

N. 03318/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00862/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 862 del 2021, proposto dalla società “Ng strade” s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Caterina Maria Rita Marangia e Sergio De Salvo, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

nei confronti

- “Edil Sama di Ing. Santalucia Mario” s.r.l., in proprio e quale mandataria dell’ATI con l’”Impresa di Costruzioni Geom. Matteo Santalucia” s.r.l., mandante, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avv. Riccardo Barberis, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

- “Peluso costruzioni” s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;
- Cis e Santa Lucia, non costituiti in giudizio;

per l’annullamento

- della comunicazione, ex art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016 “del 4.2.2019 n. 64059” di esclusione emessa dall’ANAS, in relazione alla procedura PALAV028-20. SIMSPA01080, “e recante” l’aggiudicazione dei lavori di manutenzione programmata dei giunti di dilatazione presso i viadotti e ponti di competenza del centro di manutenzione E. Esercizio 2019, importo € 2.620.000,00 di cui € 150.000,00 per oneri di sicurezza;
 - della determina di approvazione dell’aggiudicazione della gara;
 - del disciplinare di gara e del bando;
 - dei verbali di gara;
 - del silenzio rigetto formatosi sulla diffida promossa dalla ricorrente volta ad ottenere l’annullamento dell’esclusione;
 - di ogni altro provvedimento propedeutico, successivo, precedente, connesso e consequenziale a quelli impugnati, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
- nonchè per la declaratoria d’inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l’Amministrazione appaltante e l’eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa richiesta di conseguire l’aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie di Anas s.p.a., di Edil Sama di Ing. Santalucia Mario s.r.l. e di Peluso costruzioni s.r.l.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 373 dell'11 giugno 2021;

Vista l'ordinanza del CGA n. 469 del 9 luglio 2021;

Viste le memorie delle parti;

Viste le note d'udienza della ricorrente e della controinteressata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del 4 novembre 2021, il consigliere Aurora Lento, udito per l'ANAS il difensore e nessuno presente per le altre parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

FATTO

Con ricorso, notificato e depositato l'11 maggio 2021, la società "NG strade" s.r.l. ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, della nota prot. n. 229666 del 15 aprile 2021 con cui l'ANAS le ha comunicato, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'esclusione dalla gara per l'appalto dei lavori di manutenzione programmata dei giunti di dilatazione presso i viadotti e ponti di competenza del Centro di manutenzione (importo a base di gara € 2.620.000,00 di cui € 150.000,00 per oneri di sicurezza), nonché della "determina di approvazione aggiudicazione", del disciplinare, del bando, dei verbali, per quanto d'interesse, e del silenzio rigetto sull'istanza di riesame.

Esposti i fatti, ha dedotto il seguente unico articolato motivo:

Violazione e falsa applicazione: dell'art. 97 Cost.; del d.lgs. n. 50 del 2016; degli artt. 48 e 83 del codice dei contratti. Nullità della clausola della *lex specialis* di gara. Violazione: della l. n. 241 del 1990; della *lex specialis* di gara; del disciplinare di gara; del principio della *par condicio*. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento.

Si è costituita in giudizio l'ANAS che ha depositato una memoria con cui, eccepita preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse conseguente alla mancata dimostrazione dell'aggiudicazione in caso di ammissione, ne ha, comunque, chiesto il rigetto, poiché infondato, vinte le spese.

Si è costituita in giudizio anche la Peluso costruzioni s.r.l., che ha depositato una memoria con cui ha chiesto l'accoglimento del ricorso, vinte le spese.

Si è poi costituita la società Edil sama di ing. Santalucia Mario s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'Associazione temporanea di imprese con l'Impresa di costruzioni Geom. Matteo Santalucia s.r.l., mandante, che ha depositato una memoria con cui, precisato di essere l'aggiudicataria dell'appalto *de quo*, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per: mancata impugnazione dell'aggiudicazione; carenza d'interesse per omessa dimostrazione dell'aggiudicazione dell'appalto in caso di ammissione. Ha, comunque, chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

Con ordinanza n. 373 dell'11 giugno 2021, l'istanza cautelare è stata rigettata.

Con ordinanza n. 469 del 9 luglio 2021, il CGA ha accolto l'appello cautelare ai fini della celere fissazione dell'udienza di merito.

In vista dell'udienza, la Edilsama ha depositato una memoria con cui ha insistito nelle proprie domande.

La ricorrente e la Peluso Costruzioni hanno depositato distinte memorie con cui hanno insistito per l'accoglimento del ricorso.

Successivamente la ricorrente e la Edilsama hanno depositato note di udienza.

All'udienza pubblica del 4 novembre 2021, su conforme richiesta del solo difensore dell'ANAS presente come da verbale, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto: in via principale, l'esclusione della ricorrente da una gara indetta dall'ANAS, la quale ha comportato, nelle more del giudizio, l'avvio, da parte dell'ANAC, del procedimento per l'inserimento della relativa annotazione nel casellario informatico; in via secondaria, il conseguente provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata.

Preliminarmente va esaminata l'eccezione d'improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione della determina di aggiudicazione, sollevata dalla controinteressata, che è infondata, in quanto, come indicato in epigrafe, la ricorrente ha espressamente chiesto l'annullamento della *“Determina di approvazione Aggiudicazione della gara dei lavori di PALAV028-20. SIMSPA01080. Lavori di manutenzione programmata dei giunti di dilatazione presso i viadotti e ponti di competenza del Centro di Manutenzione E. Esercizio 2019. Importo € 2.620.000,00 di cui € 150.000,00 per oneri di sicurezza a favore della controinteressata”*.

Pur essendo vero che non sono stati indicati il numero di protocollo e la data della *“determina di approvazione dell'aggiudicazione”*, è troncante la circostanza che la stessa era già stata adottata alla data della notifica del ricorso, cosicché, in un'ottica sostanzialistica, il collegio ritiene che si tratti di un errore materiale suscettibile di correzione d'ufficio e che deve ritenersi impugnato anche tale atto.

2. Sempre in via preliminare va esaminata l'eccezione di carenza d'interesse, conseguente alla mancata dimostrazione del conseguimento dell'aggiudicazione in caso di ammissione alla gara, che è stata valorizzata in sede di rigetto della

sospensiva, ma che il CGA, accogliendo l'appello cautelare, ha invitato ad approfondire.

Il collegio, dopo attenta riflessione, ritiene fondata l'eccezione con riferimento alla parte del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione, ma non anche per quella riferita all'esclusione.

2.1 Per quanto riguarda la prima, è *jus receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui, in materia di appalti, l'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell'aggiudicazione, che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara, dev'essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria (in termini Consiglio di Stato, III, 9 marzo 2020, n. 1710 con richiami a V, 26 aprile 2018, n. 2534; III, 17 dicembre 2015, n. 5717 e 8 settembre 2015, n. 4209).

Nella fattispecie in esame, il criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante era quello del minor prezzo (vedi art. A4 della lettera d'invito), relativamente al quale la posizione in graduatoria delle offerte non seguiva a una valutazione di carattere tecnico-discrezionale, bensì a un mero riscontro automatico dell'offerta economica. Pur essendo vero che tale riscontro può essere effettuato anche dal giudice amministrativo, è, però, necessario che questi sia posto nelle condizioni di effettuare la prova di resistenza con l'indicazione del ribasso offerto dall'impresa esclusa, così da verificare se lo stesso è maggiore di quello indicato dall'aggiudicataria e dar atto che, in caso di annullamento dell'esclusione, si ha la certezza dell'aggiudicazione (in modo automatico) della gara (Consiglio di Stato, V, 13 novembre 2020, n. 7000).

Nella specie la ricorrente sostiene labialmente di aver prodotto la offerta, ma questa non risulta dai documenti allegati; non ha, peraltro, nemmeno indicato il ribasso negli scritti difensivi, in quanto si è limitata ad affermare che *“con la riammissione in gara può legittimamente anche aspirare ad un ricalcolo della soglia atteso che ancora non si è perfezionata l’aggiudica a favore della contro interessata”*.

Ne deriva che questo giudice non è nelle condizioni di verificare la sussistenza dell’interesse all’impugnazione dell’aggiudicazione che, peraltro, la stessa ricorrente ha ancorato a un presupposto in fatto (ricalcolo della soglia) che non può realizzarsi, in quanto in contrasto con l’art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016; il ricorso va, pertanto, come detto, dichiarato inammissibile per la parte in cui ha ad oggetto l’aggiudicazione.

2.2. A diversa conclusione deve, però, giungersi relativamente all’impugnazione dell’esclusione, la quale costituisce l’oggetto principale del giudizio, in quanto, come chiarito negli scritti difensivi, il bene della vita a cui aspira la ricorrente è quello di evitare l’annotazione nel casellario informatico dell’ANAC.

Va, sotto tale profilo, richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui, qualora il ricorrente intenda contestare (ma anche prevenire l’adozione di, ndr) provvedimenti lesivi (quali la segnalazione all’ANAC e l’incameramento della cauzione), che discendono direttamente dalla disposta esclusione, non rileva la circostanza che non abbia articolato censure avverso il provvedimento conclusivo della gara (o che la relativa impugnazione sia irrituale, ndr), in quanto va, comunque, riconosciuta la sussistenza di un interesse (patrimoniale e/o morale) a contestare l’esclusione (per tutte Consiglio di Stato, IV, 29 luglio 2016, n. 3433).

Deve, peraltro, per completezza rilevarsi che, qualora s’impone, in casi analoghi a quelli in esame, la contestazione dell’aggiudicazione, si attiverrebbe un circuito

vizioso, che si tradurrebbe nella lesione del diritto alla tutela giudiziaria, in quanto il concorrente: da un lato, non potrebbe contestare solo ed esclusivamente la propria estromissione dalla gara; dall'altro lato, non avrebbe nemmeno titolo per contrastare la propria iscrizione all'ANAC, perché questa deriva in via automatica e obbligatoria dall'esclusione (e dalla conseguente segnalazione).

Ne consegue che, come anticipato, il ricorso va ritenuto ammissibile per la parte avente ad oggetto l'esclusione.

3. Da ultimo in via preliminare va disposta l'estromissione dal giudizio della "Peluso costruzioni" s.r.l., la quale è stata intimata dal ricorrente come se si trattasse di un soggetto controinteressato, ma, in quanto autonoma destinataria del medesimo provvedimento di esclusione è, in realtà, cointeressata all'impugnazione.

Tale società, in quanto lesa direttamente dal provvedimento impugnato esclusivamente dalla Ng Strade s.r.l., è, in particolare, titolare di una posizione autonoma rispetto a quella delle parti del presente giudizio, cosicché, ai sensi del combinato disposto dell'art. 28, comma 2, e dell'art. 29 c.p.a., era, per giurisprudenza consolidata, onerata ad attivarsi tempestivamente in sede giurisdizionale, potendo scegliere se proporre un autonomo ricorso entro il termine di decadenza all'uopo applicabile ovvero intervenire tempestivamente nel processo *inter alios* pendente (sempre entro il termine di decadenza al riguardo operante), aderendo a quello proposto da altri (Consiglio di Stato, VI, 15 gennaio 2020, n. 384).

Nella specie la Peluso costruzioni non ha dispiegato intervento nel presente giudizio (il quale sarebbe, comunque, stato tardivo in quanto successivo allo spirare dei termini d'impugnazione), ma, dopo essere stata intimata dalla Ng strade s.r.l., si è limitata a depositare memorie difensive, con cui ha chiesto l'annullamento del

provvedimento di esclusione oggetto del ricorso in esame, anche nella parte in cui la riguardava, così, peraltro, ampliando l'oggetto del giudizio.

La presentazione di memorie difensive le era, però, preclusa dal fatto che non era controinteressata e che era stata impropriamente intimata, cosicchè, come detto, va estromessa dal giudizio.

4. Ciò posto in rito, può procedersi all'esame dell'unico motivo di ricorso, avente ad oggetto l'insussistenza dei presupposti per l'esclusione dalla gara, che è fondato.

Invero, l'estromissione è avvenuta in applicazione dell'art. 48, comma 7, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016 a seguito dell'accertamento, da parte del seggio di gara, della partecipazione sia del Consorzio Stabile CIS, il quale non aveva designato nessuna esecutrice, che delle imprese consorziate "NG strade" s.r.l. (ricorrente) e "Peluso costruzioni" s.r.l..

Orbene, la disposizione succitata, dopo avere disposto che i concorrenti non possono partecipare alla gara in forma individuale e in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, statuisce che:

- i consorzi stabili sono tenuti a indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono;
- a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara;
- in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio che il consorziato e si applica l'articolo 353 del codice penale.

In ordine all'interpretazione di tale disposizione si riscontrano due orientamenti giurisprudenziali, di cui il primo trova espressione nella sentenza del TAR Emilia Romagna n. 851 del 2019 (richiamata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata) nella quale si è affermato che l'onere di indicare l'impresa

consorziata per la quale il consorzio stabile concorre costituisce adempimento necessario al fine di evitare il divieto di partecipazione alla gara e che solo tale specifica indicazione consente di superare la necessaria presunzione di conflitto d'interessi derivante dalla contemporanea partecipazione di una consorziata tramite il consorzio e in un'altra forma. Si è, altresì, rilevato che si tratta di una disciplina che segna un punto di equilibrio tra il principio di garanzia della genuinità delle offerte e quello di libertà d'impresa, tenuto conto di quelli ulteriori di libera concorrenza in ambito europeo.

A tale orientamento si contrappone quello secondo cui l'automatico divieto di partecipazione a una gara, tanto a carico del consorzio stabile quanto della consorziata non indicata quale esecutrice, potrebbe giustificarsi solo laddove un'indagine in concreto dimostri che il rapporto fra i relativi organi conduca a individuare un unico centro decisionale e la mera partecipazione dell'impresa a un determinato consorzio stabile non può fornire elementi univoci in tal senso, tali da fondare una vera e propria *praesumptio juris et de jure*, che si traduce in una sorta di sillogismo categorico circa l'esistenza di un'unicità di rapporti fra consorzio stabile e proprie consorziate (in termini Consiglio di Stato, V, 16 febbraio 2015, n. 801).

Il collegio, dopo attenta riflessione, ritiene di aderire al secondo orientamento per le ragioni indicate nel precedente succitato, alle quali vanno aggiunte le seguenti.

Deve, in primo luogo, rilevarsi che, prima dell'adozione del codice degli appalti, la fattispecie in questione era disciplinata dall'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti) il quale, nella sua versione originaria, antecedente alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lettera f, del d.lgs. n. 152 del 2008, conteneva un divieto generalizzato di "*partecipazione alla medesima procedura di*

affidamento del consorzio stabile a dei consorziati” con comminatoria di applicazione dell’art. 353 c.p. in caso di inosservanza.

In ordine a tale disposizione è intervenuta la Corte di giustizia UE che, con la sentenza 23 dicembre 2009, Serrantoni, C-376/08, ha affermato che la previsione dell’esclusione automatica del consorzio stabile e delle imprese che lo compongono, le quali hanno partecipato in concorrenza alla stessa procedura di affidamento di un pubblico appalto, viola i principi del Trattato in quanto pone una presunzione assoluta d’interferenza reciproca anche nel caso in cui il primo non sia intervenuto nel procedimento per conto delle seconde e non consente agli operatori di dimostrare che le loro offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente.

Ha, altresì, affermato che il conseguente obbligo assoluto di esclusione gravante sulle stazioni appaltanti è in contrasto con l’interesse comunitario a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d’appalto e va oltre quanto necessario per raggiungere l’obiettivo consistente nel garantire l’applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

Ha concluso nel senso che il diritto comunitario dev’essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che dispone l’esclusione automatica dalla partecipazione alle procedura di gara e l’irrogazione di sanzioni penali nei confronti tanto del consorzio stabile quanto delle imprese che ne sono membri, le quali hanno presentato offerte concorrenti nell’ambito dello stesso procedimento, anche quando l’offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell’interesse di tali imprese.

Giova rilevare che i surriportati principi sono conformi alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia UE secondo cui l’esclusione automatica di candidati o di

offerenti che si trovino in una situazione di controllo o di collegamento con altri offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza (v., in tal senso, sentenze del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 28; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 38 e 40, nonché del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 36 e 38). Essi sono stati di recente ribaditi nella sentenza dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London, C-144/17 in cui si è affermato che l'esclusione automatica costituisce una presunzione assoluta d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, d'impresе legate da una situazione di controllo o di collegamento, la quale, in quanto esclude la possibilità di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte, è in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto (v. punto 36).

Si è, altresì, affermato che il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura (v. punto 38).

Le conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia, nella succitata sentenza 23 dicembre 2009, Serrantoni, C-376/08, sono, a ben vedere, pienamente coerenti con la peculiare natura dei consorzi stabili, i quali, secondo la definizione data dall'art. 45, comma 2, lettera c), del d.lgs.vo n. 50 del 2016, sono soggetti formati da non

meno di tre imprenditori consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

Trattasi, pertanto, di aggregazioni durevoli di vari soggetti imprenditoriali, che possiedono autonoma personalità e operano all'esterno come un'unica impresa distinta da quella dei consorziati, le quali si differenziano dai consorzi ordinari e dai raggruppamenti temporanei in quanto sono astrattamente idonei a operare con un'autonoma struttura di impresa e sono, pertanto, capaci di eseguire, anche in proprio, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando, ovviamente, la facoltà di demandare l'esecuzione, nei limiti consentiti, alle consorziate (in termini, recentemente, Consiglio di Stato, VI, 13 ottobre 2020, n. 6165 e III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Ne consegue che il Consorzio stabile, il quale partecipa a una gara d'appalto in proprio deve ritenersi - in linea di principio - un soggetto distinto dai consorziati, con conseguente irragionevolezza, sotto il profilo della sproporzione, dell'esclusione automatica di tutti i soggetti imprenditoriali che ne fanno parte non designati quali esecutori.

Rimane ovviamente salvo il potere/dovere della stazione appaltante di verificare l'esistenza in concreto di un collegamento tra il Consorzio stabile e le imprese consorziate o tra queste ultime che possa fare ritenere che le offerte sono espressione di un unico centro decisionale con conseguente alterazione della concorrenza; non sono, invece, ammissibili meccanismi automatici i quali sono, come detto, sproporzionati.

Nella fattispecie in esame il Consorzio stabile CIS ha partecipato in proprio senza designare imprese consorziate e la stazione appaltante non ha individuato elementi indiziari plurimi, precisi e concordanti atti a suffragare il giudizio di riconducibilità dell'offerta presentata dalla consorziata NG strade s.r.l. a un unico centro decisionale, cosicchè la disposta esclusione automatica deve ritenersi illegittima.

Concludendo, il ricorso è inammissibile per la parte relativa all'impugnazione della determina di aggiudicazione, mentre è fondato e va accolto con riferimento all'impugnazione del provvedimento di esclusione che va, pertanto, annullato.

Si ritiene di compensare le spese, avuto riguardo al rilevato contrasto giurisprudenziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal giudizio della Peluso costruzioni s.r.l., lo dichiara inammissibile per la parte relativa all'impugnazione della determina di aggiudicazione, mentre lo accoglie per il resto, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente FF, Estensore

Anna Pignataro, Consigliere

Luca Girardi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Aurora Lento

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI