

Publicato il 01/06/2021

N. 04209/2021REG.PROV.COLL.
N. 09252/2020 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9252 del 2020,
proposto da

S.R.L. Equila Costruzioni, in proprio e quale impresa mandataria della
costituenda a.t.i. con la s.a.s. Aeg Costruzioni e la s.r.l. Vittorini Emidio
Costruzioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Francesco Camerini e Anna Rossi, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio
Francesco Camerini in Roma, viale delle Milizie n. 1;

contro

Comune di Pacentro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Ubaldo Lopardi, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via Giuseppe Palumbo 3;

nei confronti

Consorzio Stabile Rennova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Bonanni, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. Mercalli 13;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 00357/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pacentro e del Consorzio Stabile Rennova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 6 maggio 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e, dato atto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, del deposito delle note di passaggio in decisione, è data la presenza dell'avvocato Lopardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso proposto dalla s.r.l. Equila Costruzioni, seconda classificata, contro il Comune di Pacentro e nei confronti del Consorzio Stabile Rennova, primo classificato, per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultimo dell'appalto dei lavori per la realizzazione del nuovo polo scolastico in località Aia Mosca.

Le spese processuali sono state compensate.

2. Avverso la sentenza la s.r.l. Equila Costruzioni ha avanzato appello con tre motivi, corrispondenti ai tre motivi del ricorso introduttivo.

2.1. Il Comune di Pacentro e il Consorzio Stabile Rennova si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame; il secondo ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le eccezioni rimaste assorbite in primo grado.

2.2. All'udienza del 6 maggio 2021 la causa è stata assegnata a sentenza, previo deposito di memorie delle parti, di replica della società appellante e del Consorzio appellato e di note di passaggio in decisione del Comune di Pacentro.

3. Col primo motivo (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e della lex specialis costituita dal bando e dal disciplinare di gara*), l'appellante ripropone il corrispondente primo motivo di ricorso, fondato sulla deduzione che, rendendo dichiarazioni non veritiere ex art. 80, comma 5, lett. f bis), del d.lgs. n. 50 del 2016, il legale rappresentante del Consorzio controinteressato nella domanda di ammissione alla gara dell'11 aprile 2019 ha dichiarato di non trovarsi in alcuna situazione di esclusione ai sensi dello stesso art. 80, comma 5, e nella dichiarazione integrativa del DGUE dell'8 aprile 2019 ha dichiarato i nominativi dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, specificando al punto n. 3 *“che non ci sono soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando”*; invece, ad avviso dell'appellante, rileverebbe in senso contrario che dalla visura camerale estratta in data 4 settembre 2020 risulta che in data 11 aprile 2018 era cessato dalla carica di consigliere componente il c.d.a. del Consorzio Stabile Rennova il signor P.F., il quale aveva assunto la carica il 20 marzo 2015, quindi la dichiarazione avrebbe dovuto essere riferita anche quest'ultimo perché cessato meno di un anno prima della data di pubblicazione del bando.

3.1. Il primo giudice ha ritenuto infondato il motivo perché si sarebbe trattato di una *“mera incompletezza formale nelle dichiarazioni rese, certamente sanabile in sede di soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 D.lgs 50/2016”*.

3.1.1. L'appellante obietta che: il bando al punto n. 11 prevede espressamente l'esclusione del concorrente per le dichiarazioni mendaci; il disciplinare conferma che la falsa dichiarazione *“costituisce causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura”*; lo stesso disciplinare, in altra parte (nel paragrafo relativo ai requisiti), ribadisce la causa di esclusione e prevede che la presentazione dell'offerta avrebbe comportato l'accettazione incondizionata

delle clausole contenute nel bando di gara, di modo che il Consorzio era reso edotto e consapevole delle conseguenze della falsa dichiarazione ed aveva anche specificamente dichiarato di accettare le norme e le disposizioni della legge di gara.

Pertanto, non si sarebbe potuto ricorrere al soccorso istruttorio per sanare le dichiarazioni mendaci e non rileverebbe, nel caso concreto, che il consigliere cessato dalla carica meno di un anno prima dall'indizione della gara non avesse carichi pendenti e che tale situazione fosse comprovabile producendo il relativo certificato in sede di soccorso istruttorio, perché la falsa dichiarazione sarebbe consistita nell'aver dichiarato, contrariamente al vero, che non vi erano consiglieri cessati dalla carica.

3.2. Il motivo è manifestamente infondato, considerato che:

- l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 non individua quale causa di esclusione la mancata dichiarazione circa il fatto che determinati soggetti sono cessati nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, poiché l'articolo si limita ad estendere a questi ultimi le fattispecie escludenti a carico dei soggetti apicali tuttora in carica;
- il soggetto per il quale, secondo parte ricorrente, il legale rappresentante del Consorzio avrebbe dovuto rendere diversa dichiarazione, non rientra tra quelli nei cui confronti, ai sensi del comma 3, dell'art. 80, rilevano le cause di esclusione dell'art. 80, commi 1 e 2 (essendo componente del consiglio di amministrazione privo di poteri di rappresentanza, in disparte la verifica circa la data di effettiva cessazione dalla carica, sulla quale non è necessario intrattenersi considerata la manifesta infondatezza in diritto della censura);
- la dichiarazione non veritiera è causa di esclusione, ai sensi dell'art. 80 lett. f bis, solo quando rilevante ai fini di gara, quindi - per quanto di interesse ai fini della presente decisione - soltanto nel caso in cui la falsità riguardi l'insussistenza di cause di esclusione invece esistenti, mentre, oltre a quanto appena detto, non è nemmeno in contestazione che il signor P.F., già componente del consiglio di amministrazione del Consorzio Rennova, non

era, al momento del bando o della presentazione della domanda di partecipazione, destinatario di sentenze definitive di condanna o decreti penali di condanna divenuti irrevocabili per i reati indicati nel primo e nel secondo comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

3.3. Il primo motivo di appello va quindi respinto.

4. Col secondo motivo (*Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, della lex specialis di gara*), l'appellante ripropone il corrispondente secondo motivo di ricorso fondato sulla deduzione che, nel disciplinare, per la "*predisposizione ed invio dell'offerta*" (pag. 13) era previsto che "*in caso di consorzi di cui all'art. 45 comma 1 lett. B e C del D.lgs. 50/2016, nella domanda di partecipazione devono essere indicate le parti del servizio che saranno eseguite dalle diverse imprese e le specifiche imprese consorziate che eseguono la somministrazione*", mentre il Consorzio controinteressato ha indicato le imprese designate per l'esecuzione, ma ha ommesso di indicare quali lavorazioni sarebbero state eseguite da ciascuna di esse.

4.1. Il primo giudice ha ritenuto infondato il motivo perché negli appalti di lavori non sussiste, per il consorzio stabile, alcun obbligo di indicare le lavorazioni che saranno eseguite dai consorziati e perché la diversa disposizione del disciplinare "*è espressamente riferita ad un appalto di servizi (e ad una prestazione di somministrazione), priva di qualunque attinenza con l'oggetto della commessa e rappresenta, in definitiva, un evidente refuso*".

4.1.1. L'appellante obietta che il disciplinare ha valore di *lex specialis* e deve essere applicato tassativamente, sicché il Consorzio Rennova avrebbe dovuto indicare quali lavorazioni sarebbero state eseguite da ciascuna delle imprese designate, non essendo rilevante che le certificazioni relative alle categorie OG1 e OG11 fossero possedute dal Consorzio perché la legge di gara non era stata violata per il mancato possesso dei requisiti, ma per la detta omessa indicazione delle lavorazioni affidate alle consorziate; tale omissione avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara per violazione della disciplina di gara che prevedeva che l'offerta avrebbe dovuto essere redatta secondo le

relative prescrizioni e che la non integrità delle informazioni fornite avrebbe comportato appunto l'esclusione del concorrente.

4.2. Il motivo è infondato.

L'appellante non contesta -né un'eventuale contestazione troverebbe riscontro normativo- che i consorzi stabili non siano tenuti ad indicare le tipologie di lavori che saranno svolte dalle imprese consorziate indicate come esecutrici. In tale senso, d'altronde, depone il testo dell'art. 48, il cui comma 4 (*“Nel caso di lavori, forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*) è da intendersi riferito ai consorzi ordinari, non ai consorzi stabili, per come fatto palese sia dal titolo della disposizione sia dal fatto che quando ha inteso riferirsi ai consorzi stabili l'ha specificato, come nella previsione del comma 7, che impone al consorzio stabile di indicare, in sede di offerta, soltanto i consorziati per i quali concorre.

4.3. La diversa previsione contenuta nel disciplinare di gara, sulla quale l'appellante fonda pressoché interamente la propria doglianza, non è affatto derogatoria della disposizione di legge. In proposito, la lettera del disciplinare di gara non lascia margini di dubbio sul fatto che non si riferisca ad un appalto di lavori, bensì ad un appalto di servizi, ivi espressamente menzionati; va perciò confermata la sentenza di primo grado che vi ha rinvenuto un mero rifiuto, privo di qualunque attinenza con l'oggetto dell'appalto.

D'altronde, come bene obietta la stazione appaltante, la previsione del disciplinare di gara non avrebbe potuto introdurre una causa di esclusione *contra o praeter legem*, quale sarebbe quella *de qua* se interpretata come preteso dalla ricorrente, se non incorrendo nel divieto di prescrizione di cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, del codice dei contratti pubblici. Ne consegue la correttezza dell'interpretazione già ritenuta dal tribunale amministrativo regionale, e qui confermata, essendo essa conforme al principio di conservazione della legge di gara (arg. ex art. 1367 cod. civ.), nonché coerente con la natura e l'oggetto dell'appalto (arg. ex art. 1368 cod.

civ.), oltre che con la condotta della stazione appaltante (arg. ex art. 1362 cod. civ.), quale si evince dalla predisposizione di *form on line* inseriti nella piattaforma telematica di gestione della gara, che non contenevano lo spazio per l'indicazione delle singole lavorazioni affidate alle consorziate esecutrici.

4.4. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

5. Col terzo motivo (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. – eccesso di potere per difetto o errore di istruttoria*) l'appellante ripropone il corrispondente terzo motivo di ricorso, basato sulla deduzione che, avendo il Consorzio Rennova offerto un ribasso del 20,13% ed essendo stato sottoposto a verifica di anomalia dal RUP coadiuvato da una struttura di supporto (costituita dalla stazione appaltante con la nomina di due dipendenti dell'U.S.R.C.), il giudizio “*complessivamente positivo circa l'affidabilità, la sostenibilità economica, la serietà e la realizzabilità dell'offerta del Consorzio Stabile Rennova*” (in tali termini espresso dal RUP), sarebbe errato perché le giustificazioni fornite “*non dimostrano l'inesistenza della anomalia dell'offerta*”.

Ad avviso dell'appellante, non sarebbero stati riportati nella documentazione giustificativa i costi delle cinque unità indicate con funzioni di “direttore tecnico”, poste a disposizione del cantiere, in via continuativa, per la gestione dell'appalto (in riferimento al criterio E, gestione del cantiere max 5 punti); tali costi non potrebbero essere ritenuti compresi nella quantificazione delle spese generali, perché vi sarebbe stata considerata una spesa di € 10.000,00 per l'intera durata dell'appalto (quindi una spesa mensile pro-capite di appena euro 143,00, laddove il costo effettivo dei predetti tecnici sarebbe superiore ad euro 106.000,00, come da tabella di cui alle pagine 16-18 del ricorso); di qui un costo effettivo da sostenere pari ad euro 999.686,89, superiore a quello dichiarato (euro 806.668,92) e superiore anche all'importo dei lavori (euro 931.702,60), con conseguente offerta “in perdita”, perché il disavanzo non sarebbe colmato dall'utile pari al 5% del prezzo offerto.

5.1. Il primo giudice ha ritenuto infondata la doglianza osservando che i direttori tecnici “*in quanto risorse stabilmente presenti nell'organico delle imprese*

consorziate esecutrici ... messe a disposizione della gestione del cantiere del Comune di Pacentro, rappresentano una voce di costo necessariamente ricompresa nei costi aziendali strutturali e nelle c.d. spese generali?

5.1.1. L'appellante obietta che tale argomentazione, spesa dalla difesa del Consorzio, sarebbe smentita *ex actis* perché i professionisti indicati come direttori tecnici non risultano dalla SOA del Consorzio Rennova come inseriti nell'organico, figurandovi i nomi di altri direttori tecnici.

