

Publicato il 27/07/2021

**N. 05259/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00310/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 310 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Stabile Medil S.C.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con Cimolai S.p.A., Consorzio Stabile S.A.C. Costruzioni Società Consortile a Responsabilità Limitata, Infratech Consorzio Stabile S.c.a.r.l., Fratelli Omini S.p.A., PRO ITER – Progetto Infrastrutture Territorio S.r.l., OFF-TEC S.r.l. e Delta Ingegneria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Angelo Clarizia e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto in Napoli alla Via G. Melisurgo n. 15.

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Stefania Masini,

Gianmarco Miele e Flavia De Pellegrin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Soa Group - Società Organismo di Attestazione s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Trotta, Maria Alessandra Sandulli, Marco Calaresu e Guglielmo Aldo Giuffre', con domicilio eletto presso lo studio Paolo Vosa in Napoli, via Giuseppe Fiorelli 14.

nei confronti

De Sanctis Costruzioni S.p.A., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI costituito con ICM S.p.A, Consorzio Integra Società Cooperativa, Sinergo Sp.A. (consorziata esecutrice), G.S. Edil Società Cooperativa (consorziata esecutrice) e R.C.M. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni, Lorenzo Lentini e Alberto Linguiti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ghella S.p.A., in proprio e nella qualità di capofila del consorzio da costituirsi con C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, e C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi C..M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Icm S.p.A., Consorzio Integra Soc Coop, Rcm Costruzioni S.r.l., Consorzio Stabile Progetti, Matildi+Partners - Studio Associato di Ingegneria Civile, Rina Service S.p.A., Sinergo S.p.A., Gs Edil Soc. Coop, Gp Ingegneria S.r.l., Coopprogetti Soc. Coop, Mbe S.r.l., F&M Ingegneria S.p.A., Hypro S.r.l., Sbc Consulting S.r.l., Sws

Engineering S.p.A., Ambiente S.p.A., Pini Swiss Engineers S.r.l. non costituiti in giudizio.

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1) della determinazione di ANAS S.p.A. – Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane – prot. 0694850 del 24.12.2020 di affidamento al RTI con De Sanctis Costruzioni S.p.A. capogruppo mandataria della Procedura di Gara NA/194/19 per “L'adeguamento a 4 corsie della SS372 Telesina dal Km 0 + 000 al Km 60+900”, CIG: 8141346341 – CUP F52C15000390001;

2) degli atti tutti della procedura di gara di cui sub 1), ivi inclusi i verbali di prequalifica e quelli successivi alla spedizione della Lettera di Invito, mai conosciuti, e le eventuali determinazioni del RUP, e in particolare quelli riguardanti l'ammissione dell'ATI aggiudicataria e dell'ATI con capogruppo Ghella S.p.A., nonché relativi alla valutazione delle rispettive offerte tecniche;

3) per quanto occorra, del Bando di gara e della Lettera di invito della procedura di cui sub 1);

4) di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto, ancorché non conosciuto, ivi comprese per quanto occorra le certificazioni SOA rilasciate rispettivamente al Consorzio Integra Società Cooperativa e a C.M.B. Società Cooperativa e da queste prodotte in gara;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in corso di causa e per il subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, con riserva di successiva domanda risarcitoria per equivalente;

- per l'accesso agli atti della procedura controversa (verbali di gara/documentazione amministrativa/offerte), richiesti con istanza di accesso del 28.12.2020, ad oggi solo parzialmente evasa con annullamento delle determinazioni con cui Anas ha limitato l'accesso. Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da De Sanctis Costruzioni S.p.A. l'8/2/2021:

- 1) della determinazione dell'Amministratore Delegato di ANAS S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane - prot. 0694850 del 24.12.2020 di affidamento al RTI con De Sanctis Costruzioni S.p.A. capogruppo mandataria della Procedura di Gara NA/194/19 per "L'adeguamento a 4 corsie della SS372 Telesina dal Km 0 + 000 al Km 60+900", CIG: 8141346341 - CUP F52C15000390001 nella parte in cui ha disposto la ammissione a gara e la attribuzione del punteggio in favore dell'ATI Consorzio Stabile MEDIL (collocandolo al terzo posto);
- 2) di tutti gli atti della procedura di gara di cui sub 1), ivi inclusi, i verbali di prequalificazione ed i successivi di spedizione della Lettera di Invito e le eventuali determinazioni del RUP ed, in particolare, i provvedimenti relativi alla ammissione dell'ATI Consorzio Stabile MEDIL e la valutazione della relativa offerta;
- 3) di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso, consequenziale.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Consorzio Stabile Medil S.C.P.A. il 2/3/2021:

degli atti impugnati, nonché per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato dalla Stazione Appaltante con la controinteressata ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a., con conseguente

declaratoria dell'aggiudicazione in favore dell'ATI ricorrente e conseguente subentro nell'affidamento.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Ghella S.p.A. il 5/3/2021:

- degli atti e dei verbali del Team di prequalifica, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla procedura di gara dell'ATI Medil;
- degli atti e dei verbali della Commissione giudicatrice, nonché dei relativi allegati, nella parte in cui l'offerta tecnica dell'ATI Medil è stata ritenuta ammissibile ed ha conseguito un punteggio tecnico di 71,081 punti;
- della graduatoria finale della gara 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 (CIG 8141346341; CUP: F52C15000390001)”, nella parte in cui l'ATI Medil si è classificata al terzo posto con un punteggio complessivo di 16,331 punti;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o connesso a quelli sopra elencati, ancorché non conosciuto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Consorzio Stabile Medil S.C.P.A. il 17/3/2021:

degli atti impugnati, nonché per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato dalla Stazione Appaltante con la controinteressata ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a., con conseguente declaratoria dell'aggiudicazione in favore dell'ATI ricorrente e conseguente subentro nell'affidamento.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Consorzio Stabile Medil S.C.P.A. il 27/4/2021:

- 1) della Determinazione dell'Amm. Delegato di ANAS S.p.A. – Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane – prot. 0694850 del 24.12.2020

di affidamento al RTI con De Sanctis Costruzioni S.p.A. capogruppo mandataria della Procedura di Gara NA/194/19 per “L'adeguamento a 4 corsie della SS372 Telesina dal Km 0 + 000 al Km 60+900”, CIG: 8141346341 – CUP F52C15000390001;

2) degli atti tutti della procedura di gara di cui sub 1), ivi inclusi i verbali di prequalifica e quelli successivi alla spedizione della Lettera di Invito, mai conosciuti, e le eventuali determinazioni del RUP, e in particolare quelli riguardanti l'ammissione dell'ATI aggiudicataria e dell'ATI con capogruppo Ghella S.p.A., nonché relativi alla valutazione delle rispettive offerte tecniche;

3) per quanto occorra, del Bando di gara e della Lettera di invito della procedura di cui sub 1);

4) di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto, ancorché non conosciuto, ivi comprese per quanto occorra le certificazioni SOA rilasciate rispettivamente al Consorzio Integra Società Cooperativa e a C.M.B. Società Cooperativa e da queste prodotte in gara;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in corso di causa e per il subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, con riserva di successiva domanda risarcitoria per equivalente;

e per l'accesso agli atti della procedura controversa (verbali di gara/documentazione amministrativa/offerte), richiesti con istanza di accesso del 28.12.2020, ad oggi solo parzialmente evasa con annullamento delle determinazioni con cui Anas ha limitato l'accesso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anas s.p.a., della De Sanctis Costruzioni s.p.a., di Ghella s.p.a., di C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi e di Soa Group - Società Organismo di Attestazione s.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2021 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020, il dott. Maurizio Santise e uditi i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r., il Consorzio ricorrente, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita in relazione all'appalto con Cimolai S.p.A., Consorzio Stabile S.A.C. Costruzioni Società Consortile a Responsabilità Limitata, Infratech Consorzio Stabile S.c.a.r.l., Fratelli Omini S.p.A., PRO ITER – Progetto Infrastrutture Territorio S.r.l. OFF-TEC S.r.l. e Delta Ingegneria S.r.l., ha esposto quanto segue:

a) Con Bando pubblicato in G.U. il 17.12.2019, ANAS S.p.A. ha indetto procedura di gara per “L'adeguamento a 4 corsie della SS372 Telesina dal Km 0 + 000 al Km 60+900” (CIG: 8141346341 – CUP F52C15000390001) del valore di oltre 390 milioni di euro, di cui oltre 3,4 milioni per la progettazione, cui ha partecipato l'ATI ricorrente guidata da Consorzio Medil;

b) All'esito della procedura la ricorrente è risultata classificata terza in graduatoria, dietro all'ATI De Sanctis (con mandante Consorzio Integra) e al Consorzio ordinario guidato da Ghella (con CMB).

Il Consorzio ricorrente ha, quindi, impugnato il provvedimento di aggiudicazione, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 89, co. 7, d.lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione degli artt. 79 e ss. d.P.R. n. 207/10. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara. Violazione del divieto di utilizzazione dei medesimi requisiti. Violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e leale competizione;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. m), d.lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. c), c-bis) e f *bis*), d.lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara. Violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e leale competizione.

Anas s.p.a., De Sanctis Costruzioni s.p.a., Ghella s.p.a., C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi e la Soa Group - Società Organismo di Attestazione s.p.a. si sono costituite regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

2. Con ricorso incidentale depositato l'8 febbraio 2021, la De Sanctis Costruzioni s.p.a. ha contestato l'ammissione alla gara del Consorzio ricorrente deducendo i seguenti motivi di ricorso:

I – Violazione di legge (artt. 45 – 47 – 83 – 85 d.lgs. 50/2016) – eccesso di potere (difetto del presupposto – arbitrarietà - sviamento);

II - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 32, comma 7, 80, comma 5 lett. c) ed f- bis), 85 e 86 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle previsioni di gara relative all'attestazione dei requisiti di moralità, inveridicità delle dichiarazioni rese in gara, violazione dei principi generali di par condicio, correttezza, lealtà, buona fede e trasparenza. difetto di istruttoria. eccesso di potere per sviamento;

III – Violazione di legge (artt. 48 co. 7 ed 89 co. 7 in relazione art. 47 d.lgs. 50/2016) – eccesso di potere (arbitrarietà - travisamento – difetto del presupposto – di istruttoria);

IV – 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);

V – Violazione di legge (artt. 48 e 83 d.lgs. 50/2016) – violazione del punto iii.1.2 del bando di gara – eccesso di potere (travisamento – difetto del presupposto – di istruttoria – arbitrarietà – sviamento);

VI – Violazione di legge (art. 59, c. 3, d.lgs. 50/2016) – violazione del par. 14, lett. invito – eccesso di potere (arbitrarietà – difetto del presupposto – travisamento – difetto di istruttoria- violazione par condicio);

VII- Violazione di legge (art. 59, c. 3, d.lgs. 50/2016) – violazione del par. 13, lett. invito – eccesso di potere (arbitrarietà – difetto del presupposto – travisamento – difetto di istruttoria).

3. La ricorrente, in data 2 marzo 2021, ha proposto ricorso per motivi aggiunti articolando i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

I. 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;

II. 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.

4. Ghella s.p.a., in data 5 marzo 2021, ha depositato ricorso incidentale con cui ha contestato l'illegittimità degli atti di gara nella parte in cui è stata ammessa, collocandola al terzo posto, l'offerta presentata dal Consorzio ricorrente, per i seguenti motivi:

I. Violazione degli artt. 45, 47, 83 e 85 del d.lgs. n. 50/2016 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria;

II. Violazione dell'art. 80, co. 5 lett. c), c-bis), c-ter) e f-bis) del d.lgs. n. 50/2016. Inveridicità delle dichiarazioni rese in gara. Violazione dei principi generali di par condicio, leale collaborazione e trasparenza. Difetto di istruttoria;

III. Violazione dell'art. 48, co. 7 e dell'art. 89, co. 1 e 7 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere per difetto di istruttoria;

IV. Violazione dell'art. 48 del Codice. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, co. 9 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della *lex specialis* di gara (par. 13 lettera invito). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e manifesta iniquità;

V. Violazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e manifesta iniquità;

VI. Violazione dell'art. 59, co. 3 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara (par. 13 lettera invito). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e manifesta iniquità;

VII. Violazione della lex specialis e dei principi generali in materia di gara. Violazione del principio generale di determinatezza dell'offerta. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento, irragionevolezza e manifesta iniquità.

5. Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 17 marzo 2021, il Consorzio ricorrente ha dedotto i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/16, e in subordine della lett. c-bis) della medesima disposizione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/16 e 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.

6. Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti depositato in data 27 aprile 2021 il Consorzio ricorrente ha articolato i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. f bis), d.lgs. n. 50/16, e in subordine della lett. c-bis) della medesima disposizione. violazione e falsa applicazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/16 e 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.

Alla pubblica udienza del 9 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Tanto premesso in punto di fatto, va esaminata, in via preliminare, la questione dell'ordine di esame delle questioni, in quanto le due controinteressate, De Sanctis Costruzioni s.p.a. e Ghella s.p.a., hanno proposto ricorso incidentale sostanzialmente contestando l'ammissione alla gara della ricorrente.

Secondo l'impostazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia UE (Sez X, 4 luglio 2013, C-100/12) e poi fatta propria dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 9/2014), l'esame congiunto dei ricorsi (principale e incidentale) è necessario in presenza di tre condizioni: 1) si versi all'interno del medesimo procedimento; 2) gli operatori rimasti in gara siano solo due; 3) il vizio escludente che affligge le offerte sia identico per entrambe.

Per vizio identico si intendono, in particolare, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Successivamente la Corte di Giustizia Ue ha chiarito che “quando, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di detti offerenti ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, ai sensi delle disposizioni menzionate al

punto precedente. Infatti, da un lato, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. Dall'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto" (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, (Puligienica c/Airgest S.p.A.), punto 27). Ne consegue che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

La Corte ha quindi evidenziato che il principio sancito dalle sentenze menzionate al punto precedente, secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente.

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza del 5 settembre 2019 (causa C-333/18, Lombardi), ha esteso tale principio anche quando "altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione

non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione”.

Da tale ricostruzione emerge, dunque, che il ricorso incidentale in linea di massima non deve essere esaminato in via preliminare qualora anche il ricorso principale tenda all'esclusione del ricorrente incidentale, emergendo, in tal caso, un interesse “equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare”.

Qualora, invece, con il ricorso incidentale si contesti la legittimazione ad agire del ricorrente che, invece, si limita alla contestazione nel merito dell'esito della gara, riemerge la regola della necessaria trattazione preliminare del ricorso incidentale (nello stesso senso, sentenza di questa Sezione n. 2795/2020).

Nel caso di specie, sia la ricorrente principale che le ricorrenti incidentali hanno articolato censure incrociate volte a contestare la reciproca ammissione alla gara.

Ne consegue che vanno esaminati congiuntamente sia l'impugnativa principale (ricorso introduttivo e motivi aggiunti) che quelle incidentali.

7. Procedendo con l'esame del ricorso introduttivo, la ricorrente ha contestato l'ammissione alla gara delle due controinteressate in quanto il Consorzio Integra, mandante del RTI primo graduato guidato da De Sanctis Costruzioni S.p.A., e CMB Soc. coop., mandante del consorzio ordinario secondo classificato guidato da Ghella S.p.A., si sono qualificate in gara per la categoria OS18A con la relativa attestazione SOA, utilizzando gli stessi identici requisiti e il

medesimo stabilimento necessari alla qualificazione in tale categoria superspecialistica.

Il Consorzio ricorrente contesta, quindi, l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le due concorrenti (Consorzio Integra, mandante del RTI De Sanctis e CMB, mandante del RTI Ghella) desumibile dalla circostanza che entrambi avrebbero fatto valere gli stessi requisiti denunciati con il primo motivo e avrebbero "la stessa persona fisica in posizione di vertice: Dott. Carlo Zini, Presidente e Amministratore Delegato di CMB, e Presidente del Consiglio di Sorveglianza del Consorzio Integra".

Tali censure sono fondate.

L'art. 80, comma 5, lett. m) prevede l'esclusione dalla gara qualora l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

A tal proposito questa Sezione ha già chiarito che "l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale costituisce motivo in sé sufficiente a giustificare l'esclusione delle imprese dalla procedura selettiva, non essendo necessario verificare che la comunanza a livello strutturale delle imprese partecipanti alla gara abbia concretamente influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, determinando la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale. Ciò che rileva, infatti, è il dato oggettivo, autonomo e svincolato da valutazioni a posteriori di tipo qualitativo, rappresentato dall'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese, con la necessaria precisazione che lo stesso debba essere dedotto da indizi gravi, precisi e concordanti. Tale interpretazione

garantisce la giusta tutela ai principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle gare pubbliche nonché della parità di trattamento delle imprese concorrenti; principi che verrebbero irrimediabilmente violati qualora si ritenesse di correlare l'esclusione dalla gara di imprese in collegamento sostanziale ad una posteriore valutazione sul contenuto delle offerte” (cfr., T.A.R. per la Campania, sez. I, 15/02/2021, n. 987).

Nel caso di specie, rileva il Collegio che già in astratto sussistono indizi gravi precisi e concordanti sulla esistenza di una situazione di collegamento tra il Consorzio Integra e CBM tali da far ritenere che le imprese sopra indicate facciano parte di un unico centro decisionale.

La circostanza che la stessa persona (Carlo Zini) ricopra i ruoli di Presidente e Amministratore Delegato di CMB e di Presidente del Consiglio di Sorveglianza del Consorzio Integra è elemento che va valorizzato ai fini dell'esclusione delle due imprese.

Da un lato, infatti, Carlo Zini rappresenta il massimo organo di gestione della CBM, dall'altro riveste un ruolo apicale nel Comitato di Sorveglianza che, comunque, incide sulla vita gestionale del Consorzio Integra, in quanto, come si legge dalla visura storica:

- nomina, sostituisce e revoca il Presidente, i Vice Presidenti e, previa determinazione del loro numero, i componenti del Consiglio di Gestione, e ne determina il compenso;
- propone l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del Consiglio di Gestione e all'uopo convoca l'Assemblea;
- approva il bilancio di esercizio della società e il bilancio consolidato;

- delibera in ordine ai piani strategici (e di certo una gara da oltre 300 milioni di euro rientra con ogni evidenza fra i piani strategici), industriali e finanziari della società; approva i piani industriali e/o finanziari e i budget della società predisposti dal Consiglio di Gestione;

- autorizza le operazioni strategiche, tra cui in particolare: acquisti o cessioni di partecipazioni di diretta detenzione e interesse da parte della società e delle società controllate, nonché l'acquisto o la vendita di aziende, rapporti in blocco, rami d'azienda di rilevante valore strategico; investimenti o disinvestimenti di rilevanza strategica che comportino impegni per la società il cui ammontare complessivo sia superiore, per ogni operazione, ad euro 2.000.000; l'esecuzione dei lavori direttamente o tramite terzi, anche a seguito di revoca degli affidamenti, anche perché il Consiglio di Sorveglianza, oltre ad essere un organo collegiale, non ha un ruolo decisionale nella società.

A questi elementi, già di per sé risolutivi nel senso della riconducibilità delle due persone giuridiche ad un unico centro decisionale, si pone l'ulteriore circostanza che la CMB fa parte del Consorzio Integra. Pur essendo vero che, in linea astratta, l'art. 48 comma 7, del d.lgs n. 50/2016 non preclude la partecipazione ad una stessa gara del consorzio e dei consorziati, è evidente però l'appartenenza allo stesso consorzio rappresenta un ulteriore elemento che conferma il sospetto sulla riconducibilità ad un unico centro decisionale delle due persone giuridiche che, peraltro, come ben rilevato dal ricorrente, "utilizzano i medesimi requisiti e il medesimo stabilimento". Peraltro, essendo entrambe mandanti di raggruppamenti temporanei di imprese che partecipano alla gara,

sono esse stesse da considerare partecipanti alla gara, senza che abbia rilievo la percentuale di appalto che svolgono.

8. Con successivi ricorsi per motivi aggiunti, depositati in data 2 marzo, 17 marzo e 27 aprile 2021, il Consorzio ricorrente ha articolato nuovi motivi di ricorso tesi a contestare l'ammissione alla gara delle controinteressate.

In particolare, ha evidenziato che le controinteressate, in relazione al piano di gestione delle terre, hanno indicato per il deposito di rocce e terre di scavo un sito di conferimento in titolarità della Battaglino Costruzioni s.r.l., allegando una Cila illegittima, come è dimostrato dalla circostanza che, in seguito ad una complessa istruttoria, il Comune, con nota pec del 26.4.2021, ha proceduto a dichiarare l'inefficacia/nullità della predetta Cila.

In particolare, con istruttoria svolta dall'UTC di Melizzano si evinceva che:

- a) "la CILA del 04.09.2020 risulterebbe utilizzata per la gara ANAS per gli interventi di adeguamento a 4 corsie della SS372-Telesina;
- b) Tutte le CILA pervenute risultano asseverate dal geom. Gambuti Massimiliano, non indicano la data di inizio lavori e nessuna fornisce, in modo chiaro, la tipologia di lavori da realizzare;
- c) Allo stato sono pervenute due versioni della stessa CILA del 04.09.2020 trasmesse da Gambuti a Ghella;
- d) Le versioni di CILA si differenziano sostanzialmente perché nella CILA trasmessa da Ghella s.p.a. risultano quantificate movimentazioni di terra per 199.980,00 mc non riportate nella CILA trasmessa dal geometra Gambuti. Detta differenza è considerevole ed influente per la diversità delle tipologie d'intervento e quindi del regime abilitativo a cui sono sottoposte;

- e) Nessuna relazione di compatibilità paesaggistica ed urbanistica viene fatta, nè alcun riferimento ai Piani Vigenti;
- f) Nessun documento viene prodotto per i materiali terre, rocce e sottoprodotti provenienti dallo scavo e/o demolizioni di cui alle disposizioni del D.lvo 152/06 art. 186 e successivo DM n. 161 del 10.08.2012 del Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare e DPR 120/2017;
- g) Nessuna relazione di compatibilità agronomica delle essenze colturali previste, relativa alla compatibilità delle esigenze connesse con l’attività agricolo del titolare, è stata prodotta;
- h) Per i siti indicati nessun riferimento/documento viene prodotto in merito al Piano stralcio difese alluvione (parere Autorità di Bacino), parere e/o N.O. per la valutazione d’Incidenza (ex aree SIC) e Provincia per le p.lle prossime al fiume. ...” (Cfr nota Comune di Melizzano del 23.4.2021).

Alla nota del Comune seguiva quella del sig. Giulio Mezza che, con nota del 23 aprile 2021, disconosceva la firma di qualsivoglia elaborato su tali documenti e, dunque, sia sulla Cila predisposta dal Geom. Gambuti per conto della Battaglini Costruzioni, sia su quella versata in atti dalla Ghella Costruzioni, peraltro, ritenuta dal Comune inammissibile perché “ comporta una sostanziale modifica dello stato dei luoghi (determinando una variazione del piano quotato ignota e non rilevabile dagli atti, ma comunque mediante spalmata di circa 3,20 m). Lo stesso risulta in netto contrasto con la normativa vigente in materia paesaggistica, in quanto non consentito dagli artt. 14 e 16 del titolo II delle N.T.A. del PTP del Massiccio del Taburno approvato il 30.09.1996 e per l’inosservanza delle disposizioni del D.lvo 152/2006 e s.m.i. (rocce e terre da scavo), del Piano stralcio

difese alluvione (parere Autorità di Bacino), della Valutazione d'Incidenza (ex aree SIC) e del parere”.

Ne consegue, dunque, che il predetto sito indicato dalle controinteressate per i lavori di scavo certamente non può, in ogni caso, essere utilizzato. Tale aspetto, al di là della questione circa la falsità della documentazione prodotta, che allo stato non risulta comunque nitidamente provata dalla ricorrente, comunque avrebbe imposto alla stazione appaltante di effettuare una verifica in concreto circa l'affidabilità complessiva delle offerte presentate dalle controinteressate. Peraltro, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare la concreta fattibilità complessiva dell'offerta una volta escluso il predetto sito.

Nessun rilievo ha poi la circostanza che tale sito era segnalato nel bando, in quanto si tratta di mere indicazioni contenute nel bando, in cui, peraltro, è precisato che sarà “compito dell'operatore (offerente, ndr) definire ed effettuare le pratiche amministrative per i siti oggetto di miglioramento fondiario e procedere con la successiva movimentazione”.

L'accoglimento del ricorso introduttivo e dei ricorsi per motivi aggiunti comporta l'esclusione delle controinteressate dalla gara.

Le ragioni che hanno condotto all'accoglimento dei motivi aggiunti dimostrano l'infondatezza dell'eccezione di tardività dei II e III motivi aggiunti sollevata da De Sanctis Costruzioni s.p.a., in quanto le censure della ricorrente si fondano sulla vicenda della presunta falsità della Cila che è culminata nella nota del UTC del Comune di Melizzano del 26.4.2021.

La stessa Adunanza plenaria n. 12/2020, richiamata anche dal ricorrente incidentale, ha evidenziato che la conoscenza successiva di

documenti comporta la dilazione temporale del termine a ricorrere, come è accaduto nel caso di specie, in cui il provvedimento sopravvenuto è intervenuto il 26 aprile 2021 mentre il ricorso per motivi aggiunti è stato proposto il giorno successivo.

10. Vanno ora esaminati i ricorsi incidentali presentati dalle controinteressate.

Con due ricorsi incidentali, rispettivamente proposti dalle due controinteressate, sono stati articolati motivi di censura sostanzialmente sovrapponibili in relazione all'ammissione della ricorrente.

E in particolare:

- a) l'ATI ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla fase di prequalificazione perché la Capogruppo MEDIL non avrebbe i requisiti del Consorzio Stabile;
- b) Il Consorzio Medil sarebbe incorso in una ulteriore violazione degli obblighi dichiarativi previsti dall'art. 80 comma 5 lett. c), c bis) e c ter) del d.lgs. n. 50/2016, perché la capogruppo mandataria nel DGUE, ha dichiarato l'assenza di illeciti professionali, malgrado in data 27 marzo 2018 fosse risultata destinataria di provvedimento di esclusione dalla gara per i "lavori di manutenzione straordinaria liceo classico Linares di Licata" disposto dal Libero Consorzio Comunale di Agrigento;
- c) Fratelli Omini, componenti il raggruppamento di imprese ricorrente, in particolare, per quanto di ragione, si sono qualificati per una quota del 10% in categoria prevalente OG3. Tale operatore economico, per comprovare la qualificazione, ha fatto ricorso ad un contratto di avvalimento con la Società Aleandri s.p.a. che, però, è

stata indicata dal Consorzio Stabile MEDIL anche come consorziata esecutrice, in violazione dell'art. 48 co. 7 del d.lgs. n. 50/2016;

d) sussistono inoltre diverse cause di invalidità del predetto contratto di avvalimento;

e) assenza in capo alla OFFTEC, mandante del RTP ricorrente, di un fatturato globale, nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio di almeno ad € 786.543,86 (23% di € 3.419.755,93);

f) violazione del criterio b.5.3. del bando di gara, perché la ricorrente, pur avendo proposto la "Progettazione esecutiva e "as-built" con tecnologia BIM", per il quale ha conseguito n. 5 punti, non ha indicato nell'offerta economica alcun nuovo prezzo.

Orbene, tanto premesso in punto di fatto i ricorsi incidentali sono fondati nei limiti di seguito specificati.

11. E' infondato il motivo di ricorso che contesta la natura di consorzio stabile della ricorrente.

La giurisprudenza amministrativa consolidata ha evidenziato che la natura di consorzio stabile deve essere accertata sulla scorta di una ricostruzione sostanzialistica dei relativi tratti identificativi della figura, come individuati dall'art. 45, comma 2, lettera c), del d.lgs. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, III, n. 2493/2019), tenendo in particolare conto dell'elemento c.d. teleologico, costituito dalla sua astratta idoneità come un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (cfr. Cons. Stato sez. III, 26/04/2021, n.3358). L'ammissibilità del

c.d. cumulo alla rinfusa per la prova dei requisiti di qualificazione si giustifica proprio in ragione della comune struttura d'impresa.

Ne consegue, dunque, che per essere qualificato come stabile un Consorzio deve possedere una comune struttura di impresa per l'esecuzione anche in via diretta delle prestazioni oggetto di pubblico affidamento.

Nel caso di specie, come già chiarito dal Consiglio di Stato con sentenza del 13 ottobre 2020, n. 6165, l'accertamento circa la natura di consorzio stabile del consorzio ricorrente è stata positivamente svolto, "in quanto il consorzio è in grado di svolgere un complesso di compiti (analiticamente indicati dal primo giudice come "il compito di coordinare, svolgere ed accompagnare per conto dei soggetti consorziati, le procedure e gli atti inerenti alla realizzazione dei rispettivi programmi di investimento, nonché implementare, gestire ed erogare i servizi comuni a favore dei consorziati provvedendo tra l'altro a: intervenire in licitazioni, gare bandi aste ed appalti, fornire, in accordo con i soggetti consorziati medesimi, sia direttamente che attraverso terzi, assistenza tecnica ai soci stessi al fine del miglioramento delle loro rispettive attività e dei servizi resi all'utenza, provvedere agli acquisti collettivi per i consorziati ed organizzare e gestire centri per la logistica dei consorziati, disciplinare tra i consorziati la distribuzione delle commesse, vigilando ai fini della perfetta esecuzione ed osservanza delle norme contrattuali, istituire uno specifico ufficio tecnico volto a garantire la redazione dei progetti e dei preventivi delle commesse, nonché la loro analisi e direzione e la soluzione di eventuali controversie in rapporto alla loro esecuzione, curare, sia per conto dei soci che direttamente, tutte le attività gestionali, di coordinamento e di

organizzazione commerciale, tecnica amministrativa, del lavoro, della sicurezza finanziaria ed ogni altra attività di impresa anche in outsourcing”) che ben dimostrano la sussistenza di tutti i requisiti per essere annoverato tra i consorzi stabili”.

12. E’, invece, fondato il motivo di ricorso con cui le controinteressate contestano che la ricorrente abbia omesso di dichiarare gravi illeciti professionali ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c), c bis) e c ter) del d.lgs. 50/2016.

In particolare, le ricorrenti in via incidentale hanno evidenziato che la capogruppo mandataria del raggruppamento ricorrente nel DGUE, ha dichiarato l’assenza di illeciti professionali, malgrado in data 27 marzo 2018 fosse risultata destinataria di provvedimento di esclusione dalla gara per i “lavori di manutenzione straordinaria liceo classico Linares di Licata” disposto dal Libero Consorzio Comunale di Agrigento.

L’esclusione è stata motivata per la violazione dell’art. 48, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto il Consorzio ricorrente ha indicato di concorrere per la gara in questione con altro concorrente che risultava a sua volta concorrente.

L’esclusione è stata poi iscritta nel Casellario Informativo ANAC in data 5 marzo 2019.

Nel presente giudizio, ai fini dell’esclusione dell’operatore economico, opera l’art. 80, comma 5, lett. c *bis*), secondo cui l’operatore economico può essere escluso dalla gara, qualora abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni

sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Come ha chiarito dall'Adunanza plenaria (sentenza n. 16/2020), in nessuna di queste fattispecie si ha però l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione», quanto «l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» sono considerati dalla lettera c) quali «gravi illeciti professionali» in grado di incidere sull'«integrità o affidabilità» dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante [...]”. - “Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. [...] Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo.

Tali valutazioni in concreto non sono state effettuate dall'amministrazione resistente anche a causa dell'omessa dichiarazione della ricorrente circa l'esclusione in cui è in corso nella pregressa gara d'appalto.

Ne consegue che dall'accoglimento dei ricorsi proposti dalla ricorrente non può di certo derivare l'automatica aggiudicazione della gara alla ricorrente medesima, in quanto la stazione appaltante dovrà valutare se la predetta omissione dichiarativa posta in essere dalla

ricorrente stessa comporti l'esclusione anche di quest'ultima o, invece, sia irrilevante ai fini della partecipazione alla gara e della conseguente eventuale aggiudicazione.

13. Sono invece tutti infondati i restanti motivi di ricorso incidentale. In particolare, quanto alla contestazione relativa al contratto di avvalimento tra Fratelli Omini e Aleandri, non sussista la dedotta violazione dell'art. 48, comma 7 del d.lgs. 50/2016, secondo cui "è 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". Tale norma vieta certamente che l'impresa partecipante alla gara possa, in base ad un contratto di avvalimento, avvalersi di un'impresa ausiliaria che, a sua volta, partecipa autonomamente alla gara, in conflitto di interessi con la prima. Il divieto non può operare, invece, all'interno dello stesso raggruppamento di imprese, come nel caso di specie, in quanto la norma è volta a stigmatizzare la violazione delle regole della concorrenza che nella specie non sussistono.

Del resto, lo stesso art. 89, comma 1, consente la possibilità che l'operatore economico di un raggruppamento di imprese possa avvalersi delle capacità di altri soggetti anche partecipanti allo stesso raggruppamento.

13. Quanto alla dedotta nullità del contratto di avvalimento stipulato in data 28.02.2020 tra PRO ITER ed OFFTEC, per mancata specificazione dei mezzi e delle risorse, al punto 4 delle premesse si evidenzia espressamente che OFFTEC non era in possesso dei prescritti requisiti di capacità professionale e tecnica di cui al punto

III.1.3 del bando di gara; si trattava, dunque, di un avvalimento operativo e non di garanzia, diversamente da quanto sostiene la ricorrente. Del resto l'ausiliaria ha messo a disposizione della ricorrente nove servizi di ingegneria corrispondenti al punto III.1.3., lett. d) del bando di gara e ANAS, come ha rilevato in sede istruttoria, ne ha ritenuto la nullità per assenza delle indicazioni dei mezzi e risorse messi a disposizione.

Tuttavia, Anas ha chiesto di chiarire se la mandante OFFTEC S.r.l. sia in grado di fornire una elencazione, seppur minima, di servizi analoghi posseduti autonomamente, senza, quindi, necessità di ricorrere al contratto di avvalimento.

La ricorrente ha chiarito di non aver bisogno del contratto di avvalimento, in quanto il RTP possiede autonomamente tutti i requisiti senza che possa applicarsi al caso di specie il principio della corrispondenza delle quote di esecuzione alle quote di qualificazione che non si applica agli appalti oggetto del presente giudizio (appalto di servizi e progettazione), ma solo a quelli di lavori (T.A.R. per il Lazio, sez. III , 06/08/2020 , n. 9014).

La ricorrente, inoltre, quale consorzio stabile può giovare del c.d. cumulo alla rinfusa per la prova dei requisiti di qualificazione che si giustifica proprio in ragione della comune struttura d'impresa.

Poiché il RTI ricorrente era dotato autonomamente dei requisiti per partecipare alla gara la caducazione del contratto di avvalimento restava irrilevante.

Peraltro, nessuna illegittima forma di soccorso istruttorio è stata effettuata, perché la stazione appaltante non ha consentito l'integrazione del contratto di avvalimento, ma sostanzialmente ha impedito all'operatore economico di avvalersene, consentendo, in

un'ottica di interpretazione sostanzialistica degli atti di gara, di proseguire nella gara senza il contratto di avvalimento, in quanto non necessario.

14. Anche il motivo di ricorso con cui si contesta l'assenza di fatturato della OFFTEC è infondato, in quanto il requisito del fatturato, contestato dalle ricorrenti incidentali, è posseduto integralmente dalla società mandataria Pro-Iter e dalla Delta.

15. Quanto alla questione dei nuovi prezzi, l'ATI Medil non ha offerto riduzioni di prezzo ed ha confermato i prezzi posti a base di gara da ANAS così da escludersi in radice l'ipotesi di un Nuovo Prezzo da specificare in allegato all'offerta economica.

16. Parimenti infondate sono le censure relative alle inammissibili modifiche progettuali che avrebbe proposto la ricorrente che, invece, sembrano da ricondurre a mere modifiche per migliorie non in contrasto con il bando di gara.

La soluzione prescelta dalla Medil per la realizzazione di un tratto di galleria, è preordinata a limitare le interferenze generate dalle lavorazioni in cantiere, senza alcuna modifica di tracciato e di dimensioni, e con l'assoluto rispetto della configurazione geometrica finale dell'opera.

17. Conclusivamente, il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti proposti dal Consorzio Stabile Medil S.C.P.A. e i ricorsi incidentali proposti dalle controinteressate vanno accolti nei limiti specificati in motivazione. L'ANAS provvederà agli ulteriori e conseguenti atti.

La soccombenza ripartita e la particolare complessità dell'odierno contenzioso giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo, sui ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, e sui ricorsi incidentali, come in epigrafe proposti, li accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno del 9 giugno 2021 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maurizio Santise

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO