

N. 01322/2022REG.PROV.COLL.

N. 00455/2022 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 455 del 2022, proposto da I.Me.Va s.p.a. – Industria Meccanica Varricchio, Ital Sem s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Luciano Costanzo e Maria Laviensi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio per Le Autostrade Siciliane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianfranco Barbagallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Consorzio Stabile S.A.C. Costruzioni soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

via Vai Road s.r.l., Nuova Ises s.r.l., Nevada s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) n. 1327/2022, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio per Le Autostrade Siciliane e di Consorzio Stabile S.A.C. Costruzioni soc. cons. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara esperita dal Consorzio per le autostrade siciliane (di seguito: "CAS") per l'affidamento dei "*lavori di riqualificazione ed integrazione dei sistemi di sicurezza stradale (barriere longitudinali, terminali e transizioni, varchi apribili) della tratta A/18 Messina-Catania*" (CIG 8924929C64; CUP B47H19000540005), importo € 8.452,554,42.

2. Consorzio Stabile S.A.C. - Costruzioni società consortile a r.l. (di seguito: "Consorzio stabile SAC") hanno impugnato i seguenti atti: - decreto dirigenziale n. 700 in data 13 dicembre 2021, con cui sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione; - provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento tra IMEVA s.p.a. e ITAL SEM s.r.l. (di seguito rispettivamente "Imeva" e "ITAL SEM"); - provvedimento di ammissione alla gara del raggruppamento tra

Imeva e ITAL SEM; - verifica dei requisiti, ove intervenuta; - giudizio di congruità dell'offerta presentata dal raggruppamento tra Imeva e ITAL SEM; - provvedimento di ammissione alla gara del raggruppamento tra VIA VAI ROAD s.r.l., NUOVA ISES s.r.l e NEVADA s.r.l. (di seguito rispettivamente: "Via vai road", "Nuova Ises" e "Nevada")

3. Il Tar Sicilia- Catania ha accolto il ricorso con sentenza 13 maggio 2022 n. 1327.

4. Imeva - Industria Meccanica Varricchio, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con ITAL SEM, e ITAL SEM hanno appellato detta sentenza davanti a questo CGARS con ricorso n. 455 del 2022.

5. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti il Consorzio per le autostrade siciliane e il Consorzio stabile SAC.

6. All'udienza del 14 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello è fondato.

8. Si premette che il Tar, con sentenza n. 1327 del 2022, ha ritenuto fondato il primo motivo di ricorso e, per l'effetto, ha annullato "il decreto dirigenziale n. 700 in data 13 dicembre 2021, il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'ATI tra IMEVA S.p.A. e ITAL SEM S.r.l., il provvedimento di ammissione alla gara dell'ATI tra IMEVA S.p.A. e ITAL SEM s.r.l., il giudizio di congruità dell'offerta presentata dall'ATI tra IMEVA S.p.A. e ITAL SEM e il provvedimento di ammissione alla gara dell'ATI tra VIA VAI ROAD S.r.l., NUOVA ISES S.r.l e NEVADA S.r.l."

8.1. Detto capo della sentenza è stato impugnato con il ricorso qui in decisione.

8.2. Con memoria depositata il 8 giugno 2022 Consorzio stabile SAC ha riproposto le ulteriori doglianze dedotte in primo grado.

8.3. Il Collegio procede preliminarmente a esaminare l'appello e, in ragione della fondatezza del medesimo e della conseguente reiezione del primo motivo del ricorso al Tar, scruta successivamente i motivi riproposti da parte appellata, già ricorrente in primo grado, non esaminati nel precedente grado di giudizio.

9. Con unico motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha accolto la censura di violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016, avendo ritenuto che la prima e la seconda classificata dovevano essere escluse dalla gara per una situazione di collegamento sostanziale e violazione del principio di segretezza delle offerte.

9.1. Il motivo è fondato.

9.2. L'asserito collegamento rilevante ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 riguarda i raggruppamenti che si sono classificati al primo e al secondo posto della graduatoria e che sono costituiti, rispettivamente da Imeva (capogruppo) e ITAL SEM (raggruppamento primo classificato) e da Via vai road (capogruppo), Nuova Ises e Nevada (raggruppamento secondo classificato).

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

Sulla causa escludente fondata sulla ricorrenza di un unico centro decisionale si è pronunciata la Corte di Giustizia con sentenza 19 maggio 2009 pronunciata nella causa C-538/07, stabilendo, in riferimento all'art. 34 ultimo comma del d. lgs. n. 163 del 2006, che *“Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure*

di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara”.

Da quel momento la normativa nazionale (riformulata nei termini sopra richiamati dal d. lgs. n. 50 del 2016) è stata letta nel senso che *“una situazione di controllo tra le imprese partecipanti alla procedura, sia esso di tipo formale ovvero di tipo sostanziale, può condurre all'esclusione dalla procedura non in via automatica ma solo se è accertato, anche in via presuntiva, che le offerte, per essere imputabili ad un “unico centro decisionale”, siano state reciprocamente influenzate”* (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2022 n. 48).

L'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio.

Innanzitutto deve essere verificata la sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 cod. civ.

Esclusa tale forma di controllo, deve essere scrutinata l'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte.

Ove tale relazione sia accertata, deve essere accertata la verifica dell'esistenza di un *“unico centro decisionale”* da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale (Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019 n. 69 e 10 gennaio 2017 n. 39).

Il predetto accertamento deve quindi far ritenere che sia comprovata *“l'unicità del centro decisionale al quale siano riconducibili le offerte”* e non anche sussistenza dell'unicità

del centro decisionale al quale siano riconducibili le offerte e “*non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene*” (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2022 n. 48).

Sul punto il Collegio, discostandosi dall’argomentazione giuridica spesa nella richiamata sentenza n. 48 del 2022 (ma non dalla *ratio decidendi*), ritiene che la fattispecie escludente *de quo* si contraddistingua per un profilo di concretezza che lo differenzia dalle fattispecie di pericolo presunto.

Invero nel caso di specie la disposizione è contemplata nella direttiva n. 24/2014/UE e in particolare dall’art. 57 par. 4 lett. d), laddove si mette in relazione la sottoscrizione di accordi all’idoneità a “*falsare la concorrenza*”.

Le norme eurounitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono state infatti adottate nell’ambito della realizzazione del mercato interno, nel quale è assicurata la libera circolazione e sono eliminate le restrizioni alla concorrenza.

Nel contesto di un mercato interno unico e di concorrenza effettiva, è nell’interesse del diritto UE che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d’appalto (Corte Giust. 19 maggio 2009, in C-538/07).

Pertanto “*sarebbe contraria ad un’efficace applicazione del diritto comunitario l’esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico*”. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza (Corte Giust. 19 maggio 2009, in C-538/07).

Non si può pertanto estendere il divieto di partecipazione “*alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluyente sul comportamento di queste ultime nell’ambito di siffatte procedure*” (Corte Giust. 19 maggio 2009, in C-538/07).

Piuttosto, è necessario, e sufficiente (a fini escludenti), accertare che *“il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un’influenza sul contenuto delle rispettive offerte”* (Corte Giust. 19 maggio 2009, in C-538/07).

La Corte di Giustizia ha ribadito il concetto con una più recente pronuncia, affermando la necessità 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”*, sul presupposto che *“il mero fatto che delle offerte come quelle di cui al procedimento principale siano state sottoscritte dalla stessa persona, ossia dal procuratore speciale del rappresentante generale per l’Italia [...], non può giustificare la loro esclusione automatica dall’appalto pubblico in questione”* (Corte Giust. 8 febbraio 2018, in C-144/17).

L’art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 va letto alla luce della normativa europea, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, anche in ragione del divieto di *gold plating* di cui alla legge n. 11 del 2016, art. 1 comma 1 lett. a), di delega al Governo per l’adozione del codice dei contratti pubblici, poi attuata con il d. lgs. n. 50 del 2016.

Sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che *“ciò che deve essere provato [...] è soltanto l’unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte (in tal senso –ex multis -: Cons Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189). Del resto [...] ai sensi della pertinente normativa eurounitaria e nazionale, grava sulla stazione appaltante il solo compito di individuare gli indici dell’esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l’avvenuta alterazione del gioco concorrenziale,*

ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro" (Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2017 n. 496).

Pertanto il bene giuridico tutelato dalla disposizione in esame è la concorrenza e lo sviluppo del mercato interno, che impongono, da un lato, la più ampia partecipazione possibile alle gare e, dall'altro lato, l'effettiva competizione fra i partecipanti.

Di talché, se si richiede, in uno con la Corte di Giustizia, che vi sia stata un'influenza sul contenuto delle offerte affinché il collegamento fra le imprese partecipanti ne comporti l'esclusione, la lesione dell'interesse alla concorrenza deve essere effettiva, così enucleando un istituto di pericolo concreto e non di pericolo presunto.

Invero, se anche la presentazione di più offerte decise da un medesimo centro di interessi non ha comportato un'alterazione del risultato della gara, è quanto meno necessario che le offerte concretamente presentate siano state il frutto dell'accordo fra i *competitors*, di talché risulti quanto meno alterata la tensione verso il punto di massima efficienza del sistema (cui lo strumento della gara comunque aspira), che presuppone la parità fra le parti e la segretezza delle offerte.

Così inquadrato in termini generali, alla luce della giurisprudenza eurolunitaria, il tema dell'unico centro decisionale, può essere scrutinato il caso controverso.

Gli indici presuntivi indicati dal giudice di primo grado non risultano sufficienti per ravvisare l'"unico centro decisionale" al quale ricondurre le offerte presentate dai due raggruppamento concorrenti.

Il Tar ha ritenuto significativa la circostanza che il socio di maggioranza della ITAL SEM (mandante di Imeva) sia il fratello dell'amministratore unico della Nuova Ises

(mandante Via vai road) e che il padre di tali soggetti sia il socio unico di quest'ultima, tanto più che *“i due fratelli risiedono nella medesima abitazione, pur avendo la controinteressata affermato - ma non provato - che essi dimorano in luoghi differenti”*.

Nondimeno emerge dai certificati di residenza depositati in primo grado che il primo, Benito Imperato, risiede in Via Paolo Riviero n. 99 e il fratello, Salvatore Imperato, in Viale Olimpico n. 120.

Pertanto il dato di fatto (noto) posto alla base della deduzione logica non risulta corretto.

A ciò si aggiunge che:

- i due fratelli ricoprono rispetto alle società interessate ruoli differenti;
- le due società coinvolte nell'asserito collegamento escludente rappresentano le mandanti dei rispettivi raggruppamenti, rivestendo pertanto un ruolo non determinante nei rispettivi assetti;
- sono ammesse dalla stessa parte appellata le comuni origini familiari dell'attività di impresa.

In particolare, quanto a questo ultimo aspetto, la circostanza che, nell'ambito di una medesima famiglia, siano condotte due imprese appartenenti al medesimo settore di mercato non può essere di per sé stigmatizzata. Se si ammette che possano essere gestite da due fratelli due imprese concorrenti, ne deve essere anche consentita la competizione nell'ambito delle gare pubbliche. Che, altrimenti, una delle due rimarrebbe pregiudicata dall'impossibilità di usufruire di commesse pubbliche, con le dovute conseguenze in punto di alterazione della concorrenza, a tacere del fatto che dovrebbe essere determinato il criterio per individuare la società titolata a partecipare fra quelle gestite nell'ambito della stessa famiglia o addirittura impedendo a tutte di partecipare.

Un ulteriore elemento che depone, secondo il Tar, per l'esistenza di un collegamento sostanziale fra le due società è costituito dalla reiterata partecipazione a procedure di affidamento in cui il ribasso offerto dalle due imprese è risultato quasi identico o molto simile (gare bandite dalla Provincia di Mantova, dal Comune di Torino, dalle Autovie Venete e da Roma Capitale).

Sul punto parte appellante ha dedotto che dalla disamina dei relativi verbali di gara emerge che la maggior parte dei candidati hanno praticato ribassi che si differenziano per poche cifre decimali, portando ad esempio la gara di Mantova e la gara di Roma Capitale.

A fronte di quanto sopra non può quindi inferirsi dai ribassi offerti in altre gare la riconducibilità delle stesse a un unico centro decisionale, che invece la giurisprudenza ha ravvisato in caso di *“totale sovrapponibilità contenutistica delle migliorie proposte in sede offerta tecnica”* (Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015 n. 3768).

Da ultimo il Tar ha ravvisato un ulteriore elemento a supporto dell'accertamento dell'unico centro decisionale nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 18 luglio 2012 n. 4189.

Detta sentenza riguarda una gara gestita dall'Azienda municipale Conservazione patrimonio e servizi di Vicenza, nella quale il 29 marzo 2006 è stata decisa l'esclusione di ITAL SEM e Nuova Ises.

Detta sentenza non può essere ritenuta rilevante nel caso di specie in quanto l'unicità del centro decisionale deve essere valutata con riferimento alla specifica procedura, nel caso del 2006 l'esclusione è stata decisa dalla stessa stazione appaltante per *“violazione della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio”*, sulla base degli elementi dalla stessa conosciuti (e contenuti nella delibera impugnata), riferiti alla posizione delle società nell'ambito di quella gara. E ciò a tacere del fatto che

parte appellante ha dedotto che *“i concorrenti oggetto di verifica erano diversi da quelli dell’attuale compagine partecipante alla gara”* (Italsem, Nuova Ises, Secom s.a.s. e Sicurvie Service s.r.l.)”.

Sono stati dedotti elementi di fatto che depongono nel senso di ritenere distinte le due realtà imprenditoriali:

- ITAL SEM e Nuova Ises sono imprese specializzate nel medesimo settore di mercato, con la conseguenza che accade che partecipino alle stesse gare;
- lo stesso Consorzio Sac ha partecipato ad alcune procedura di gara in raggruppamento con la società Imeva e in taluni casi è risultato anche affidatario;
- ITAL SEM ha sede legale a Napoli e Nuova Ises a Milano e sono ubicate in luoghi diversi anche le sedi operative;
- la polizza fideiussoria prodotta dal raggruppamento aggiudicatario è stata stipulata con Zurich Insurance in data 25 ottobre 2021, mentre quella della seconda classificata con la Sace Simest – Gruppo Cassa depositi e prestiti il 22 ottobre 2021;
- ITAL SEM ha stipulato il contratto di utenza telefonica con al “You call” IL 15 ottobre 2020, Nuova Ises ha stipulato il relativo contratto con la società “Wind – Infostrada” presso la sede di Milano;
- il raggruppamento primo classificato ha offerto un ribasso pari al 28,8396% e il secondo classificato ha un ribasso del 19,383%, con uno scarto di circa 9 punti percentuali, difficilmente compatibile con l’idea di un unico centro decisionale volto a falsare la concorrenza.

A fronte di quanto sopra risultano mancanti i presupposti dell’elevata valenza indiziaria idonea a dimostrare il fatto ignoto (la riconducibilità delle offerte delle due società a un unico centro decisionale) quale sicura conseguenza dei fatti noti.

E ciò in quanto non solo i fatti noti non solo non appaiono particolarmente significativi ma sono altresì contraddittori, oltre al fatto che da essi, e in particolare dall'esistenza della sola parentela fra gli organi delle due società mandanti dei rispettivi raggruppamenti, non può essere inferita, in mancanza di ulteriori elementi, la sussistenza di un unico centro decisionale nei termini sopra illustrati.

Le argomentazioni spese non supportano pertanto in modo idoneo l'accertamento dell'"*unico centro decisionale*" nei sensi sopra detti.

Ne deriva che la censura contenuta nel ricorso di primo grado, e accolta dal Tar, per come formulata (è domandato l'accertamento della causa escludente) non può comunque essere accolta, atteso che il giudice non può pronunciarsi su poteri non esercitati: nel caso di specie la valutazione (discrezionale) circa la ricorrenza della causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 non è stata compiuta dalla stazione appaltante (ma dal giudice di primo grado).

In tale contesto non è sufficiente a deporre in senso contrario la motivazione delle sentenze del Consiglio di Stato, richiamate da parte appellata, n. 3440 del 2021 e n. 2561 del 2022, che in ogni caso contengono l'affermazione in base alla quale "*incombe sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti?*".

In base a dette sentenza, infatti, "*il riferimento al contenuto delle offerte - peraltro qui (non irragionevolmente) svolto dall'amministrazione [...] - sia uno dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, tra l'altro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili?*" (sez. V, 2 maggio 2022 n. 3440). E ciò in quanto "*se, da un lato, l'Amministrazione è onerata delle verifiche puntuali degli elementi che fanno ritenere probabile il collegamento societario, dall'altro, non è necessario che effettui una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull'esito della gara. In altri termini, non è*

necessaria la prova che il collegamento abbia influito sulla formazione delle offerte, ma è sufficiente che sia probabile il fatto che le stesse provengano da un unico centro decisionale” (Cons. Stato, IV, 2 aprile 2021, n. 3255).

In tale prospettiva, è stato così posto in risalto come l’Amministrazione avesse *“individuato chiaramente, in termini sostanziali - sulla base di specifici e circostanziati indici concreti - i presupposti dell’unicità del centro decisionale cui le offerte risultavano imputabili, e la valutazione all’uopo espressa risulta nel complesso esente dalle censure formulate dalle appellanti”*.

Nel caso di specie invece, come sopra illustrato, l’Amministrazione nulla ha deliberato sul punto, oltre al fatto che mancano elementi di fatto, sia esterni all’offerta, sia intrinseci all’offerta, che supportino l’accertamento della sussistenza dell’unico centro decisionale.

Peraltro, anche a sottolineare come il provvedimento escludente oggetto della richiamata sentenza n. 3440 del 2021 si basi sul vincolo parentale fra i soci delle due società, nondimeno nel caso di specie ci sono circostanze di fatto che depongono in senso difforme. A ciò si aggiunge che la valutazione della ricorrenza della causa escludente di cui all’art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016 è connotata da ampia discrezionalità, tale per cui deve essere valutata dalla stazione appaltante.

La Corte di Giustizia ha affermato che *“il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale”* (Corte Giust., 19 giugno 2019, in C-41/18).

Non può quindi essere accolta, per come formulata, la censura contenuta nel ricorso introduttivo, e accolta dal Tar, in quanto finalizzata alla declaratoria giurisdizionale dell’esclusione dei partecipanti coinvolti, in tesi, dall’unicità del centro decisionale.

9.3. Il motivo d'appello deve pertanto essere accolto, con conseguente riforma della sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondata la suddetta censura contenuta nel ricorso introduttivo.

10. Il Collegio si avvia quindi a scrutinare i motivi ritualmente riproposti da parte appellata, già ricorrente in primo grado.

10.1. L'esito della valutazione dei motivi riproposti esime il Collegio dal valutarne l'ammissibilità a cagione dell'eccezione di carenza di interesse, motivata in ragione del fatto che la ricorrente è terza in graduatoria e ha indirizzato le censure avverso la prima classificata.

11. Con il primo motivo riproposto l'appellato ha dedotto la violazione dell'art 80 del d. lgs. n. 50 del 2016. Ciò in quanto Imeva ha dichiarato di non aver commesso gravi errori professionali, pur essendo stata destinataria di sanzione irrogata dall'Antitrust per violazione della concorrenza con un provvedimento che è divenuto definitivo nel febbraio 2020.

11.1. Il motivo è infondato.

11.2. L'Antitrust ha accertato la commissione, da parte di Imeva, di illeciti anticoncorrenziali con delibera del 28 settembre 2012, irrogando una sanzione pecuniaria di € 4.856.689,50.

Imeva ha impugnato il provvedimento. Il contenzioso è stato definito, con una reiezione, con sentenza del Consiglio di Stato n. 1165 del 13 febbraio 2020, e ordinanza delle Sezioni unite n. 4610 del 21 febbraio 2020.

Imeva non ha dichiarato l'esistenza del provvedimento.

11.3. L'illecito antitrust è annoverabile fra di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016 (*“l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*): *“la nozione di*

«errore nell'esercizio della propria attività professionale», che è oggetto di un'interpretazione ampia, non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico» (Corte Giust., sez. IX, 4 giugno 2019, in C425/18).

Nondimeno la censura va esaminata facendo prima di tutto riferimento al limite generale di operatività degli obblighi dichiarativi.

La disciplina dettata dal comma 10 e dal primo periodo del comma 10-bis dell'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 prende in considerazione solo quei fatti che hanno dato luogo a una sentenza penale di condanna definitiva che non abbia fissato *“la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”*.

Ai sensi della seconda parte del comma 10-bis, nei *“casi di cui al comma 5”*, la durata della esclusione è pari a tre anni, *“decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza”*, con la precisazione che, *“nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”*.

Quest'ultima disposizione *“non prevede un limite generale di rilevanza del fatto, quale quello posto dall'art. 57, 7, della direttiva 2014/24/UE, ma regola unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell'operatore economico”* (Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2022 n. 575).

“Ciò si deve intendere nel senso che la stazione appaltante:

- può valutare tutti i fatti che, anche se non hanno formato oggetto di una sentenza passata in giudicato, possono integrare (insieme ad altri elementi) una delle situazioni che giustificano l'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5;

- se tali fatti hanno portato all'adozione di provvedimenti di esclusione in precedenti procedure di gara, e l'esclusione non è stata impugnata, l'effetto escludente dalle gare successive si protrae per tre anni;

- se l'esclusione è impugnata, il termine comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della eventuale sentenza che conferma il provvedimento di esclusione;

- in questo caso, nelle more del giudizio, la stazione appaltante non può escludere automaticamente l'operatore economico ma deve valutare autonomamente e specificamente il fatto per stabilire se esso integri, in concreto, una causa di esclusione (in particolare, nell'ipotesi di fatto astrattamente idoneo a incidere sull'affidabilità professionale dell'operatore economico, deve effettuare la valutazione concreta richiesta dall'art. 80, comma 5, lett. c)" (Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2022 n. 575).

La disposizione di cui al comma 10-bis, oltre che la disposizione di cui al comma 10, non fissano pertanto alcun limite cronologico di carattere generale entro il quale opera la rilevanza dei fatti valutabili nell'ambito delle cause di esclusione di cui al comma 5 (ma solo dei provvedimenti di esclusione già adottati, anche se impugnati).

La questione, pertanto, va risolta alla luce della norma di cui all'art. 57 par. 7 della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione per gravi illeciti professionali lett. c), sia quella delle false dichiarazioni) non può essere superiore a "tre anni dalla data del fatto in questione".

Alla disposizione contenuta nella direttiva la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha attribuito efficacia diretta nell'ordinamento interno, con conseguente immediata applicabilità (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018 n. 6576, con riferimento alla illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara dovuta a risoluzione pronunciata da oltre tre anni, da computarsi a ritroso dalla data del bando, nonché Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2020 n. 1605 e 12 marzo 2020 n. 1774).

La questione, nei suoi termini generali, è stata esaminata dalla Corte di Giustizia, che ha ribadito come, *“ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, gli Stati membri determinano il periodo massimo di esclusione [...] detto periodo non può, se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, nei casi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, di tale direttiva, superare i tre anni dalla data del fatto in questione”* (sez. IV, 24 ottobre 2018, in C-124/17).

Sia il tenore letterale, sia la giurisprudenza della Corte di giustizia, convergono dunque nel senso che l'art. 57 par. 7 della direttiva 2014/24 imponga un limite temporale di tre anni *“dalla data del fatto in questione”* alla rilevanza delle circostanze valutabili come gravi illeciti professionali. E ciò a maggior ragione se si considera che la Corte di Giustizia ha statuito che *“il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e a essa soltanto, nella fase della selezione degli offerenti, il compito di valutare se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto”*, così non potendo gli Stati membri prevedere che l'impugnazione di un provvedimento paralizzi la facoltà di valutazione delle stazioni appaltanti (Corte Giust., 19 giugno 2019, in C-41/18).

Nel caso di specie il provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust è datato 28 settembre 2012 mentre le offerte dovevano essere presentate, in base al punto IV.2.2 del bando, entro il 25 ottobre 2021.

Sono quindi passati tre anni dalla data del fatto.

Peraltro, anche a ritenere, con l'Anac, che il fatto debba essere rinvenuto nel provvedimento sanzionatorio esecutivo, il triennio è decorso. In particolare l'Anac ha adottato, ai sensi del comma 13 dell'art. 80 (*“al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti”*), le linee guida n. 6, riguardanti i gravi illeciti professionali. Il punto 2.1.3.1 delle Linee guida n. 6, così come modificato con deliberazione

n. 1008 dell'11 ottobre 2017, dispone che *“Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente: 1.i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”*.

In base all'impostazione dell'Anac il triennio deve pertanto riguardare il provvedimento sanzionatorio esecutivo.

Nel caso di specie, anche considerando le sole fasi in cui il provvedimento sanzionatorio è stato efficace, il triennio risulta trascorso.

In data 28 settembre 2012, con provvedimento n. 23931, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha comminato alla società Industria Meccanica Varricchio s.p.a., che lo ha impugnato.

Con sentenza 7 ottobre 2013 n. 8676, il Tar Lazio - Roma ha accolto il ricorso.

L'Autorità ha quindi proposto appello, che il Consiglio di Stato ha accolto con sentenza 29 maggio 2018 n. 3197.

Con ricorsi n. 5840 del 2018 Industria Meccanico Varricchio s.p.a ha impugnato per revocazione, previa concessione delle misure cautelari, detta sentenza.

Con le ordinanze 28 settembre 2018 n. 4774 è stata respinta l'istanza cautelare.

Con sentenza 13 febbraio 2020 n. 1165 il ricorso per revocazione è stato dichiarato inammissibile.

Ne deriva che quanto meno a far tempo dalla sentenza 29 maggio 2018 n. 3197 il provvedimento sanzionatorio ha prodotto i propri effetti, così maturando il triennio di rilevanza escludente prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara qui controversa, il 25 ottobre 2021.

Non essendovi alcuna circostanza che la stazione appaltante dovesse valutare ai fini del ricorrere della causa escludente dell'illecito professionale, neppure sussiste la correlata omissione dichiarativa da parte del partecipante alla gara.

11.4. Il motivo non può pertanto essere accolto.

12. Con il secondo motivo riproposto l'appellato ha dedotto la violazione dell'art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016 in quanto le risorse messe a disposizione attraverso il contratto di avvalimento non sarebbero congruenti con i lavori da eseguire e *“il contratto di avvalimento è simulato, o comunque nullo”*.

12.1. Il motivo è infondato.

12.2. Imeva ha partecipato alla gara in raggruppamento con ITAL SEM.

Le due società si sono suddivisi i lavori con le seguenti percentuali:

- Imeva 60 % della categoria prevalente OS12-A e 24,23% della categoria scorporabile OG3;
- ITAL SEM 40 % della categoria prevalente OS12-A e 75,77% della categoria scorporabile OG3.

ITAL SEM, non essendo in possesso di qualificazione per la categoria OG3, ha fatto ricorso all'avvalimento, indicando come impresa ausiliaria Infrastrutture e consolidamenti s.r.l.

Parte appellata, già ricorrente in primo grado, ha dedotto che i lavori da eseguire nell'ambito della categoria OG3 sono (come risulta dagli elaborati progettuali) i seguenti: pulizia dalla vegetazione, scavi, demolizioni, idrodemolizioni, tagli della pavimentazione in conglomerato bituminoso, trasporti a rifiuto, realizzazione delle fondazioni stradali, formazione di rilevati, con compattazione, realizzazione di strutture di sostegno in terra rinforzata, fresatura, scarifica e demolizione di pavimentazione con martello demolitore, realizzazione del pacchetto stradale (conglomerato

bituminoso: strato di base, binder, tappetino), realizzazione di fori nelle strutture esistenti in c.a., realizzazione di opere in cemento armato (casseforme, sistemazione dei ferri di armatura, getti del calcestruzzo) e realizzazione della segnaletica orizzontale e verticale.

L'incidenza della manodopera per la esecuzione dei lavori di cat. 0G3 5 è, secondo quanto riferito da parte appellata, pari al 29,548%, ovvero € 629.103,28.

Le attrezzature necessarie per la esecuzione di tali lavori, come risulta dal computo metrico, dal piano di sicurezza, e dall'elenco prodotto dal raggruppamento con i "giustificativi", sono, in base a quanto dedotto da parte appellata, le seguenti: decespugliatore, taglia erba o tagliasterpaglie da applicare a trattore, trattore, n. 6 autocarri di varia portata, n. 4 autocarri con gru, autocarro con piattaforma o cestello elevatore, elevatore a bandiera, ponteggi, bob cat, martello demolitore, idrodemolitore, attrezzatura per taglio pavimentazione, apripista, n. 4 escavatori, terna, pala caricatrice, pala gommata, sega circolare, scarificatrice – macchine per fresatura, spazzolatrice meccanica, spruzzatrice di leganti bituminosi, gruppo di stesa, vibrofinitrice, n. 3 rulli compressore, macchina spandimento, gruppi elettrogeni, verniciatrice per segnaletica stradale, casseforme, impianto dosaggio e betonaggio, betoniera e verricello e utensili vari.

Dal contratto di avvalimento risulta che l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione della Ital Sem l'attestazione SOA, la direzione tecnica, quattro operai di cui due specializzati, nonché 1 autocarro con gru, un camioncino Ford da 35 q.li, un escavatore, un compressore e un generatore elettrico.

Il contratto di avvalimento stipulato rientra nella tipologia dell'avvalimento c.d. operativo poiché l'ausiliaria si impegna a prestare l'attestazione SOA, assimilabile al prestito dei requisiti di capacità tecnico – professionale (Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2021 n. 8073).

L'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse è assicurata dalle specifiche indicazioni contenute nel contratto.

La circostanza che le risorse, tecniche e umane, messe a disposizione dall'ausiliaria non siano sufficienti a garantire l'esecuzione dei lavori scorporabili di categoria OG3 non tiene conto del fatto che ITAL SEM non si è impegnata ad eseguire tutti i lavori della categoria ma la percentuale del 75,77% di essi e che l'ausiliaria, in base all'art. 89 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016 è tenuta a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie “di cui è carente il concorrente”. Quindi deve mettere a disposizione le (sole) risorse di cui è carente l'impresa ausiliata, considerato anche che, in base all'art. 89 comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016, “il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”.

E' infatti *“solamente l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante, mentre l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi di cui l'ausiliaria è carente per l'esecuzione della particolare fase della lavorazione fermo restando la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice”* (Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2021 n. 8073).

L'esecuzione diretta dell'appalto da parte dell'operatore economico ausiliario è infatti fattispecie eccezionale (Cons. St., sez. V, 26 aprile 2021 n. 3374). La regola è quella desumibile dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale *“il*

contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara" (Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2021 n. 8073). Ciò è coerente con la natura e il significato proprio del contratto di avvalimento, *"che consiste non già nell'associare altri nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante"* (Cons. St., sez. V, 26 aprile 2021 n. 3374).

Rileva, infatti, che il contratto di avvalimento contenga l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, indichi i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto, preveda la diretta assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

L'avvalimento in questione rispetta appieno quanto richiesto dall'art. 89 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale l'operatore economico, che intende avvalersi delle capacità di altri soggetti, deve allegare *"il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto"*.

Nel caso oggetto di giudizio, non è dubitabile l'effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente.

Neppure può dirsi che il contratto di avvalimento sia simulato o nullo a cagione del corrispettivo pattuito, pari allo 0,50% dell'importo di contratto afferente la propria quota di partecipazione (art. 11 del contratto).

Innanzitutto, nel caso di specie, le attrezzature sono acquisite con nolo a freddo.

In secondo luogo, l'esiguità del corrispettivo pecuniario pattuito nel contratto di avvalimento non determina necessariamente la nullità del contratto.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti escluso l'automatica invalidità del contratto di avvalimento anche laddove privo dell'indicazione del corrispettivo economico in favore dell'impresa ausiliaria, purché sussista un interesse patrimoniale

dell'ausiliario ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto (Cons. St., sez. V, 24 maggio 2022 n. 4116).

Le circostanze addotte da parte appellate depongono in tal senso.

In particolare si legge nella memoria 8 giugno 2022 che:

- *“la ITAL SEM ha acquisito preventivi per il noleggio di tutti gli automezzi e mezzi d'opera necessari per la esecuzione dei lavori, preventivi che dimostrano la simulazione assoluta del contratto di avvalimento”;*
- *“Uno dei preventivi per il “noleggio” è della ISESNOL s.r.l., di cui è amministratore NICCHIO DOMENICO, che è anche l'amministratore della ITAL SEM”;*
- *“Soci della ISESNOL sono Nicchio Domenico e Imperato Benito: che sono pure i soci della ITAL SEM”.*

Il disciplinare di gara prevede espressamente che i candidati possano avvalersi di noli a freddo (punto 3.14).

Il contratto di avvalimento, laddove stabilisce che l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata mezzi e attrezzature, fa espresso riferimento al nolo a freddo, senza che ciò contrasti con la causa del contratto di avvalimento, che anzi ne costituisce una delle ragioni economiche.

La circostanza che vi possano essere collegamenti e interessenze fra i soggetti interessati dal nolo, l'impresa ausiliaria e il terzo che offre le attrezzature, può infatti costituire espressione di quell'interesse patrimoniale sotteso al contratto di avvalimento che ne giustifica la stipulazione.

Del resto, in altra controversia il Consiglio di Stato ha statuito che *“né rileva la mancata quantificazione, diretta o per eterointegrazione del contratto di avvalimento, del corrispettivo per il noleggio di materiali ed automezzi, dal quale, per le ragioni sopra esposte, non può di suo inferirsi la mancanza dell'interesse patrimoniale dell'impresa ausiliaria”.*

12.3. Il motivo non può pertanto essere accolto.

13. Con il terzo motivo riproposto l'appellato ha dedotto l'omissione della verifica di congruità del costo della manodopera ex art. 95 comma 10 del d. lgs. n. 50 del 2016.

13.1. Il motivo è infondato.

13.2. Con l'art. 95 comma 10 del d. lgs. n. 50 del 2016 si dispone, per quanto di interesse nella presente controversia, che *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera”* e che *“le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

In base al comma 5 lett. d) dell'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016, appunto rubricato *“Offerte anormalmente basse”*, lo scrutinio di congruità è specificamente rivolto a escludere le offerte nel caso in cui, fra l'altro, *“il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”*.

E' pertanto lo stesso art. 95 comma 10 a richiamare l'art. 97 e quindi la valutazione di congruità dell'offerta.

In ogni caso non sussiste alcuna antinomia fra la verifica del costo della manodopera, sia in riferimento ai minimi salariali, sia in riferimento alla più generale congruità della medesima (rispetto alle tabelle ministeriali), e lo scrutinio di anomalia dell'offerta, dal momento che la manodopera costituisce uno degli elementi costitutivi dell'offerta.

Nel caso di specie le tabelle allegate dal raggruppamento appellante alla relazione integrativa 19 novembre 2021 prendono quale “prezzo” del costo del personale le cifre indicate nelle tabelle ministeriali, che non possono che essere state compilate nel rispetto dei minimi salariali.

Quanto al fatto che il raggruppamento appellante avrebbe ridotto il costo della manodopera riducendo il monte ore necessario per eseguire il contratto si rileva che la stazione appaltante ha ritenuto congrua la complessiva organizzazione dei lavori di riqualificazione ed integrazione dei sistemi di sicurezza stradale delineata dal raggruppamento aggiudicatario.

A fronte di detto giudizio tecnico con il motivo qui riproposto parte appellata si è limitata ad affermare che *“il monte ore di alcune lavorazioni risulta ridotto rispetto alle stime dell'amministrazione, in modo apparentemente significativo, e l'aggiudicatario non ha indicato alla stazione appaltante gli strumenti concreti (particolari metodologie di esecuzione o altri accorgimenti) di cui intende avvalersi e che possono giustificare una simile contrazione delle tempistiche, tanto da indurre la stazione appaltante ad esprimere perplessità sulla questione anche nel verbale in cui viene sancito il rispetto delle tabelle ministeriali?”*.

Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni che connotano tale fase sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e adeguatezza, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria dell'Amministrazione.

Anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica del seggio di gara, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione.

A fronte di ciò l'argomento relativo al monte ore programmato dal raggruppamento aggiudicatario per l'esecuzione dei lavori risulta generico. E ciò anche in considerazione del fatto che l'aggiudicatario, nell'ambito della verifica di anomalia, ha giustificato la propria offerta facendo riferimento al progetto presentato e al *know how* aziendale, giacché è leader di settore.

Peraltro la verifica di anomalia consiste, come visto, in una valutazione complessiva, che non viene messa in crisi laddove si accerti l'incongruenza di singole voci di costo.

13.2. Il motivo non può quindi essere accolto.

14. Con ulteriore motivo riproposto parte appellata ha dedotto la violazione degli artt. 87 e 88 del d. lgs. n. 50 del 2016 in ragione del fatto che "il subprocedimento di verifica dell'offerta presentata dall'ATI IMEVA si è risolto in una pura finzione" poiché l'offerta dell'aggiudicatario sarebbe connotata da "macroscopiche incongruenze".

In particolare viene dedotto come sia incongruo il prezzo relativo alla fornitura e posa in opera delle barriere spartitraffico (G.02.005 e G.02.004.a) e altre voci di prezzo quali le strutture di sostegno in terra rinforzata (E.01.045.a), stabilizzazione di fondazione esistente- a cemento (D.01.002.b), muretto deviatore rigido redirettivo (G.02.015) e fresatura di strati di pavimentazione in conglomerato bituminoso (D.01.052).

14.1. Il motivo è infondato.

14.2. Sono state dedotte presunte incongruenze in alcune voci di costo, senza indicare, peraltro, l'incidenza sull'equilibrio complessivo dell'offerta, sicché le censure risultano generiche, oltre al fatto che le voci di costo sono composte dagli elementi indicati nei prospetti Anas.

In particolare, il riferimento è alla doglianza relativa alla fresatura di strati di pavimentazione in conglomerato bituminoso, con la quale l'appellato si è limitato ad affermare che "L'analisi prezzi non contempla l'utilizzo di idonee spazzolatrici aspiratrici necessarie per la pulizia del cavo fresato nonché l'impiego degli autocarri impegnati nella fase di carico e per il trasporto del materiale fresato con conseguente sottostima del costo della lavorazione". Lo stesso è a dirsi in ordine alla critica riguardante la stabilizzazione di fondazione esistente a cemento, rispetto alla quale è stata dedotta l'omessa considerazione della spruzzatrice di leganti bituminosi per la stesa dell'emulsione bituminosa prevista dalla lavorazione "con conseguente sottostima del costo della lavorazione", e alle strutture di sostegno in terra rinforzata (mancata considerazione dell'impiego dei macchinari necessari per la compattazione del terreno e della fornitura di terreno vegetale, "con conseguente sottostima del costo della lavorazione").

In ordine alla voce del muretto deviatore rigido redirettivo la doglianza contiene un limitato riferimento alla realizzazione di un prodotto non conforme.

Quanto alla fornitura e posa in opera delle barriere spartitraffico è dedotto come il prezzo offerto "non copre neppure il costo di acquisto della barriera", così come per la barriera bordo laterale. Sarebbe sottostimato anche il costo della posa in opera. Sarebbero inattendibili anche i preventivi presentati in quanto redatti "dalla stessa mano", intestati a un "negoziò di 26 mq", a Imeva e ad altra società, ISESNOL s.r.l., il cui amministratore della ISESNOL "è Nicchio Domenico, che è pure l'amministratore della ITAL SEM".

Rispetto a dette censure il raggruppamento aggiudicatario ha controdedotto che:

- Imeva "è produttrice a livello nazionale di barriere spartitraffico oltre alla installazione delle stesse";

- per il calcolo della manodopera relativamente alle voci G.02.004.a- G.02.004.d- G.02.005. bisogna tener conto di quella diretta e di quella indiretta (così come illustrato nella relazione integrativa).

Dette considerazioni, che sono idonee a superare la censura dedotta in quanto possono spiegare sia il costo delle barriere, sia il costo della manodopera, non sono superate da parte appellata.

Si rileva inoltre che la perizia depositata in giudizio contiene il riferimento al costo dell'acciaio praticato nell'ottobre 2021, desunto da una media fra un minimo e un massimo, che vede il primo attestato in una somma pari a euro 698, compatibile quindi con il prezzo offerto. Rispetto al rilievo relativo al fatto che il costo di euro/m 111,60 comprenderebbe il costo del trasporto, si rileva che è prevista una voce a parte, e in merito alle spese generali è indicata a parte la voce afferente alle spese varie.

Con riferimento ai preventivi non si rinvencono specifiche controindicazioni in eventuali interessenze fra le società componenti il raggruppamento aggiudicatario e i fornitori del materiale, che anzi possono spiegare eventuali costi inferiori al prezzo medio praticato. Né rileva, in mancanza di ulteriori allegazioni, la circostanza che una parte del materiale possa essere fornito da un negozio. Peraltro la circostanza che il raggruppamento aggiudicatario sia composto da società leader di mercato apporta elementi che possono giustificare la verifica di congruità, anche in ragione del fatto che è plausibile che abbiano e assicurino di avere la disponibilità delle attrezzature necessarie per compiere i lavori appaltati.

Inoltre, con specifico riferimento al costo della barriera, esso è indicato in € 111,60 al ml: *“tale importo corrisponde ad un prezzo di 0,815 €/kg, importo che non copre neppure il*

costo della “materia prima” grezza (acciaio in coils), pari (all’epoca dell’offerta) ad oltre 0,900 €/kg”.

Al riguardo si rileva che l’importo corrisponde al costo del solo materiale e che il calcolo effettuato da parte appellata non è supportato da documentazione, oltre a non considerare l’utile di impresa stimato nel 4% (così nella tabella depositata) ed eventuali bilanciamenti con altri costi.

A fronte di ciò la fase di verifica dell’anomalia dell’offerta è finalizzata alla valutazione dell’attendibilità e della serietà della stessa (Ad. plen. 19 settembre 2017 n. 5), cioè all’accertamento dell’effettiva possibilità dell’impresa di eseguire correttamente l’appalto alle condizioni proposte. Il giudizio che la conclude ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all’Amministrazione e sindacabile in sede giurisdizionale per i profili di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell’operato della Commissione di gara. Le censure riguardanti specifiche voci di costo non sono pertanto di per sé rilevanti se non vengono allegati con precisione i motivi per i quali inciderebbero la valutazione complessiva di congruità.

Anche la circostanza che *“il RUP, incaricato di procedere alla verifica, abbia redatto una relazione di 2 pagine, in cui non ha sottoposto la documentazione trasmessa dall’ATI IMEVA ad alcun esame critico, e non ha rilevato neppure le intrinseche contraddizioni emergenti tra le schede di analisi relative alle diverse tipologie di barriere”* è inconducente.

La valutazione favorevole circa le giustificazioni dell’offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre è richiesta una motivazione più approfondita laddove l’amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall’impresa, in tal modo disponendone l’esclusione (Cons. St., sez. III, 18 settembre 2018 n. 5444).

14.3. Il motivo non può pertanto essere accolto.

15. Né è fondata la censura relativa all'asserita falsità dei preventivi presentati.

Invero la circostanza che il soggetto che ha redatto i preventivi ne abbia riconosciuto la paternità impedisce qualsiasi ulteriore considerazione, atteso che il disconoscimento della scrittura privata può essere effettuato solo dal soggetto cui è attribuita. E ciò in disparte ogni ulteriore considerazione relativa alla mancata presentazione della querela di falso e alla funzione attribuita ai preventivi nell'ambito di una gara d'appalto.

16. In conclusione, l'appello è fondato mentre sono infondati i motivi riproposti e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso introduttivo.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, tranne le spese di Consorzio per le autostrade siciliane, che sono compensate le spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, ritenuti infondati i motivi riproposti, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo.

Condanna Consorzio Stabile S.A.C. - Costruzioni società consortile a r.l. a rimborsare a parte appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano in euro 4.000,00, oltre accessori di legge.

Compensate le spese di Consorzio per le autostrade siciliane.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO