

Pubblicato il 05/05/2025

N. 00472/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00065/2025 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 per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 65 del 2025, proposto da Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A., Rete Costruttori Bologna, Taddei Costruzioni S.r.l., in proprio e quali membri del costituendo RTI tra esse, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0330A6C3B, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Bertini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Grenti S.p.A. A Socio Unico, in proprio e quale mandataria del R.T.I. costituito con le mandanti Micheli Primo Officine Meccaniche Srl e Pradelli Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dagli avvocati Angela Aiello e Andrea Mazzanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

degli atti ed esiti della gara indetta da ANAS (“*DG 58/23 - Accordo Quadro triennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione programmata per il risanamento strutturale di opere d'arte, suddiviso in 18 lotti*”), relativamente al Lotto 5, Emilia - Romagna, CIG A0330A6C3B, in particolare:

- a) approvazione della proposta di esclusione e decisione di esclusione del RTI Baraldini, a firma del RUP, del 13.12.2024 in calce al verbale del Seggio Rep. 15605 del 12.12.2024;
- b) verbale del Seggio Rep. 15605 del 12.12.2024, recante la proposta di esclusione del RTI Baraldini;
- c) relazione n. 3 finale del Gruppo di valutazione del 9.12.2024 e nota di condivisione del RUP in calce ad essa del 12.12.2024;
- d) ove occorra, Relazioni del Gruppo di valutazione n. 1 e 2 del 11.10.2024 e 12.11.2024, e note di condivisione del RUP in calce ad esse; note di ANAS del 10.9.2024 n. 769610, nota a portale del 11.9.2024 in risposta all'istanza del RTI in pari data, richiesta di giustifiche del 15.10.2024 prot. 888157, richiesta di giustifiche e di convocazione per il contraddittorio del 13.11.2024, prot. 986404, verbale di contraddittorio del 21.11.2024 e richieste, determinazioni e posizioni ivi assunte dalla s.a.; comunicazione di esclusione del 13.12.2024 prot. 1088720 a firma del Responsabile gestione appalti e trasmissione a portale del 16.12.2024; verbale di seduta riservata del 8.7.2024 (ed ove occorra 31.7.2024);
- e) verbale del Seggio Rep. 15630 del 18.12.2024, recante proposta di aggiudicazione al RTI Grenti e determina del Responsabile gestione appalti del 19.12.2024, di approvazione dell'aggiudicazione al RTI Grenti, e sua comunicazione del 19.12.2024 prot. 1109734;

f) ogni altro atto di procedura recante esclusione del RTI Baraldini, o sua con-ferma, e/o recante aggiudicazione provvisoria e/o definitiva e/o efficace al RTI Grenti;

g) ove occorrente, *lex specialis*, bando, e disciplinare e in particolare il suo art. 22, ed ulteriori, il tutto in parte qua, e relativi atti di approvazione;

h) ogni atto presupposto, connesso o conseguente, ancorché ignoto, rispetto a quelli di cui a tutti i punti precedenti;

e per l'annullamento e/o declaratorie di inefficacia o nullità e/o caducazione del Contratto ove stipulato tra s.a. e RTI Grenti, e per l'aggiudicazione al, ed il subentro del, RTI Baraldini, salva riserva di azione per il risarcimento danni per equivalente monetario;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Grenti s.p.a. a socio unico in data 11 febbraio 2025:

per l'annullamento

di tutti i verbali e atti di gara nella parte in cui hanno proceduto alla ammissione, valutazione e attribuzione di punteggi - anziché comminare la esclusione - dell'offerta del R.T.I. BARALDINI dalla gara ANAS, Accordo quadro triennale DG 58/2023 ("DG 58/23 - Accordo Quadro triennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione programmata per il risanamento strutturale di opere d'arte, suddiviso in 18 lotti"), relativamente al Lotto 5, Emilia - Romagna, CIG A0330A6C3B, ed in particolare di:

a) del 2° verbale del 4.7.2024 di verifica offerte tecniche, nella parte in cui attribuisce punteggi all'offerta del R.T.I. BARALDINI anziché escluderla;

b) del 3° verbale dell'8.7.2024 di apertura offerte economiche, nella parte in cui attribuisce punteggi all'offerta del R.T.I. BARALDINI formando la graduatoria provvisoria anziché escluderla, ed omettendo di verificare altresì il costo della manodopera ex art.108 co.9 del Codice;

c) di ogni altro atto di procedura recante l'ammissione dell'offerta a valutazione del R.T.I. BARALDINI;

d) ogni atto presupposto, connesso o conseguente, ancorchè ignoto, rispetto a quelli di cui a tutti i punti precedenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Grenti S.p.A. A Socio Unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2025 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

ANAS, con bando del 13 dicembre 2023, ha indetto una gara per la stipula di un “Accordo Quadro” triennale per l’esecuzione di lavori di manutenzione programmata per il risanamento strutturale di opere d’arte, diviso in 18 lotti, dei quali viene in esame il Lotto n. 5, Emilia-Romagna, CIG A0330A6C3B, relativo a lavori da svolgersi in tale Regione.

Alla gara, relativamente al suddetto Lotto, hanno partecipato due soli operatori economici: il RTI odierno ricorrente principale (d’ora in poi Baraldini) e il RTI controinteressato e ricorrente incidentale (d’ora in poi Grenti).

Il Seggio di gara si è avvalso dell’istituto dell’inversione procedimentale, ai sensi dell’art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023: all’esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, Baraldini è risultato I graduato, ma è stato escluso a seguito della verifica di anomalia, con conseguente aggiudicazione in favore di Grenti.

Avverso i provvedimenti e gli atti di gara indicati in epigrafe, quindi, la parte ricorrente ha proposto impugnazione, chiedendone l’annullamento per i seguenti motivi, in sintesi:

1. l’Amministrazione avrebbe errato nel dar luogo alla procedura di verifica

dell'anomalia, e, comunque, la *lex specialis* risulterebbe illegittima, nella parte in cui, disciplinando i presupposti per l'avvio di tale verifica, individua, con riguardo ai c.d. costi sicurezza, il superamento del coefficiente OTSA 0,0075, di cui agli "Indirizzi Itaca" del 2015, senza, però, tener conto del fatto che nell'ambito di tali oneri sono ricompresi anche i c.d. "costi operativi", i quali, essendo parametrati allo specifico appalto, non sono compatibili con un "accordo quadro", perché non preventivabili senza avere contezza delle caratteristiche dello specifico progetto, mancante del tutto nel caso di specie, così come manca anche il PSC specifico; le Linee Guida ITACA sarebbero, quindi, in parte qua, inapplicabili all'accordo quadro;

2. le contestazioni sollevate dalla S.A. nella relazione finale del Gruppo di valutazione (d'ora in poi Gdv) sarebbero tutte errate: a) per quanto riguarda i costi di sicurezza aziendali, non sarebbe stato possibile precisare la componente relativa ai c.d. "costi operativi", per le ragioni sopra ricordate; sotto altro profilo, il Gdv e l'Amministrazione non avrebbero considerato che Baraldini aveva previsto una percentuale di "Spese generali" più elevata (17,23% contro il 15% dei Prezzari), per far fronte alle occorrenze dell'accordo quadro, inclusi se del caso i costi della sicurezza, oltre ad aver giustificato i prezzi sulla base dello "Schema rappresentativo" previsto nel bando, indicando un ribasso del 15,88% superiore a quello del 14,805% della gara di accordo quadro; la stima di Baraldini, pur non essendo coerente con l'OTSA "0,0075", è coerente con il *range* contemplato da ITACA (3/5% delle spese generali), Baraldini avendo indicato spese generali (17,23%) per € 3.011.945 sull'accordo quadro; il Gdv non avrebbe considerato le presumibili economie di scala sui costi della sicurezza; IV. infine, varie poste della Tabella ITACA, parte B, erano già comprese nelle spese generali; in via gradata, viene impugnata anche la *lex specialis* laddove interpretata e applicata nel senso di dover considerare i costi operativi ai

fini della valutazione di anomalia; b) per quanto riguarda, poi, la contestazione relativa alle schede analisi, la motivazione sarebbe generica non indicando precisamente gli errori rilevati; in ogni caso, poiché il subappalto dell'impresa Santalucia è stato dichiarato "necessario", al 100%, e di tipo qualificante, ne consegue anche la traslazione sul "subappaltatore" in ordine al contenuto delle "schede di analisi", diversamente venendo in rilievo un mero formalismo correlato alla sola mancata "ricopiatura" dei valori e subvalori del subappaltatore; le schede, comunque, sarebbero conformi al disciplinare salvo che per l'ordine espositivo delle componenti, la veste grafica e alcune altre irrilevanti omissioni contenutistiche; c) infine, anche con riguardo al tema del costo della manodopera e all'applicazione di una tabella non corretta (quella della Provincia di Bologna invece che di Reggio Emilia), perché con il terzo atto di giustificazioni endoprocedimentali Baraldini avrebbe allineato il costo della manodopera computandolo in € 31,21/h, con un conseguente incremento totale dei costi di appena € 5.605 sullo "Schema rappresentativo" (cioè, € 34.425 sull'intero accordo quadro); in secondo luogo, non sarebbe condivisibile la valutazione da parte della S.A. in ordine alla necessità di un operaio di III livello (specializzato), ben potendo essere utilizzato un operaio di II livello (qualificato), il cui costo medio, nelle Tabelle di Reggio Emilia, è di € 28,98, inferiore a € 30,00; in ogni caso, MOTEM è un noleggiante "eventuale", indicato dal RTI solo per dimostrare l'ipotesi "più sfavorevole"; secondo parte ricorrente, la clausola per cui "il costo della manodopera da adottare è quello ... [di] Reggio Emilia", non avrebbe rilievo escludente e, comunque, laddove si ritenga prevista sul punto una sorta di "causa di esclusione" connessa alle Tabelle provinciali o comunque al costo della manodopera, la *lex specialis* risulterebbe illegittima, venendo in rilievo non una questione di minimo tabellare, ma di costo del lavoro medio tabellare;

3. la S.A. avrebbe comunque violato il principio del giudizio "globale e

sintetico”, il Gdv non avendo valutato l’attendibilità dell’offerta nella sua interezza, tenuto conto, altresì, dell’abbondante capienza dell’utile;

4. la S.A. avrebbe poi violato il contraddittorio, nonché i principi di buona fede e di affidamento, perché in sede di “audizione orale” del 21 novembre 2024, preso atto delle giustifiche del 20 novembre 2024, ha invitato Baraldini ai chiarimenti sulla manodopera, ma non sugli altri due profili poi valorizzati nella relazione finale (Costi della sicurezza e Schede di Analisi);

5. parte ricorrente ha dedotto l’illegittimità o la nullità della *lex specialis*, in specie del bando, dell’art. 22 del disciplinare di gara, dei relativi atti di approvazione, nonché degli atti susseguenti, in via derivata, per le ragioni indicate nei precedenti motivi di ricorso.

Parte ricorrente, quindi, ha chiesto, quale effetto conformativo della sentenza, l’aggiudicazione in favore di Baraldini o, quantomeno, il rinvio alla Stazione appaltante per il riesercizio del potere, precisando di essere disponibile, ove stipulato il contratto, al subentro.

Si sono costituiti in giudizio Anas e Grenti per resistere al ricorso.

Grenti, altresì, in data 22 gennaio 2025, ha depositato ricorso incidentale, chiedendo l’annullamento dei provvedimenti e degli atti di gara indicati in epigrafe, nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione di parte ricorrente dalla procedura ad evidenza pubblica, per i seguenti motivi, in sintesi:

1a. con riguardo a quanto previsto dall’art. 17 del disciplinare di gara, Baraldini, pur avendo optato per l’ipotesi di impiego di manodopera da assumere specificatamente per l’esecuzione dei lavori oggetto dell’appalto, avrebbe omesso di produrre la prescritta documentazione; in particolare, Baraldini non avrebbe prodotto né la tabella della manodopera generale, né la bozza degli atti contrattuali da utilizzare per l’assunzione della manodopera; l’offerta, quindi, risulterebbe indeterminata e astratta con riguardo alla voce della manodopera; peraltro ANAS avrebbe errato nel

non valutare il costo della manodopera ex art.108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2024, anche perché la mancanza di documentazione prevista a corredo della offerta economica non sarebbe nemmeno sanabile a mezzo di soccorso istruttorio, con conseguente esclusione di Baraldini dalla gara.

2a. Baraldini avrebbe dovuto essere escluso in quanto, con riferimento alla categoria OS18-A, *la lex specialis* richiedeva che l'impresa esecutrice designata fosse specificamente qualificata per eseguire le particolari lavorazioni correlate, mentre, nel caso di specie, Baraldini si è qualificato nella categoria OS18-A indicando le mandanti Rete Costruttori Bologna per la quota maggioritaria del 66,67% e Taddei Costruzioni per la rimanente quota del 33,33%; d'altronde, la mandante Rete Costruttori Bologna, pur dichiarando che garantirà stabilità occupazionali del personale impiegato, pari opportunità, genere, inclusione, ha altresì dichiarato di non avere dipendenti, rimandando gli obblighi di cui all'art. 102 a), b) e c) del D.lgs.36/2023 alla impresa retista designata come impresa esecutrice dei lavori, la società Tovoli Primo S.r.l., la quale, però, non disporrebbe né della qualificazione nella categoria OS18-A, né del personale inquadrato con il CCNL afferente alla categoria di lavoro OS18-A; non sarebbe ammissibile, quindi, il c.d. cumulo alla rinfusa, venendo in rilievo una sorta di avvalimento *ex lege* non consentito dalla *lex specialis* per le opere OS18;

3a. Baraldini avrebbe dovuto essere parimenti escluso difettando dei requisiti qualificativi relativi alle categorie "OS11" e "OS12-A", avendo dichiarato di procedere ad un subappalto qualificante (necessario), ma frazionato, sì che né Baraldini, né il subappaltatore "necessario", possiederebbero al 100% il requisito richiesto dal bando di gara nelle due categorie a qualificazione obbligatoria OS11 e OS12-A;

4a. Baraldini avrebbe violato l'art. 15.6.2 del disciplinare di gara nonché l'art. 85, d.lgs. n. 159 del 2011 e l'art. 80 comma 1, lett. a), b), c), d), e), f) e g) e comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, ora art. 93, d.lgs. n. 36 del 2023, in

quanto il legale rappresentante della sola impresa mandataria avrebbe inammissibilmente presentato una dichiarazione *de relato* e cumulativa, anche per conto, cioè, degli altri soggetti indicati dall'art. 85, d.lgs. n. 159 del 2011, nonostante ANAS avesse allegato al bando un modulo di autocertificazione "singola".

Le parti hanno depositato memorie difensive.

All'esito dell'udienza del 9 aprile 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Sul ricorso principale.

1.1. Sul primo motivo di ricorso.

Baraldini contesta i provvedimenti impugnati e la *lex* di gara presupposta con riguardo alla disposizione concernente i presupposti per l'"attivazione" del subprocedimento di "anomalia".

Va premesso che è infondata l'eccezione di inammissibilità del motivo, sollevata da Grenti, in quanto la *lex specialis, in parte qua*, non prevede una clausola c.d. immediatamente escludente, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria di cui alle pronunce n. 1 del 2003 e n. 4 del 2018, ma viene in contestazione una previsione rispetto alla quale l'interesse ad impugnare sorge solo a seguito non solo dell'attivazione del giudizio di anomalia, ma anche della conclusione negativa dello stesso.

Al riguardo, il bando di gara prevede, al par. II, punto 2.5, che «*ai sensi dell'art. 110 comma 1 del Codice, l'offerta sarà anormalmente bassa al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi specifici: 1 – qualora i punteggi dell'offerta tecnica e di quella economica abbiano superato contemporaneamente i quattro quinti dei rispettivi punteggi massimi previsti dal bando; 2 – qualora venga indicato un importo complessivo per gli oneri aziendali della sicurezza inferiore all'importo risultante dall'applicazione del coefficiente 0.0075 (previsto nelle indicazioni operative sulla verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza di ITACA del 19 febbraio 2015) all'importo*

complessivo offerto; 3 – qualora venga indicato un importo complessivo della manodopera inferiore di più del 5% della manodopera complessivamente indicata a base di gara».

L'art. 22, comma 1, del disciplinare prevede che «*Al verificarsi di almeno una delle condizioni di cui ai punti 1), 2) e 3) indicati nel bando di gara al paragrafo “II.2.5) Criterio di aggiudicazione”, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, di un Gruppo di Valutazione oppure della Commissione valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse*».

L'art. 22.1., poi, alla voce “*Oneri aziendali della sicurezza*”, prevede che, nel corso della verifica di anomalia, gli oneri aziendali per la sicurezza sono verificati dalla Stazione Appaltante sulla base delle “Prime indicazioni operative relative alla verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza nei **contratti di lavori pubblici**” – edizione di febbraio 2015 – emesse dall'Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (Itaca). La stazione Appaltante per tale verifica utilizza un coefficiente OTSA potenziale pari a 0.0075.

Baraldini contesta la ragionevolezza di subordinare l'automatica attivazione della procedura di anomalia al superamento dell'importo correlato al coefficiente 0.0075 previsto nelle indicazioni operative sulla verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza di Itaca del 19 febbraio 2015, c.d. “Indirizzi Itaca”: ciò in quanto tali “Indirizzi” non sarebbero compatibili con un accordo quadro, gli oneri della sicurezza, in particolare quelli operativi, essendo correlati ad un vero e proprio appalto, e, quindi, tanto ad uno specifico progetto, quanto alla redazione di un PSC (Piano di sicurezza e di coordinamento), atti questi ontologicamente insussistenti nel caso di un mero accordo quadro.

Il Collegio ritiene la censura non fondata.

A tal proposito occorre, anzitutto, distinguere i concetti di “oneri della sicurezza” e “costi della sicurezza”.

In linea generale, si può dire che i costi per la sicurezza sono quelli correlati

ad una specifica stima effettuata nel progetto e nel PSC, mentre gli oneri della sicurezza sono le spese che ogni datore di lavoro sopporta per la gestione dei rischi specifici propri.

A tal proposito si può anche richiamare la distinzione (da ultimo rammentata da Tar Lazio, sez. III *ter*, 3 dicembre 2024, n. 21698) tra oneri della sicurezza esterni ed interni, tracciata dall'art. 21, comma 3, del D.Lgs. 81/2008 (Testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro), secondo cui l'individuazione delle misure da adottare per eliminare ovvero ridurre al minimo “i rischi da interferenze” - *i.e.* gli oneri esterni - compete alla Stazione appaltante, restando invece esclusi i “*rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici*”. I costi della sicurezza derivanti da rischi da interferenze sono determinati dall'Amministrazione e indicati nel bando (art. 21, comma 5, del D.Lgs. 81/2008), mentre gli oneri della sicurezza interni sono quantificati dall'operatore e indicati nell'offerta economica unitamente ai costi della manodopera (art. 108, comma 9, del D.Lgs. 36/2023), al fine di consentire alla Stazione appaltante la verifica di congruità (art. 110, commi 1 e 5, lett. c).

Come precisato proprio nelle linee Itaca 2015, si distinguono:

a. costi della sicurezza che derivano, in caso di lavori ex Titolo IV, dalla stima effettuata nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) ai sensi dell'art. 100 del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.) - o dall'analisi della Stazione appaltante anche per tramite del RUP quando il PSC non sia previsto – rif. punto 4.1.2. - secondo le indicazioni dell'allegato XV punto 4. A tali costi l'impresa è vincolata contrattualmente (costi contrattuali) in quanto rappresentano “l'ingerenza” del committente nelle scelte esecutive della stessa; in essi si possono considerare, in relazione al punto 4.1.1. dell'allegato XV, esclusivamente le spese connesse al coordinamento delle attività nel cantiere, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni, nonché quelle degli apprestamenti, dei servizi e delle procedure necessarie

per la sicurezza dello specifico cantiere secondo le scelte di discrezionalità tecnica del CSP / Stazione appaltante, valutate attraverso un computo metrico estimativo preciso;

b. oneri aziendali della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico (detti anche, in giurisprudenza piuttosto che in dottrina, costi *ex lege*, costi propri, costi da rischi specifici o costi aziendali necessari per la risoluzione dei rischi specifici propri dell'appaltatore), relativi sia alle misure per la gestione del rischio dell'operatore economico, sia alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni e alla loro contestualizzazione, aggiuntive rispetto a quanto già previsto nel PSC e comunque riconducibili alle spese generali.

Le Indicazioni Itaca, prevedono che *«La verifica di congruità degli oneri della sicurezza viene svolta secondo la formula di seguito riportata. Tale formula consente la determinazione di un parametro convenzionalmente stabilito di incidenza degli oneri aziendali. La valutazione di congruità avviene pertanto tramite il confronto di tale parametro con l'importo della sicurezza indicato in sede di giustificazione dell'offerta economica. La stazione appaltante procederà alla verifica di congruità attraverso l'utilizzo della formula sottoesposta che consente la determinazione del parametro Oneri Aziendali Presunti da assumere a riferimento per la verifica di congruità degli oneri indicati in offerta.*

OAP: Oneri Aziendali Presunti; OTSA: Incidenza Oneri totali della sicurezza aziendale storici presunti; IOSA: Importo offerto specifico appalto; ISO: Importo sicurezza offerto. $OAP = (OTSA) \times (IOSA)$. La formula proposta presuppone una stima convenzionale degli OTSA da parte della stazione

appaltante variabile tra il 3% e il 5% delle spese generali sostenute dall'operatore economico, queste ultime valutate pari ad una percentuale variabile tra il 13% e il 17% ai sensi dell'art. 32 c.2 del D.P.R. 207/2010. $OTSA = 3\% \div 5\%$ del $(13\% \div 17\%)$

Se ISO risulta superiore/coincidente ad OAP si attesta ragionevolmente la congruità degli oneri indicati rispetto all'offerta, con la conseguente conclusione positiva della

procedura di verifica della congruità. Per comodità viene fornita una matrice riportante dei coefficienti corrispondenti alle diverse combinazioni possibili sulle percentuali sopra indicate.

Tabella 1: coefficienti OTSA potenziali

13% 15% 17%

3% 0.0039 0.0045 0.0051

4% 0.0052 0.0060 0.0068

5% 0.0065 0.0075 0.0085

Qualora invece la stazione appaltante riscontrasse uno scostamento dell'ISO significativo in diminuzione (>2%) rispetto ad OAP, richiederà per iscritto nei termini di cui all'art. 88 c. 1 del codice (o secondo la tempistica prevista nel disciplinare di gara o nella lettera di invito sopra richiamate) all'operatore economico contestualmente una relazione generale esplicativa, la compilazione della Tabella degli oneri e la presentazione dei giustificativi relativi agli importi ivi indicati al fine di proseguire nell'iter di verifica di congruità attraverso l'analisi di dettaglio dei giustificativi forniti.

a) Relazione generale esplicativa

Nella Relazione dovrà essere argomentato opportunamente il contenuto di quanto indicato nella Tabella. Le giustificazioni non potranno consistere in affermazioni generiche ma dovranno essere tali da fornire elementi oggettivi e verificabili e dovranno essere opportunamente documentate.

b) La Tabella degli oneri

Si premette che la Tabella riporta un elenco di voci della sicurezza indicativo e non esaustivo. Si precisa che la tabella dovrà essere compilata esclusivamente per le voci di oneri effettivamente sostenute o da sostenere in relazione allo specifico appalto dal concorrente e per le quali lo stesso dovrà fornire le relative giustificazioni. Le giustificazioni non potranno consistere in affermazioni generiche ma dovranno essere tali da fornire elementi oggettivi e verificabili e dovranno essere opportunamente documentate secondo le indicazioni a seguire.

*Verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza nei **contratti** di lavori*

pubblici: prime indicazioni operative. La somma degli importi indicati in Tabella dovrà corrispondere all'importo indicato in offerta economica alla voce "di cui oneri per la sicurezza afferenti l'impresa".

Nel dettaglio la Tabella degli oneri è composta da 2 colonne riportanti rispettivamente: - Nella prima colonna, che contiene un elenco indicativo di voci rappresentative delle misure per il rischio aziendale, si richiede di contrassegnare con una X le voci ritenute pertinenti ed eventualmente di inserirne ulteriori in quanto non presenti. - Nella seconda colonna si richiede di indicare l'importo, puntuale o presuntivo, relativo al singolo riquadro della prima colonna rappresentativo e rapportato allo specifico contratto d'appalto nonché l'importo totale quale somma degli importi indicati per tutte le voci valorizzate. Si evidenzia che sia gli oneri gestionali, strettamente connessi allo svolgimento del ruolo di datore di lavoro, sia gli oneri operativi, esclusivamente contestualizzati allo specifico cantiere oggetto del contratto di appalto, aggiuntivi rispetto a quanto già previsto nel PSC e comunque riconducibili alle spese generali in virtù della normativa vigente in materia (art. 15 e art. 95 del D.Lgs. 81/08), dovranno essere sostenuti e valutati dallo stesso in qualità di operatore economico partecipante ad un appalto».

Come si può chiaramente notare dall'esame di questo "estratto" delle indicazioni Itaca, all'interno degli "oneri della sicurezza" vi sono delle voci (in particolare, quelle relativi ai c.d. oneri operativi) che sono strettamente correlate ad uno specifico appalto, e ai relativi progetto e PSC, di per sé, quindi, poco compatibili con la struttura dell'accordo quadro.

D'altronde, il Collegio ritiene che non vi siano i presupposti per ritenere illegittima la previsione della *lex specialis* che, pur indicando un coefficiente OTSA non perfettamente compatibile con un accordo quadro, si limita a farne uso al solo fine di dare avvio alla procedura di anomalia.

Ciò in quanto si tratta di un parametro che, pur con riguardo agli accordi quadro, in parte è correlato a oneri effettivamente determinabili (gli oneri c.d. "gestionali"), e in parte fa riferimento a oneri – quelli operativi – che

seppure non ancora specificabili in concreto, possono essere comunque computati in via percentuale e “di massima”.

Infatti, come sopra ricordato, le Indicazioni Itaca prevedono che «La formula proposta presuppone una stima convenzionale degli OTSA da parte della stazione appaltante variabile tra il 3% e il 5% delle spese generali sostenute dall'operatore economico, queste ultime valutate pari ad una percentuale variabile tra il 13% e il 17% ai sensi dell'art. 32 c.2 del D.P.R. 207/2010».

È chiaro che, però, come vedremo esaminando il secondo e terzo motivo del ricorso principale, proprio questa mancanza di determinatezza e specificità degli oneri operativi in ragione della natura di accordo quadro e della mancanza, quindi, di specifici progetti e PSC, deve portare l'Amministrazione, da un lato, a non richiedere particolari specificazioni agli operatori economici – a ciò sostanzialmente impossibilitati –, dall'altro lato, a motivare in modo particolarmente puntuale in ordine all'inattendibilità dell'offerta economica nella sua globalità e tenendo conto che, comunque, gli oneri della sicurezza sono correlati alle spese generali (a differenza dei costi della sicurezza).

Pertanto, il primo motivo di ricorso deve essere respinto, tanto più che, comunque, il par. II, punto 2.5. del bando rimetteva alla Stazione appaltante la possibilità di *«valutare la congruità delle offerte qualora, in base ad elementi specifici, appaiano anormalmente basse»*.

1.2. Sul secondo e terzo motivo di ricorso.

Le due censure, essendo comunque attinenti al giudizio valutativo dell'anomalia espresso nella relazione finale dal Gdv, devono essere esaminate unitariamente, tenendo a mente quanto sopra ricordato in ordine al concetto di oneri della sicurezza, gestionali e operativi, nonché con riguardo alle c.d. Indicazioni Itaca.

Anche in tal caso è infondata l'eccezione di inammissibilità del motivo,

sollevata da Grenti, in quanto la *lex specialis, in parte qua*, non prevede una clausola c.d. immediatamente escludente, venendo in contestazione questioni rispetto alle quali l'interesse ad impugnare è sorto in capo a Baraldini solo a seguito della conclusione negativa del giudizio di anomalia.

In mancanza di una espressa graduazione tra il secondo e il terzo motivo di ricorso principale, il Collegio ritiene opportuno principiare dall'esame di quest'ultima censura.

In via generale, l'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023, (recante "Offerte anormalmente basse"), prevede che le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'art. 108, comma 9 (cioè i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro), appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.

Il comma 2 precisa che in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni.

Quindi, per quanto in questa sede di interesse, il comma 3 dell'art. 110 prevede che le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente, mentre, in forza del comma 4, non sono ammesse giustificazioni, a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge; b) in relazione "ai costi

di sicurezza” (come modificato correttamente dal d.lgs. n. 209 del 2024, posto che prima erroneamente la disposizione faceva riferimento agli “oneri”) di cui alla normativa vigente.

Quindi, in forza del comma 5, la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai **contratti** collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119 (in materia di subappalto); c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13.

La disposizione che precede, quindi, ricollega l'esclusione dell'offerta o a un giudizio di sintesi, adeguatamente motivato, relativo alla generale inattendibilità dell'offerta economica proposta (“le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti”), ovvero venga accertato e, parimenti adeguatamente motivato, il difetto di uno dei parametri indicati nelle lettere da a) a d) che precedono.

Nel caso di specie, la motivazione dell'esclusione dell'offerta di Baraldini è stata la seguente: *«Il Concorrente dichiara nella propria offerta economica di gara un costo relativamente agli oneri aziendali di sicurezza pari a € 119.967,00 (euro centodiciannovemila novecentosessantasette virgola zero) con uno scostamento pari al 26,37% (ventisei virgola trentasette per cento) rispetto all'importo risultante dall'applicazione del coefficiente 0,0075 (zero virgola zero zero settantacinque) previsto nelle indicazioni operative sulla verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza*

di ITACA del 19 Febbraio 2015. Il GdV nell'analizzare la documentazione complessiva trasmessa evidenzia quanto segue: Il Concorrente giustifica i costi della sicurezza aziendali parametrizzandoli a quelli effettivamente sostenuti nell'anno 2023. In particolare definisce un coefficiente di proporzionalità dato dal rapporto dell'importo complessivo dell'AQ di Gara con l'importo del fatturato relativo all'anno 2023. Questo coefficiente viene poi moltiplicato per i costi della sicurezza realmente sostenuti per ottenere la stima dei costi della sicurezza aziendali inerenti l'AQ di Gara. Il GdV ha rilevato che il fatturato dichiarato dal concorrente è indicato nella dichiarazione IVA trasmessa dal medesimo concorrente; per quanto riguarda invece gli importi delle singole voci dalla 1 alla 7 della Tabella ITACA, il concorrente si riserva di inviare tutte le fatture allegando una autodichiarazione certificando che tali spese sono desunte dalla contabilità aziendale. Per ciò che concerne la seconda parte della Tabella ITACA relativa alla gestione dei rischi connessi alle lavorazioni dello specifico appalto, il GdV rileva che il concorrente non presenta alcuna giustificazione salvo una generica affermazione che gli importi scaturiscono "da specifica esperienza" del concorrente. Tale affermazione giustificativa non consente al GdV di valutare e verificare gli importi indicati.

2. SCHEDE DI ANALISI Il GdV nell'analizzare la documentazione complessiva trasmessa evidenzia quanto segue: Il concorrente fornisce alcune schede di analisi compilate dal fornitore CAV. Santalucia. La compilazione risulta completamente errata rispetto a quanto previsto dal disciplinare in merito alla modalità di compilazione delle schede di analisi.

3. MANODOPERA Il Concorrente nel supplemento di documentazione giustificativa richiesta in fase di audizione orale produce copia delle buste paga della MO.TE.M. Tale società operando in provincia di Bologna il concorrente afferma che le tabelle ministeriali di riferimento siano di tale provincia. Si rileva che in tutte le altre schede di analisi il concorrente fa riferimento alle tabelle ministeriali della provincia di Reggio Emilia come richiesto dal disciplinare».

Come si può notare, manca del tutto, in primo luogo, un'adeguata motivazione di "sintesi" in ordine alla globale inaffidabilità dell'offerta economica di Baraldini.

Sul punto si rammenta l'insegnamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale la valutazione della congruità deve essere eseguita in modo complessivo, sintetico, e non parcellizzato o atomistico (Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2024, n. 9514).

È stato infatti precisato (recentemente, Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2024, n. 10107), che la valutazione in ordine alla non anomalia dell'offerta deve muoversi lungo i binari di un riscontro di natura globale e sintetico, "non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una caccia all'errore" (*ex plurimis*, della Sezione, sentenza n. 8356 del 2023). Il subprocedimento di verifica dell'anomalia non mira, infatti, ad individuare singole inesattezze, quanto piuttosto ad accertare che la proposta contrattuale sia nel suo complesso seria ed affidabile ai fini di una corretta esecuzione dell'appalto.

Ciò comporta, di conseguenza, che eventuali inesattezze sulle voci di prezzo devono ritenersi irrilevanti se, comunque, alla fine, si accerta l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso (Cons. Stato, sez. V, 07 novembre 2024, n. 8922).

La Stazione appaltante non ha fornito una motivazione argomentata e congrua, puntualmente correlata all'adeguatezza dell'offerta economica nel suo complesso, ma si è concentrata esclusivamente su specifici elementi, alcuni dei quali a ben vedere formali (come per la compilazione delle schede analisi, non prevista dalla *lex* di gara a pena di esclusione) ovvero sostanziali, ma comunque di per sé non escludenti (come nel caso dell'indicazione della tabella ministeriale relativa alla Provincia di Bologna, anziché di Reggio Emilia), senza, d'altronde, verificare e dar conto se, nel complesso, quanto offerto da parte ricorrente, sul piano economico, sia realmente attendibile.

Quindi, sotto questo profilo, emerge l'illegittimità del provvedimento per difetto di adeguata istruttoria e motivazione.

Sotto altro profilo e in secondo luogo, anche esaminando l'eventuale rilevanza "escludente" delle singole ragioni addotte dall'Amministrazione, in conformità al dettato dell'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023, e in mancanza di inequivoche previsioni della *lex* di gara specificamente "escludenti", si giunge al medesimo giudizio di difetto di adeguata motivazione sopra ricordato.

Per quanto concerne i costi della manodopera e, quindi, l'utilizzo della Tabella ministeriale della Provincia di Bologna, anziché quella di Reggio Emilia, il disciplinare di gara prevedeva che *«per le valutazioni durante la verifica dell'offerta anomala ANAS prenderà a riferimento quanto rilevato dal Ministero del Lavoro e delle politiche Sociali per la provincia di esecuzione dei lavori (<http://www.lavoro.gov.it> sez. Analisi economiche e costo del lavoro), aggiornate all'ultimo rilevamento rispetto alla data di scadenza dell'offerta. Il costo della manodopera da adottare è quello più alto fra le Province interessate dall'esecuzione dei lavori e segnatamente:....per lotto n. 5 il costo della manodopera in vigore per la provincia di REGGIO EMILIA.... Qualora l'Appaltatore voglia prendere come riferimento delle Tabelle Ministeriali del Costo Medio Orario Minimo diverse da quanto sopra indicato, egli dovrà opportunamente motivarne la scelta (tenendo conto delle relative spese aggiuntive quali trasferte, vitto, alloggio, ecc.)»*.

Quanto censurato dal Gdv, a ben vedere, non integra una delle ipotesi specifiche indicate dall'art. 110, d.lgs. n. 36 del 2023, sopra ricordate, in particolare non essendo in contestazione il rispetto dei c.d. minimi tabellari. Quindi, a prescindere dall'errore nel quantificare i costi sulla scorta delle tabelle di Bologna, l'Amministrazione avrebbe dovuto accertare se, applicando la Tabella relativa alla Provincia di Reggio Emilia, l'offerta economica di Baraldini, risultasse inattendibile e, quindi, anomala: diversamente, come sopra accennato, la Stazione appaltante si è limitata a certificare una divergenza rispetto alla lettera della regola di gara, senza, d'altronde, precisarne la portata effettuale sostanziale.

Parimenti, con riferimento alle schede analisi è stato contestato che le stesse sarebbero state compilate dal fornitore CAV. Santalucia in modo errato rispetto a quanto previsto dal disciplinare in merito alla modalità di compilazione delle schede di analisi.

Premesso che quanto precede difetta di adeguata motivazione anche “intrinsecamente”, perché non è dato comprendere dal provvedimento quali sarebbero le erroneità riscontrate (non potendosi valorizzare quello che solo in sede di giudizio ha argomentato l’Avvocatura dello Stato per conto di Anas, quale motivazione “postuma” in sede giudiziale), va sottolineato che anche sul piano “estrinseco” manca qualunque precisazione in ordine alle conseguenze che da tale difetto di compilazione sarebbe derivato sull’intellegibilità dell’offerta economica della parte ricorrente, nonché sulla sua attendibilità.

Infine, con riguardo alla contestazione relativa agli oneri/costi della sicurezza, sulla scorta di quanto più sopra detto nel corso dell’esame del primo motivo di impugnazione, va anzitutto precisato che, nonostante l’utilizzo ambiguo e non perspicuo dei due termini “oneri” e “costi” nell’ambito del medesimo ragionamento, la Stazione appaltante, nel provvedimento impugnato, fa sostanzialmente riferimento agli oneri della sicurezza, sia con riguardo alla componente “gestionale” che a quella “operativa”.

Anche in tal caso, d’altronde, la motivazione, così come formulata, non è sufficiente ed idonea a sorreggere il provvedimento di esclusione.

Per un verso, infatti, con riguardo agli oneri c.d. “gestionali”, il giudizio è come se fosse rimasto “sospeso”: per un verso, non viene fatta alcuna valutazione specifica in ordine alla congruità della giustificazione, da parte di Baraldini, dei *«costi della sicurezza aziendali parametrizzandoli a quelli effettivamente sostenuti nell’anno 2023. In particolare definisce un coefficiente di proporzionalità dato dal rapporto dell’importo complessivo dell’AQ di Gara con*

l'importo del fatturato relativo all'anno 2023. Questo coefficiente viene poi moltiplicato per i costi della sicurezza realmente sostenuti per ottenere la stima dei costi della sicurezza aziendali inerenti l'AQ di Garø»; parimenti, non è dato comprendere se la Stazione appaltante ha ritenuto, e per quale motivo, insufficiente l'indicazione del fatturato nella dichiarazione IVA; infine, viene dato conto del fatto che per gli importi delle singole voci dalla 1 alla 7 della Tabella Itaca, Baraldini si riserva di inviare tutte le fatture allegando una autodichiarazione certificando che tali spese sono desunte dalla contabilità aziendale, ma anche in tal caso non si trae alcuna conseguenza logica, né si dà conto della mancata produzione ovvero delle ragioni per le quali non si è dato ulteriore termine a Baraldini per produrre le fatture.

Per altro verso, con riferimento ai c.d. oneri “operativi”, la Stazione appaltante lamenta l'impossibilità di valutare e verificare gli importi indicati con riguardo alla seconda parte della Tabella Itaca relativa alla gestione dei rischi connessi alle lavorazioni dello specifico appalto, perché Baraldini non avrebbe presentato alcuna giustificazione salvo una generica affermazione che gli importi scaturiscono “da specifica esperienza” del concorrente.

A tal proposito, d'altronde, il Collegio ritiene fondata la censura di parte ricorrente principale, perché, come sopra ricordato, gli oneri della sicurezza c.d. operativi, a differenza di quelli c.d. “gestionali” sono comunque correlati allo specifico appalto, come anche previsto dalle Indicazioni Itaca. È evidente, però, che, con riguardo ad un accordo quadro, manca tale specifica correlazione, di talché anche la previsione e la giustificazione degli oneri della sicurezza *in parte qua* sono meramente “presumibili” e non si può richiedere di puntualmente giustificare qualcosa che è solo ipotizzabile. Piuttosto, l'Amministrazione avrebbe dovuto verificare, tenuto conto del fatto che gli oneri della sicurezza sono parametrati percentualmente alle “spese generali”, se l'offerta economica presentata da parte ricorrente avesse margine utile idoneo a coprire anche tali costi.

Baraldini, al riguardo, ha lamentato, da un lato, come non sia stato tenuto conto dall'Amministrazione dell'indicazione della percentuale di spese generali pari al 17,23%, che, sebbene non coerente con l'OTSA dello 0,0075, sarebbe comunque coerente con il *range* contemplato da ITACA (3/5% delle Spese generali); dall'altro lato, che a fronte di euro 162.932 sull'intero accordo quadro, la cifra indicata da Baraldini pari ad euro 119.967 sull'intero accordo quadro (inferiore del 26,37% rispetto alla cifra presunta congrua) porterebbe ad una differenza di soli euro 42.999; differenza che, secondo parte ricorrente, se si applicasse la suddetta percentuale ai soli oneri operativi, sarebbe pari a euro 14.715 sull'intero accordo quadro.

Manca, insomma, una compiuta motivazione in ordine alla congruità degli oneri della sicurezza, e, più in generale, manca una valutazione adeguata in ordine all'attendibilità dell'offerta economica se solo si considera che l'utile indicato da Baraldini è pari ad euro 209.572,00 sullo Schema Rappresentativo e, quindi, ad euro 1.287.572,00 sull'intero accordo quadro.

In conclusione, quindi, i provvedimenti e gli atti concernenti il giudizio di anomalia impugnati devono essere annullati, in accoglimento del ricorso principale *in parte qua*, per difetto di adeguata motivazione e istruttoria dovendo l'Amministrazione procedere ad un nuovo giudizio di anomalia, da concludere mediante un provvedimento adeguatamente motivato in conformità a quanto precede e tenendo conto delle difese sollevate da Baraldini.

1.3. L'accoglimento del secondo e terzo motivo che precedono consente, in ossequio al principio di economia processuale e in conformità alle statuizioni dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, di assorbire il quarto e quinto motivo del ricorso principale.

2. Sul ricorso incidentale.

2.1. In via preliminare.

L'accoglibilità del ricorso principale, ancorché nei termini e limiti sopra esposti, comporta il rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale per asserito difetto di interesse di Grenti all'accoglimento dello stesso sollevata da ANAS sull'assunto che, per effetto dei provvedimenti impugnati con il ricorso principale, Baraldini è già stata esclusa.

Infatti, l'illegittimità e la conseguente annullabilità dei provvedimenti e degli atti impugnati con il ricorso principale, rende assolutamente attuale l'interesse all'accoglimento del ricorso incidentale "escludente" presentato da Grenti, finalizzato, quindi, a far emergere un difetto di interesse in capo a Baraldini all'accoglimento del ricorso principale in ragione dell'asserita sussistenza di altri motivi di esclusione asseritamente non valorizzati e valutati dall'Amministrazione.

Sempre in via preliminare, poi, va respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata tanto da ANAS, quanto da Baraldini con riguardo al secondo, terzo e quarto motivo del ricorso incidentale.

Secondo l'Amministrazione e parte ricorrente principale, infatti, poiché il Seggio di gara, in conformità alle prescrizioni del disciplinare, si è avvalso, nell'ambito della procedura *de qua*, dell'istituto dell'inversione procedimentale ai sensi dell'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023, i tre motivi dedotti da Grenti sarebbero inammissibili per contrasto con l'art. 34, comma 2, c.p.a., il sindacato rimesso al Giudice amministrativo riferendosi ad una documentazione mai esaminata e all'esercizio di un potere di verifica che il Seggio di gara avrebbe potuto effettuare solo qualora la valutazione dell'anomalia fosse stata "positiva".

Non può negarsi la particolare problematicità dell'interazione tra l'istituto dell'inversione procedimentale ai sensi dell'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023, e le regole processuali che, per un verso, impongono di verificare l'attualità e concretezza dell'interesse ad impugnare di chi ricorre in via principale e incidentale, mentre, per altro verso, limitano il sindacato

giudiziale in tutti i casi nei quali vengano in rilievo “poteri amministrativi non ancora esercitati”, ai sensi dell’art. 34, comma 2, c.p.a..

D'altronde, in ossequio anche al principio per cui l'accertamento delle condizioni dell'azione è pregiudiziale all'accoglimento nel merito delle pretese di chi ricorre in giudizio (come da insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, e n. 9 del 2014 e della successiva giurisprudenza amministrativa), deve ritenersi che il diritto di difesa della controparte che eccepisce il difetto di una o più di tali condizioni dell'azione non possa trovare limitazione per effetto di una determinazione dell'Amministrazione che, pur legittima, pospone l'accertamento dei requisiti di partecipazione alla gara in capo ai concorrenti, specie laddove, come nel caso di specie, vengono in rilievo valutazioni di tipo non discrezionale, ma vincolato. D'altra parte, portando alle sue estreme conseguenze l'argomento sotteso all'eccezione in esame, finirebbero per essere inammissibili, perché intese a evocare un sindacato del giudice su poteri non esercitati, tutte le censure di omissioni procedurali e/o valutative dell'amministrazione, senza considerare, inoltre, che il provvedimento conclusivo del procedimento (nel caso in esame, l'aggiudicazione), riassume e conclude in sé l'esercizio complessivo della funzione, che ben può e deve poter essere sindacato dal giudice in tutte le sue articolazioni, per quel che l'amministrazione ha fatto così come per ciò che ha ommesso di fare, finendosi, altrimenti, per menomare e rendere non effettivo, né pieno l'esercizio del fondamentale diritto di azione.

La finalità del ricorso incidentale c.d. “escludente”, infatti, non è tanto quella di ottenere l'annullamento degli atti di gara per conseguire un beneficio precluso dall'Amministrazione, ma quello di far emergere la mancanza di una condizione dell'azione in capo al ricorrente principale al fine di evitare che, in conseguenza dell'accoglimento del ricorso, quest'ultimo ottenga un vantaggio che non gli pertiene ovvero vengano ad

essere annullati atti di gara “inutilmente”, perché in nessun modo il ricorrente principale potrebbe trarne giovamento sulla scorta di ragioni in fatto e diritto che non ammettono una ponderazione discrezionale da parte dell'Amministrazione.

Pertanto, l'eccezione deve essere respinta.

2.2. Sul primo motivo di ricorso incidentale.

Il disciplinare di gara, all'art.17, rubricato “CONTENUTO DELLA “BUSTA ECONOMICA” DELLA RDO – OFFERTA ECONOMICA, prevedeva, per quanto di interesse nella presente controversia: *«Nella sezione “BUSTA ECONOMICA” della Richiesta di Offerta (RDO) presente sul Portale Acquisti ANAS, il Concorrente dovrà inserire, a pena di esclusione, l'offerta economica predisposta preferibilmente secondo il modello di cui all'Allegato 4 e contenente i seguenti elementi:*

*a) Ribasso unico percentuale offerto rispetto all'elenco prezzi posto a base di gara, al netto degli oneri per la sicurezza. Il ribasso unico offerto dovrà essere indicato in cifre ed in lettere ed espresso con 3 (tre) cifre decimali; in caso di discordanza tra il valore espresso in cifre e quello espresso in lettere prevale il ribasso percentuale offerto indicato in lettere; b) la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 108 comma 9 del Codice; c) Conferma o eventuale diversa indicazione dei costi della Manodopera prevista a base d'appalto ai sensi dell'art. 108 comma 9 del Codice; d) Conferma o eventuale diversa indicazione dei **Contratti Collettivi Nazionali** applicati ai propri dipendenti per l'appalto; in caso di difformità con quanto previsto a base di appalto si rimanda a quanto previsto all'art.11 commi 3 e 4, del Codice. In ogni caso, fermo quanto sub lett. c) e d), il concorrente – al fine di consentire alla Stazione Appaltante la verifica di cui all'art 102, comma 2 del Codice in ordine all'applicazione dei **contratti** collettivi nazionali e territoriali di settore di cui all'art. 102 comma 2 lett. b) – dovrà presentare apposita documentazione relativa alla gestione della manodopera secondo quanto di seguito precisato. Nel caso in cui il Concorrente utilizzasse personale già in organico, dovrà fornire la seguente*

documentazione: - Dichiarazioni relative alla gestione della manodopera di cui all'Allegato 5.; - copia conforme all'originale, ai sensi di legge, del Libro Unico del lavoro della società e dei Cedolini - relativi all'ultima mensilità anteriore al termine di scadenza per la presentazione delle offerte - di ciascuna delle tipologie di figure professionali (operaio comune, operaio qualificato, operaio specializzato, operaio di 4° livello, ecc.), che verranno impiegate nell'esecuzione dell'appalto.; - tabella retributiva provinciale riferita ai citati cedolini stipendiali (buste paga) scaricabile dal sito www.lavoro.gov.it. - copia conforme all'originale, ai sensi di legge, della documentazione ufficiale giustificativa degli eventuali sgravi fiscali di cui beneficia il Concorrente rispetto alla retribuzione del personale già in forza ovvero da assumere. Nel caso in cui il Concorrente impiegherà, per l'esecuzione dell'appalto, manodopera che sarà assunta specificatamente per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, dovrà fornire la seguente documentazione: - Dichiarazioni relative alla gestione della manodopera di cui all'Allegato 5., corredata dalla dichiarazione 5.1. - Tabella retributiva provinciale di riferimento scaricabile dal sito www.lavoro.gov.it. - bozza degli atti contrattuali che verranno utilizzati per l'assunzione delle medesime figure professionali di cui sopra, non in forza presso il Concorrente alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte o altra documentazione atta a dimostrare il rispetto dei minimi tabellari; - copia conforme all'originale, ai sensi di legge, della documentazione ufficiale giustificativa degli eventuali sgravi fiscali di cui beneficia il Concorrente rispetto alla retribuzione del personale già in forza ovvero da assumere».

Dalla documentazione in atti risulta che Baraldini ha optato per l'impiego di manodopera che sarà assunta specificatamente per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, allegando all'offerta economica il Modello 5 nonché il Modello 5.1., la Tabella Ministeriale, ma, per sua stessa ammissione, non le bozze dei **contratti** di lavoro, né la Tabella manodopera generale.

Secondo Grenti tale circostanza dovrebbe condurre all'esclusione di Baraldini.

Il Collegio ritiene, al contrario, che la disposizione del disciplinare di gara

sopra richiamata non contenga una prescrizione a pena di esclusione, *in parte qua*, distinguendo tra adempimenti a pena di esclusione [indicati all'inizio della disposizione alle lett. da a) a d)] e adempimenti non a pena di esclusione (quelli qui in contestazione) funzionali invece al giudizio di anomalia: rispetto a questi ultimi, quindi, l'eventuale omissione da parte di Baraldini avrebbe dovuto essere considerata nell'ambito e nei limiti in cui può rilevare ai fini del suddetto giudizio di anomalia, senza la possibilità di riconnettere alcun effetto immediatamente escludente.

Del resto, la documentazione indicata nella clausola n. 17 del disciplinare rientra nella categoria delle "giustificazioni preventive", originariamente previste dall'art. 87, d.lgs. n. 163 del 2006, ma che già da tempo la giurisprudenza amministrativa ha rilevato non dover essere più «*richieste in sede di presentazione delle offerte, ma vengono in rilievo, solo in via eventuale, nella fase successiva di verifica dell'anomalia, se e in quanto l'offerta ne risulti sospetta, occorrendo quindi un segmento procedimentale successivo per la valutazione di congruità*» (*ex plurimis*, Tar Lazio, sez. III, 03 gennaio 2019, n. 24).

Peraltro, va rilevato come non possa nemmeno essere esclusa nel caso di specie l'operatività del soccorso istruttorio, posto che si tratta in ogni caso di giustificativi che avrebbero dovuto essere richiesti dall'Amministrazione e ostesi da Baraldini nell'ambito del contraddittorio procedimentale del sub-procedimento di anomalia.

Per quanto riguarda, poi, l'ulteriore censura secondo la quale l'offerta di Baraldini con riferimento al costo della manodopera sarebbe rimasta del tutto indeterminata e astratta, si tratta di contestazione che, per un verso, non concerne una contestazione specifica in ordine al rispetto dei minimi tabellari, di talché non viene in esame una causa di esclusione immediata di Baraldini; per altro verso, non è idonea a giustificare di per sé l'esclusione della ricorrente principale, involgendo un tema che potrà e dovrà comunque essere vagliato dalla Stazione appaltante in sede di rivalutazione

del giudizio di anomalia, posto che l'Amministrazione, ad integrazione di quanto sopra detto con riferimento al ricorso principale, sul piano conformativo, all'esito del contraddittorio procedimentale rinnovato dovrà esaminare e valutare l'attendibilità dell'offerta anche sul piano dei costi della manodopera.

Pertanto, il primo motivo di ricorso incidentale deve essere respinto.

2.2. Sul secondo motivo incidentale.

Il Bando di gara, all'art. II.2.6, lett. e), e il disciplinare di gara, all'art.3, lett. e), prescrivevano, per quanto in questa sede di interesse:

Categoria prevalente OG 3 importo: € 13.500.000,00 Classifica VII, assoggettabile ad avvalimento, subappaltabile nella misura massima del 50% della medesima categoria, ai sensi dell'art. 119 commi 1 e 2 del Codice. (Classifica VIII con riferimento all'intero ammontare dell'appalto);

Categorie scorporabili OS18 A importo: € 9.000.000,00 Classifica VI scorporabile a qualificazione obbligatoria, non assoggettabile ad avvalimento (anche per migliorare la propria offerta) ai sensi dell'art. 104, comma 11, subappaltabile nella misura massima del 30% della medesima categoria, ai sensi dell'art. 119 commi 1 e 2 del Codice.

Si precisava che «Tali limitazioni si rendono necessarie in considerazione della essenzialità e della complessità delle lavorazioni riguardanti la realizzazione e posa in opera di impalcati da ponte in carpenteria metallica nell'ambito della predetta categoria, ciò anche al fine di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e dei luoghi di lavoro. Tali lavorazioni saranno svolte direttamente dagli operatori economici che hanno presentato offerta, costituiti nelle forme di cui all'art. 65 comma 2 del Codice».

Baraldini, nella dichiarazione di impegno, ha indicato le seguenti quote per la categoria in questione:

- Rete Costruttori Bologna (mandante): OS18-A 66,67%;
- Taddei Costruzioni srl (mandante): OS18-A 33,33%.

Pacificamente, Taddei Costruzioni srl risulta titolare SOA per la categoria

OS18-A, Class. V, e Rete Costruttori Bologna risulta titolare SOA per la categoria OS18-A, Class. V.

D'altronde, la particolarità della fattispecie in esame sta nel fatto che la Rete Costruttori Bologna ha dichiarato di partecipare alla gara, indicando, però, come esecutrice l'impresa "retista" Tovoli Primo srl, la quale è, sempre pacificamente, carente della qualificazione SOA per la predetta categoria.

Secondo Grenti, quindi, Baraldini dovrebbe essere escluso perché il soggetto esecutore indicato non può eseguire i lavori ad esso assegnati, non disponendo né di qualificazione nella categoria OS18-A, né di personale inquadrato con il CCNL afferente alla categoria di lavoro OS18-A.

Secondo Baraldini, invece, Grenti non avrebbe tenuto conto del fatto che Rete Costruttori Bologna non è un mero RTI, ma una "Rete" avente per di più i requisiti, indicati dall'art. 68, comma 20, d.lgs. n. 36 del 2023, per la sostanziale equiparazione ai c.d. consorzi stabili ai fini SOA, cui consegue anche l'applicabilità del c.d. cumulo alla rinfusa nei termini ammessi dalla giurisprudenza amministrativa, sì che comunque Tovoli Primo srl può giovare della qualificazione delle altre imprese "retiste" specificamente qualificate.

Il tema è di non semplice soluzione se solo si considera, da un lato, che la procedura per la quale è causa è stata bandita dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, ma prima del c.d. "correttivo" di cui al d.lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024, con ciò che ne consegue in termini di dubbi interpretativi relativamente alla complicata tematica del c.d. "cumulo alla rinfusa"; dall'altro lato, che viene in rilievo il tema delle Reti di impresa e dei presupposti di "equiparabilità" ai c.d. Consorzi stabili.

Andando per ordine, occorre anzitutto accertare se, effettivamente, Rete Costruttori Bologna, sia un "Rete di impresa" avente i requisiti dei consorzi stabili ai fini SOA.

Ai sensi dell'art. 65, comma 2, lett. f., d.lgs. n. 36 del 2023, rientrano nella

definizione di operatori economici, ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei **contratti pubblici**, le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'art. 3, comma 4-*ter*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 aprile 2009, n. 33.

La nozione di rete d'impresa, inizialmente elaborata in sede comunitaria (Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo n. 1639/2006), è stata introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 6 *bis*, l. n. 133 del 2008, che aveva convertito, con modificazioni, il d.l. n. 112 del 2008. Ma alla disciplina puntuale dell'istituto si è giunti con il d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (art. 3) e con le successive modifiche di cui alla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

Come noto, già l'art. 37, d.lgs. n. 163 del 2006 (come modificato dal d.l. n. 179 del 2012), prima, e l'art. 45, d.lgs. n. 50 del 2016, poi, inquadravano i soggetti in questione tra quelli ammessi a partecipare alle gare pubbliche.

Si tratta di uno strumento – il contratto di rete – che consente alle imprese di collaborare e cooperare pur rimanendo, in linea generale, autonome e indipendenti, stipulato tra più imprenditori per accrescere individualmente e collettivamente la propria competitività e capacità innovativa in base ad un programma comune di cooperazione.

Attraverso il contratto di rete le imprese collaborano per la realizzazione di un programma comune, che, in astratto, può contemplare gli obiettivi strategici più disparati: si tratta di uno strumento, quindi, a “geometria variabile” anche perché non necessariamente deve dar vita ad un nuovo ente giuridico.

A tal proposito, si distinguono le c.d. reti-contratto dalle c.d. reti-soggetto. Più precisamente, come ricordato dal Consiglio di Stato anche recentemente (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2025, n. 1985) le reti d'impresa sono state inquadrate in tre distinti moduli (determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui **Contratti Pubblici**, n. 3 del 23 aprile 2013):

- a) il primo consiste in una rete di imprese regolata da un contratto plurilaterale con comunione di scopo, che individua la partecipazione congiunta alle gare come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune, senza individuazione di un organo comune ovvero con la dotazione di un organo comune, ma privo di potere di rappresentanza;
- b) il secondo consiste in una rete di imprese la cui organizzazione prevede un organo comune dotato di potere di rappresentanza, ma che resta sprovvisto del requisito della soggettività giuridica;
- c) il terzo consiste in una rete di imprese, caratterizzata non soltanto da un organo comune dotato di potere di rappresentanza delle imprese aderenti alla rete, ma anche del requisito della soggettività giuridica.

Le diverse categorie sono in qualche modo riconducibili ora alla *ratio* dell'istituto del raggruppamento temporaneo di concorrenti, ora a quella dei consorzi ordinari di concorrenti, ora alle forme di aggregazione continuata tra imprese.

L'art. 68, comma 20, d.lgs. n. 36 del 2023, (rubricato "*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*" e corrispondente al comma 14 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016) dispone espressamente: «*Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA*».

Quindi, da un lato, alle reti possono applicarsi le norme dell'art. 68 sui consorzi ordinari e sui raggruppamenti temporanei, in quanto compatibili; dall'altro lato, ai soli fini della qualificazione SOA, ipotesi che interessa in questa sede, la “rete di impresa” può giovare specificamente della disciplina approntata dall'art. 67, d.lgs. n. 36 del 2023, per i consorzi stabili, purché abbia i requisiti indicati dall'art. 65, comma 2, lett. d), e cioè: «*non meno di tre*

*consorziate che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei **contratti pubblici** di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa».*

Esaminando la documentazione relativa al verbale di assemblea generale dei partecipanti al contratto di rete e il contratto di rete relativi a Rete Costruttori Bologna, prodotti in giudizio, emerge chiaramente che:

- della rete fanno parte un numero considerevole di imprese;
- sussiste un organo comune e un fondo comune;
- l'oggetto del contratto prevede l'obbligo delle parti di costituire una struttura di impresa comune, preordinata al perseguimento delle finalità economiche e commerciali della Rete;
- tra gli obiettivi strategici è previsto in particolare che «in considerazione delle attività attualmente esercitate e delle specifiche competenze delle imprese partecipanti, tramite il presente contratto le imprese potranno essere in grado di partecipare a gare di appalto, sia pubbliche che private, anche per la realizzazione di opere complesse ed articolate, presentandosi quale interlocutore unico nei confronti degli enti appaltanti (**pubblici** o privati);
- in particolare, ai sensi dell'art. 6, «il programma di rete consiste nelle seguenti attività: 1. Partecipazione a gare d'appalto pubbliche e private per l'esecuzione di lavori e servizi anche complessi (intendendosi tale attività quale obiettivo principale della rete)»;
- la durata del contratto di rete, datato 5 giugno 2023, è prevista fino al 31 dicembre 2028.

Come emerge dalla visura prodotta in giudizio, poi, il contratto di rete risulta dotato di “soggettività giuridica”.

Da quanto precede si evince che Rete Costruttori Bologna rientra nella fattispecie di cui al combinato disposto degli artt. 68, comma 20, e 65,

comma 2, lett. d., d.lgs. n. 36 del 2023.

Ciò comporta, come detto, l'applicabilità della disciplina relativa ai consorzi stabili in materia di qualificazione SOA.

L'art. 67, d.lgs. n. 36 del 2023, nella formulazione anteriore al c.d. correttivo di cui al d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, prevedeva che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli artt. 65, comma 2, lett. b), c) e d), e 66, comma 1, lett. g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d): a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Il comma 4 prevedeva, per quanto di interesse in questa sede, che i consorzi stabili di cui agli artt. 65, comma 2, lett. d), e 66, comma 1, lett. g), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre.

Il comma 8, prevedeva, altresì che, con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione

è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI.

La giurisprudenza amministrativa di secondo grado, con riguardo a fattispecie afferenti al “vecchio” codice del 2016 (d.lgs. n. 50 del 2016), ma con argomentazioni applicabili anche alla disciplina di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 “pre-correttivo”, stante l’assenza di rilevanti differenze *in parte qua*, ha affermato che: *«l’art. 47 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, al comma 1, prevede il cumulo alla rinfusa per la qualificazione del consorzio stabile - da intendersi senza limiti alla luce della interpretazione autentica ai sensi dell’art. 225, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - e al comma 2 prevede che il consorzio stabile esegue la prestazione in proprio o tramite le consorziate, senza che questo possa essere qualificato come subappalto, e con responsabilità solidale che, per la formulazione letterale della norma, va intesa nel senso che sono responsabili in solido il consorzio stabile e la consorziata esecutrice. Dal combinato disposto di tali due commi si desume anche che: a) la qualificazione è richiesta in capo al consorzio stabile e non in capo alle singole consorziate, atteso che la qualificazione delle singole consorziate rileva solo ai fini del cumulo alla rinfusa e per verificare che il consorzio stabile sia qualificato; b) una volta che si accerti che il consorzio stabile è qualificato, non rileva verificare la qualificazione o meno delle singole consorziate; c) il cumulo alla rinfusa previsto dal comma 1 dell’art. 47 determina un avalimento ex lege che si deve intendere bidirezionale alla luce del comma 2 della stessa norma; d) la esecuzione diretta o tramite consorziate, con responsabilità solidale, presuppone appunto un avalimento ex lege che opera in senso bidirezionale; e) non ha alcuna rilevanza che la consorziata esecutrice non sia qualificata, perché da un*

lato rileva ed è richiesta solo la qualificazione del consorzio, dall'altro lato se il consorzio esegue tramite consorziata non qualificata, è responsabile in solido, ossia il consorzio opera come una ausiliaria ex lege. In sostanza, il cumulo alla rinfusa è un avalimento ex lege, con il relativo regime di responsabilità. Occorre ragionare in termini di unicità del soggetto composto da consorzio stabile e consorziate, indipendentemente da chi ha i requisiti e chi esegue, atteso che in un avalimento ex lege sono solidalmente responsabili i soggetti che hanno i requisiti e i soggetti che eseguono. Ragionando in termini di unicità, secondo la logica dell'avalimento ex lege, si può accettare anche la scissione tra il soggetto che ha i requisiti di qualificazione ma non esegue e il soggetto che esegue ma non ha i requisiti di qualificazione.....Il Consorzio Stabile si caratterizza per la possibilità di qualificarsi attraverso i requisiti delle proprie consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto d'appalto. Ed invero, è il consorzio stabile (e non già ciascuna delle singole consorziate) ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi (attestazione SOA per categorie e classifiche analoghe a quelle indicate dal bando). Ed invero: "Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica il consorzio stabile 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 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., per tutte, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964). "Il principio del cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili di cui all'art. 45, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (i quali, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti), è ammesso in via generale nella legislazione in materia di **contratti pubblici**" (Cons. giust. amm. Sicilia, 22 gennaio 2021, n. 49). Come nell'avalimento, la designata, anche se priva dei requisiti di qualificazione (della SOA), potendo usufruire delle risorse del consorzio, può eseguire l'appalto, avendo tutte le risorse necessarie a farlo, poiché usufruisce di quelle del

consorzio attraverso il meccanismo del "cumulo alla rinfusa". È il consorzio il soggetto concorrente, qualificato e direttamente "obbligato" nei confronti della stazione appaltante, anche se in solido con l'esecutrice» (così, Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2024, n. 71; in senso sostanzialmente conforme, Cons. giust. amm. Reg. sic., 11 dicembre 2024, n. 940).

Quindi, secondo il Giudice di secondo grado il cumulo alla rinfusa è ammesso non solo in senso “verticale – ascendente”, consentendo cioè al consorzio di godere della qualificazione delle imprese consorziate, ma anche in senso “discendente – orizzontale”, potendosi individuare, come nel caso di specie, un’impresa esecutrice di per se non qualificata in proprio, ma che lo diventa per effetto della qualificazione di cui gode lo stesso Consorzio stabile grazie ad altra impresa consorziata.

Prima di valutare se accedere o meno all’interpretazione data dal Giudice d’appello, è opportuno dar conto della novità normativa conseguente all’entrata in vigore del sopra ricordato “correttivo”.

Infatti, il d.lgs. n. 209 del 2024, ha modificato l’art. 67, prevedendo, tra le altre cose, al comma 1 (previa abrogazione del comma 2) che *«i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati (dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.) dall'allegato II.12, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d): a) per gli appalti di servizi e forniture, sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; b) per gli appalti di lavori che il consorzio esegua esclusivamente con la propria struttura, senza designare le imprese esecutrici, i requisiti posseduti in proprio sono computati cumulativamente con quelli posseduti dalle imprese consorziate; c) per gli appalti di lavori che il consorzio esegua tramite le consorziate indicate in sede di gara, i requisiti sono posseduti e comprovati da queste ultime in proprio, ovvero mediante avalimento ai sensi dell'articolo 104».*

Come si può notare, la lettera c) che precede segna una presa di posizione

da parte del legislatore di segno radicalmente opposto rispetto alla soluzione ermeneutica accolta dal giudice amministrativo di secondo grado. D'altronde, il nuovo art. 225 bis del D.Lgs. n. 36/2023, introdotto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 209/2024, prevede che *«le disposizioni dell'articolo 67, nel testo vigente alla data di cui all'articolo 229, comma 2»* - ovvero il 1 luglio 2023 - *«continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure e i **contratti** per i quali bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione ovvero, in caso di **contratti** senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i **contratti** in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, siano già stati inviati gli avvisi a presentare offerte»*.

La disposizione che precede può essere considerata una norma transitoria “ordinaria”, finalizzata a superare qualsiasi dubbio intertemporale legato all'eventuale applicazione del principio *tempus regit actum*, ma può anche essere letta nel senso di voler precisare che quello specifico regime normativo conseguente alle modifiche - non irrilevanti - apportate all'art. 67 (che non si limitano, peraltro, a quelle sopra ricordate) può trovare applicazione solo *pro futuro*, escludendo, quindi, implicitamente, che anche solo sul piano ermeneutico, la disciplina previgente possa essere interpretata in modo conforme alla novità legislativa in questione, così superando anche per il passato l'orientamento giurisprudenziale di cui si è detto.

Il Collegio, alla luce di quanto precede, non nasconde delle perplessità in ordine alla “tenuta” dell'orientamento del giudice amministrativo di appello, anche alla luce della precedente normativa.

Infatti, pur non essendo l'originaria previsione dell'art. 67 – in modo non dissimile dalla disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016 – chiara e puntuale con riguardo all'estensione del “cumulo alla rinfusa”, pare evidente che, pure a fronte di una ritenuta “unicità” del Consorzio stabile, nel momento stesso

in cui non è il Consorzio nella sua interezza e con i suoi mezzi ad eseguire la prestazione, ma una specifica consorziata indicata come esecutrice, è questa a dover essere qualificata, non essendo logicamente concepibile che sia un soggetto non qualificato e, quindi, in teoria, privo dei mezzi adeguati, ad eseguire la prestazione dovuta.

D'altronde, quando la certezza del diritto - non essendo garantita dal legislatore - passa inevitabilmente per le statuizioni del giudice amministrativo, e, in particolare, di quello di secondo grado, soprattutto in un settore come quello dei **contratti pubblici** - dove si intrecciano gli "affidamenti" di una pluralità di soggetti, **pubblici** e privati -, non è possibile tenere in non luogo, né una determinata soluzione ermeneutica fatta propria e confermata dal giudice di secondo grado, né la significativa volontà del legislatore di escludere - questo sembra emergere dal nuovo art. 225 *bis* - una sostanziale interpretazione autentica della previgente disciplina dell'art. 67 alla luce della modifica normativa.

Ne consegue, quindi, che, applicando i principi affermati dal Consiglio di Stato e dal CGARS e sopra ricordati, il cumulo alla rinfusa è applicabile anche nel caso di specie, con conseguente infondatezza del motivo di ricorso incidentale in esame.

2.3. Sul terzo motivo incidentale.

Nella *lex specialis* è precisato che:

OS11 importo: € 3.000.000,00 Classifica IV scorporabile a qualificazione obbligatoria, assoggettabile ad avvalimento, interamente subappaltabile, ai sensi dell'art. 119, comma 2, del Codice.

OS12-A importo: € 2.400.000,00 Classifica IV scorporabile a qualificazione obbligatoria, assoggettabile ad avvalimento, interamente subappaltabile, ai sensi dell'art. 119, comma 2, del Codice.

È pacifico che Baraldini, pur assumendo il 100% della categoria principale OG3, non possiede la qualificazione SOA per coprire interamente le

categorie a qualificazione obbligatoria OS11 e OS12A, e, quindi, nella dichiarazione di impegno presentata in gara ha indicato quanto segue:

OS11 al 100,00% con subappalto qualificante nella percentuale pari al 50,00%;

OS12-A al 100,00% con subappalto qualificante nella percentuale pari al 37,50%.

Secondo Grenti, Baraldini dovrebbe essere escluso, perché né parte ricorrente, né il subappaltatore necessario indicato, risultano essere qualificati per eseguire le opere previste dal bando di gara per la categoria OS11 per importo € 3.000.000,00 nella Classifica IV; e per la categoria OS12-A per importo € 2.400.000,00 nella Classifica IV: quanto precede, sull'assunto che il concorrente (ovvero in sua vece il subappaltatore) deve possedere in proprio e “per intero” la qualificazione richiesta dalla *lex specialis*.

Il Collegio non ritiene che questa tesi sia fondata.

Infatti, né la normativa primaria, né la legge di gara, nel caso specifico, escludono l'ammissibilità di un subappalto “frazionato”, ancorché necessario o qualificante.

Non è prevista, cioè, in modo espresso ed univoco, una fattispecie “escludente” correlata al “frazionamento” della quota di subappalto necessario.

Né si rinvencono ragioni ontologiche o strutturali per escluderne l'ammissibilità: come ricordato dal comma 2 dell'art. 119, d.lgs. n. 36 del 2023, l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore.

Quindi, come anche emerge dall'esame complessivo dell'articolato dispositivo dell'art. 119 predetto, la “parziarietà” dell'apporto del subappaltatore, è un elemento quantomeno “contemplato” dalla predetta

disciplina, sì che non si vedono ragioni per escludere l'affidamento al subappaltatore di quella parte di prestazioni che l'appaltatore non è in grado di effettuare in proprio, purché, come nel caso di specie, il subappaltatore sia "qualificato per le lavorazioni o prestazioni da eseguire" (comma 4, art. 119, lett., a).

In tal senso, lo stesso Consiglio di Stato, nell'ordinanza n. 3702 del 2020, citata da Grenti, aveva sottolineato che anche nel caso di subappalto necessario, implicante l'obbligo di indicazione delle prestazioni da subappaltare e del nominativo dei subappaltatori, «debba valere un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito. In ipotesi siffatte la stessa stazione appaltante potrebbe dunque imporre, nella legge di gara, che il livello minimo della capacità in questione venga raggiunto da un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici».

Limiti, come detto, nel caso di specie insussistenti.

Del resto, in conformità a quanto sopra detto, la stessa Stazione appaltante, correttamente, nei chiarimenti in sede di gara, resi sul quesito n. 20, ha sottolineato che le categorie OS11-OS12A-OS21, scorporabili ed a qualificazione obbligatoria, qualora non posseduta in SOA, e comunque nella misura non posseduta, dovranno essere affidate in subappalto ad impresa/e in possesso della idonea qualificazione, mediante l'istituto del subappalto c.d. "necessario o qualificante". Tutte le lavorazioni scorporabili sopra richiamate, sono, a norma di bando, interamente subappaltabili ad imprese in possesso di idonea qualificazione.

Pertanto, anche tale motivo deve essere respinto.

2.4. Sul quarto motivo incidentale.

Secondo Grenti, infine, Baraldini andrebbe escluso in quanto in sede di gara ha prodotto una dichiarazione, a firma del legale rappresentante della mandataria, con la quale ha attestato *«che i familiari conviventi di maggiore età, di tutti i soggetti di cui all'art. 85 del D.Lgs.159/2011, sono...»*, indicando di seguito i nominativi di tutti i soggetti di cui all'art.85 del D.Lgs.159/2011 e precisando che nei propri confronti e nei confronti di tutti i soggetti elencati: non è stata pronunciata sentenza definitiva di condanna o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, né sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per uno dei reati di cui al comma 1, lett. a), b), c), d), e), f) e g) dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016; non è pendente alcun procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione o di una delle cause ostative di cui rispettivamente all'art. 6 e all'art. 67 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; che nei propri confronti non sussiste alcuna causa di divieto, decadenza o sospensione, di cui all'art. 67, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

Secondo Grenti la suddetta dichiarazione, essendo “cumulativa” e fatta “per conto terzi”, contrasterebbe con la norma primaria e con la disciplina di gara, perché Baraldini avrebbe dovuto produrre le dichiarazioni rese dai singoli interessati indicati dall'art. 85, d.lgs. n. 159 del 2011, col che parte ricorrente dovrebbe essere esclusa la dichiarazione che precede dovendo essere equiparata ad una omessa dichiarazione.

Al riguardo, d'altronde, va rilevato che l'art. 15.6.2.25 del disciplinare di gara si limita a prevedere che *«ai fini delle verifiche attinenti il rispetto della normativa antimafia, dichiarazione sottoscritta digitalmente attestante l'esistenza di eventuali soggetti conviventi anche “more uxorio” con coloro che ricoprono le cariche di cui all'art. 85 del D. Lgs. 159/2011, compilando apposito modulo allegato al presente Disciplinare (Dichiarazione “Stato di famiglia per Antimafia” - Allegato 3). Qualora l'Impresa sia iscritta alla White List potrà essere allegata, in aggiunta alla*

dichiarazione di cui sopra, copia conforme della comunicazione di avvenuta iscrizione».

Quindi, la dichiarazione resa da Baraldini è conforme sia alla legge di gara che all'art. 85, d.lgs. n. 159 del 2011, disposizione che prescrive esclusivamente che la documentazione “deve riferirsi” ai soggetti ivi indicati, non vietando, nel caso, in particolare, di un RTI, la presentazione di una dichiarazione cumulativa, purché analitica, a firma del solo legale rappresentante della mandataria.

Pertanto, in mancanza di una previsione espressa e univoca, anche a fini escludenti, nel senso inteso da Grenti, è anche irrilevante il fatto che il facsimile di cui all'Allegato 3 al disciplinare potesse fare riferimento ad una dichiarazione “singola”, rilevando la completezza e correttezza del contenuto, più che la necessaria sottoscrizione della dichiarazione da parte di ciascun soggetto indicato dall'art. 85, d.lgs. n. 158 del 2011, atteso che, come detto, la dichiarazione è stata resa comunque dal legale rappresentante dell'impresa mandataria.

Peraltro, anche se la censura di Grenti fosse fondata, sarebbe quantomeno dubbio l'effetto escludente del vizio riscontrato, posto che l'onere dichiarativo è stato, quantomeno parzialmente, assolto, col che non potrebbe comunque escludersi un soccorso istruttorio al riguardo.

Pertanto, anche tale motivo deve essere respinto.

3. Conclusioni e spese.

Alla luce di quanto precede, quindi, il ricorso incidentale deve essere respinto e, in accoglimento del ricorso principale, nei limiti e per le ragioni indicate, deve disporsi l'annullamento dei provvedimenti con esso impugnati, l'Amministrazione resistente dovendosi rideterminare in sede di anomalia in conformità a quanto sopra detto.

Le spese di lite, attesa la complessità e particolarità della controversia devono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso incidentale e accoglie parzialmente il ricorso principale annullando i provvedimenti con esso impugnati nei limiti e per le ragioni indicate in parte motiva.

Compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Carpentieri, Presidente

Alessio Falferi, Consigliere

Paolo Nasini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Paolo Carpentieri

IL SEGRETARIO