratto di avvalimento, senza, però, nulla aggiungere quanto alla specificazione delle risorse e dei mezzi posti a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036 e i precedenti ivi richiamati).

14.6.3. In conclusione, la dichiarazione di -OMISSIS- era valida ed efficace a perfezionare l'avvalimento concluso con -OMISSIS-.

15. Anche il successivo motivo di appello (proposto per “*Error in iudicando – violazione di legge (artt. 48 e 83 d.lgs. 50/2016) – violazione del punto III.1.3. del bando di gara – Eccesso di potere (travisamento – difetto del presupposto – di istruttoria – arbitrarietà – sviamento*”) ha ad oggetto questioni relative all’avvalimento. In questo caso l’appellante contesta al giudice di primo grado di aver ritenuto corretta la condotta della stazione appaltante successiva all’accertata nullità del contratto di avvalimento concluso tra -OMISSIS-e-OMISSIS-, e segnatamente la scelta di consentire il soccorso istruttorio: a suo dire, infatti, questo istituto, deputato all’integrazione delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, non potrebbe essere utilizzato per modificare le modalità di partecipazione ad una procedura di gara rispetto a quelle indicate nella domanda di partecipazione.

Aggiunge che il giudice di primo grado non s’era avveduto che la modifica assentita dalla stazione appaltante (in sostanza, l’esclusione dell’avvalimento) aveva determinato una alterazione della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e requisiti di qualificazione dei singoli componenti, in violazione del bando di gara che, per il raggruppamento temporaneo di professionisti, aveva previsto che i requisiti tecnico – organizzativi e di capacità economica fossero posseduti – e quindi le relative prestazioni eseguite – in misura maggioritaria dalla mandataria, mentre la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti (in coerenza con l’art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010) e che l’obbligo di corrispondenza derivava dal regime speciale della gara, che, peraltro, non consentiva la partecipazione in un raggruppamento tra professionisti orizzontale di mandante privo di qualificazione.

Analoghi argomenti sono esposti nel quinto (“*Error in iudicando. Erroneità del capo di sentenza che ha disposto la reiezione del IV motivo di ricorso incidentale. Violazione dell’art. 48 del Codice. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83, co. 9 del Codice. Violazione della lex specialis di gara (par. 13 lettera di invito). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e manifesta iniquità*”) e nel sesto

motivo (*“Error in iudicando. Erroneità del capo della sentenza che ha disposto la reiezione del V motivo di ricorso incidentale. Violazione degli art. 48 e 83 del Codice. Violazione dell’art. 97 Cost. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e manifesta iniquità”*) dell’appello dell’a.t.i. -OMISSIS-.

16. I motivi sono infondati.

16.1. Ai fini della migliore comprensione delle questioni poste è bene ripercorrere sinteticamente i fatti essenziali, peraltro, in parte già esposti nella sentenza impugnata e non contestati dall’appellante.

La -OMISSIS- s.r.l. partecipava al sub-raggruppamento di progettisti associati in qualità di mandante e stipulava un contratto di avvalimento con -OMISSIS- -OMISSIS- che, nel medesimo sub-raggruppamento era inserita come mandataria, per l’acquisizione dei requisiti di capacità professionale e tecnica di cui al punto III.1.3 del bando di gara (vale a dire *“avvenuto espletamento, negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, di servizi di cui all’art. 3 lett. vvvv) del Codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria, almeno pari a 1 (una) volta l’importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie di cui al precedente punto”*).

-OMISSIS- s.r.l. dichiarava di volere eseguire l’attività di progettazione per una quota del 23%, la mandataria -OMISSIS- si impegnava per il 55% e, infine, l’altra mandante -OMISSIS- per il restante 22%.

A.n.a.s. accertava la mancata specificazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione – e dunque, sostanzialmente, la nullità del contratto di avvalimento – onde, non essendo possibile la sua integrazione, domandava a -OMISSIS- s.r.l. di chiarire se, venuto meno il contratto di avvalimento, fosse in possesso di una percentuale, seppur minima, di requisiti come richiesti dal punto III.1.2. del bando.

Alla richiesta dell’A.n.a.s. le imprese componenti il sub-raggruppamento dei progettisti con nota del 19 maggio 2020 rispondevano: a) che l’avvalimento

concluso era un avvalimento di garanzia e non tecnico – operativo avendo ad oggetto l'acquisizione del requisito del fatturato specifico, con la conseguenza che, per costante giurisprudenza, non era dovuta la specifica elencazione in contratto delle risorse e dei mezzi posti a disposizione della concorrente; b) in via gradata, che il raggruppamento temporaneo dei progettisti era in possesso di tutti i requisiti di qualificazione anche senza quelli dichiarati dalla -OMISSIS- s.r.l. considerato che ausiliaria era la -OMISSIS- mandataria del raggruppamento stesso, per cui la prima ben poteva partecipare al raggruppamento portando i propri requisiti, benché non integrati da quelli dell'ausiliaria, considerato che il bando non aveva precisato la necessità di requisiti minimi di partecipazione; c) in via ulteriormente gradata, domandando l'autorizzazione alla riduzione del sub-raggruppamento mediante esclusione della -OMISSIS- s.r.l.

È in atti, poi, un nuovo DGUE trasmesso da -OMISSIS- e l'ulteriore dichiarazione della -OMISSIS- e del Consorzio -OMISSIS-riportante una nuova ripartizione del servizio di progettazione tra i progettisti riuniti ai sensi dell'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'A.n.a.s., infine, ammetteva il raggruppamento alla procedura di gara.

16.2. Così ricostruita la vicenda in fatto, possono essere affrontate le questioni poste con il motivo di appello.

L'appellante sostiene, in primo luogo, che la stazione appaltante, riscontrata la nullità del contratto di avvalimento, non avrebbe potuto attivare il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 a favore dell'a.t.i. -OMISSIS-.

La tesi non convince.

La declaratoria (in via amministrativa) della nullità del contratto di avvalimento per carenza di specifica indicazione delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dall'impresa ausiliaria come richiesto dall'art. 89, comma 1, ultimo capoverso, d.lgs. n. 50 del 2016 non può condurre all'automatica esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara che tale contratto

aveva concluso (con ogni ulteriore conseguenza sulla permanenza in gara del concorrente qualora l'operatore avvalente sia componente di un raggruppamento, come nella vicenda in esame). Occorre, infatti, verificare se la carenza del requisito di qualificazione richiesto dalla legge di gara – e che si era ritenuto di acquisire in avvalimento – sia vicenda completamente ostativa alla partecipazione o se sia possibile sopperirvi nei limiti consentiti dalle disposizioni normative.

E di ciò deve sincerarsi la stazione appaltante avviando una interlocuzione con l'operatore economico prima di disporre l'esclusione; solo se, detto inoperante l'avvalimento, accerti che la carenza del requisito avvalso non possa essere rimediata, dovrà disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara, con tutti gli effetti che ne derivano per l'eventuale raggruppamento di cui sia parte.

Correttamente, pertanto, nel caso in esame A.n.a.s. ha attivato il soccorso istruttorio; la decisione non fuoriesce dai limiti consentiti dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi, anche in questo caso, di integrare le dichiarazioni necessarie alla partecipazione alla procedura in punto di possesso dei requisiti di qualificazione in eludibile applicazione dei principi del *favor participationis*.

16.3. Ciò posto, quel che occorre accertare è se, a prescindere dal soccorso istruttorio disposto, fosse effettivamente possibile mantenere in gara l'operatore economico (già) avvalente o se ne dovesse pronunciare l'esclusione, non essendo rimediabile la carenza del requisito di qualificazione oggetto di avvalimento.

A parere dell'appellante l'esclusione della -OMISSIS- s.r.l. era inevitabile poiché, privata del requisito di qualificazione acquisito in avvalimento, la stessa si sarebbe trovata impegnata all'esecuzione di una quota del servizio di progettazione per la quale non era adeguatamente qualificata, in violazione della regola della necessaria corrispondenza tra quota di esecuzione e quota di qualificazione.

Corretta, tuttavia, appare la soluzione data dal giudice di primo grado: per l'appalto di servizi (e di forniture) non vige *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa componente il raggruppamento e la quota di prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1101; V, 2 dicembre 2019, n. 8249; III, 17 giugno 2019, n. 4025). La regola della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di imprese, a loro volta collimanti con le percentuali di esecuzione, e percentuale del possesso dei requisiti di qualificazione, deriva, infatti, dall'art. 92 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (*“Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”*) norma che disciplina gli appalti di lavori sia in rubrica *“Soggetti abilitati ad assumere i lavori”* che nel contenuto dell'articolo, ove il riferimento è ai soli *“lavori”*, come precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 27 marzo 2019, n. 6.16.4. Né tale necessaria corrispondenza era richiesta dal bando di gara come preteso dall'appellante, poiché questo si limitava a richiedere che, nella ripartizione tra le imprese componenti il raggruppamento dei requisiti di qualificazione, i requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi prescritti per i servizi di progettazione (di cui ai punti III.1.2. e III.1.3 del bando) fossero posseduti in misura maggioritaria dalla mandataria e la restante percentuale dalle mandanti, nonché che la mandataria si impegnasse ad eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Non era, dunque, riprodotto nel bando il citato art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010 che, infatti, impone che *“i servizi sono eseguiti nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione”*.