5.2. In aggiunta a quella appena esposta, l'appellante ripropone un'altra doglianza, che assume non essere stata esaminata dal Tribunale amministrativo regionale, pur essendo compresa nel terzo motivo del ricorso introduttivo. Essa concerne la mancata giustificazione del ribasso e del prezzo offerti; questi sarebbero infatti ingiustificati alla stregua del ragionamento contenuto in un prospetto elaborato dal consulente tecnico di parte ricorrente (e riprodotto alle pagine 20-24 del ricorso in appello), riguardante essenzialmente il calcolo delle spese generali.

Il motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

5.3. Esso è infondato per la parte in cui contesta la motivazione di rigetto contenuta nella sentenza gravata, atteso che:

- non è riscontrabile in atti che il costo dei direttori tecnici sia stato indicato dal Consorzio controinteressato nell'importo di € 10.000,00 per tutta la durata dell'appalto;
- nemmeno è oggettivamente riscontrata la cifra di € 106.000,00, ricavata dalla ricorrente dalla tabella di retribuzione mensile degli impiegati dell'edilizia, mentre non vi è prova che i direttori tecnici indicati dal Consorzio Rennova fossero legati a quest'ultimo da un rapporto di lavoro subordinato;
- inoltre, come osservato in sentenza, non si tratta nemmeno di figure direttamente riconducibili al Consorzio, in quanto facenti parte dell'organigramma funzionale delle imprese esecutrici designate;
- di qui, per un verso, l'irrilevanza del dato riportato in appello sulle risultanze della SOA del Consorzio (con conseguente assorbimento dell'eccezione di

inutilizzabilità del documento, perché prodotto soltanto in appello, sollevata dalla difesa comunale); per altro verso, la fungibilità dei diversi direttori tecnici presso i diversi cantieri del Consorzio Rennova del quale fanno parte le diverse consorziate che di essi si avvalgono.

5.3.1. Vanno perciò integralmente confermate le ragioni di rigetto di cui alla sentenza di primo grado.

5.4. Il motivo è inammissibile nella parte in cui, fondandosi sull'elaborato di un tecnico di parte, sostiene la mancata giustificazione delle spese generali e del ribasso offerto, entrando nel merito della valutazione tecnico-discrezionale della stazione appaltante (cfr., quanto ai limiti del sindacato giurisdizionale sul giudizio di anomalia dell'offerta, tra le tante, Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690 e id., V, 30 dicembre 2019, n. 8909).

Il richiamato principio giurisprudenziale si attaglia vieppiù al caso di specie, in ragione delle caratteristiche dell'attività valutativa svolta dalla stazione appaltante, mediante l'operato, non solo del r.u.p., ma anche di una struttura di supporto composta da soggetti dotati di specifiche competenze all'uopo nominati, nonché mediante una minuziosa attività istruttoria e un articolato svolgimento del contraddittorio procedimentale (quale evidenziato negli scritti delle parti appellate).

Le doglianze di parte appellante non intaccano il giudizio positivo cui la stazione appaltante è pervenuta sulla sostenibilità dell'offerta dell'aggiudicatario, poiché non ne evidenziano profili di illogicità manifesta o di manifesta erroneità dei presupposti di fatto, considerato, in particolare, che, contrariamente a quanto assume il tecnico di parte ricorrente, le giustificazioni del Consorzio hanno tenuto conto degli oneri derivanti dall'offerta tecnica proposta e che i criteri di quantificazione delle spese generali sono stati positivamente valutati dalla stazione appaltante e sono in linea col dettato normativo (non potendosi desumere la loro asserita manifesta irragionevolezza dalla diversità del criterio che il tecnico di parte

ricorrente assume come preferibile, senza spiegare adeguatamente le ragioni di tale preferenza).

5.4.1. Va perciò accolta l'eccezione di inammissibilità delle dette censure, che il Consorzio Rennova ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc.amm.

6. In conclusione, l'appello va respinto.

6.1. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali, che liquida nell'importo di € 4.000,00, oltre accessori come per legge, per ciascuna delle parti appellate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, come modificato da ultimo dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. n. 44 del 2021, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO