

Pubblicato il 26/10/2020

N. 06530/2020REG.PROV.COLL.
N. 02804/2020 REG.RIC.
N. 02831/2020 REG.RIC.
N. 02832/2020 REG.RIC.
N. 02833/2020 REG.RIC.
N. 02888/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2804 del 2020, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Pilade Chiti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaella Turini in Roma, via Giuseppe Avezzana, 3;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Bargellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ausl Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Serena Spizzamiglio, Silvia Carli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini n. 1;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Clarizia, Alberto Morbidelli e Giovanni La Fauci con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde, n. 2 presso lo Studio Legale Clarizia – *appellante incidentale*;

-OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS- in proprio e quale mandataria del costituendo Rti, -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS- non costituiti in giudizio;
-OMISSIS- non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2831 del 2020, proposto dalla -OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Mastragostino e dall'Avv. Cristiana Carpani con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via dei Gracchi n. 39 presso lo studio dell'avv. Francesca Giuffrè;

contro

Azienda Usl Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall' avv. Silvia Carli e dall' avv. Serena Spizzamiglio con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Bargellini con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Giuseppe Avezzana n. 3 presso lo studio dell'avv. Raffaella Turini;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini n. 1;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Clarizia, Alberto Morbidelli e Giovanni La Fauci con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde, n. 2 presso lo Studio Legale Clarizia – appellante incidentale;

Rti - -OMISSIS-, Rti - -OMISSIS-, Rti -OMISSIS-, Rti -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS- non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2832 del 2020, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini n. 1;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Bargellini con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

Azienda Usl Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall' avv. Silvia Carli e dall'avv. Serena Spizzamiglio con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Clarizia, Alberto Morbidelli e Giovanni La Fauci con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde, n. 2 presso lo Studio Legale Clarizia;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Giuseppe Avezzana n. 3 presso lo studio dell'avv. Raffaella Turini;

-OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Mastragostino e dall'Avv. Cristiana Carpani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via dei Gracchi n. 39 presso lo studio dell'avv. Francesca Giuffrè, appellante incidentale;

sul ricorso numero di registro generale 2833 del 2020, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini n. 1;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dall'avv. Claudio Bargellini con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Usl Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall' Avv. Silvia Carli e dall'avv. Serena Spizzamiglio con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Clarizia, Alberto Morbidelli e Giovanni La Fauci con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde, n. 2 presso lo Studio Legale Clarizia, appellante incidentale;

-OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Mastragostino e dall'Avv. Cristiana Carpani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via dei Gracchi n. 39 presso lo studio dell'avv. Francesca Giuffrè;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Giuseppe Avezzana n. 3 presso lo studio dell'avv. Raffaella Turini;

-OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2888 del 2020, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Bargellini con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Clarizia, Alberto Morbidelli e Giovanni La Fauci con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde, n. 2 presso lo Studio Legale Clarizia – appellante incidentale;

nei confronti

Ausl Toscana Nord Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Serena Spizzamiglio, Silvia Carli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Mastragostino e dall'Avv. Cristiana Carpani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via dei Gracchi n. 39 presso lo studio dell'avv. Francesca Giuffrè;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini n. 1;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Pilade Chiti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaella Turini in Roma, via Giuseppe Avezzana, 3;

Rti -OMISSIS-, Rti -OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, non

costituiti in giudizio;

Rti -OMISSIS- -OMISSIS-, Rti -OMISSIS-, Rti -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto ai ricorsi n. 2804 del 2020, 2831 del 2020, 2833 del 2020 e 2888 del 2020,
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per La Toscana
(sezione Terza) n. -OMISSIS-;

quanto al ricorso n. 2832 del 2020,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per La Toscana
(sezione Terza) n. -OMISSIS-.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS-, dell' Ausl Toscana
Nord Ovest, di -OMISSIS-, di -OMISSIS-, di -OMISSIS-, e di -OMISSIS-;

Visto il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- nei procedimenti n. 2804
del 2020, 2831 del 2020, 2833 del 2020 e 2888 del 2020;

Visto il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- nel procedimento n. 2832
del 2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Umberto
Maiello e uditi per le parti gli avvocati Gaia Stivali, su delega dell'avvocato
Mario Pilade Chiti (per -OMISSIS-), Paolo Clarizia e Giovanni La Fauci (per
-OMISSIS-), nonché l'avv. Cristiana Carpani (per -OMISSIS-);

Vista, altresì, l'istanza di passaggio in discussione della causa in decisione
presentata, ai sensi del protocollo d'intesa sullo svolgimento delle udienze,
dagli avvocati Riccardo Villata e Andreina Degli Espositi (per -OMISSIS-),
Serena Spizzamiglio e Silvia Carli (per l'Azienda Usl Toscana Nord Ovest),

Claudio Bargellini (per la -OMISSIS-);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La -OMISSIS-, con bando pubblicato il 21.11.2018, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di miglioramento delle prestazioni energetiche delle strutture ospedaliere e socio sanitarie dell'USL Toscana Nord Ovest.

1.1. All'esito della procedura selettiva si è classificato primo il RTI con capofila -OMISSIS- (-OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-), al secondo posto si è collocato il RTI capeggiato da -OMISSIS- (-OMISSIS- e -OMISSIS-), al terzo posto si è collocato il RTI con mandataria -OMISSIS- (-OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-).

Da qui il provvedimento di aggiudicazione del 5.8.2019, cui faceva seguito con pec del 27 settembre 2019, la dichiarazione integrativa di -OMISSIS- ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016 nella quale, tra l'altro, veniva dichiarata la notifica, avvenuta il precedente 9 maggio 2019, del provvedimento sanzionatorio -OMISSIS- adottato da AGCM nella seduta del 17 aprile 2019, nonché, su sollecitazione della stazione appaltante, le misure di self cleaning adottate. Di poi, il seggio di gara redigeva apposito verbale, nel quale dava atto dello svolgimento delle attività di controllo di cui agli artt. 32, comma 7 e 86 del d.lgs. n. 50/2016, e art. 24 del disciplinare di gara, accertando il permanere dei requisiti per l'aggiudicazione della gara. Infine, -OMISSIS-, preso atto dell'esito delle verifiche, disponeva l'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione con determinazione -OMISSIS- del 28 novembre 2019.

1.2. Avverso il provvedimento di aggiudicazione del 5.8.2019 e gli atti connessi (*id est* determina con valore di integrazione di efficacia) ha proposto un primo ricorso, per come integrato da atti recanti motivi aggiunti,

-OMISSIS-(terza classificata) ed il suddetto mezzo, con sentenza del TAR per la Toscana, Sezione Terza, -OMISSIS- del 5.3.2020, è stato accolto, mentre è stato respinto il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-

1.3. Segnatamente, il giudice di prime cure, dopo aver rilevato il difetto di legittimazione passiva della USL Toscana Nord Ovest, ha affermato, anzitutto, che il RTI secondo classificato (-OMISSIS-) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, ai sensi dell'articolo 48 comma 8 del d. lgs 50/2016 e dell'articolo 18.2. del disciplinare, in quanto uno dei suoi componenti (-OMISSIS-) aveva ommesso di sottoscrivere alcuni dei moduli dell'offerta economica (2 su 10).

1.4. Del pari, quanto al primo classificato, (-OMISSIS-), il TAR ha ritenuto fondata la censura (riproposta con i secondi motivi aggiunti avverso la determina di integrazione dell'efficacia di aggiudicazione) con la quale la ricorrente -OMISSIS-lamentava che il -OMISSIS- avesse modificato l'offerta economica nell'ambito del procedimento di verifica di congruità dell'offerta in relazione al costo della manodopera (quantificato in euro 30.919.674 nell'offerta economica e in euro 37.346.534 in sede di giustificazioni di congruità dell'offerta). Nella prospettiva del giudice di prime cure, in aggiunta a quello previsto per la manodopera diretta, anche il costo del personale di supporto (euro 909.460) e dei servizi esterni (euro 5.517.400) costituirebbe un onere economico ricadente nella voce della manodopera impegnata nell'appalto in questione, di guisa che dovrebbe ritenersi violata la disposizione contenuta nel comma 10 dell'articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016. Il fatto che una parte di questi costi (segnatamente, quelli del personale di supporto e dei servizi esterni) sia stata inserita, insieme ad altre voci di costo, in una categoria più generale, equivarrebbe a non averli indicati, perché la norma presuppone un'indicazione separata.

2. Avverso la suddetta sentenza ha proposto appello, rubricato al nrg

2804.2020, -OMISSIS- (mandante in ATI con -OMISSIS-), all'uopo deducendo che:

a) il preteso scostamento tra offerta tecnica ed i giustificativi quanto al personale di supporto, impropriamente rilevato dal TAR, non avrebbe mai formato motivo di ricorso -OMISSIS- (che avrebbe posto la questione solo nella memoria di merito del 20.1.2002), e quindi la sentenza sarebbe, *in parte qua*, affetta da vizio di ultrapetizione. Inoltre, la suddetta discordanza sarebbe erronea in punto di fatto, dal momento che vi sarebbe piena coincidenza tra i dati indicati nell'offerta tecnica e quelli riportati nell'offerta economica;

b) sarebbe, inoltre, erroneo il capo della decisione appellata nella parte in cui il TAR ha rilevato la violazione dell'obbligo dell'art. 95 comma 10 del codice dei contratti, in quanto il costo della manodopera, indicato in € 30.919.674, afferisce al costo della manodopera "*propria*", ovvero del personale di governo di commessa e della manodopera diretta, mentre le altre voci non avrebbero dovuto essere indicate atteso che, quanto al "*personale di supporto*" (da non confondersi col "*personale specializzato di supporto*"), si tratterebbe di soggetti libero professionisti deputati allo svolgimento di consulenze e servizi ingegneristici, giustificati tra i costi indiretti di commessa. Analogamente, quanto al costo degli operatori dei Centri di assistenza autorizzati (Service esterni) si tratterebbe dei lavoratori delle ditte produttrici (incaricati delle case-madri) che intervengono per particolari attività che non possono essere eseguite né dall'appaltatore, né in subappalto, bensì sono riservati, pena la perdita della garanzia, al personale del costruttore dell'impianto;

c) in via aggiuntiva, deduce l'appellante che l'esclusione può seguire l'omessa indicazione dei costi, ma non l'erronea indicazione dei medesimi (a condizione, ovviamente, che in sede di verifica, l'offerta sia reputata congrua).

I costi, nel caso qui in rilievo, sarebbero stati indicati e, contrariamente a

quanto ritenuto, non vi sarebbe una modifica dell'offerta in fase di giustificazione. Per la medesima ragione, non varrebbe in contrario alcuna disposizione del disciplinare di gara, in virtù del principio di tassatività delle clausole a pena di esclusione, tanto più che l'articolo 23 del disciplinare non sarebbe presidiato da una specifica sanzione di esclusione;

d) la sentenza, valorizzando un rilievo di ordine meramente formale, si porrebbe, altresì, in rapporto di distonia con il principio di proporzionalità di guisa che, in via residuale, si renderebbe necessario un rinvio pregiudiziale alla Corte Europea di giustizia.

2.1. Si è costituita in giudizio la -OMISSIS- che ha chiesto che la sentenza di primo grado venga riformata con conseguente rigetto del ricorso proposto da -OMISSIS--OMISSIS- Analoghe conclusioni sono state rassegnate dall'Azienda U.s.l. Toscana Nord Ovest.

2.2. Di contro resistono -OMISSIS- e -OMISSIS-

2.3. -OMISSIS- ha, altresì, spiegato appello incidentale impugnando i capi della sentenza (nn. 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14) con i quali sono state respinte le ulteriori censure formulate con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, all'uopo deducendo l'erroneità della decisione di primo grado nella parte in cui:

a) non ha valorizzato anche le censure incentrate sulla mancata esclusione del RTI con capofila -OMISSIS- per aver presentato, in sede di offerta tecnica, un progetto di fattibilità tecnica ex art. 23 D.lgs. n. 50/2016 che tuttavia non è stato sottoscritto dal progettista designato in gara;

b) ha respinto le censure con -OMISSIS- aveva denunciato, a fronte di sopravvenienze maturate in corso di gara, la tardiva integrazione da parte di -OMISSIS- ed -OMISSIS-, in violazione dell'articolo 24 del disciplinare, delle dichiarazioni sui requisiti necessari per partecipare alla gara e l'incompetenza

della commissione che ha operato la relativa valutazione;

c) non ha accolto la censura secondo cui la stazione appaltante avrebbe irrualmente neutralizzato le varie censure proposte in giudizio con riferimento alle omissioni dichiarative di illeciti professionali da parte di -OMISSIS- ed -OMISSIS- in violazione dell'art. 24 del disciplinare di gara che imponeva di svolgere le verifiche ex art. 86 D.Lgs. 50/2016 prima e non dopo l'aggiudicazione, così rimettendo il concorrente in termini per evidenziare situazioni che avrebbero dovuto essere dichiarate ben prima. Inoltre, sempre in base all'articolo 24 del disciplinare la commissione aveva esaurito il proprio mandato e non poteva compiere alcun atto o verifica ulteriore, invece demandata al RUP di guisa che la verifica oggetto del verbale del 28.11.2019 non sarebbe stata eseguita dall'organo competente;

d) l'aggiudicatario RTI con mandataria -OMISSIS- avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara in ragione della omessa dichiarazione da parte della mandante -OMISSIS- di circostanze rilevanti ai fini della configurabilità della causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) e lett. f bis) del D.lgs. n. 50/2016, vale a dire:

- aver omesso di dichiarare di aver fornito in una precedente procedura di gara informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare l'aggiudicazione (*id est* presentazione di preventivi falsi, espressamente disconosciuti dai fornitori, accertata con sentenza del TAR Lazio II ter del 9 gennaio 2017 n. 235, passata in giudicato). Sul punto, l'appellante incidentale sostiene che la pronuncia del TAR, nella parte in cui ha evidenziato l'inapplicabilità dell'art. 80 comma 5 lettera c ter), sarebbe inconferente ed illegittima ai sensi dell'art. 112 c.p.c., dal momento che -OMISSIS- aveva dedotto la violazione degli 80 comma 5 lett. c) e lett. f bis);

- aver omesso di dichiarare carichi pendenti e avvisi di chiusura indagini ex art.

415 bis c.p.p., per reati gravi contestati nell'ambito dell'esecuzione di contratti pubblici affidati dall'-OMISSIS-, tra i quali quelli (di cui agli artt. 56, 640 comma 2 cp) che hanno portato all'elevazione nei confronti della detta società di un illecito ex art. 24 comma 1 del D.Lgs. 231/01. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la censura sarebbe sufficientemente circostanziata facendo espresso riferimento sia al contesto di riferimento (-OMISSIS-), sia al coinvolgimento della società in relazione ai reati di cui agli artt. 56, 640 comma 2 cp;

- aver omesso di dichiarare che la -OMISSIS- – di cui -OMISSIS- ha acquisito il ramo d'azienda “-OMISSIS-” - è risultata destinataria di provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento disposto dalla -OMISSIS- (circostanza verificabile dalla lettura della sentenza Tar Brescia n. -OMISSIS-). Sul punto, e contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, non rileverebbe la definizione della pendenza con transazione o con risoluzione consensuale del contratto né sarebbe, di per se stessa, conferente la mancata annotazione ex art. 80, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016 che riguarderebbe le false dichiarazioni;

d) per l'illogicità delle valutazioni connesse alla disamina della tardiva dichiarazione del provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCM nell'adunanza del 17 aprile 2019 e comunicato dalle società -OMISSIS- e -OMISSIS- solo nelle date del 17 e 29 settembre 2019 (nonostante l'ultima seduta si fosse tenuta il 7.6.2019), cioè dopo l'instaurazione dei contenziosi giurisdizionali innanzi al Tar Firenze;

e) sarebbero illogiche le valutazioni compiute dal seggio di gara prima e dal giudice di prime cure poi sia in relazione alla vicenda suindicata (apprezzata nel verbale del 28.11.2019) e poi quanto ai plurimi illeciti professionali dichiarati da -OMISSIS- e che avrebbero meritato una rigorosa valutazione.

Di contro, sarebbero illogiche le valutazioni compendiate nel verbale del 28.11.2019 (quanto alla sanzione AGCM) e del tutto omesse le valutazioni sul contenuto delle dichiarazioni di -OMISSIS- i cui contenuti sarebbero appena accennati, e solo in parte, nel verbale di seduta riservata del 2.04.2019;

f) non ha rilevato l'insufficienza della verifica operata dalla stazione appaltante sui requisiti dichiarati, in via integrativa da -OMISSIS-, nonostante la pluralità delle informazioni rilevanti ai fini in questione da quest'ultima tardivamente veicolati, dovendo, peraltro, rilevarsi che la detta aggiudicataria:

- ha indicato in sede di comprova un procedimento penale pendente a suo carico (r.g. nr. -OMISSIS-) presso la Procura Repubblica Tribunale di Alessandria ex art. 5 e 25 septies D.Lgs. 231/01 in relazione al reato 590 co. 3 c.p. in violazione art. 71, co. 1 e 36 c. 2 D.lgs. 81/08. Trattasi di procedimento penale che non era stato dichiarato in gara, nonostante l'obbligo dichiarativo sussistente ai sensi dell'art. 80, co. 5 D.Lgs. 50/2016;

- risulta altresì dichiarato dalla -OMISSIS-, in sede di comprova, che il Presidente del C.d.a. della -OMISSIS- (-OMISSIS- della -OMISSIS-), -OMISSIS-, ha due procedimenti penali pendenti presso la Procura della Repubblica di Roma (r.g. -OMISSIS-), per i reati di cui agli artt. 271, co. 5, 17, co. 1 lett. a), 28, co. 1 e 1bis e 29 D.Lgs. 81/2008, art. 267, 36 e 37 D.Lgs. 81/2008 e 110 e 353 c.p. Anche in questo caso trattasi di procedimento penale che non era stato dichiarato in gara, nonostante l'obbligo dichiarativo sussistente ai sensi dell'art. 80, co. 5 D.Lgs. 50/2016;

- sarebbero emersi iscrizioni penali non dichiarate e procedimenti penali pendenti nei confronti di procuratori aventi poteri di rappresentanza (-OMISSIS-), a nulla rilevando il fatto che non avessero poteri di rappresentanza;

g) il TAR non si sarebbe pronunciato sulle domande di conseguimento

dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato previa declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia dello stesso.

3. Con distinto mezzo, n. 2831.2020, ha proposto appello avverso la medesima sentenza -OMISSIS-, articolando i seguenti motivi di gravame:

a) il primo Giudice sarebbe andato ben oltre i limiti dell'accertamento al medesimo demandato e lo avrebbe fatto trasformando la denunciata modifica dell'offerta economica nel (differente, anche sotto il profilo delle conseguenze) vizio della mancata indicazione del costo della manodopera;

b) il costo della manodopera indicato in € 30.919.674, afferisce al costo della manodopera "propria" e sul punto vi sarebbe coerenza tra l'offerta ed i relativi giustificativi, avendo il giudice di prime cure impropriamente valorizzato sotto tale voce anche i costi indiretti di commessa, rappresentati dal personale di supporto (team specialistici costituiti da figure afferenti alle strutture territoriali delle aziende costituenti l'RTI, che interverranno in ausilio al personale di commessa in funzione della necessità contingente e delle prestazioni specializzate occorrenti, per un monte ore anno complessivo stimato in 3700 ore) e dagli operatori dei Centri di assistenza autorizzati, il cui costo rientra nella voce "Fornitura materiali e servizi" ed è giustificato nel paragrafo "Materiali e servizi";

c) tutte le voci suddette sarebbero giustificate e la composizione dell'offerta nei termini suddetti non potrebbe essere sindacata anche perché congrua;

d) sarebbe conseguenza di un vistoso abbaglio del giudice di prime cure l'affermata discrasia tra i contenuti dell'offerta tecnica (in cui viene indicato in 19.000 ore l'impegno del personale specializzato di supporto, che ricade nella manodopera diretta) ed i giustificativi (che invece parlando di personale di supporto si riferiscono ai team specialistici);

e) sarebbero erronei i capi 17, 18 e 19 della decisione appellata che hanno

respinto il ricorso incidentale. Segnatamente, il TAR non avrebbe adeguatamente considerato i seguenti rilievi:

- -OMISSIS- è -OMISSIS- di -OMISSIS-, mandante del RTI -OMISSIS--OMISSIS-, e ciò nondimeno -OMISSIS- non avrebbe reso alcuna dichiarazione ex art. 80 del d.Lgs. n. 50/2016 rispetto al sig. -OMISSIS-, Amministratore Unico di -OMISSIS-;
- anche rispetto alla -OMISSIS- mancherebbe la dichiarazione ex art. 80 cit. del -OMISSIS- della predetta società, rappresentato da -OMISSIS-, relativamente ai sig.ri -OMISSIS-, tutti componenti del collegio sindacale;
- inosservanza da parte della -OMISSIS- del RTI -OMISSIS- dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 80 cit. correlato all'operazione di fusione per incorporazione di -OMISSIS- con specifico riferimento ai requisiti di moralità concernenti -OMISSIS-.

3.1. Si sono costituite in giudizio la -OMISSIS-, l'Azienda U.S.L. Toscana Nord Ovest e la -OMISSIS-, che hanno chiesto che la sentenza di primo grado venga riformata.

3.2. Di contro resistono -OMISSIS- e -OMISSIS-

3.3. -OMISSIS- ha, altresì, spiegato appello incidentale riproponendo le stesse doglianze già sopra richiamate in via di sintesi.

4. Anche -OMISSIS- (di seguito anche -OMISSIS-), seconda graduata, ha proposto appello, n. -OMISSIS-, avverso la medesima sentenza -OMISSIS-/2020 all'uopo deducendo quanto segue:

a) rispetto al capo con cui la sentenza appellata ha rilevato che la propria mandante -OMISSIS- aveva ommesso di sottoscrivere (due dei dieci files costituenti l'offerta economica del RTI partecipante, e segnatamente) i modelli concernenti l'offerta economica ed il ribasso sul prezzario, l'appellante deduce che la volontà di -OMISSIS- di vincolarsi al contenuto dell'offerta

risultava oggettivamente certa e palese, stante la puntuale sottoscrizione da parte della mandante di tutti i numerosissimi allegati alla suddetta offerta, compreso quello contenente la percentuale di ribasso (16,5 %) sull'importo posto a base di gara, dovendo privilegiarsi un approccio sostanzialistico come evidenziato dalla migliore giurisprudenza;

b) sarebbe erroneo il capo della decisione che ha respinto i motivi dedotti -OMISSIS-, analoghi a quelli svolti da -OMISSIS- in altro coevo ricorso e riconducibili ai seguenti profili: nel corso della procedura selettiva (9 maggio 2019) a -OMISSIS- ed -OMISSIS- veniva notificata la delibera del 17 aprile 2019 con cui AGCM, definendo il procedimento avviato nel 2017, aveva accertato l'intesa concorrenziale e condannato per l'effetto entrambe le società al pagamento di una relevantissima sanzione pecuniaria, a nulla rilevando il tentativo del -OMISSIS- del settembre 2019 – ad aggiudicazione disposta e a ricorso ormai notificato – di porre rimedio all'omissione in sede di gara e il fatto che avesse già dichiarato l'avvio del relativo procedimento. Tanto sulla premessa che -OMISSIS- ed -OMISSIS- avrebbero dovuto immediatamente informare-OMISSIS-risultando inappagante la motivazione della stazione appaltante, prima, e del TAR, poi, per ritenere ciò nondimeno non ostativa la sanzione in argomento.

4.1. Resistono in giudizio la -OMISSIS-, --OMISSIS-, la -OMISSIS-, la -OMISSIS-, l'azienda U.S.L. Toscana Nord Ovest.

-OMISSIS- eccepisce, in rito, l'inammissibilità del ricorso in appello nella parte in cui il -OMISSIS- -OMISSIS- pretenderebbe di (ri)proporre le censure avanzate avanti al primo giudice in separato procedimento e già respinte con la distinta sentenza n. -OMISSIS- sulla premessa della loro coincidenza con quelle articolate dalla ricorrente in primo grado -OMISSIS-.

-OMISSIS- rileva l'infondatezza delle doglianze articolate da -OMISSIS-

avverso la sua esclusione e da ciò inferisce l'improcedibilità delle residue doglianze riferite al RTI con -OMISSIS- mandataria.

Sarebbe, inoltre, inammissibile il motivo articolato avverso il provvedimento di ammissione, di cui al verbale del aprile 2019, e confluito nel provvedimento di aggiudicazione ma poi superato dal successivo provvedimento -OMISSIS-/2019.

-OMISSIS- da parte sua, reputa inammissibile per tardività il motivo di gravame sul mancato svolgimento della verifica sui requisiti prima dell'aggiudicazione, atteso che già nella comunicazione di aggiudicazione si evidenziava che tale adempimento avrebbe condizionato l'efficacia dell'aggiudicazione.

4.2. -OMISSIS- ha, altresì, spiegato appello incidentale riproponendo le medesime doglianze già sopra richiamate in via di sintesi.

5. Da ultimo, ha proposto ricorso (2888.2020) avverso la medesima sentenza anche la -OMISSIS-, centrale di committenza nella procedura di gara qui in rilievo, all'uopo deducendo che:

a) sarebbe, anzitutto, erronea la statuizione recante l'esclusione del RTI con capofila -OMISSIS- -OMISSIS- in quanto dettata da ragioni meramente formalistiche, tenuto conto che la documentazione prodotta in gara dal -OMISSIS- non lasciava dubbi sulla manifestazione di volontà da parte di tutti i membri del Raggruppamento. Ed, invero, tutti i file dell'offerta tecnica del -OMISSIS- erano stati sottoscritti da tutti i membri del raggruppamento, mentre, per l'offerta economica, otto files su dieci dell'offerta economica recavano la sottoscrizione digitale del legale rappresentante della mandante -OMISSIS- -OMISSIS-. Peraltro, il "*dettaglio economico*" riporta tutte le firme ed indica in modo chiaro l'offerta economica "determinata dal ribasso percentuale sull'importo annuale a base d'asta, espresso con 2 cifre decimali,

applicato all'importo a base di gara", pari al 16,50%. Inoltre – ad eccezione del modello recante l'indicazione del ribasso sul prezzario Toscana – tutti i contenuti dei due moduli non sottoscritti sono desumibili dagli altri files. Infine, i files mancanti erano stati firmati digitalmente (con data certa) in epoca precedente e non trasmessi per mero errore materiale;

b) parimenti erroneo sarebbe il capo della sentenza che reca l'esclusione del -OMISSIS-, dovendo, anzitutto, premettersi che lo stesso giudice di prime cure ha rilevato che non vi è stata alcuna indicazione di costi aggiuntivi in sede di verifica di anomalia né alcun disequilibrio che possa portare la commessa in perdita, avendo questi rilevato che i costi in contestazione (costi del personale di supporto e dei Centri di Assistenza autorizzati) erano stati inseriti in altre categorie più generali. Tanto premesso, il capo della decisione appellata qui in rilievo sarebbe illegittimo perché:

- nei costi della manodopera non possono confluire anche quelli relativi al personale esterno (e tale sarebbe sia il personale di supporto che quello dei centri di assistenza) ma solo quelli della manodopera propria;

- sarebbe infondata, in punto di fatto, la pretesa discrasia tra offerta tecnica ed offerta economica quanto al numero di ore offerte;

c) l'accoglimento del motivo sub b) farebbe venir meno i profili di illegittimità derivata rilevati dal TAR;

d) andrebbe riformato anche il capo della sentenza relativo alle spese di lite.

Le medesime conclusioni sono state rassegnate dall'Azienda U.S.L. Toscana Nord Ovest.

5.1. Resistono in giudizio -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-
L'azienda U.S.L. Toscana Nord Ovest.

5.2. -OMISSIS- ha, altresì, spiegato appello incidentale riproponendo le stesse doglianze già sopra richiamate in via di sintesi.

6. Sui fatti di causa il TAR, adito dalla società -OMISSIS- (di seguito anche -OMISSIS-), si è pronunciato anche con separato provvedimento, la sentenza -OMISSIS- del 5 marzo 2020, parimenti fatta oggetto di gravame, da -OMISSIS- con il ricorso n. 2832.2020.

6.1. Vale, infatti, premettere che, in prime cure, la suddetta società (seconda classificata), con ricorso integrato da motivi aggiunti, aveva impugnato l'aggiudicazione della gara al RTI con mandataria -OMISSIS-, mentre -OMISSIS- spiegava ricorso incidentale assumendo che -OMISSIS- dovesse essere esclusa. Il TAR per la Toscana, Sezione Terza, con sentenza -OMISSIS- del 5.3.2020, respingeva il ricorso principale, rilevando *ad abundantiam* la fondatezza del ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-

6.2. Segnatamente, il giudice di prime cure, quanto al ricorso incidentale, ha rilevato, anzitutto, che il RTI secondo classificato (-OMISSIS-) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, ai sensi dell'articolo 48 comma 8 del d. lgs 50/2016 e dell'articolo 18.2. del disciplinare, in quanto uno dei suoi componenti (-OMISSIS-) aveva ommesso di sottoscrivere l'offerta economica.

Viceversa, quanto al ricorso principale, ha rilevato l'insussistenza delle dedotte cause di esclusione formulate dalla ricorrente principale ai sensi dell'articolo 80 del d. lgs 50/2016, la compiutezza della motivazione quanto ai punteggi assegnati, l'assenza di elementi sintomatici di irragionevolezza della valutazione sull'anomalia dell'offerta.

6.3. Avverso la suddetta sentenza, con il mezzo qui in rilievo, l'appellante deduce che:

a) la sentenza di prime cure sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto non irragionevole la decisione della stazione appaltante di non dover valutare, siccome non definitiva, la condanna per truffa aggravata riportata da -OMISSIS-, mandante del -OMISSIS-, nel gennaio 2019. A tal riguardo,

evidenza che la definitività della condanna rileva ai sensi dell'articolo 80 comma 1, mentre le condanne non definitive vanno prese in considerazione ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera c) e che i rilievi svolti dal giudice di prime cure – secondo cui i) la condanna non è definitiva, ii) riguarda un soggetto non più in carica e non più dipendente dal 2011, iii) concerne fatti del 2003, a seguito dei quali la società aveva adottato misure di self cleaning (ad es. rinnovo della governance aziendale) – sarebbero del tutto impropri. Ed, invero, il TAR si sarebbe sostituito alla stazione appaltante che si era limitata ad apprezzare il solo profilo della non definitività della decisione, mentre dovrebbe ritenersi necessaria una motivazione esplicita anche nei casi di ammissione;

b) sarebbe erroneo il capo della sentenza che non ha rilevato la mancanza di un'immediata comunicazione alla stazione appaltante della notifica, intervenuta il 9 maggio 2019, a -OMISSIS- ed -OMISSIS- della delibera 17 aprile 2019 con cui AGCM aveva applicato una rilevante sanzione per intesa anticoncorrenziale. Tale comunicazione sarebbe intervenuta solo nel settembre 2019, ad aggiudicazione disposta e a ricorso ormai notificato. Non sarebbero persuasive le argomentazioni reiettive del TAR secondo cui il provvedimento era sopravvenuto al termine di presentazione delle offerte ed alla seduta deputata alla verifica dei requisiti e comunque l'amministrazione l'avrebbe ragionevolmente ritenuta non ostativa. Ciò in quanto:

- si poneva a carico delle società, secondo un diffuso orientamento giurisprudenziale, un onere di immediata comunicazione secondo il principio di leale collaborazione ed in funzione del principio di continuità dei requisiti desumibile dall'articolo 80 comma 6 del codice dei contratti;
- la verifica ex art. 32, 7° c., d.lgs. 50/16 avrebbe dovuto essere effettuata immediatamente, all'esito dell'aggiudicazione, sulla base delle dichiarazioni in

precedenza fornite dall'offerente;

c) né sarebbero congruenti le valutazioni all'uopo svolte in sede di comprova dei requisiti dichiarati, in quanto:

- il seggio di gara ha ritenuto di valorizzare le ordinanze cautelari rese nei giudizi instaurati da -OMISSIS- ed -OMISSIS-, le quali si limitavano a sospendere, previa cauzione, il solo versamento dell'importo;

- le argomentazioni del T.A.R. sarebbero inconferenti sia per l'irrilevanza e l'inefficacia delle misure di self cleaning, sia perché l'illecito antitrust, al di là del mercato oggetto dello specifico appalto, si traduce in una condotta che dimostra l'inaffidabilità in radice dell'operatore in tutti gli ambiti in cui opera;

d) sarebbe illegittimo il capo della decisione che ha convalidato gli esiti del giudizio sull'anomalia dell'offerta, nonostant-OMISSIS- non abbia svolto verifiche mirate a tal riguardo e risultando tuttora aspetti non chiariti quanto alle seguenti voci siccome rimaste prive di documentazione probatoria di supporto:

- costo del Gas Metano (sez. A2), non avendo l'aggiudicataria provato l'effettivo costo del combustibile;

- costo dell'energia elettrica (sez. A2), non essendo stata acclusa documentazione circa l'effettivo costo di energia elettrica;

- quanto agli interventi, la somma dei quattro sottopunti ammonta a € 24.036.526, mentre il computo metrico estimativo (CME) allegato indicava il differente valore di € 32.926.747 e risultava composto da un elenco di voci costituite da nuovi prezzi, ancora una volta non supportati da documentazione/preventivi;

- incentivi stimati in € 11.635.410, ma in assenza di documentazione né di calcoli in grado di suffragarne la stima di ricavo;

d) la sentenza sarebbe illegittima anche perché non ha rilevato – a differenza

di quanto fatto in altro procedimento - che la commissione ha espresso i giudizi tecnici in forma esclusivamente numerica, quando il disciplinare individuava molteplici criteri discrezionali per nulla dettagliati, cui era correlata l'attribuzione di elevati punteggi (sino a 15 punti) per un totale di ben 60 punti;

e) i commissari avrebbero assegnato coefficienti identici a quelli riconosciuti dagli altri membri (con la sola eccezione del giudizio formulato dal commissario -OMISSIS- in relazione al subcriterio a.1.2);

f) sarebbero, infine, illegittime le statuizioni favorevoli sul ricorso incidentale spiegato da -OMISSIS-.

6.4. Resistono in giudizio la -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, che ha, altresì, spiegato appello incidentale, all'uopo deducendo che:

a) sarebbe illegittima la pronuncia di improcedibilità del ricorso incidentale, dal momento che il primo giudice avrebbe dovuto, in ogni caso e cioè anche dopo la integrale reiezione del ricorso principale, procedere, sempre in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, all'esame anche del ricorso incidentale, ciò a tutela dell'interesse azionato dal RTI ricorrente incidentale ad ottenere, in caso di accoglimento del ricorso incidentale medesimo, l'esclusione dalla procedura del ricorrente principale;

b) muovendo dalle premesse di cui al capo a) l'appellante incidentale ripropone i motivi 2 e 3 del gravame incidentale con i quali lamentava:

- la violazione del disciplinare di gara nella parte in cui imponeva ai concorrenti la produzione di un progetto di fattibilità tecnica redatto in conformità a quanto prescritto dal cit. art. 23 e, quindi, necessariamente redatto e sottoscritto da un professionista abilitato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 24, comma 5 cit. Ed, invero, il progetto del soggetto designato

(-OMISSIS-) non risulta né redatto da -OMISSIS-, né, tantomeno, sottoscritto dal legale rappresentante della medesima Società

c) il -OMISSIS-, mandante del costituendo -OMISSIS- --OMISSIS-, ha indicato quale impresa esecutrice la società -OMISSIS-, che è una società -OMISSIS-, -OMISSIS- Di contro, l'-OMISSIS-, pur avendo dichiarato di avere quale -OMISSIS- -OMISSIS-, avrebbe prodotto in allegato alla predetta dichiarazione elenchi inerenti i procuratori ed il collegio sindacale del tutto incompleti siccome privo della indicazione nominativa del sig. -OMISSIS-, nominato -OMISSIS- in data 9 novembre 2018, dei sindaci supplenti, -OMISSIS-;

d) ripropone quindi la censura della mancata sottoscrizione dell'offerta economica.

6.5. In sede cautelare, dopo un primo rinvio dovuto alla presentazione di appelli incidentali, il Collegio accoglieva le relative istanze ai soli fini di cui all'articolo 55 comma 10 c.p.a.

Le parti hanno prodotto memorie con cui hanno ribadito le rispettive tesi.

All'udienza del 22.10.2020 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

7. Preliminarmente, s'impone la riunione degli procedimenti indicati in epigrafe ai sensi degli artt. 70 e 96, comma 1, c.p.a.

Ed, invero, quelli rubricati ai numeri di R.G. 2804/2020, 2831/2020, 2833/2020 e 2888/2000 risultano spediti avverso la medesima sentenza del TAR per la Toscana, Sezione Terza, -OMISSIS- del 5.3.2020.

7.1. Inoltre, l'appello 2832/2020, pur riferito alla distinta sentenza del medesimo TAR, -OMISSIS- del 5 marzo 2020, è connesso agli altri procedimenti sotto il duplice profilo, soggettivo e oggettivo, in quanto riferito alla medesima vicenda contenziosa.

7.2. Sempre, in via preliminare, va disposta l'estromissione dal giudizio

dell'Ausl Toscana, di cui era stato già rilevato nel corso di entrambi i procedimenti sviluppatasi in parallelo dinanzi al giudice di primo grado il difetto di legittimazione passiva. Il relativo capo di sentenza non risulta impugnato ed oltretutto persistono i rilievi svolti in entrambe le decisioni di prime cure quanto alla mancanza di un qualificato e diretto collegamento di tale soggetto con *la res controversa*, atteso che gli atti impugnati promanano non dall'USL Toscana ma dalla -OMISSIS- -OMISSIS- che riveste la qualifica di Amministrazione aggiudicatrice.

7.3. In prospettiva metodologica, e tenuto conto della pluralità dei mezzi esperiti dalle parti in senso incrociato, ritiene il Collegio di dover muovere dalla disamina dei capi della decisione di primo grado -OMISSIS- concernenti, anzitutto, le questioni sottese al ricorso principale estendendo, solo all'esito, lo scrutinio dei connessi mezzi incidentali; tanto a partire dall'esame della posizione dell'aggiudicatario per poi eventualmente passare a quella del secondo graduato. Si è, infatti, condivisibilmente da ultimo evidenziato in giurisprudenza che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale. Si dà, in altre termini, priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale (cfr. da ultimo Cons. St., sez.

IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

8. Procedendo, dunque, nel solco dell'ordine metodologico appena tracciato va qui, anzitutto, scrutinato il capo della decisione appellata, -OMISSIS-/2020, che regge l'esclusione dell'aggiudicatario RTI con mandataria -OMISSIS-, attratto nel fuoco della contestazione per effetto, a mezzo di censure di contenuto sostanzialmente analogo, degli appelli R.G. 2804/2020, 2831/2020 e 2888/2000.

8.1. Il TAR ha ritenuto che il -OMISSIS- avesse irritualmente modificato l'offerta economica nell'ambito del procedimento di verifica di congruità dell'offerta in relazione al costo della manodopera (quantificato in euro 30.919.674 nell'offerta economica e in euro 37.346.534 in sede di giustificazioni di congruità dell'offerta). Nella prospettiva del giudice di prime cure, in aggiunta a quello previsto per la manodopera diretta, anche il costo del personale di supporto (euro 909.460) e dei servizi esterni (euro 5.517.400) costituirebbe un onere economico ricadente nella voce della manodopera impegnata nell'appalto in questione, di guisa che vi sarebbe una contraddizione insanabile tra i due documenti (l'offerta economica ed i giustificativi) e dovrebbe ritenersi violata la disposizione contenuta nel comma 10 dell'articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016, relativamente al costo della manodopera, che ne imporrebbe una *“..indicazione separata di modo da consentire un controllo da parte della stazione appaltante sul rispetto dei minimi retributivi?”*.. Il fatto che una parte di questi costi (segnatamente, quelli del personale di supporto e dei servizi esterni) sia stata inserita, insieme ad altre voci di costo, in una categoria più generale, equivarrebbe a non averli indicati, perché la norma presuppone inderogabilmente un'indicazione separata.

Tanto, peraltro, troverebbe viepiù conforto nel disposto dell'art. 18.2 del disciplinare di gara che imporrebbe espressamente l'indicazione, nell'offerta

economica, del costo della manodopera, mentre il successivo art. 23 demanderebbe espressamente al RUP, in sede di verifica di congruità dell'offerta, la richiesta di spiegazioni sul costo della manodopera indicato nell'offerta economica come "*non modificabile*".

Nella traiettoria argomentativa seguita dal giudice di prime cure la rilevata intrinseca contraddittorietà dell'offerta qui in esame risulterebbe vieppiù accentuata dalla ulteriore discrasia registrata in relazione all'offerta tecnica, dal momento che questa quantificherebbe in 19.000 ore l'impegno previsto del personale di supporto mentre il medesimo impegno verrebbe stimato in appena 3.700 nella relazione giustificativa di congruità.

8.2. Orbene, deve, anzitutto, rilevarsi come la decisione appellata sia, anzitutto, erronea in punto di fatto rispetto a tale ultima statuizione.

Ed, invero, in disparte i rilievi mossi quanto alla mancanza nel mezzo di primo grado (-OMISSIS- -OMISSIS-) di una corrispondente censura e, dunque, il conseguente vizio di ultrapetizione che inficerebbe il *dictum* del giudice di primo grado, fondati si rivelano gli ulteriori rilievi censori nella parte in cui rivendicano, invece, una piena coerenza tra l'offerta tecnica e la relazione contenente i giustificativi all'offerta economica.

Ed, invero, il semplice raffronto tra i due documenti consegna all'attenzione di questo giudice come dato incontrovertibile che il monte ore indicato nell'offerta tecnica per il "*personale specializzato di supporto*", pari a 19.000 ore, è esattamente equivalente a quello indicato nei giustificativi, ancorché in forma disaggregata, vale a dire $14.250 + 4.750 = 19.000$ ore, avendo il TAR confuso la stima del monte ore del "*personale specializzato di supporto*" con quella del "*personale di supporto*", quotata in una distinta voce e giustappunto stimata in 3.700 ore.

8.3. Del pari, nemmeno può essere condivisa la traiettoria argomentativa

seguita dal giudice di prime cure nella parte in cui afferma che la separata indicazione nei giustificativi dei costi per “personale esterno”, individuato negli operatori dei centri di assistenza autorizzati (€ 5.517.400) e nel “personale di supporto (€ 909.460), per complessivi € 6.426,869), comporterebbe una indebita modifica della voce “costo della manodopera” quantificato in € 30.919.674 nell’offerta economica, che, pertanto, risulterebbe irrimediabilmente viziata in quanto non ingloberebbe anche le voci di costo per il personale qualificato come esterno.

8.4. Sul punto, rileva il Collegio che il RTI con mandataria -OMISSIS- ha indicato in sede di offerta un costo per la manodopera pari a € 30.919.674,53 utilizzando come criterio selettivo di computo quello di considerare i soli costi propri e riferibili al personale direttamente e stabilmente impiegato nella commessa in argomento. In tal senso vi è perfetta corrispondenza con il dato disaggregato esposto nei giustificativi in cui sono giustappunto differenziati il costo relativo al personale di governo della commessa, pari a € 5.601.352,00, ed il costo della manodopera diretta, pari a € 25.318.322,53, la cui somma è pari a € 30.919.674,53, pienamente corrispondente a quella indicata nell’offerta economica.

All’interno del descritto schema logico è stato, invece, contabilizzato separatamente il costo del monte ore riferibile al personale di supporto, pari a € 909.460,00, e quello denominato “*Service esterni*”, riferibile agli operatori dei centri di assistenza autorizzati, pari a € 5.517.400,00, per un totale complessivo di € 6.426.860,00.

Ed, invero, all’interno dei giustificativi, sulla scorta di una lettura completa del relativo documento, appare chiaro come i suddetti costi siano stati tenuti distinti e qualificati ora come costi indiretti di commessa ora come forniture di servizi. Nella stessa ricostruzione recepita nel *decisum* qui appellato non si è

ipotizzato un incremento di costi prima non considerati ma viene contestata la non corretta imputazione di alcune voci di costo (*id est* quella del personale esterno alla commessa), pur considerate in sede di offerta e giustificate nella relazione in sede di verifica di anomalia. Il giudice di prime cure oppone, invero, che “*una parte di questi costi (segnatamente, quelli del personale di supporto e dei servizi esterni) sia stata inserita, insieme ad altre voci di costo, in una categoria più generale*”.

L'attenzione deve, dunque, spostarsi, anzitutto, sulla natura di questi costi che, nell'interpretazione offerta da -OMISSIS- ed -OMISSIS-, parteciperebbero della medesima natura dei costi di manodopera da cui non vi sarebbe ragione per differenziarli, anche in ragione della qualificazione ad essi impressa dalla stessa aggiudicataria siccome inseriti nella tabella 1 dei giustificativi all'interno della unitaria previsione classificata come “*costo personale di commessa*”.

8.5. A tal riguardo, rivela, anzitutto, il Collegio come si riveli del tutto inappagante una lettura dei giustificativi riduttivamente incentrata solo sulla intitolazione della tabella riepilogativa 1 che genericamente reca la dicitura omnicomprensiva “*costo personale di commessa*”.

Di contro, una lettura di insieme, molto più fedele del reale contenuto rappresentativo della relazione in argomento, consente di far emergere come sia all'interno della detta tabella che nella successiva tabella prevista a fol. 7, nella scheda di giustificazione offerta a fol 11 e nelle stesse parti discorsive del documento recante i giustificativi in argomento, gli oneri in questione siano stati tenuti distinti da quelli riferibili alla manodopera diretta.

Segnatamente, ad una piana lettura del suddetto documento, è univoco che gli oneri connessi al personale di supporto refluiscano all'interno della distinta voce dei “*Costi indiretti di commessa*”, complessivamente quotata € 4.574.460,00 e nello specifico stimata in € 909.460,00.

Nella stessa descrizione evincibile dal documento in argomento si precisa che
“sono evidenziati sotto tale capitolo:

“- il costo del personale di supporto alla struttura di governo ed operativa assegnata all'appalto, team specialistici costituiti da figure afferenti le strutture territoriali delle aziende costituenti l'RTI, che interverranno in ausilio al personale di commessa in funzione della necessità contingente e delle prestazioni specializzate occorrenti, per un monte ore anno complessivo stimato in 3700 ore”.

Analogamente, il costo degli operatori dei centri di assistenza autorizzati viene giustificato alla voce *“Fornitura materiali e servizi”* rispetto alla quale, al paragrafo *“Materiali e servizi”*, si fa espressamente cenno al *“costo delle prestazioni svolte da tecnici e specialisti dei centri di assistenza autorizzati”*. Tale specifica voce di costo nella tabella riepilogativa 1, qualificata *“service esterni”*, è quotata € 5.517.400,00.

8.6. Va, dunque, recisamente smentita l'ipotesi di una possibile alterazione dei contenuti dell'offerta economica per effetto della non consentita modificazione, in sede di giustificazioni, del costo della manodopera, non risultando questo dato mutato nei suoi originari valori.

Vi è, dunque, assoluta omogeneità, quanto ai profili qui in rilievo, tra l'offerta economica ed i dati confluiti nella relazione giustificativa prodotta nel sub procedimento relativo all'anomalia dell'offerta: le voci di costo sono, dunque, le stesse che accompagnavano, con le formulate precisazioni, la proposta contrattuale.

Ciò che, dunque, viene qui in discussione è la tecnica di confezionamento dell'offerta privilegiata dal RTI aggiudicatario nella parte in cui ha inteso tenere distinto il costo della manodopera operativa da quello del personale di supporto e dei servizi esterni, i cui oneri risultavano, comunque, computati e giustificati di guisa che, dal punto di vista della intrinseca congruità

dell'offerta, non residuano conferenti elementi di segno contrario che valgano a smentire il giudizio finale sulla complessiva tenuta e sostenibilità dell'offerta aggiudicata.

Ed, invero, tutti i costi, inclusi quelli suindicati, risultano giustificati nelle già evidenziate voci di costo prevedendosi nel quadro riepilogativo, in aggiuntiva, una voce per spese generali di ammontare pari a € 4.589.515,51 (con incidenza stimata nel 4,57%) ed un utile di € 3.970.174,33 (con incidenza del 3,96%).

8.7. Residua, dunque, quale profilo da approfondire la compatibilità con la disciplina di settore e con la legge di gara della opzione di computo seguita dall'aggiudicataria che ha allocato gli oneri connessi al “*personale di supporto*” (per gli addetti dei Team Specialistici Struttura di Governo), come sopra individuato, ed ai “*service esterni*” (per gli operatori dei Centri di assistenza autorizzati), in voci di costo diverse da quella riferita al costo della manodopera.

Sul punto, vale rammentare che l'art. 95, comma 10, del Codice prevede che “*nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)*”.

E', altresì, noto al Collegio il punto di arresto della giurisprudenza di settore nella parte in cui afferma la piena predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera (cfr. da ultimo, Cons. St., Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020 n. 8; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2020, n.1008; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604). Tanto in coerenza con l'indirizzo del giudice comunitario che, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, ha affermato il seguente postulato: i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza,

quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

8.8. E proprio in applicazione dei suindicati postulati si è ritenuto che una sottostima degli effettivi costi ricadenti nelle tipologie richiamate nell'articolo 95 comma 10 non giustifica l'applicazione della sanzione espulsiva atteso che la sanzione espulsiva può conseguire solo dall'assoluta mancata indicazione nell'offerta degli stessi costi aziendali ovvero dall'incongruità dell'offerta verificata dalla stazione appaltante nel giudizio di anomalia (cfr. Cons. St., sez. V, 7 marzo 2020, --OMISSIS--).

Nel caso qui in rilievo tale evenienza (id est mancata indicazione dei costi di

manodopera) va, dunque, esclusa in considerazione del fatto che la parte ha quantificato in offerta “*i propri costi della manodopera*” optando per una separata indicazione in altre voci solo di quelli contraddistinti da un’obiettiva peculiarità siccome riferibili al personale non direttamente impiegato nell’esecuzione della commessa ed individuato ora nel personale di supporto chiamato, in via eventuale ed in forme non prestabilite, in ausilio della manodopera diretta ovvero nel personale esterno dei centri di assistenza.

Non può, dunque, ritenersi configurabile una fattispecie di omissione *tout court* dei costi di manodopera indicati in misura par a € 30.919.674,53.

Come efficacemente evidenziato dagli appellanti, in una fattispecie del tutto simile, in cui peraltro erano coinvolti (almeno in parte) i medesimi operatori qui contrapposti (-OMISSIS--OMISSIS- e -OMISSIS-) il giudice d’appello ha espressamente escluso la violazione dell’obbligo dell’art. 95, comma 10 del codice. Tanto in ragione dal fatto che l’appellata aveva positivamente evidenziato, tenendoli distinti dagli altri, gli oneri economici in argomento.

In siffatte evenienze, del tutto condivisibilmente si è affermato che “*...si può, al più, porre un problema, a fronte della ritenuta anomalia dell’offerta complessiva, di incongruenza, inidoneità od insufficienza delle giustificazioni fornite nel subprocedimento di verifica (o, semmai, di preclusa alterazione e rimodulazione della struttura dei costi), ma non di omessa indicazione*” (cfr. Cons. St., 16 marzo 2020, n. 1855).

8.9. D’altronde, in aggiunta ai suindicati rilievi circa l’avvenuta esposizione in offerta di un valore economico equivalente ai costi di manodopera, deve soggiungersi che il criterio di imputazione privilegiato dall’aggiudicataria nemmeno sembra trovare una diretta smentita nel richiamato precetto di legge (recepito nella disciplina di gara) che reca un esplicito riferimento ai “*propri*” costi di manodopera di guisa che la praticata espunzione dei costi ascrivibili, non già al cartello delle imprese partecipanti alla gara, ma a ditte estranee al

suddetto centro di interessi, e coinvolte solo *ab externo* quali fornitrici di servizi (come ad esempio per il personale dei centri di assistenza), non impatta con il significato letterale rinveniente dal richiamato vincolo di legge, la cui univocità è invece dirimente secondo il richiamato indirizzo del giudice eurounitario. Nella detta prospettiva, non può allora ritenersi implausibile il separato computo del costo di € 5.517.400 per “*Service esterni*”, ovvero riferibile agli “*operatori dei Centri di assistenza autorizzati*”, vale a dire quei soggetti esterni che operano alle dipendenze e su incarico delle ditte produttrici non coinvolte nell’offerta e che intervengono per attività che restano riservate al personale “autorizzato” dal costruttore dell’impianto, pena la perdita della garanzia.

Sotto distinto profilo, nemmeno può essere obliato il tratto distintivo che connota le prestazioni del “personale di supporto”, vale a dire gli addetti ai team specialistici esterni rispetto al personale di governo della commessa, che verranno coinvolti nella commessa in ausilio e solo occasionalmente ovvero secondo esigenze non preventivabili.

E’, dunque, anche in questo caso il dato ontologico della natura eccentrica della voce di costo qui in rilievo che vale a reggere, nelle scelte organizzative seguite dall’aggiudicataria, il criterio di imputazione del costo concretamente seguito.

D’altro canto, tale metodica è stata già riconosciuta come legittima da questo giudice in fattispecie analoghe in cui ad esempio si è ritenuto ammissibile siccome non irragionevole l’appostamento separato dei costi di manodopera per «*urgenze non prevedibili*» nell’ambito della diversa voce, costituita dai «costi generali» (cfr. Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 788) ovvero nel caso di prestazioni contraddistinte da portata generale e - per così dire - “*trasversale*” (cfr. Cons. St., 21 ottobre 2019, n. 7135).

Negli stessi termini, questa Sezione (cfr. Cons. St., 5 giugno 2020, 3573 che

richiama altro conforme precedente, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2875) di recente ha reputato ammissibile l'offerta nonostante i costi della manodopera relativi alle migliorie proposte nell'ambito dell'offerta tecnica fossero stati esplicitati dall'aggiudicataria solo in sede di verifica dell'anomalia, e non invece indicati nel modulo dell'offerta economica (alla voce "costi della manodopera"). Anche in questo caso, ed in linea con i postulati qui affermati, la Sezione ha valorizzato il tratto peculiare che connota in senso distintivo il caso scrutinato ovvero il fatto che i costi del lavoro di cui qui si discute afferiscono ad interventi di miglioria e, dunque, da un lato, le peculiarità intrinseche della suddetta voce di costo, e dall'altro, il fatto che gli stessi costi fossero stati autonomamente considerati e contabilizzati *ab initio*, sia pure in una distinta parte dell'offerta (le spese generali).

Tanto più che, come evidenziato dalla Sezione, la stessa rigorosa giurisprudenza che individua il costo della manodopera quale elemento essenziale dell'offerta riconosce, comunque, l'ammissibilità di "limitati aggiustamenti", allorché gli stessi siano frutto di mero errore materiale, non rivelino carattere sostanziale o comunque costituiscano una mera "rimodulazione" degli oneri in precedenza stimati (cfr. Cons. St., sez. V, nn. 8823/2019 e 2350/2020 e nello stesso senso, proprio in riferimento al costo della manodopera, cfr. anche Cons. St., 16 gennaio 2020, n. 389).

Né possono qui ravvisarsi le fattispecie patologiche sanzionate in giurisprudenza del concorrente "...che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative" (così Cons. Stato, Ad. Plen. n. 3/2019 - § 3.4.5), o che ometta immotivatamente l'indicazione esplicita di una parte rilevante dei costi della manodopera (così nel caso esaminato da Tar Milano, sez. IV, n. 1955/2019); ovvero, ancora, che in sede di procedimento di verifica

dell'anomalia dell'offerta attui una "evidente manipolazione dell'offerta economica" attraverso "una diversa redistribuzione (composizione e ricomposizione) dei costi anche della mano d'opera che coinvolga importi, in valore assoluto ed in percentuale, rispetto al costo complessivo dell'offerta, di non poco rilievo" (Tar Napoli, sez. III, n. 4360/2019).

Infine, e sotto distinto profilo, anche a voler ritenere non condivisibile il criterio di imputazione dei costi privilegiato dall'aggiudicataria, *quod non*, nemmeno può essere trascurato che l'eventuale omissione (esclusa quella riferibile al personale dei centri di assistenza, siccome personale esterno) riguarderebbe al più, quale voce di costo "*proprio*" della manodopera, un importo (€ 909.460,00) alquanto contenuto rispetto al costo complessivo della manodopera, sicché, a tutto voler concedere, anche ove intesa come impropria variazione dell'indicazione del costo del lavoro, si tratterebbe di un aggiustamento "limitato", se ragguagliato ai valori della componente in questione e vieppiù ove rapportato all'offerta.

Conclusivamente, in accoglimento degli appelli suindicati, vale a dire 2804/2020, 2831.2020, *in parte qua*, e 2888.2020, *in parte qua*, s'impone la riforma, in relazione a tale capo, della sentenza di primo grado -OMISSIS-/2020.

9. Le considerazioni fin qui svolte non esauriscono però l'ambito delle contestazioni mosse avverso il RTI aggiudicatario avendo, anzitutto, la parte appellata, -OMISSIS--, nei procedimenti suindicati (oltre che in quello -OMISSIS-), proposto appello incidentale avverso il capo della sentenza -OMISSIS-/2020 con cui sono state respinte le altre censure mosse avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Segnatamente, -OMISSIS- ha spiegato appello incidentale impugnando i capi della sentenza (nn. 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14) con i quali sono state

respinte le ulteriori censure formulate con il ricorso introduttivo ed i due atti recanti motivi aggiunti, all'uopo deducendo l'erroneità della decisione di primo grado, tra l'altro, nella parte in cui non ha ravvisato i presupposti per l'applicazione della misura espulsiva di cui all'articolo 80 comma 5 lettera c) ed f bis) del d. lgs 50/2016 in ordine ad una pluralità di eventi afferenti al vissuto professionale delle aziende che compongono il RTI aggiudicatario.

9.1. Orbene, privo di pregio, in disparte l'eccezione di inammissibilità sollevata da -OMISSIS-si rivela, anzitutto, il motivo di gravame con il quale l'appellante incidentale lamenta la mancata valorizzazione, da parte del giudice di prime cure, della censura articolata avverso la complessiva condotta della stazione appaltante che, a dire dell'esponente, avrebbe irrualmente neutralizzato le omissioni dichiarative di illeciti professionali da parte di -OMISSIS- ed -OMISSIS- in violazione dell'art. 24 del disciplinare di gara nella parte in cui imponeva di svolgere le verifiche ex art. 86 D.Lgs. 50/2016 prima e non dopo l'aggiudicazione, così rimettendo il concorrente in termini. Inoltre, sempre in base all'articolo 24 del disciplinare, nel costrutto dell'appellante incidentale, la Commissione aveva esaurito il proprio mandato e non poteva compiere alcun atto o verifica ulteriore, invece demandata al RUP di guisa che la verifica oggetto del verbale del 28.11.2019 non sarebbe stata svolta dall'organo competente.

9.2. Sul punto, rileva il Collegio che il seggio di gara (e non la commissione giudicatrice), in data 28.11.2019, e dunque a valle dell'aggiudicazione, ha proceduto alla verifica di permanenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario, adottando, all'esito, la determina -OMISSIS-/2019 dichiarativa dell'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva.

9.3. Orbene, vanno, anzitutto, disattese le doglianze che involgono il profilo della competenza dell'organo chiamato a gestire la fase di comprova dei

requisiti.

L'appellante incidentale richiama, a tal riguardo, il disposto dell'art. 24 del disciplinare, a mente del quale *“La proposta di aggiudicazione è formulata dalla commissione giudicatrice in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta. Con tale adempimento la commissione chiude le operazioni di gara e trasmette al RUP tutti gli atti e documenti ai fini dei successivi adempimenti [...]”*.

Di poi, muovendo da tale premessa conclude nel senso che la Commissione aveva esaurito il proprio mandato e non poteva compiere alcun atto o verifica ulteriore, invece demandata al RUP.

9.4. Anzitutto, deve rilevarsi che il disciplinare risulta, *in parte qua*, impropriamente richiamato in quanto l'articolo 24 citato fa evidentemente riferimento alla *“Commissione giudicatrice”*, nominata con decreto del Direttore del Dipartimento Tecnico e del Patrimonio della Azienda USL Toscana Nord Ovest -OMISSIS- 20.03.2019 per la valutazione qualitativa delle offerte e composta da-OMISSIS-

Di contro, il verbale del 28.11.2019 e, dunque, l'attività di verifica sui requisiti si correlano all'attività svolta dal *“Seggio di gara”*, nominato con determina dirigenzial-OMISSIS- -OMISSIS- 18.02.2019 e composto da-OMISSIS-.

La censura si rivela, dunque, fuori sesto anche perché il seggio di gara si è attivato in piena coerenza con i compiti assegnatigli, consistenti, tra l'altro, nella verifica della documentazione amministrativa, inclusa anche la *“verifica dei requisiti”* al fine di consentire a -OMISSIS- procedere alla dichiarazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione (cfr. art. 1 convenzione con -OMISSIS-)

9.5. Parimenti, nemmeno può dirsi convincente la doglianza che involge la tempistica che ha governato la fase di verifica dei requisiti dichiarati dagli operatori: è pur vero che l'articolo 24 del disciplinare colloca la richiesta dei

documenti utili alla comprova nella fase antecedente a quella di aggiudicazione (...*prima dell'aggiudicazione* ..); ciò nondimeno non può inferirsi da tale inciso la regola di una sicura collocazione in tale segmento temporale anche delle conseguenti attività valutative, tanto più che il successivo riferimento al disposto di cui all'articolo 32 comma 7 del Codice, secondo cui l'aggiudicazione diventa efficace all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti suddetti, sembrerebbe accreditare sul piano logico lo slittamento di tali attività all'esito del perfezionamento dell'aggiudicazione, non avendo altrimenti senso la condizione in argomento a fronte di una verifica già compiutamente espletata. Tanto, peraltro, in linea con un orientamento già espresso da questa Sezione secondo cui, fatte salve diverse previsioni della *lex specialis* e fatto comunque salvo l'esercizio delle facoltà riconosciute alla stazione appaltante dall'art. 85, comma 5, d.lg. n. 50 del 2016, soltanto all'esito della gara, dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione, si procede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti, non da parte della commissione di gara, ma da parte della stazione appaltante mediante richiesta all'aggiudicatario di presentare i documenti all'uopo necessari, in conformità a quanto prescritto dagli artt. 86 e 87 d.lg. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. St., sez. III, 25 giugno 2019, n.4364).

9.6. D'altro canto, nemmeno è dato comprendere – vieppiù alla stregua dei principi di recente espressi dall'Adunanza plenaria n. 16 del 28.8.2020 sugli effetti conseguenti all'eventuale omissioni nelle dichiarazioni presentate dai concorrenti – il possibile approdo della censura in argomento non essendo del tutto chiare le irreversibili distorsioni che la tempistica concretamente seguita dal seggio di gara avrebbe generato sul regolare sviluppo della procedura in argomento avendo, comunque, il seggio di gara assicurato una finestra valutativa deputata alle attività di controllo di guisa che, dovendo escludersi

automatismi espulsivi, l'interesse si sposta sulla valutazione comunque compiuta dal seggio di gara che, se correttamente effettuata e dunque estesa anche all'apprezzamento di eventuali dichiarazioni tardive, resta, comunque, idonea a reggere, anche in via di sanatoria, la disposta aggiudicazione.

10. Le ulteriori doglianze sviluppate dall'appellante incidentale e connesse alla fattispecie espulsive di cui all'articolo 80 comma 5 lettere c) ed f bis) del codice dei contratti afferiscono a specifiche vicende maturate nel vissuto professionale delle imprese che mettono capo al RTI aggiudicatario e che non sarebbero state rappresentate in violazione della sopra richiamata disciplina di settore.

10.1 Vale sul punto preliminarmente evidenziare che il tema controverso, quanto alla tipologia classificatoria degli illeciti professionali ed alle conseguenze che discendono dalla loro omessa o non corretta rappresentazione, ha trovato recente composizione nella decisione resa da questo Consesso in forma plenaria n. 16 del 28.8.2020 nella quale si sono tracciate le coordinate ermeneutiche che governano l'applicazione della misure espulsive contemplate dall'articolo 80 comma 5 lettera c) del codice dei contratti, anche in comparazione con le previsioni di cui alla lettera f-bis), nei termini di seguito esposti:

- la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione,

senza alcun automatismo espulsivo;

- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

- la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.

Nella suindicata declinazione la disciplina di settore si rivela coerente con la causa di esclusione "facoltativa" prevista a livello sovranazionale, consistente nella commissione di «gravi illeciti professionali» tali da mettere in dubbio l'integrità dell'operatore economico e da dimostrare con «mezzi adeguati», ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

10.2. Sempre, in via generale, mette conto evidenziare che, nell'esegesi dell'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice dei contratti pubblici, nella versione applicabile *ratione temporis* e, dunque, antecedente alla riforma di cui al D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, occorre tener conto del fatto che la norma in argomento mira a consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, coinvolgendo secondo un canone di reciproca lealtà gli operatori nel processo di ostensione di vicende afferenti al loro vissuto professionale la cui conoscenza si rivela non sempre immediatamente accessibile alla stazione appaltante in termini celeri e completi. Da qui il progressivo affermarsi di un diffuso orientamento giurisprudenziale secondo cui l'operatore è tenuto allora a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie

pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603; nn. 1174/2020, 3331/2019; id., sez. V, nn. 70/2020, 1644/2019; 1649/2019 ;sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; Id., 16 novembre 2018, n. 6461; Id., 24 settembre 2018, n. 5500; Id., 3 settembre 2018, n. 5142; Id., 17 luglio 2017, n. 3493; Id., 5 luglio 2017, n. 3288; Id., 22 ottobre 2015, n. 4870).

L'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lett. c) del comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici è meramente esemplificativa, potendo la stazione appaltante desumere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (cfr. Cons. St., V, 24 gennaio 2019, n. 586; Id. V, 25 gennaio 2019, n. 591; Id., V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, n. 4192/17 e n. 7231/2018).

Muovendo da tale premessa deve, altresì, soggiungersi che non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scelta circa i fatti da indicare, sussistendo, al contrario, un principio di doverosa onnicomprensività della dichiarazione tale da consentire alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le opportune valutazioni di sua competenza (cfr. Cons. St., sez. V, n. 4532/2018; n. 3592/2018; n. 6530/2018).

I suddetti principi nella loro declinazione applicativa hanno, però, fatto registrare talvolta temperamenti alla latitudine, altrimenti abnorme, dell'obbligo dichiarativo, temperamenti indotti da una lettura sistemica della disposizione in argomento, come di seguito meglio evidenziato. In siffatte evenienze, è di tutta evidenza che, in considerazione della portata vivificante

che la giurisprudenza, ove stabilizzata, arreca ai singoli precetti di legge, ed anche a tutela dell'affidamento maturato sulla applicazione della norma, non potrà ritenersi esigibile, a carico del singolo operatore, l'obbligo di dichiarare, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 80 comma 5, lettera c), un evento che nel vissuto giurisprudenziale è stato stimato come neutro.

11. Orbene, passando in rassegna le singole contestazioni mosse dalla -OMISSIS-viene in rilievo, anzitutto, la statuizione del giudice di prime cure che ha disatteso le richieste di esclusione dell'aggiudicatario RTI con mandataria -OMISSIS- per aver omesso la mandante -OMISSIS- di dichiarare di aver fornito, in una precedente procedura di gara, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare l'aggiudicazione (*id est* presentazione di preventivi falsi, espressamente disconosciuti dai fornitori, ed accertata con sentenza del TAR Lazio II ter del 9 gennaio 2017 n. 235, passata in giudicato). Sul punto, l'appellante incidentale sostiene che la pronuncia del TAR, nella parte in cui ha evidenziato l'inapplicabilità dell'art. 80, comma 5, lettera c ter), sarebbe inconferente ed illegittima ai sensi dell'art. 112 c.p.c., dal momento che -OMISSIS- aveva dedotto la rilevanza della detta omissione (non già rispetto all'art. 80 comma 5, lettera c ter ma) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), e lett. f bis) del codice.

Rileva, di contro, il Collegio che la decisione appellata ha, anzitutto, fornito una risposta coerente alla censura in argomento dal momento che, nell'economia della motivazione, il riferimento al disposto dell'art. 80, comma 5, lettera c ter) è servito solo per indicare la soglia di rilevanza della fattispecie cui si correla, in stretta connessione, l'emersione dell'obbligo dichiarativo ai sensi dell'articolo 80 comma 5, lett. c), e lett. f bis) del codice.

Tanto è fatto palese dal rinvio contenuto nel *decisum* appellato al precedente ivi richiamato (cfr. Cons. St., 27 settembre 2019, n. 6490), che ricostruisce con

ampiezza di argomentazioni i più recenti arresti della giurisprudenza sul punto qui controverso ed in virtù dei quali *l'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, contrariamente a quanto si sostiene nell'atto di appello, non è "riferito alle false dichiarazioni rese in procedure concorsuali non in corso e, quindi, già svoltesi"*, ma al contrario, anche se non detto espressamente, *"si riferisce alle "informazioni false o fuorvianti" ovvero all'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso"*: ne consegue che *"il rilievo ostativo alla partecipazione non è certo l'aver reso "false dichiarazioni in precedenti gare" (...), ma il rendere, nella gara in corso, dichiarazioni false o fuorvianti, ovvero l'omettere dichiarazioni dovute"* (Cons. St., V, 21 novembre 2018, n. 6576).

E proprio a conforto del suddetto approdo esegetico che si è appunto evidenziato che tale soluzione *ben si raccorda con l'autonoma causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera f-ter (introdotta dal d.lgs. n. 56 del 2017) per la quale l'aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare è motivo di esclusione soltanto se abbia comportato l'iscrizione nel casellario informatico (ai sensi del comma 12 dello stesso art. 80) e "perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico"*.

Tali principi hanno una diretta ricaduta sulla latitudine degli obblighi dichiarativi esigibili dal singolo operatore. Si è, infatti, ulteriormente precisato, proprio con riferimento a tali aspetti, che per potersi ritenere integrata la causa di esclusione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 (*"omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"*) è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell'ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento: è stato perciò chiarito che *"eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal*

giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora l'ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione dell'importanza e della gravità dei fatti” (cfr. Cons. St., 27 settembre 2019, n. 6490, che richiama Cons. St., V, 4 luglio 2017, nn. 3257 e 3258 e Cons. St., V, 3 aprile 2018, n. 2063, nonché cfr. Cons. St., 19 aprile 2019, n. 2553 che a sua volta richiama Cons. St., sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576).

In virtù del suddetto, diffuso arresto giurisprudenziale non può che ritenersi giustificata l'omissione dichiarativa contestata dall'appellante incidentale.

Deve, poi, soggiungersi sotto distinto profilo che la divisata presunta omissione è stata fatta oggetto di mirata delibazione dal seggio di gara nella seduta del 28.11.2020 e ritenuta non rilevante. Il suddetto verbale, per quanto fatto oggetto di contestazione, non è stato sullo specifico punto qui in rilievo impugnato di talché la censura in argomento sarebbe, comunque, inammissibile.

12. Con distinto motivo l'appellante incidentale, -OMISSIS--, si duole della omessa valorizzazione della censura in cui veniva evidenziato che la mandante -OMISSIS- del RTI aggiudicatario avesse omesso di dichiarare carichi pendenti e avvisi di chiusura indagini ex art. 415 bis c.p.p., per reati gravi contestati nell'ambito dell'esecuzione di contratti pubblici affidati dall'-OMISSIS-, tra i quali quelli (di cui agli artt. 56, 640 comma 2 cp) che hanno portato all'elevazione nei confronti della detta società di un illecito ex art. 24 comma 1 del D.Lgs. 231/01.

Sul punto, ritiene il Collegio che l'appello incidentale sia fondato dal momento che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la censura in argomento era stata formulata in maniera sufficientemente circostanziata

siccome recante la puntuale indicazione del contesto procedimentale di riferimento (-OMISSIS-), la rilevanza degli addebiti siccome connessi alla puntuale esecuzione di un precedente contratto ed il diretto coinvolgimento della società qui in rilievo rispetto ai reati di cui agli artt. 56, 640 comma 2 cp.

Né è possibile dubitare della rilevanza di tali informazioni.

La previsione di cui all'art. 80, comma 1, nella parte in cui elenca le fattispecie di reato idonee a determinare in via cogente, in caso di condanna, l'esclusione della impresa dalla gara non esaurisce di certo l'ambito di rilevanza dei profili di moralità suscettivi di apprezzamento ai fini in argomento.

Tanto in ragione dell'ampiezza operativa della fattispecie residuale di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) in cui giustappunto ricadono tutti i fatti, a maggior ragione quelli di rilievo penale cui si riconnette un elevato disvalore giuridico, suscettivi di apprezzamento per i riflessi che possono generale sull'affidabilità dell'operatore economico.

Da qui, da un lato, la potenziale rilevanza degli addebiti riferiti al procedimento penale in argomento che avrebbero dovuto essere sottoposti al vaglio della stazione appaltante e, dall'altro, in via consequenziale, l'elusione dell'obbligo della dichiarazione ex art. 80 comma 5, lett. c) del codice (cfr. Cons. St., sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603; Cons. St., 12 marzo 2019, n. 1644; Cons. St., sez. V, 12 novembre 2019, n. 7749; T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 28 luglio 2020, n.8821; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. I, 14 maggio 2020, n.811).

L'appello incidentale è, dunque, *in parte qua*, fondato. Né come si evidenzierà in prosieguo tale profilo può dirsi assorbito nelle valutazioni svolte dal seggio di gara in sede di verifica della permanenza dei requisiti ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione.

13. L'appellante incidentale lamenta, inoltre, che la -OMISSIS- – di cui

-OMISSIS- ha acquisito il ramo d'azienda “-OMISSIS-” - è risultata destinataria di provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento disposto dalla -OMISSIS- (circostanza verificabile dalla lettura della sentenza Tar Brescia n. -OMISSIS-). Sul punto, e contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, non rileverebbe la circostanza della intervenuta definizione della suddetta pendenza con transazione ovvero mediante risoluzione consensuale del contratto né sarebbe, di per se stessa, conferente la mancata annotazione ex art. 80, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016 che riguarderebbe le false dichiarazioni.

La censura non ha pregio. Rilievo assorbente ai fini qui in rilievo ha la circostanza che l'evento risolutorio è venuto meno per effetto della sopravvenuta risoluzione consensuale del rapporto perfezionata in data 7.1.2019, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte di partecipazione alla gara in discussione.

Il successivo atto di mutuo dissenso si rivela dirimente non tanto perché priva di efficacia la risoluzione precedentemente disposta ma perché, in punto di fatto, cancella radicalmente con effetto retroattivo gli stessi addebiti precedentemente elevati, in teoria suscettivi di apprezzamento quali indici sintomatici di possibile inaffidabilità professionale.

Ed, invero, anche in ragione delle pregresse emergenze processuali e degli approfondimenti ad essi sottesi, la stazione appaltante ha riqualificato le condotte di inadempimento (originariamente imputate alla controparte) come conseguenza di impossibilità parziale del contratto rendendo così neutra, ai fini qui in rilievo, la condotta dell'operatore.

Peraltro, sul punto le doglianze mosse dall'appellante incidentale, a cagione della loro genericità, non valgono a superare le puntuali obiezioni di -OMISSIS- già contenute nel 28.11.2019, nella parte in cui oppone, ai fini della

irrilevanza dell'evento in questione rispetto agli obblighi dichiarativi ex articolo 80 comma 5 lettera c del codice, che la risoluzione *de qua* faceva riferimento ad un servizio di “pulizia e disinfestazione” e, dunque, ad un settore di attività che non sarebbe incluso nel ramo di azienda acquistato in data 17 dicembre 2018, avente ad oggetto il settore dell’-OMISSIS- e riferito alle seguenti attività: *“le attività di gestione energetica ed ecologica con particolare riferimento, ma non limitatamente, alla produzione, trasformazione e distribuzione di energia elettrica, alla produzione e distribuzione di energia termica, alla produzione e distribuzione di aria compressa, alla distribuzione dell’acqua industriale e potabile, allo smaltimento e recupero di acque reflue, alla gestione dell’isola ecologica”*.

Deve, al riguardo, anche soggiungersi sotto distinto profilo che il suddetto verbale, per quanto fatto oggetto di contestazione, non è stato sullo specifico punto qui in rilievo impugnato di talché la censura in argomento sarebbe, comunque, inammissibile.

14. -OMISSIS-si duole, altresì, dell’illogicità delle valutazioni confluite nel *decisum* appellato quanto alla denunciata tardività della dichiarazione, da parte della mandante -OMISSIS- e della mandataria -OMISSIS-, del provvedimento sanzionatorio adottato dall’AGCM nell’adunanza del 17 aprile 2019 e comunicato dalle società -OMISSIS- e -OMISSIS- solo nelle date del 17 e 29 settembre 2019, nonostante l’ultima seduta si fosse tenuta il 7.6.2019.

Con il suddetto provvedimento l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato entrambe le suddette società (rispettivamente per € 38.226.562,50 ed € 91.612.653,90) per aver posto in essere condotte anticoncorrenziali con riferimento alla procedura pubblica bandita da -OMISSIS- il 19 marzo 2014 *“per l’affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi*

titolo alle Istituzioni Universitarie Pubbliche e agli Enti ed Istituti di Ricerca – ID1299”

(Gara FM4).

Orbene, è un dato obiettivo che le due imprese, facenti parte del RTI aggiudicatario, dopo aver dichiarato in sede di presentazione della domanda di partecipazione, la pendenza del procedimento sanzionatorio, pur essendo state raggiunte in data 9 maggio 2019 dalla notizia del suddetto provvedimento sanzionatorio, adottato in data 27 aprile 2019 (cui faceva seguito la comunicazione in data 8.7.2019 dell’informativa Consip all’Anac), hanno omesso di dichiarare con la dovuta sollecitudine tale sopravvenienza pur essendosi tenuta l’ultima seduta pubblica di gara il 7.06.2019 nella quale ben avrebbero potuto, in ossequio ai suindicati obblighi di legge oltreché ai doveri di lealtà, buona fede e correttezza, rappresentare tale circostanza prima che la stazione appaltante si determinasse sull’aggiudicazione della gara. La mancata cura di tale doveroso adempimento assorbe evidentemente le controdeduzioni delle appellanti principali e della stazione appaltante incentrate sulla natura telematica della gara che, nella suddetta prospettazione, non avrebbe consentito di veicolare tali informazioni in via ufficiale sul canale telematico.

Di contro, è di tutta evidenza come tale impedimento non poteva dirsi assoluto siccome agevolmente superabile mediante rappresentazione in via diretta con acquisizione a verbale di pertinenti dichiarazioni o note nella seduta pubblica del 17 giugno 2020 ovvero anche attraverso forme alternative di comunicazione altrettanto efficaci (PEC, raccomandata, fax) nel partecipare, in vista dell’aggiudicazione (dichiarata con determina -OMISSIS- 5.8.2019), alla stazione appaltante notizie obiettivamente rilevanti ed utili per una compiuta valutazione di affidabilità professionale dell’impresa.

Di contro, la comunicazione in argomento è avvenuta solo a valle del

perfezionamento dell'aggiudicazione e dopo l'instaurazione dei contenziosi giurisdizionali innanzi al TAR Firenze.

Né sul punto può dirsi convincente la sentenza di primo grado nella parte in cui evidenzia che il provvedimento sanzionatorio è stato adottato dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e dopo la seduta di gara dedicata alla verifica dei requisiti di ammissione.

E', invero, *ius receptum* in giurisprudenza il principio – declinato in diretta coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione (Cons St., VI, 25 settembre 2017, n. 4470) – secondo cui sussiste, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto della Pubblica amministrazione, l'obbligo di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti (cfr. ex multis, Cons. St. 16 dicembre 2020, n. 8514; Cons. St., III, 13 giugno 2018, n. 3628;).

Non assumono poi valore scriminante, secondo un inaccettabile pretesa di automaticità, le valutazioni di merito svolte dal seggio di gara nella seduta del 28.11.2019 sull'evento in sé (*id est* incidenza del provvedimento sanzionatorio AGCM sull'affidabilità professionale dei suddetti operatori), dal momento che la citata omissione dichiarativa (*recte* tardiva dichiarazione) assume una sua autonoma rilevanza nel percorso di valutazione che la stazione appaltante è tenuta a svolgere ai fini e per gli effetti della disciplina soprarichiamata né la suddetta omissione può dirsi assorbita dalla verifica svolta ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione attesi i limiti (di seguito meglio evidenziati) che hanno cadenzato tale valutazione.

L'appello incidentale è, dunque, *in parte qua*, fondato.

15. Nel costrutto giuridico dell'appellante incidentale -OMISSIS-sarebbero, altresì, illogiche le valutazioni compiute dal seggio di gara prima e dal giudice di prime cure poi sia in relazione alla vicenda suindicata (sanzioni AGCOM apprezzata nel verbale del 28.11.2019) sia quanto ai plurimi illeciti professionali dichiarati da -OMISSIS- e che avrebbero meritato una più rigorosa analisi. Quanto al primo profilo, secondo l'appellante incidentale, i rilievi del TAR sulle circostanze valorizzate al fine di escludere l'illecito professionale rappresentato dalla sopravvenuta sanzione AGCM (sospensione cautelare della sanzione, successiva adozione di misure di self cleaning, diverso mercato di riferimento) non potrebbero dirsi appaganti in quanto:

- che la sanzione AGCM sia stata sospesa in sede cautelare sarebbe una circostanza del tutto inconferente ai fini della valutazione dell'illecito professionale, costituendo la stessa pendenza di un contenzioso, con i correlati provvedimenti interinali adottati, un fattore neutro alla luce dei principi espressi dalla Corte di giustizia della UE, sez. IV, con la sentenza 19/06/2019, n. 41;
- quanto alla ritenuta adozione di misure di self cleaning, si evidenzia che dette misure sono state adottate nel 2016, mentre la sanzione AGCM è del 2019;
- quanto al mercato di riferimento, si tratterebbe di circostanza inconferente e nemmeno corrispondente al vero.

La censura, in disparte le eccezioni di inammissibilità sollevate -OMISSIS- e che traggono alimento dal pertinente rilievo della novità della censura in violazione del disposto di cui all'articolo 104 c.p.a, non ha, comunque, pregio.

Mette conto evidenziare che si è ancora di recente evidenziato in giurisprudenza che il giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico è espressione di ampia discrezionalità da parte della p.a. Ne consegue che il

sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale giudizio deve essere mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa” (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV – sentenza 8 ottobre 2020 n. 5967).

La stessa piana lettura del verbale del 28.11.2019 riflette con particolare nitore la diffusa motivazione con cui il seggio di gara ha ritenuto non penalizzante, ai fini del giudizio sull’affidabilità professionale dell’aggiudicataria, le sanzioni sopra richiamate, a tali fini valorizzando, anzitutto, l’incisivo percorso di *self cleaning* all’uopo avviato dagli operatori suindicati ed affidato ad un ampio ed articolato ventaglio di misure, analiticamente riportate, e ritenuto di per se stesso idoneo, con motivazione immune da vizi logici, ad integrare un’adeguata risposta alle contestazioni precedentemente mosse. Tali rilievi, di per se stessi assorbenti, non possono essere ridimensionati nella loro valenza innovativa e potenzialmente inibitoria rispetto a possibili recidive per il fatto che risultano adottati in data antecedente (2016) a quella (2019) di adozione del provvedimento in questione. Ed, invero, sul punto appare significativa la circostanza, non contestata dall’appellante incidentale, che il provvedimento in questione, ancorché adottato nel 2019, fa comunque riferimento a fatti del 2014 di guisa che non può di certo essere messa qui in discussione l’attitudine delle misure adottate a correggere le disfunzioni poi fatte oggetto di sanzione. Le richiamate argomentazioni si inseriscono in una trama più ampia in cui la stazione appaltante, solo in via complementare, ha, altresì, in modo pertinente evidenziato, onde dimensionare nella sua giusta valenza e forza probatoria, che il provvedimento sanzionatorio riguardava un mercato diverso (Facility Management) da quello oggetto del contratto di cui alla presente procedura (miglioramento delle prestazioni energetiche delle strutture sanitarie) e che la

sanzione risultasse fatta oggetto di impugnazione dinanzi al TAR Lazio e dal suddetto Ufficio giudiziario, con ordinanza confermata dal giudice d'appello, sospesa sia pur subordinatamente alla prestazione di una garanzia.

Né -OMISSIS- ha adeguatamente smentito l'affermata diversità del mercato di riferimento.

Deve, al riguardo, anche soggiungersi sotto distinto profilo che il suddetto verbale, per quanto fatto oggetto di contestazione, non è stato sullo specifico punto qui in rilievo impugnato di talché la censura in argomento sarebbe, comunque, inammissibile.

16. La -OMISSIS- contesta, altresì, la sufficienza della verifica operata dalla stazione appaltante, in data 2 aprile 2020, sui requisiti dichiarati, in via integrativa da -OMISSIS-, a corredo della propria offerta.

Orbene, rileva in merito il Collegio che la dichiarazione integrativa presentata da -OMISSIS-, a corredo dell'originaria offerta, in ordine alla insussistenza di cause di esclusione rechi comunque evidenza di ben 14 voci che fanno riferimento ad episodi astrattamente riconducibili a possibili fattispecie di illeciti professionali, solo in minima parte sovrapponibili a quelli sopra passati in rassegna.

A fronte della pluralità delle informazioni fornite, potenzialmente rilevanti ai fini in questione, nella seduta riservata del 2.04.2019, il seggio di gara ha sciolto la riserva sull'ammissibilità di tale operatore limitandosi ad osservare che:

- *le vicende che hanno coinvolto detto operatore relative al provvedimento dell'A.G.C.M. -OMISSIS- del 22.12.2015, non rilevano nella presente gara, essendo l'oggetto principale della presente procedura diverso da quello delle gare CONSIP in questione. Inoltre, l'operatore ha dimostrato l'adozione di molteplici misure di self cleaning.*
- *l'iscrizione nel casellario informatico per Delibera n. -OMISSIS-, con cui l'ANAC ha*

disposto, ai sensi degli artt. 38, comma 1-ter del d.lgs. 163/2006 e 8, comma 2, lett. s) del D.P.R. 207/2010, è ad oggi oggetto di impugnazione e quindi non definitiva;

- la risoluzione contrattuale con il Comune di -OMISSIS- è stata oggetto di accordo, e quindi definitiva con esito positivo”.

Il Collegio non ignora il diffuso orientamento giurisprudenziale, cui ha aderito il primo giudice, che non richiede la puntuale motivazione dei provvedimenti di ammissione alle gare pubbliche.

Secondo tale indirizzo la stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale: la stazione appaltante deve infatti motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (cfr. da ultimo Cons. St. 5 maggio 2020, n. 2850; Cons. St., VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. St., VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n.1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Pur tuttavia, nello specifico caso qui in rilievo, non possono essere sottaciuti significativi profili di distonia che rendono del tutto inappagante la valutazione compiuta dal seggio di gara. Il suddetto organo di valutazione, nella seduta del 2.4.2019, ha, invero, estrapolato dal lungo elenco delle infrazioni contestate, per ragioni rimaste oscure, solo alcuni degli episodi denunciati circoscrivendo ad essi il proprio positivo giudizio e accreditando in tal modo, come evenienza quanto meno possibile, che gli altri profili non siano stati nemmeno

considerati.

Ne discende, dunque, che in questo caso non è più solo in discussione la tecnica di esternazione (esplicita, implicita o per *facta concludentia*) delle ragioni che giustificano l'ammissione, ma la stessa affidabilità del vaglio compiuto dal seggio di gara che, avendo optato per la motivazione esplicita, ha affidato alle suddette scarse considerazioni le ragioni su cui riposa. In tal modo, la motivazione risulta evidentemente parziale in quanto riferita solo ad alcuni episodi mentre è rimasta inesplorata nella traiettoria argomentativa seguita, in uno agli altri episodi pretermessi, anche la complessiva valutazione di insieme delle condotte in contestazione, esaurendosi in tal modo il giudizio in argomento in una valutazione rimasta monca (perché circoscritta solo a taluni eventi) e, comunque, atomistica degli episodi denunciati. Orbene, in assenza di qualsivoglia riferimento anche alla sola valutazione effettuata dall'amministrazione sulla gravità e rilevanza nella gara in questione dei fatti dichiarati – valutazione che, giova ricordare, compete in via esclusiva all'amministrazione – rimane incontestata l'affermazione di parte ricorrente che la “valutazione è totalmente mancata” (T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 10 dicembre 2018, n. 2335; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 21 novembre 2019, n. 1161, confermata da Cons. St., sez. IV, 25 maggio 2020, n. 3276).

E se, peraltro, le argomentazioni spese dal seggio di gara quanto alle vicende relative al provvedimento AGCM -OMISSIS- del 22.12.2015 possono ritenersi perspicue per le considerazioni già sopra svolte rispetto al successivo provvedimento del 2019, tanto non è a dirsi quanto agli ulteriori due episodi scrutinati, rispetto ai quali lo stadio della valutazione svolta dal seggio di gara si è arrestato, in modo del tutto inappagante, al mero rilievo della non definitività dei provvedimenti dell'Autorità a cagione della pendenza di procedimenti contenziosi ovvero della sopravvenienza di un accordo.

Anche in relazione a tali aspetti hanno dunque fondamento i rilievi svolti dall'appellante incidentale nella parte in cui oppone che le stazioni appaltanti sono tenute a valutare tutti i comportamenti sintomatici di gravi illeciti professionali, a prescindere dalla pendenza di procedimenti amministrativi o giudiziari. Tanto in ossequio anche alle indicazioni della Corte di Giustizia UE (sentenza n. 19.06.2019, C-41/18).

Le divise omissioni ed incongruenze nemmeno possono dirsi sanate nel corso del procedimento dal momento che le verifiche espletate il successivo 28.11.2019 e confluite nel relativo verbale si dispiegano in un ambito circoscritto e mirato (sono espressamente ed analiticamente riportati i singoli episodi scrutinati) a mero completamento delle valutazioni già svolte senza, dunque, procedere anche ad un riesame degli episodi già precedentemente vagliati ovvero coprire omissioni medio tempore maturate di guisa che sul punto le determinazioni assunte in data 28.11.2019 non possono acquisire la dignità di conferma in senso proprio rispetto ai precedenti segmenti dell'attività di verifica. Tanto è a dirsi oltre che per la fattispecie qui in esame anche rispetto ai profili già precedentemente scrutinati, ai paragrafi 12 e 14, e per i quali si è già evidenziata la fondatezza dell'appello incidentale.

Anche sul punto, pertanto, l'appello incidentale va accolto.

17. Nemmeno le valutazioni rese dal seggio di gara in sede di comprova dei requisiti, e confluite nel già richiamato verbale del 28.11.2019, sarebbero, secondo -OMISSIS-, soddisfacenti non essendo stati adeguatamente valutati i procedimenti penali pendenti ed i precedenti penali dichiarati dal RTI aggiudicatario. Segnatamente, l'appellante incidentale rievoca i fatti che, a suo avviso, imponevano già in precedenza la puntuale cura dell'obbligo di dichiarazione e che, invece, sarebbero stati solo tardivamente dichiarati. Saggiunge, inoltre, che, in disparte i profili afferenti alla denunciata tempestiva

omissione non confluiti nella valutazione del seggio di gara, le motivazioni sul punto evincibili dal verbale del 28.11.2011 sarebbero tautologiche.

I fatti qui in rilievo, per come riepilogati dallo stesso appellante incidentale, sono i seguenti:

- -OMISSIS- ha indicato nella dichiarazione integrativa presentata un procedimento penale pendente a suo carico (r.g nr. -OMISSIS-) presso la Procura Repubblica Tribunale di Alessandria ex art. 5 e 25 septies D.Lgs. 231/01 in relazione al reato 590 co. 3 c.p. in violazione degli artt. 71, co. 1 e 36 c. 2 D.lgs. 81/08. Trattasi di procedimento penale che non era stato dichiarato in gara, nonostante l'obbligo dichiarativo sussistente ai sensi dell'art. 80, co. 5 D.Lgs. 50/2016;

- risulta altresì dichiarato dalla -OMISSIS-, in sede di comprova, che il Presidente del C.d.a. della -OMISSIS- (-OMISSIS- della -OMISSIS-), -OMISSIS-, ha due procedimenti penali pendenti presso la Procura della Repubblica di Roma (r.g. -OMISSIS-), per i reati di cui agli artt. 271, co. 5, 17, co. 1 lett. a), 28, co. 1 e 1bis e 29 D.Lgs. 81/2008, art. 267, 36 e 37 D.Lgs. 81/2008 e 110 e 353 c.p. Anche in questo caso trattasi di procedimento penale che non era stato dichiarato in gara, nonostante l'obbligo dichiarativo sussistente ai sensi dell'art. 80, co. 5 D.Lgs. 50/2016;

- sarebbero emerse risultanze che evidenziano la sussistenza di iscrizioni penali non dichiarate e di procedimenti penali pendenti nei confronti di procuratori aventi poteri di rappresentanza (-OMISSIS-), a nulla rilevando il fatto che non avessero poteri di rappresentanza;

Rileva il Collegio che, pur dopo aver dato atto delle argomentazioni su cui riposa il capo della decisione qui appellata recante il rigetto della censura in argomento, l'appellante incidentale, per alcuni dei fatti sopra richiamati, del tutto irritualmente si è limitato a ribadire pedissequamente la doglianza

esposta senza, però, sottoporre a critica i contenuti su cui riposa la statuizione avversata con conseguente inammissibilità del corrispondente motivo di appello.

Tanto è a dirsi, anzitutto, rispetto alla posizione del Presidente del C.d.a. della -OMISSIS- (-OMISSIS- della -OMISSIS-), -OMISSIS-, rispetto al quale l'appellante incidentale aveva evidenziato la tardiva dichiarazione della pendenza dei procedimenti penali iscritti presso la Procura della Repubblica di Roma per fatti inerenti la sua figura di Presidente del Consiglio di Gestione della -OMISSIS- (già -OMISSIS-). Sul punto, il giudice di prime cure ha opposto che *“..l'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 pone l'obbligo della dichiarazione sulla mancanza di cause di esclusione ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 solo in capo al -OMISSIS- persona fisica, mentre nel caso di specie rileva la posizione del titolare di una carica rivestita nella persona giuridica -OMISSIS- di -OMISSIS-, la quale, stante il chiaro tenore letterale del comma 3 del citato art. 80, non è assimilabile al -OMISSIS- persona fisica”*.

Tale principio, peraltro, in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente (come di seguito meglio evidenziato), pur reggendo la statuizione reiettiva compendiata nel *dictum* del TAR non risulta attratto nel fuoco della contestazione.

Lo stesso è a dirsi anche per le specifiche posizioni del -OMISSIS- di -OMISSIS-.

Il giudice di prime cure ha, invero, evidenziato, quanto al primo, che è stato destinatario di atto di riabilitazione, dovendo valere sul punto l'ultima parte del comma 3 dell'art. 80. Ha, inoltre, opposto quanto al secondo che dal certificato del casellario giudiziale del 14.8.2019 non vi erano a tale data carichi penali pendenti riguardanti il signor -OMISSIS-.

Sul punto, l'appellante incidentale ha ommesso di formulare specifici motivi di

gravame, non potendo, al riguardo, ritenersi appagante la mera riproposizione delle tesi avanzate in prime cure senza estendere i propri rilievi critici alle argomentazioni utilizzate dal giudice di primo grado per disattenderle.

Quanto alle posizioni dei sigg. -OMISSIS- deve, anzitutto, rilevarsi che, come precisato nelle Linee guida n. 6, i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini delle esclusioni quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o, nell'ipotesi di cause ostative riferibili (come nel caso di specie) a persone fisiche, ai soggetti individuati dall'art. 80, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016.

Ne discende il generale principio (ex multis, Cons. St., V, 22 ottobre 2018, n. 6016) per cui tra le condanne rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3 ai fini dell'esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle specificamente elencate ai commi 1 e 2, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del comma 5, sull'affidabilità dell'impresa. Queste condanne non potranno che essere riferite agli esponenti dell'impresa per mezzo dei quali la stessa agisce o che comunque sono tenuti, in ragione dei loro poteri di controllo, ad assicurare che la sua attività si svolga nel rispetto delle norme (cfr. Cons. St. n. 7749/2019; conforme Sez. V, 12 marzo 2019, n. 1644).

Orbene, anche sul punto, gli specifici rilievi del giudice di prime cure nella parte in cui, valorizzando i contenuti delle precisazioni contenute nel DGUE, oppongono che i soggetti in questione difetterebbero di potere di rappresentanza non risultano adeguatamente contestati dall'appellante incidentale che si è limitato a dedurre che, ai fini qui in rilievo, restano comunque soggetti all'obbligo dichiarativo anche coloro che hanno poteri di direzione o di vigilanza o di controllo senza però comprovare, alla luce dell'incarico specifico svolto da ciascuno di essi, l'effettiva riconducibilità di tali soggetti a figure professionali effettivamente titolari delle suddette prerogative.

Residua, dunque, come unica fattispecie per la quale si imponeva a carico di -OMISSIS- un tempestivo obbligo di dichiarazione il procedimento penale pendente a suo carico (r.g nr. -OMISSIS-) presso la Procura Repubblica Tribunale di Alessandria ex art. 5 e 25 septies D.Lgs. 231/01 in relazione al reato 590 co. 3 c.p. in violazione degli artt. 71, co. 1 e 36 c. 2 D.lgs. 81/08.

Tale procedimento penale, rispetto al quale era stato comunicato l'avviso della chiusura indagini in data 21.5.2019, avrebbe dovuto essere dichiarato con immediatezza prima dell'aggiudicazione, come già sopra evidenziato per il provvedimento sanzionatorio Agcm.

Occorre aggiungere che il suddetto profilo, della iniziale omessa comunicazione prima dell'aggiudicazione (e censurato in primo grado con i primi motivi aggiunti), non risulta valutato nella seduta del 28.11.2019 che prende in considerazione i procedimenti penali ed i precedenti penali comunicati come tali ma non la tardiva dichiarazione, viceversa suscettiva di autonoma valutazione siccome, a sua volta, indice sintomatico sul piano dell'affidabilità professionale.

Vanno poi richiamate le considerazioni già sopra svolte sulla portata circoscritta del verbale del 28.11.2019 che esaurisce il proprio contenuto valutativo nello scrutinio dei nuovi specifici episodi denunciati in via aggiuntiva dal RTI aggiudicatario e senza estendere l'attività deliberativa anche alla violazione dell'obbligo di dichiarare con immediatezza episodi potenzialmente rilevanti ai fini del giudizio sull'affidabilità professionale del concorrente, già peraltro precedentemente contestati dalla controinteressata -OMISSIS-.

18. Infine, con un ultimo motivo -OMISSIS-, si duole del fatto che il TAR non si è pronunciato sulle domande volte al conseguimento dell'aggiudicazione ed al subentro nel contratto di appalto eventualmente già

stipulato previa declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia dello stesso.

Tale censura resta assorbita nell'effetto conformativo della presente sentenza che, in riforma della decisione di primo grado, non comporta l'esclusione in via automatica del RTI con mandataria -OMISSIS- bensì una rinnovazione della valutazione dell'attività deliberativa sui profili afferenti all'affidabilità del suddetto operatore ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera c) nei limiti sopra evidenziati.

19. Deve, altresì, evidenziarsi, a completamento della disamina riferita al giudizio definito con la sentenza -OMISSIS-, che la posizione di -OMISSIS- in prime cure veniva parimenti attinta dal ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- che, però, il TAR per la Toscana, con la medesima sentenza, -OMISSIS- (capi 16 e 17), fin qui passata in rassegna, respingeva.

Tali capi della sentenza sono stati fatti oggetto di contestazione da parte di -OMISSIS- a mezzo dell'appello rubricato al 2831/2020, nel quale -OMISSIS-, come già visto, ha proposto, a sua volta, appello incidentale il cui scrutinio ha evidenziato, *in parte qua* (cfr. paragrafi 12, 14, 16 e 17), profili di fondatezza.

19.1. In disparte i profili controversi già sopra esaminati, residua, dunque, l'esame della posizione della -OMISSIS- nella parte in cui è stata devoluta alla cognizione di questo giudice d'appello (pagg. 13 e ss dell'appello -OMISSIS- 2831/2020).

19.2. Segnatamente, -OMISSIS- ribadisce che il RTI -OMISSIS--OMISSIS-, in relazione al -OMISSIS- delle mandanti -OMISSIS- (-OMISSIS- -OMISSIS-) -OMISSIS- (-OMISSIS- -OMISSIS-) avrebbe dovuto rendere le prescritte dichiarazioni ex articolo 80 del d. lgs. 50/2016.

Sul punto, e ferme le considerazioni già sopra svolte al paragrafo 17 quanto al perimetro soggettivo degli obblighi dichiarativi, la decisione appellata merita

conferma in quanto aderente alla più recente e maggioritaria giurisprudenza alla quale, ai sensi dell'articolo 88 del c.p.a., è possibile fare rinvio nella parte in cui evidenzia che la dichiarazione non è dovuta dal -OMISSIS- persona giuridica siccome non soggetto al regime di cui all'art. 80, comma 3, del d.Lgs. n. 50/2016 (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782; sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370; Cons. St., Sez. V, n. 20 novembre 2019, n.7922; Cons. St., sez. III, 21 luglio 17, n. 3619).

19.3. -OMISSIS- ripropone, inoltre, la censura con cui lamentava l'inosservanza da parte della -OMISSIS- del RTI -OMISSIS-dell'obbligo dichiarativo di cui all'art. 80 cit. correlato all'operazione di fusione per incorporazione di -OMISSIS- con specifico riferimento ai requisiti di moralità afferenti alla posizione del -OMISSIS-. Il giudice di prime cure aveva disatteso tale censura evidenziando che la *“ricorrente principale non ha prodotto la dichiarazione della -OMISSIS-da cui risulterebbe la denunciata omissione, peraltro confutata dalla ricorrente principale con la memoria depositata in giudizio il 3.12.2019”*.

--OMISSIS- assume di aver prodotto la dichiarazione resa -OMISSIS-, la quale non contempla la dichiarazione di cui si è evidenziata l'assenza.

La decisione appellata merita conferma.

In disparte il fatto che l'omissione contestata nel *dictum* del TAR si riferiva alla dichiarazione resa dalla -OMISSIS- non dalla -OMISSIS-, hanno pregio le controdeduzioni di -OMISSIS-nella parte in cui evidenzia che la dichiarazione resa per conto dalla -OMISSIS- dal legale rappresentante e AD -OMISSIS-, attesta l'insussistenza delle cause di esclusione ex art. 80 D.Lgs. 50/2016 anche nei confronti del -OMISSIS-. L'eccezione è suffragata dalla documentazione di riscontro prodotta, che può essere qui valorizzata, quale definitivo elemento di riscontro, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 104 comma 2 c.p.a.

Tanto è sufficiente per il rigetto della censura in argomento dal momento che

l'omessa menzione nominativa dei soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa non è sanzionabile quando possono essere agevolmente identificati laddove si tratti di dati evincibili mediante accesso a banche dati ufficiali o registri pubblici (cfr. Cons. St, sez. V, 29 gennaio 2020, n.726).

In conclusione l'appello principale di -OMISSIS- va, *in parte qua*, respinto.

20. Volendo esaurire la rassegna dell'ampio ventaglio di doglianze articolate avverso il RTI aggiudicatario, occorre ora esaminare i motivi di gravame proposti da -OMISSIS- (di seguito anche -OMISSIS-), seconda graduata, che, con un primo mezzo (n. -OMISSIS-) ha impugnato, anzitutto, la medesima sentenza del TAR per la Toscana, -OMISSIS-/2020, sulla quale finora ci si è soffermati.

Nella detta prospettiva, -OMISSIS- deduce che sarebbe erroneo il capo della decisione che ha respinto i motivi dedotti -OMISSIS-, analoghi a quelli svolti da -OMISSIS- in altro coevo ricorso e riconducibili ai seguenti profili (già sopra esaminati): nel corso della procedura selettiva (9 maggio 2019) a -OMISSIS- ed -OMISSIS- veniva notificata la delibera 17 aprile 2019 con cui AGCM, definendo il procedimento avviato nel 2017, aveva accertato l'intesa concorrenziale e condannato per l'effetto entrambe le società al pagamento di una relevantissima sanzione pecuniaria, a nulla rilevando il tentativo del -OMISSIS- del settembre 2019 – ad aggiudicazione disposta e a ricorso ormai notificato – di porre rimedio all'omissione in sede di gara e al fatto che aveva già dichiarato l'avvio del relativo procedimento. Tanto sulla premessa che -OMISSIS- ed -OMISSIS- avrebbero dovuto immediatamente informare -OMISSIS- risultando inappagante la motivazione della stazione appaltante, prima, e del TAR, poi, per ritenere ciò nondimeno non ostativa la sanzione in argomento.

Tali rilievi censorei sono evidentemente irrituali non essendo -OMISSIS-

legittimata a dolersi del mancato accoglimento delle doglianze proposte da altro operatore per quanto prospettate come analoghe a quelle prospettate con distinto mezzo (che verrà esaminato separatamente). D'altro canto, l'accoglimento sul medesimo punto dell'appello incidentale proposto da -OMISSIS- assorbe e rende anche improcedibile, *in parte qua*, il mezzo spiegato da -OMISSIS-.

In definitiva, in accoglimento dell'appello 2804.2020, proposto da -OMISSIS-, nonché (in via parziale) del mezzo, n. 2831.2020, esperito da -OMISSIS- e di quello (per il capo di domanda riferito al RTI aggiudicatario), n. 2888.2020, proposto -OMISSIS- va riformata, nella parte recante l'esclusione del RTI aggiudicatario, la sentenza del TAR per la Toscana -OMISSIS-/2020.

Allo stesso tempo, e sempre rispetto alla posizione del RTI aggiudicatario, in accoglimento parziale (cfr. paragrafi 12, 14, 16 e 17) dell'appello incidentale -OMISSIS- -OMISSIS-, s'impone la parziale riforma della medesima sentenza -OMISSIS- con conseguente annullamento, *in parte qua*, degli atti di gara.

Va, invece, *in parte qua*, respinto (sempre per i profili afferenti al RTI aggiudicatario), l'appello, n. -OMISSIS-, proposto da -OMISSIS-.

21. Occorre a questo punto procedere ad esaminare il secondo procedimento riferito alla medesima controversia qui in rilievo e definito dal TAR per la Toscana con la sentenza n. -OMISSIS-.

Nella medesima prospettiva di anticipare lo scrutinio della posizione del RTI aggiudicatario vale muovere dalla disamina delle doglianze sul punto proposte da -OMISSIS- nel distinto mezzo (2832/2020) avverso la suddetta, coeva sentenza del TAR per la Toscana n. -OMISSIS-.

22. Orbene, procedendo in coerenza con l'ordine metodologico qui tracciato deve ritenersi fondato il primo motivo di gravame con il quale l'appellante -OMISSIS- deduce l'erroneità della sentenza di prime cure nella parte in cui

ha ritenuto non irragionevole la decisione della stazione appaltante di non dover valutare, siccome non definitiva, la condanna alla sanzione pecuniaria riportata da -OMISSIS- a margine di un procedimento penale per truffa aggravata ai sensi e per gli effetti del d.Lgs. n. 231/2001, mandante del -OMISSIS-, nel 2019 e dalla predetta società dichiarata nel DGUE prodotto a corredo della propria offerta. A tal riguardo, l'appellante evidenzia che la definitività della condanna rileva ai sensi dell'articolo 80 comma 1 del d. lgs 50/2016, mentre le condanne non definitive vanno prese in considerazione ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera c) e che i rilievi svolti dal giudice di prime cure – secondo cui i) la condanna non è definitiva, ii) riguarda un soggetto non più in carica e non più dipendente dal 2011, iii) concerne fatti del 2003, a seguito dei quali la società aveva adottato misure di self cleaning (ad es. rinnovo della governance aziendale) – non sarebbero conferenti essendosi il TAR impropriamente sostituito alla stazione appaltante che, viceversa, aveva arrestato la propria valutazione al profilo della non definitività della condanna. Né sarebbe appropriato il riferimento contenuto nella sentenza appellata in ordine alla sufficienza in *subiecta materia* della motivazione implicita o per *facta concludentia*.

Sul punto, e richiamando le considerazioni già svolte al paragrafo 16, da intendersi qui riprodotte, va, anzitutto, rilevato che il seggio di gara, lungi dall'avvalersi di tecniche di motivazione alternative (implicita o per *facta concludentia*), ha espressamente motivato la propria decisione ancorandola, però, esclusivamente al dato, di per sé non dirimente, della non definitività della condanna, in tal modo illegittimamente rinunciando ad esaminare la condotta del suddetto operatore e la sua rilevanza quale possibile illecito professionale nell'ambito del complessivo giudizio sull'affidabilità dell'operatore medesimo.

Sul punto, è sufficiente fare ancora una volta rinvio a quanto già sopra evidenziato (paragrafo 12) in ordine alla maggiore ampiezza dell'ambito operativo dell'articolo 80 comma 5 lettera c) del d. lgs 50/2016 rispetto a quello che connota il primo comma del medesimo articolo.

Né è possibile valorizzare, in via integrativa, le ulteriori argomentazioni spese dal giudice di prime cure in ordine all'esistenza di altre concorrenti ragioni che neutralizzerebbero la rilevanza dell'addebito in argomento. E', infatti, di tutta evidenza che il giudice non può formulare argomentazioni a sostegno del provvedimento impugnato che ne modifichino l'impianto argomentativo, ciò in quanto la motivazione di un atto costituisce il contenuto insostituibile della decisione amministrativa (Consiglio di Stato sez. V, 30/04/2020, n.2762).

23. Parimenti, fondato è il motivo di gravame con il quale -OMISSIS- deduce che sarebbe erroneo il capo della sentenza che non ha rilevato la mancanza di un'immediata comunicazione alla stazione appaltante della notifica, intervenuta il 9 maggio 2019, a -OMISSIS- ed -OMISSIS- della delibera 17 aprile 2019 con cui AGCM aveva applicato una rilevante sanzione per intesa anticoncorrenziale. Tale comunicazione sarebbe intervenuta solo nel settembre 2019, ad aggiudicazione disposta ed a ricorso ormai notificato. Non sarebbero persuasive, a tal riguardo, le argomentazioni reiettive del TAR secondo cui il provvedimento era sopravvenuto al termine di presentazione delle offerte ed alla seduta deputata alla verifica dei requisiti e comunque l'amministrazione l'avrebbe ragionevolmente ritenuta non ostativa.

Sul punto, vanno qui ribadite le considerazioni già svolte al paragrafo 14, al quale si fa rinvio, nelle quale si è evidenziato che:

- s'imponessa, a carico delle società interessate, un onere di immediata comunicazione, e comunque da assolvere prima dell'aggiudicazione, secondo il principio di leale collaborazione ed in funzione del principio di continuità

dei requisiti desumibile dall'articolo 80 comma 6 del codice dei contratti;

- l'omissione in argomento rileva di per se stessa quale indice di possibile inaffidabilità dell'operatore dovendo, pertanto, essere apprezzata dal seggio di gara ai sensi dell'articolo 80 comma 5 del d. lgs 50/2016, indipendentemente, dunque, dalle ragioni di merito (sulle quali ci si soffermerà in prosieguo) in virtù delle quali, in un successivo momento, e senza tener conto della suddetta omissione, il seggio di gara ha inteso confermare l'ammissione del RTI con mandataria -OMISSIS-.

24. Non hanno, invece, fondamento secondo quanto già sopra evidenziato ai paragrafi 9.5. e 9.6., ai quali si fa rinvio, i rilievi concernenti la tempistica che ha governato la fase di comprova dei requisiti dichiarati né quelli riferiti al merito delle valutazioni effettuate dal seggio di gara in ordine alla sanzione comminata dall'Antitrust.

25. Nemmeno hanno pregio i motivi di gravame articolati da -OMISSIS- avverso il capo della decisione che ha convalidato gli esiti del giudizio sull'anomalia dell'offerta.

Innanzitutto, deve rilevarsi che la decisione del giudice di prime cure poggia su due statuizioni ciascuna contraddistinta nell'impianto motivazionale da dignità autonoma siccome idonea, di per sé, a reggere, *in parte qua*, la sentenza.

Segnatamente, il TAR ha ritenuto, anzitutto, che i rilievi sul punto svolti da -OMISSIS- non fossero ammissibili perché *“la ricorrente non deduce alcun elemento che potrebbe indurre a ritenere non congrue le voci di costo e la stima di ricavo indicati; né ha espresso alcuna valutazione sulla sostenibilità dell'offerta, che peraltro deve essere vagliata nel suo complesso. In altri termini, l'esponente non prospetta alcun profilo di inattendibilità dei suddetti importi?”*.

Avverso questo capo della decisione non risultano proposti specifici motivi di censura con conseguente inammissibilità, *in parte qua*, dell'appello. E', invero,

ius receptum in giurisprudenza il principio secondo cui laddove una sentenza amministrativa sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio in sede giurisdizionale perché divengano inammissibili, per difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni parimenti ostative (cfr. Consiglio di Stato , sez. IV , 03/12/2018 , n. 6827; Consiglio di Stato , sez. IV , 28/06/2018 , n. 3972).

Né è possibile rilevare, come già efficacemente evidenziato nella sentenza appellata, profili di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato tali da rendere palesemente inattendibile la complessiva dell'offerta.

Vanno, infatti, qui condivise le considerazioni svolte dal giudice di prime cure che ha ritenuto non conferenti le doglianze attoree incentrate sulla mancanza di una specifica prova (bollette, contratto di fornitura ecc.) dei costi dichiarati del gas metano e dell'energia elettrica. Tanto in ragione della agevole controllabilità dei costi in argomento di cui, peraltro, non vengono evidenziati incongruenze.

Lo stesso è a dirsi rispetto alle considerazioni spese sulle ragioni dello scostamento tra i costi degli interventi di cui alla tabella riepilogativa e l'importo mutuato dal computo metrico che tiene conto in percentuale delle spese generali (e degli utili).

Parimenti, rispetto alla stima degli incentivi la parte si limita a contestare la mancanza di una conferente documentazione di supporto senza soffermarsi sulla verosimiglianza del dato e di conseguenze sulle sue ricadute sulla complessiva tenuta dell'offerta.

26. Infine, deve rilevarsi che le censure sul difetto di motivazione dei punteggi

assegnati dalla commissione di gara nonché quelle riferite al fatto che ogni commissario avrebbe attribuito punteggi identici, censure peraltro articolate solo in via subordinata, restano assorbite nella decisione di conferma della decisione di primo grado (oltre che della coeva decisione -OMISSIS-) sulla esclusione della -OMISSIS- dalla gara, tema questo sul quale ci si soffermerà immediatamente di seguito.

D'altro canto, le censure in argomento nemmeno possono ritenersi condivisibili.

Nel caso qui in rilievo, la pluralità e l'articolazione dei criteri di valutazione, idonei ad intercettare accorpendoli per profili omogenei plurimi aspetti qualitativi delle offerte tecniche, e la loro sufficiente analiticità, unitamente alla previsione di un coefficiente variabile entro un range prestabilito di giudizi qualitativi, rendono adeguato lo schema preferenziale che la stazione appaltante ha inteso tracciare ed, in stretta connessione, sufficientemente esplicativo il grado di apprezzamento dell'offerta risultante dall'applicazione dei suddetti parametri, di guisa che la discrezionalità del seggio di gara può dirsi correttamente orientata per effetto del confezionamento di perspicui indicatori nonché compiutamente esplicitata attraverso l'assegnazione di punteggi numerici.

Inoltre, la circostanza fattuale, addotta dall'appellante, secondo la quale i componenti della Commissione avrebbero espresso sempre un coefficiente di valutazione omogeneo prova troppo (cfr. CdS, III Sezione 7595 del 6.11.2019; Consiglio Stato, V, 24 marzo 2014, n. 1428, Consiglio Stato, V, 17 dicembre 2015, n. 517) non essendo nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo.

27 In definitiva, per effetto delle considerazioni suesposte, vanno annullati, in accoglimento parziale dell'appello 2832.2020, gli atti di gara nei limiti suesposti e rinnovato alle stregua delle coordinate sopra richiamate il giudizio del seggio di gara sui requisiti di affidabilità professionale del RTI aggiudicatario con mandataria -OMISSIS- che dovrà essere completato ed esteso ai profili qui valorizzati ai paragrafi 22 e 23 (che si aggiungono a quelli già sopra scrutinati ai paragrafi 12, 14, 16, 17 in relazione al distinto giudizio definito con sentenza -OMISSIS-).

28 A questo punto, l'annullamento degli atti di gara nei termini suesposti, quanto cioè alla posizione dell'aggiudicataria, rende doverosa la verifica della tenuta delle sentenze appellate, -OMISSIS- e -OMISSIS-, rispetto alla specifica posizione della seconda graduata, -OMISSIS-, che, a giudizio del TAR, avrebbe dovuto essere esclusa per i rilevati vizi di sottoscrizione dell'offerta economica.

28.1. Il TAR ha, invero, ritenuto nella sentenza -OMISSIS-/2020 che, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 48 del codice dei contratti e dell'articolo 18.2. del disciplinare, l'offerta -OMISSIS- dovesse essere esclusa perché due dei dieci file di cui è composta l'offerta economica del -OMISSIS- (raggruppamento costituendo: documento n. 7 depositato in giudizio -OMISSIS-) non erano stati firmati dal legale rappresentante del mandante del RTI stesso (secondo classificato), ovvero dal legale rappresentante del -OMISSIS-. In particolare, è mancata la sottoscrizione dei files denominati "offerta economica" e "prezziario", tra cui, in particolare, il primo, recante il ribasso sul prezziario toscano, il costo della manodopera, la dichiarazione di avere giudicato remunerativi i prezzi, di mantenere ferma l'offerta per 180 giorni e di avere tenuto conto delle norme in tema di sicurezza e protezione dei lavoratori. Da qui il giudice di prime cure ha rilevato la deficienza

strutturale dell'offerta e la inevitabilità della consequenziale sanzione espulsiva anche in base al disposto di cui all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016. I suddetti principi sono stati riproposti dal medesimo giudice nella coeva sentenza -OMISSIS-/2000 nel capo del ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- (-OMISSIS- aveva in quel giudizio agito contro l'aggiudicazione pronunciata in favore del RTI con mandataria -OMISSIS-) a completamento degli assorbenti rilievi sulla improcedibilità del suddetto ricorso incidentale quale effetto consequenziale al rigetto del ricorso principale.

28.2. Tale capo della decisione risulta contestato sia da -OMISSIS-, negli appelli 2832.2020 e -OMISSIS-, che da -OMISSIS- nell'appello 2888.2020, secondo cui la rilevata omissione, conseguenza di un mero errore materiale (i documenti, pur all'epoca predisposti e firmati digitalmente, non vennero caricati nel sistema informatico in cui furono versate le versioni precedenti dei due *files*, prive di sottoscrizione) non inficerebbe, comunque, da un punto di vista sostanziale, la validità dell'offerta e non giustificerebbe l'esclusione dalla gara dell'operatore.

Le doglianze al riguardo proposte ruotano attorno all'affermazione di fondo secondo cui, al di là di vuoti formalismi, la volontà di -OMISSIS- di vincolarsi al contenuto dell'offerta risultava oggettivamente certa e palese, stante la puntuale sottoscrizione da parte della mandante di tutti i numerosissimi allegati alla suddetta offerta.

In particolare, il suddetto operatore, tra gli altri documenti che componevano l'offerta economica, aveva sottoscritto anche il documento denominato "*dettaglio economico dell'offerta*" che indicherebbe in modo chiaro l'offerta economica determinata dal ribasso percentuale sull'importo annuale a base d'asta, espresso con 2 cifre decimali, applicato all'importo a base di gara, pari al 16,50%. Inoltre, rispetto agli "oneri di sicurezza" e al "costo della

manodopera” – contrariamente a quanto afferma erroneamente il TAR – la riconducibilità dell’offerta economica anche alla mandante -OMISSIS- -OMISSIS- sarebbe chiara in ragione del contenuto (e del rinvio *per relationem* in esso contenuto) del documento denominato “*precisazioni relative all’offerta economica*”, in cui le parti dichiarano “..*Che l’importo indicato nel modello di offerta economica generato dal portale relativo agli oneri di sicurezza.. è stato espresso su base annuale*”. Analoga dichiarazione è riferibile “...*ai costi di manodopera ...*”.

Di poi, il vincolo di “*mantenere ferma l’offerta per 180 giorni*”, oltre ad essere un vincolo di legge, sarebbe espressamente indicato al punto IV.3.7 del bando di gara, mentre la “*dichiarazione di avere giudicato remunerativi i prezzi*” e di “*avere tenuto conto delle norme in tema di sicurezza e protezione dei lavoratori*”, sarebbe contenuta al punto 16.3.1 del disciplinare di Gara, secondo cui il concorrente “*dichiara remunerativa l’offerta economica presentata giacché per la sua formulazione ha preso atto e tenuto conto:*

a) delle condizioni contrattuali e degli oneri compresi quelli eventuali relativi in materia di sicurezza, di assicurazione, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigore nel luogo dove devono essere svolti i servizi/fornitura”.

Con la sottoscrizione della domanda di partecipazione, per effetto di quanto previsto al punto 2.01, viene, altresì, dichiarato “*di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara o, in assenza dello stesso, nella lettera d’invito a gara, nel disciplinare di gara, nel capitolato descrittivo e prestazionale e nei suoi eventuali allegati e nello schema di contratto e nell’eventuale patto di integrità*”.

Per quel che concerne il “*ribasso sul prezzario toscano*”, tutti i concorrenti avrebbero offerto il ribasso massimo consentito del 30%.

28.3.Orbene, vale premettere che l'art. 48, comma 8, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che "*È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui*

all'articolo 45, comma 2, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti."

E' altrettanto noto il dettato dell'art. 83, comma 9 del d. lgs. 50 del 2016, a mente del quale "*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".*

Vale, poi, aggiungere che il disciplinare di gara, nell'ambito della documentazione economica, prescriveva, al paragrafo 18, l'obbligo di presentare un documento definito dettaglio economico (cfr. paragrafo 18.1), nonché, al paragrafo 18.2., l'offerta economica così strutturata "*..L'offerta economica è determinata dal ribasso percentuale sull'importo annuale a base d'asta, espresso con 2 cifre decimali, applicato all'importo a base di gara di Euro 12.238.234,67 (dodicimilioniduecentotrentottomiladuecentotrentaquattro/67), oltre IVA nei termini di legge, stimato dall'Amministrazione per eseguire le prestazioni oggetto del presente appalto. L'offerta economica è inoltre determinata dal Ribasso sui prezzi del Prezzario LL. PP.*

della Toscana a. 2017 per la Prov. di Pisa, con un massimo di ribasso ammesso del 30%.

Nell'offerta economica gli operatori economici devono indicare inoltre:

-nell'apposito spazio "oneri della sicurezza afferenti l'impresa", la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice;

Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto.

-nell'apposito spazio "costo della manodopera", la stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice;

Gli "oneri della sicurezza afferenti l'impresa" e il "costo della manodopera":

-costituiscono un di cui dell'offerta economica.

All'offerta economica avrebbero dovuto, inoltre, essere allegati ulteriori documenti.

28.4. Orbene, appare di tutta evidenza come l'offerta in questione si ponesse in aperto contrasto con le richiamate disposizioni capitolari, risultando carente, sotto il profilo della completezza dell'impegno richiesto, la manifestazione della volontà negoziale resa dalla mandante -OMISSIS-, in quanto solo suggellata, quale elemento ad essa consustanziale, della necessaria sottoscrizione.

Sul punto, è *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui nelle gare pubbliche la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i soggetti, che con essa pretendono di impegnarsi nei confronti dell'amministrazione appaltante, risponde a imprescindibili esigenze di ordine generale di certezza della riconducibilità dell'offerta ai medesimi operatori e coercibilità dei relativi impegni nella successiva fase esecutiva, esigenze che non possono ritenersi adeguatamente soddisfatte mediante il mandato con rappresentanza conferito all'impresa capogruppo, trattandosi - quest'ultimo - di un atto che non assicura

che il mandatario adempia correttamente agli obblighi gestori e di rappresentanza verso i terzi assunti nei confronti delle mandanti, con il conseguente rischio che possano insorgere contestazioni interne ai componenti del raggruppamento incidenti negativamente sulla fase di esecuzione del contratto; è stato sul punto anche sottolineato che alla mancanza di sottoscrizione dell'offerta non è possibile supplire mediante il soccorso istruttorio della P.A., ciò provocando una lesione della par condicio dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico (cfr. Cons. St., sez. V, 20 agosto 2019, n.5751; sez. III, 8 maggio 2017, n. 2093; sez. V, 13 febbraio 2017, n. 596; sez., IV, 19 marzo 2015, n. 1425; sez. V, 27 novembre 2012, n. 5971; T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. III, 01/10/2019, n.1031, Tar Lazio - Roma sez. II bis - sentenza 7 giugno 2019, n. 7470; T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sezione III ter 22 dicembre 2015, n. 14451);

Il Collegio non ignora l'approccio sostanzialistico privilegiato da una parte della giurisprudenza, favorevolmente orientata per il possibile soccorso istruttorio nei casi in cui, in base alle circostanze concrete, l'offerta dovesse risultare con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (cfr. Cons. St., 9 marzo 2020, n. 1655; Cons. St., 19 marzo 2020, n. 1963; Cons. St. 22 giugno 2020, n. 3973; T.A.R., Catanzaro, sez. I, 07/05/2020, n. 836; Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881; T.A.R., Milano, sez. I, 24/03/2020, n. 555; T.A.R., Brescia, 6 marzo 3030, n. 200; T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 03/12/2019, n.13812; T.A.R., Catania, sez. I, 24/12/2019, n. 3075; T.A.R., Cagliari, sez. I, 01/07/2019, n. 593; T.A.R., Roma, sez. III, 02/07/2019, n. 8605).

E tale principio risulta affermato anche nel caso di incompleta sottoscrizione, come nel caso della sottoscrizione dell'offerta da parte di alcuni e non tutti i componenti del raggruppamento (cfr. TAR per la Toscana, sez I, 6 marzo 2020, n. 288; parere di precontenzioso approvato con deliberazione 15 maggio 2019, n. 420 dall'A.N.A.C.; Cons. St., sez. V 10 settembre 2014, n. 4595; TAR Lazio, sez. I 16 giugno 2016, n. 6923).

Pur tuttavia, avuto riguardo alla specificità del caso qui in rilievo, governato dai puntuali contenuti precettivi della disciplina di gara e dalla rilevanza dei documenti sui quali non risulta apposta la sottoscrizione, il Collegio ritiene che sia coerente con la disciplina di settore la decisione del giudice di primo grado nella parte in cui ha ritenuto suscettiva di sanzione espulsiva l'offerta del RTI con mandataria -OMISSIS-.

Deve qui rivelarsi, in apice, come risulti priva di sottoscrizione l'offerta economica in sé cui si riconnette nell'impianto della disciplina di gara un ruolo centrale all'interno della disciplina economica e che reca la manifestazione di volontà negoziale destinata a confluire nell'accordo contrattuale.

Di poi, dal contenuto prescrittivo del disciplinare, appare di tutta evidenza come tale atto riflettesse un ampio contenuto riferito a plurimi aspetti, tutti destinati ad essere ricompresi nella formula di impegno che ogni singolo concorrente avrebbe dovuto sottoscrivere:

- *il ribasso percentuale sull'importo annuale a base d'asta, espresso con 2 cifre decimali, applicato all'importo a base di gara;*
- *il ribasso sui prezzi del Prezzario LL. PP. della Toscana a. 2017 per la Prov. di Pisa, con un massimo di ribasso ammesso del 30%;*
- *la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice;*
- *la stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice.*

Orbene, sul punto l'approccio sostanzialistico privilegiato da -OMISSIS- -OMISSIS- non vale a suffragare una fungibilità dell'offerta economica con la residua documentazione sottoscritta per la mancanza di una piena sovrapponibilità contenutistica tra l'offerta economica e gli atti posti in raffronto non risultando evincibile da questi il ribasso sui prezzi del Prezzario LL. PP. della Toscana a. 2017 per la Prov. di Pisa che, nella previsione della legge di gara, costituisce una componente essenziale dell'offerta economica.

Del resto, chiaro è altresì il disposto di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che esclude possano essere oggetto di sanatoria mediante soccorso istruttorio la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica.

Ammettere la regolarizzazione della mancata sottoscrizione e di qualsiasi altro elemento dell'offerta considerato essenziale dalla *lex specialis* significherebbe pertanto rimettere in termini un operatore economico che non ha trasmesso la propria offerta entro il termine perentorio fissato per la valida trasmissione.

Per la medesima ragione non possono qui trovare ingresso i files nella versione sottoscritta non versati nel procedimento di gara nel rispetto della tempistica ivi prescritta.

29. Deve, in via aggiuntiva, rilevarsi che fondati si rivelano i rilievi contenuti negli appelli incidentali proposti da -OMISSIS-(nei procedimenti rubricati ai nn. 2804.2020, 2831.2020, -OMISSIS- e 2888.2020) e da -OMISSIS- (nel procedimento n. 2832.2020) quanto alla sussistenza di un'ulteriore ragione di esclusione in capo al RTI con mandataria -OMISSIS- consistente nella mancata sottoscrizione del progetto di fattibilità contenuto nell'offerta tecnica, circostanza non contestata in punto di fatto.

Va, infatti, qui condiviso quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, qualora il progetto rappresenti elemento costitutivo dell'offerta tecnica, la sua

mancata sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato, non solo priva la medesima di rilevanza giuridica, ma si traduce anche nella mancanza di un suo elemento essenziale, rappresentando detta sottoscrizione un'imprescindibile garanzia a tutela della serietà e sostenibilità delle soluzioni tecniche proposte, come detto, ritenute determinanti ai fini dell'affidamento della concessione, non potendo infatti prescindersi da un'assunzione di responsabilità da parte del progettista. (Cfr. da ultimo T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. I, 26/06/2020, n.1212; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. I, 12/06/2020, n.1054; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 22.10.2019, n. 631).

Né il principio patisce eccezione in ragione delle controdeduzioni rassegnate da -OMISSIS- e -OMISSIS- secondo cui l'elaborato qui in rilievo non avrebbe autonoma dignità di documento progettuale confondendosi piuttosto con la medesima offerta tecnica la cui imputabilità, sul piano soggettivo, non può che essere riferita all'operatore in sé.

Ciò nondimeno, in una visione sistemica della disciplina di gara, da un lato, non può essere sottaciuto l'esplicito riferimento in essa contenuto ad “un progetto di fattibilità tecnica, redatto in un ‘unica fase di elaborazione (art.23 D.lgs. 50/16 e s.m.i), relativo alle opere e agli interventi di razionalizzazione dei consumi energetici” e, dall'altro, alle ulteriori, concorrenti indicazioni rinvenienti dall'art. 13 del capitolato ove eloquentemente si afferma, proprio ai fini della presentazione delle offerte, che *“Gli Operatori economici concorrenti dovranno presentare con l'offerta, per ogni edificio oggetto della presente gara, un progetto di fattibilità tecnica ed economica, redatto in un ‘unica fase di elaborazione (art.23 D.lgs. 50/16 e s.m.i)...”*, precisando oltre nel senso che *“I progetti menzionati, da redigersi a cura di tecnici iscritti ai relativi Albi Professionali di adeguata professionalità ...dovranno contenere...”*.

In tal senso la disciplina di gara si raccorda con la previsione di cui all'articolo

24 del codice che vuole l'incarico espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali.

Ne discende che, relativamente alla posizione di -OMISSIS-, gli appelli proposti, 2832.2020 e 2888.2020, vanno respinti mentre meritano accoglimento gli appelli incidentali proposti da -OMISSIS-, 2831.2020, e da -OMISSIS-con consegue riforma delle sentenze appellate n. -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Quanto al governo delle spese di giudizio, la particolare complessità della res controversa e l'obiettività controvertibilità delle questioni scrutinate, in relazione alle quali si sono sovente riscontrate oscillazioni giurisprudenziali, nonché la parziale reciproca soccombenza, giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) dispone riunirsi tutti i procedimenti in epigrafe indicati;
- 2) estromette dal giudizio l'Ausl Toscana Nord Ovest;
- 3) accoglie gli appelli 2804.2020, 2831.2020, 2888.2020, nonché i corrispondenti appelli incidentali proposti -OMISSIS- -OMISSIS-, nei sensi e nei limiti indicati in parte motiva e, per l'effetto, nei limiti suddetti riforma la sentenza del TAR per la Toscana -OMISSIS-/2020. Respinge l'appello -OMISSIS- proposto avverso la medesima sentenza;
- 4) accoglie in parte l'appello 2832.2020, nonché l'appello incidentale proposto da -OMISSIS-, nei sensi e nei limiti indicati in parte motiva e, per l'effetto, nei limiti suddetti riforma la sentenza del TAR per la Toscana n. -OMISSIS-.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone, fisiche e giuridiche, menzionate nell'epigrafe e nel corpo della motivazione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO

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