16.5. Per quanto precedentemente esposto, alla luce delle chiare indicazioni del bando di gara, ammesso, per la natura interna dell'avvalimento, il possesso da parte del raggruppamento nella sua interezza dei requisiti di qualificazione richiesti, la -OMISSIS-, pur privata del requisito di partecipazione oggetto di avvalimento, poteva nondimeno restare a comporre il raggruppamento se

dotata di una, pur minima, percentuale di qualificazione, la restante parte provenendo in via maggioritaria dalla mandataria e per il resto dall'altra mandante, senza che avesse alcun rilievo la mancata corrispondenza con la quota di esecuzione.

La conclusione cui si è pervenuti comporta l'assorbimento di ogni altro profilo di criticità riproposte dalle appellanti. In particolare, la modifica della ripartizione delle relative quote di esecuzione effettuata dal raggruppamento con la dichiarazione del 14 settembre 2020 (con assegnazione a -OMISSIS- della quota del 40% dell'attività di "coordinamento" e dell' 1% della progettazione per la categoria V.03) – in disparte ogni considerazione sulla sua ammissibilità alla luce dell'attribuzione dell'attività di coordinamento al momento della presentazione dell'offerta, questione che qui non viene in rilievo – non aveva carattere elusivo. Non andava, cioè, a porre rimedio alla carenza dei requisiti di qualificazione da parte della -OMISSIS-, perché, come s'è detto, insussistente un obbligo di necessaria corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quota di esecuzione, -OMISSIS- avrebbe potuto in ogni caso – anche senza procedere alla revisione delle quote – eseguire la quota di servizi originariamente assunta. Ciò comporta l'assorbimento anche del motivo riproposto dall'a.t.i. -OMISSIS- nel quale si contesta alla -OMISSIS- il possesso di un fatturato globale corrispondente alla quota di esecuzione dei servizi per la quale s'era impegnato.

17. Con successivo motivo di appello, l'a.t.i. -OMISSIS- sostiene che l'offerta dell'a.t.i. -OMISSIS- dovesse essere esclusa dalla procedura di gara per "*Violazione (art. 59, co. 3, D.lgs. 50/2016) – Violazione del par. 14 lett. invito – eccesso di potere (arbitrarietà – difetto del presupposto – travisamento – difetto di istruttoria – violazione della par condicio)*" non avendo indicato nei documenti dell'offerta tecnica e dell'offerta economico il "*nuovo prezzo*" relativo alla proposta migliorativa relativa al criterio "B.5.3" consistente nella progettazione esecutiva e *as-built* con Tecnologia BIM.

Analoga contestazione è rivolta dall'a.t.i. -OMISSIS-con l'ottavo motivo di appello, sia pur in relazione ad altre proposte migliorative per le quali assume non essere stati indicati i "nuovi prezzi" nei documenti a corredo dell'offerta. In particolare: l'a.t.i. -OMISSIS-non avrebbe inserito il "nuovo prezzo" per la migliora consistente nell'esecuzione di un campo prova prima della posa in opera delle pavimentazioni e per le prove ad alto rendimento per il monitoraggio dei lavori, rispettivamente previste per il criterio di valutazione delle offerte B.2.1.1. e B.2.1.2., nonché per la realizzazione di un'area attrezzata per l'esposizione e la vendita di prodotti tipici locali relativa al criterio di valutazione b.3.1., nonché per la redazione di un nuovo P.u.t. (criterio b.4).

18. I motivi sono infondati.

18.1. Relativamente all'obbligo dell'indicazione dei "nuovi prezzi" per le proposte migliorative contenuto nella lettera di invito si è già precedentemente detto (al par. 3.3) e alle considerazioni svolte si rinvia.

Quanto alla specifica contestazione mossa all'a.t.i. -OMISSIS-merita condivisione il ragionamento che ha indotto il giudice di primo grado a respingere il motivo del ricorso incidentale.

Il criterio di valutazione delle offerte B.5.3. era così descritto nella lettera di invito: *"La Commissione assegnerà il punteggio previsto solo se il concorrente presenterà la dichiarazione (Allegato D) debitamente sottoscritta per accettazione, inerente l'impiego per la redazione del progetto esecutivo e degli elaborati "as – built" definitivi dei lavori eseguiti con sistema Blivi, da consegnare alla Stazione appaltante che ne acquisirà di fatto la proprietà."*

In sostanza, la stazione appaltante avrebbe riconosciuto un punteggio premiale se il concorrente avesse dichiarato di impegnarsi ad eseguire la progettazione con tecnologia BIM.

Si trattava, dunque, di un criterio riferito ad una delle attività oggetto dell'appalto – il servizio di progettazione – che componevano l'oggetto dell'appalto unitamente all'esecuzione dell'opera e per la quale la stazione

appaltante aveva previsto un corrispettivo nell'ambito del complessivo prezzo posto a base d'asta.

E' corretto, allora, ritenere che i concorrenti erano obbligati ad elaborazione un "nuovo prezzo" e a specificarlo nella loro offerta tecnica ed economica solo se l'utilizzo dichiarato della tecnologia BIM avesse comportato un aumento del costo della progettazione; non quando, come avvenuto per l'a.t.i. -OMISSIS- si fosse confermato il costo previsto dalla *lex specialis* per la progettazione, pur dichiarando l'impiego della Tecnologia BIM.

La scelta di a.t.i. -OMISSIS- di non indicare un "*nuovo prezzo*" per il criterio B.3.5. è, pertanto, condivisibile, non avendo l'impiego della predetta tecnologia comportato una rideterminazione del costo della progettazione.

18.2. Anche le contestazioni mosse dall'a.t.i. -OMISSIS- non meritano accoglimento: le proposte migliorative relativamente ai criteri B.2.1.1. e B.2.1.2. erano offerte "*senza nessun aggravio di spesa*", onde è del tutto logico che per esse il concorrente non abbia indicato alcun "*nuovo prezzo*"; i "nuovi prezzi" per le migliorie relative al criterio b.3.1. sono stati indicati dal concorrente, come ammette la stessa appellante, che però sostiene la mancata indicazione dei prezzi dei "portici e dei velari": se anche ciò fosse, non vi sarebbe ragione per dire i "nuovi prezzi" completamente mancanti, ma solo irregolare l'offerta, con possibilità di attivazione del soccorso istruttorio.

Si è già escluso, infine, che i concorrenti fossero tenuti ad indicare "nuovo prezzo" per la redazione del P.u.t. al punto 3.7.4. della sentenza, cui si rinvia.

19. Con ultimo motivo di ricorso l'a.t.i. -OMISSIS- reclama l'esclusione dell'a.t.i. -OMISSIS- dalla procedura di gara per "*Violazione di legge (art. 59, c.3, D.Lgs. 50/2016) – violazione par. 13 lett. invito – Eccesso di potere (arbitrarietà – difetto del presupposto – travisamento – difetto di istruttoria*": l'a.t.i. -OMISSIS- avrebbe introdotto una modifica sostanziale al progetto posto a base di gara in violazione del divieto espressamente stabilito dalla lettera di invito.

Precisamente, la modifica consisterebbe nella realizzazione della Galleria GA01 mediante il "*metodo Milano*", vale a dire con "*paratia di pali di grande*

diametro e guscio interno in c.a., gettato in opera (costituito dalla platea di fondazione e dalle contropareti di rivestimento a protezione delle paratie), collegato al cordolo di testa ed un impalcato, a travi prefabbricate in cls armato, precompresso rese collaboranti da una soletta di cls armato” (così nella descrizione contenuta nel motivo di ricorso), laddove, invece, il progetto posto a base di gara prescriveva la realizzazione di una *“struttura monolitica scatolare, a doppia canna, interamente gettata in opera”*; si tratterebbe di una modifica dell’assetto strutturale – preclusa dalla lettera di invito – per la funzione di mero rivestimento che assumono il cordolo di fondazione (non vincolato ai pali) e le contropareti e per il fatto che *“il setto centrale, gettato in elevazione, successivamente alla realizzazione della platea di fondazione, non costituisce vincolo per le travi e non presenta elementi di continuità con il solaio”*.

Identiche argomentazioni sono svolte dall’a.t.i. -OMISSIS- nel settimo motivo di appello in cui è contestata la sentenza di primo grado per *“Error in iudicando. Erroneità del capo della sentenza che ha disposto la reiezione del VI motivo di ricorso incidentale. Violazione dell’art. 59, co. 3 del Codice. Violazione della lex specialis di gara (par. 13 lettera invito). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e manifesta iniquità”*.

20. Per risolvere la questione posta con i suesposti motivi di appello è indispensabile disporre una verifica.

Contrariamente a quanto sostenuto dall’a.t.i. -OMISSIS- nelle sue difese, non si tratta qui di stabilire se si sia in presenza di una miglioria oppure di una variante rispetto al progetto posto a base di gara – distinzione ormai acquisita alla giurisprudenza amministrativa in materia di appalti sulla base del criterio per il quale le miglie si esplicano in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni dal progetto posto a base di gara, mentre le varianti si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2021, n. 1808) – quanto, piuttosto, di definire se il concorrente abbia rispettato i limiti imposti

dalla lettera di invito per la progettazione di tutte le opere, ivi comprese la galleria artificiale.

Detti limiti erano stabiliti con precisione dalla lettera di invito attraverso il richiamo a specifici criteri tecnici di progettazione: i concorrenti, infatti, erano tenuti a rispettare l' *“assetto strutturale”*, *“la scansione delle campate”*, *“lo schema statico delle opere”* e *“la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali”*; gli appellanti assumono che tali criteri ingegneristici non siano stati rispettati nella progettazione della galleria artificiale. La risposta a tale quesito richiede l' *“acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche”* e quindi può essere data solo attraverso l'apporto di un verificatore ai sensi dell'art. 63, comma 4, cod. proc. amm..

21. La verifica è affidata al Direttore del Dipartimento di ingegneria civile, edile ed ambientale della Facoltà di ingegneria dell'Università di Roma La Sapienza con facoltà di delega a professori esperti nella materia della progettazione e costruzione delle gallerie.

Il verificatore dovrà rispondere al seguente quesito: *“Accertare se utilizzando il “metodo Milano” per la progettazione della galleria GA01 il concorrente abbia modificato l'assetto strutturale, la scansione delle campate, lo schema statico delle opere e la tipologia di impalcato delle opere d'arte principali rispetto al progetto di galleria elaborato dall'A.n.a.s. nel progetto a base di gara (“scatolare a doppia canna”).”*

È dato termine di 60 giorni per il deposito della relazione dalla comunicazione ovvero dalla notificazione, se precedente, della presente sentenza.

La verifica dovrà essere espletata nel contraddittorio delle parti, le quali potranno nominare propri consulenti di fiducia fino al primo accesso direttamente innanzi al verificatore nominato;

E' posto provvisoriamente a carico di -OMISSIS-s.r.l. e di -OMISSIS- unitamente a -OMISSIS- in solido tra le due parti un acconto di € 4.000,00 da versarsi al verificatore.

Fissa altresì per l'ulteriore trattazione della causa l'udienza per la decisione della causa al 5 maggio 2022.

22. Conclusivamente, in relazione al giudizio con Rg. n. 7553/21, è accolto il primo motivo dell'appello di -OMISSIS-, respinti gli altri, salvo l'ultimo motivo per la decisione del quale sono disposti gli incumbenti istruttori di cui al punto 20; è accolto il primo, secondo e terzo motivo dell'appello incidentale del Consorzio stabile -OMISSIS-società consortile per azioni, respinti o dichiarati inammissibili gli altri; in relazione al giudizio con Rg. n. 7614/21, è accolto il primo motivo dell'appello di -OMISSIS- e di -OMISSIS-, respinti gli altri, salvo il settimo motivo per la decisione del quale sono disposti gli incumbenti istruttori di cui al punto 20; è accolto il primo, secondo e terzo motivo dell'appello incidentale del Consorzio stabile -OMISSIS-società consortile per azioni, respinti e dichiarati inammissibili gli altri; in relazione al giudizio con Rg. n.7615/21, è accolto il primo motivo dell'appello di -OMISSIS- e di -OMISSIS-, respinti gli altri; è accolto il quarto motivo dell'appello incidentale di -OMISSIS-s.p.a., assorbiti gli altri.

23. La decisione sulle spese è rinviata al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- in relazione al giudizio con Rg. n.7615/21, accoglie il primo motivo dell'appello di -OMISSIS- e di -OMISSIS-, respinti gli altri; accoglie il quarto motivo dell'appello incidentale di -OMISSIS-s.p.a., assorbiti gli altri e, per gli effetti, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. -OMISSIS-/21, respinge il ricorso principale di -OMISSIS- e di -OMISSIS- e accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso incidentale di -OMISSIS-s.p.a.;
- rinvia la decisione dei giudizi di cui al Rg. n. 7553/21 e 7614/21 all'espletamento degli incumbenti istruttori di cui in motivazione;

- dispone gli incumbenti istruttori nei sensi e nei termini di cui in motivazione.
- fissa per l'ulteriore trattazione della causa la camera di consiglio del 5 maggio 2022.

Spese al definitivo.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

