

Publicato il 26/02/2021

**N. 01637/2021 REG. PROV. COLL.**  
**N. 06570/2020 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 numero di registro generale 6570 del 2020, proposto da Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*contro*

Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Annoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Udine, 6;

Bulfaro s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Gaetano Esposito e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Rti Nitrex s.r.l., Rti Gieffe Costruzioni s.r.l., Rti Cga s.r.l. non costituite in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise (I) n. 175 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l. e di Bulfaro s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Bulfaro s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 11 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui agli artt. 25 d.-l. n. 137 del 2020, 84, comma 6, d.-l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.-l. n. 28 del 2020 come da verbale, il Cons. Elena Quadri; nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l. ha impugnato l'aggiudicazione a Bulfaro s.p.a. del lotto 3 della gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di *“manutenzione straordinaria dei viadotti ricadenti lungo le strade statali della regione Molise, compresi i viadotti "Molise I", "Molise II" lungo la s.s. 647 fondo valle del Biferno”*, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Molise ha accolto il ricorso con sentenza (I) n. 175 del 2020, respingendo il ricorso incidentale di Bulfaro proposto per l'annullamento del verbale di gara n. 3 del 4 dicembre 2019 nella parte in cui, in sede di scrutinio delle offerte economiche presentate dai concorrenti, non è stata disposta l'esclusione dalla procedura di Fenix Consorzio Stabile.

Anas ha appellato la sentenza per il seguente motivo di diritto:

*error in iudicando*; illogicità; vizio di motivazione.

Si sono costituiti Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l., per resistere all'appello e per riproporre i motivi assorbiti dalla sentenza *ex art. 101* Cod. proc. amm., e

Bulfaro s.p.a., in adesione all'appello;

Bulfaro ha, altresì, proposto appello incidentale;

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni;

All'udienza dell'11 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui agli artt. 25 d.-l. n. 137 del 2020, 84, comma 6, d.-l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.-l. n. 28 del 2020 come da verbale, l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello di Anas s.p.a., contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise (I) n. 175 del 2020 che ha accolto il ricorso di Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione a Bulfaro s.p.a. del lotto 3 della gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di *“manutenzione straordinaria dei viadotti ricadenti lungo le strade statali della regione Molise, compresi i viadotti "Molise I", "Molise II" lungo la s.s. 647 fondo valle del Biferno”*, suddiviso in 3 lotti, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con riferimento al lotto 3 (Coordinamento Adriatica/Area Compartimentale Molise – *“Viadotti Regione Molise”*, con importo a base d'asta di euro 20.000.000,00 per lavori da eseguire, di cui euro 1.800.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non assoggettabili a ribasso) la *lex specialis* di gara prevedeva le seguenti lavorazioni:

- categoria SOA OG3 – euro 14.860.000,00;
- categoria SOA OS23 – euro 3.000.000,00;
- categoria SOA OS11 – euro 900.000,00;
- categoria SOA OS12-A – euro 840.000,00;
- categoria SOA OS21 – euro 400.000,00.

Il Rti Bulfaro indicava nell'offerta le seguenti percentuali di partecipazione ed esecuzione:

*“BULFARO S.P.A.:*

*CATEGORIA OG 3 100% (CAPOGRUPPO MANDATARIA)*

*CATEGORIA OS12 A 70 % (CAPOGRUPPO MANDATARIA)*

*79,24% SULL'AMMONTARE COMPLESSIVO DELL'APPALTO;*

*NITREX S.R.L.:*

*CATEGORIA OS23 100% (MANDANTE)*

*15,00% SULL'AMMONTARE COMPLESSIVO DELL'APPALTO;*

*GIEFFE COSTRUZIONI S.R.L.:*

*CATEGORIA OS11 100% (MANDANTE)*

*4,50% SULL'AMMONTARE COMPLESSIVO DELL'APPALTO;*

*CGA. S.R.L.:*

*CATEGORIA OS12A 30% (MANDANTE)*

*1,26% SULL'AMMONTARE COMPLESSIVO DELL'APPALTO''.*

In seguito all'esame delle offerte tecniche da parte della commissione, quella del RTI Bulfaro conseguiva un punteggio pari a 55,900, e quella di Fenix Consorzio Stabile conseguiva un punteggio pari a 50,550.

Nella seduta pubblica del 4 dicembre 2019, dopo aver dato lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, la commissione procedeva all'apertura delle offerte economiche, attribuendo il relativo punteggio. Nella medesima seduta pubblica veniva definita la graduatoria che vedeva collocarsi al primo posto il Rti Bulfaro con un punteggio di 84,772 (e un ribasso del 28,053%) e al secondo posto Fenix Consorzio Stabile con un punteggio di 80,550 (e un ribasso del 32,700%).

Nella seduta riservata del 4 dicembre 2019 la commissione procedeva alla verifica dei costi della manodopera, nel corso della quale la stessa, preliminarmente, osservava che in sede di offerta il concorrente Rti Bulfaro aveva individuato l'incidenza dei costi della manodopera con la percentuale del 26,55% e che rispetto all'importo contrattuale, depurato degli oneri di sicurezza, tale percentuale corrispondeva ad euro 4.832.100,00. Tuttavia, dalla tabella riepilogativa dei costi in argomento prodotta dal Rti Bulfaro in sede di offerta, il costo della manodopera complessivamente rappresentato risultava pari alla diversa cifra di euro 3.476.352,00. Preso atto di quanto sopra, la

commissione formulava specifica richiesta al concorrente della documentazione giustificativa delle dichiarazioni rese in sede di offerta con riguardo ai costi della manodopera, evidenziando l'incongruenza sopra indicata.

Il Rti Bulfaro riscontrava la predetta richiesta producendo la documentazione integrativa nel termine assegnato con le relative tabelle, una per ogni impresa raggruppata, e precisando che i costi della manodopera erano stati calcolati, in conformità alla prescrizione del modulo di offerta economica sub Allegato 4, in termini percentuali rispetto *“all'importo dell'appalto epurato dagli oneri della sicurezza e del ribasso offerto”*. Bulfaro specificava che la percentuale dichiarata (26,55%) *“scaturisce dal calcolo analitico dell'incidenza della manodopera su ogni singola lavorazione prevista nello Schema Rappresentativo dei Lavori in Appalto inteso come unico riferimento quantitativo e qualitativo delle lavorazioni da effettuare”*.

Chiarito ciò, il concorrente ottemperava alla richiesta di Anas di prendere come riferimento per il calcolo del costo della manodopera, come da postilla in calce allo stesso Allegato 4, l'importo posto a base d'asta depurato dei soli oneri della sicurezza, pari a € 18.200.000,00. A tal fine Bulfaro allegava una tabella dei costi della manodopera rapportati all'importo di euro 18.200.000,00 (al lordo quindi, e non più al netto, del ribasso offerto).

Nel corso della seduta riservata del 13 dicembre 2019, all'esito della verifica della documentazione prodotta, la commissione rilevava che il concorrente, così come richiesto, aveva trasmesso: *“Descrizione dei costi della manodopera fornendo la tabella giustificativa costi manodopera, rimodulata, riferita al personale complessivo del raggruppamento, nonché le tabelle riferite al personale di ciascun operatore economico del raggruppamento, la cui sommatoria dei costi risulta essere pari all'importo di € 4.831.252,80 dal quale si determina la percentuale, approssimata alla seconda cifra dopo la virgola, del 26,55% calcolata rispetto all'importo contrattuale, depurato degli oneri di sicurezza (Cfr. € 18.200.000,00), corrispondente a quella dichiarata nell'offerta. In merito la Commissione prende atto che il concorrente ha dichiarato che "Le società Gieffe Costruzioni S.r.l. e CGA S.r.l. applicano prevalentemente il contratto dei Metalmeccanici*

*che a parità di livello identifica le figure con livelli differenti dal contratto edile e con retribuzioni più basse; per uniformare i calcoli ed i costi tutte le Aziende applicheranno il medesimo contratto e retribuzioni come da Tabella Ministeriale allegata"; Copia conforme del Libro Unico del Lavoro e dei cedolini stipendiali, di tutti i gli operatori facenti parte del RTI, per singolo livello delle Maestranze già in forza alla Società; Dichiarazioni di impegno ad assumere il personale necessario per l'esecuzione dei lavori per come individuato e specificato nelle tabelle della manodopera e nel rispetto dei minimi salariali stabiliti dalle tabelle ministeriali per i dipendenti delle imprese edili ed affini delle provincie di Campobasso-Isernia, di tutti i gli operatori facenti parte del RTP" (cfr. stralcio del verbale della seduta del 13 dicembre 2019).*

Dall'esame complessivamente condotto sulla documentazione prodotta, la commissione, nell'ambito della medesima seduta riservata, riteneva che la stessa e i relativi chiarimenti forniti fossero adeguati in quanto il costo del personale non risultava inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*) e deliberava di ritenere congrui i costi della manodopera dichiarati dal concorrente in sede in presentazione dell'offerta economica.

Completate le verifiche dei costi della manodopera *ex* art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, il 18 dicembre 2019 Anas comunicava ai concorrenti, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, l'aggiudicazione disposta in favore in favore del Rti Bulfaro.

La sentenza appellata, accogliendo il ricorso di Fenix, ha ritenuto che l'offerta di Bulfaro andasse esclusa perché illegittimamente modificata in sede di valutazione di anomalia.

Con un unico motivo di appello Anas ha dedotto l'erroneità della sentenza, che si porrebbe in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi in relazione alla verifica di congruità delle offerte anomale, utilizzato quale criterio guida nelle verifiche dei costi della manodopera, secondo cui, a fronte della immodificabilità dell'offerta, è

sempre ammessa la modificabilità dei giustificativi nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Non ricorrerebbero motivi ostativi all'applicazione di tale principio anche al subprocedimento di verifica dei costi della manodopera, in considerazione altresì della circostanza che detta verifica, contrariamente a quella di congruità, è limitata, per espressa disposizione di legge, alla conformità dei costi sostenuti e dichiarati in sede di offerta ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali.

L'appello è fondato.

Al paragrafo 17 il disciplinare di gara, nell'individuare le prescrizioni alle quali i concorrenti avrebbero dovuto attenersi nella formulazione dell'offerta economica, espressamente stabiliva che quest'ultima, fra gli altri elementi, dovesse contenere la *“stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice, fornendo altresì la tabella giustificativa costi della manodopera debitamente compilata”*. Al riguardo, il modello di offerta economica “Allegato 4”, posto a base di gara, espressamente prevedeva che il concorrente, in aggiunta alla dichiarazione del ribasso percentuale offerto (in cifre ed in lettere), fornisse la *“Stima”* dei costi della manodopera sotto forma di *“percentuale del % -in cifre- (per cento- in lettere) rispetto all'importo al netto del ribasso offerto, depurato dagli oneri di sicurezza e che tali costi risultano congrui rispetto all'entità ed alle caratteristiche dei lavori oggetto dell'appalto...”*. La medesima modulistica prevedeva, altresì, che il concorrente illustrasse la *“Congruità dei costi”* mediante la compilazione di una tabella riportata in calce alla dichiarazione di offerta. Tale tabella, considerato che la gara si riferiva ad un Accordo Quadro, conteneva un chiarimento sulla circostanza per cui l'importo netto contrattuale rispetto al quale determinare i costi della manodopera sarebbe dovuto risultare pari a quello a base di gara depurato degli oneri di sicurezza, al quale non avrebbe dovuto applicarsi il ribasso offerto (dunque tale prescrizione era in contrasto con quella precedente).

La *lex specialis*, in ossequio alle prescrizioni di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, come sostituito dall'art. 60, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 56 del 2017, prevedeva, quale elemento costitutivo dell'offerta da presentare per la partecipazione alla gara, l'indicazione dei costi della manodopera. Tale indicazione risulta presente nell'offerta di Bulfaro e indicata sotto forma di percentuale di incidenza pari al 26,55%, così come richiesto dal disciplinare di gara.

Ne consegue che l'offerta presentata da Bulfaro, riportando l'indicazione dei costi della manodopera, risulta regolare e conforme alle prescrizioni normative e della *lex specialis*, che richiedeva che la stima dei costi della manodopera richiesta ai sensi dell'art. 95, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, si sostanziasse nella individuazione di una percentuale, che l'aggiudicataria ha correttamente individuato, nella propria offerta, e che rappresenta il dato essenziale da considerare.

La commissione, una volta accertata la regolarità ed ammissibilità dell'offerta, ha attivato la prescritta verifica di congruità dei costi della manodopera dichiarati nella stessa, ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, riscontrando la rispondenza dei minimi salariali retributivi individuati dal concorrente con quelli stabiliti nelle tabelle di cui all'articolo 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016, in seguito alle giustificazioni dallo stesso presentate.

Invero, il principio generale del contraddittorio consente al concorrente di *"...modificare le giustificazioni, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica, in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta..."* (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 171).

*"In primo luogo deve essere rilevato che il principio della immodificabilità della offerta economica sancito ora dall'art. 83 comma 9 del codice si riferisce alle dichiarazioni negoziali di volontà e non anche a quelle di scienza che riguardano giustificazione economica della offerta mediante scomposizione delle voci di costo"* (Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1049).

Per consolidato orientamento della giurisprudenza, il giudizio sull'anomalia postula un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso anche alla stregua di compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, con il limite della radicale modificazione della composizione dell'offerta, che ne alteri l'equilibrio economico. Nella fattispecie in questione detto limite non è stato superato, atteso che la percentuale di incidenza della manodopera risulta invariata.

In ogni caso, l'erronea indicazione del costo della manodopera non può comportare l'esclusione dell'offerta qualora lo stesso non risulti inferiore ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge, come nel caso di specie.

Invero, il Rti Bulfaro ha chiarito che il maggior importo di manodopera pari a euro 4.831.252,80 (in luogo di quello inizialmente indicato pari a euro 3.476.352,00) scaturiva dal maggior importo di lavorazioni che avrebbe dovuto considerare come base di calcolo e non da una diversa incidenza percentuale sull'importo dei lavori, trasmettendo le tabelle illustrative del costo della manodopera di ciascuna impresa raggruppata, a dimostrazione della congruità degli importi indicati.

*“Nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è consentito pervenire ad un giudizio di congruità senza modificare l'offerta, tuttavia modificando le giustificazioni (fornendo giustificazioni basate su dati, di fatto o normativi, sopravvenuti; correggendo precedenti errori di calcolo; attuando compensazioni tra sottostime e sovrastime), purché l'offerta risulti complessivamente affidabile nel suo complesso al momento dell'aggiudicazione”* (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 171).

Non risulta, dunque, ravvisabile nel caso di specie una modifica dell'offerta economica, atteso che i chiarimenti e la documentazione forniti da Bulfaro non integrano alcuna variazione dell'offerta economica complessiva, limitandosi a correggere l'errore commesso nella predisposizione della stessa, peraltro causato dalla contraddittorietà della *lex specialis* di gara.

Sono tutti infondati i motivi del ricorso di primo grado assorbiti dalla sentenza appellata e riproposti da Fenix ex art. 101 Cod. proc. amm.

Con il primo motivo Fenix ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter), d.lgs. n. 50 del 2016, assumendo che Bulfaro s.p.a., mandataria del Rti Bulfaro, fosse incorsa in gravi inadempienze nella fase di esecuzione di un appalto affidato dalla stessa Anas (contratto "PSL 25/17 n. 2966172 – S.S. 4 Lavori di ripristino dei danni causati dal sisma e di miglioramento sismico dei viadotti tra il km. 147+896 ed il km. 148+818") sfociate nell'avvio di un procedimento di risoluzione in danno per grave inadempimento i cui esiti finali non sarebbero noti.

La censura è infondata, implicando la stessa un'indebita equiparazione tra comunicazione di avvio del procedimento e provvedimento conclusivo. Nella fattispecie in questione, invero, non risulta emanato il provvedimento di risoluzione in danno conclusivo del procedimento, elemento indefettibile, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter), per la valutazione della ricorrenza dell'illecito professionale ostativo ai fini della partecipazione alle gare d'appalto.

In assenza di un provvedimento definitivo inteso come risoluzione in danno non contestata o confermata in sede giurisdizionale, è preclusa all'amministrazione ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente (cfr. Cons. Stato, V, 27 aprile 2017, n. 1955).

Con il secondo motivo Fenix ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli art. 95, comma 10, e 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché degli artt. 14 e 17 del disciplinare di gara, assumendo che il Rti Bulfaro abbia erroneamente determinato il costo della manodopera in violazione delle sopra richiamate previsioni della *lex specialis* di gara e come tale erronea determinazione abbia provocato una macroscopica sottostima di tale voce costo - violativa anche dei valori minimi del costo del lavoro inderogabilmente previsti dalle legge - per emendare la quale la commissione (e la stazione appaltante) avrebbero consentito a tale concorrente di

rimodulare radicalmente il costo della manodopera inizialmente indicato nell'offerta economica incrementandone significativamente il valore e la composizione delle maestranze da impiegare nell'esecuzione dell'appalto al solo fine di "*far quadrare i conti*" e di mantenere immutata la percentuale di incidenza del costo della manodopera inizialmente indicata. L'esclusione di Bulfaro avrebbe dovuto conseguire anche alla mancata presentazione in sede di offerta economica delle tabelle giustificative del costo della manodopera riferite a ciascun singolo componente del raggruppamento, come precisato dalla stazione appaltante nei chiarimenti.

La censura è infondata, richiamando, in proposito, il Collegio tutto quanto sopra detto in relazione alla fondatezza dell'appello di Anas. Riguardo alle tabelle, nell'ambito della gara non vi era alcuna prescrizione della *lex specialis* che richiedesse ai concorrenti di dettagliare i costi della manodopera con riferimento a ciascuna delle imprese raggruppate, in quanto solo nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia Anas ha ritenuto opportuno richiedere al Rti Bulfaro anche le tabelle riferite a ciascuna delle imprese raggruppate. Invero, i chiarimenti citati da Fenix sono stati resi nell'ambito di una gara distinta, come risulta dalla documentazione versata in atti.

Con il terzo motivo Fenix ha dedotto la violazione della *lex specialis* di gara, nonché degli artt. 45 e 48 d.lgs. n. 50 del 2016.

Il disciplinare prescriveva, in linea con l'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, che, in caso di partecipazione alla gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, il concorrente fosse tenuto a specificare in sede di offerta le categorie di lavori assunte dai singoli operatori economici riuniti. Bulfaro ha dichiarato in sede di offerta, che in caso di aggiudicazione: - la mandataria Bulfaro s.p.a. avrebbe assunto il 100% dei lavori relativi alla categoria OG3 e il 70% di quelli relativi alla categoria OS12A; la mandante CGA s.r.l. avrebbe assunto il 30% dei lavori relativi alla categoria OS12; - la mandante Gieffe s.r.l. avrebbe assunto il 100% dei lavori relativi alla categoria

OS11; - Nitrex s.r.l. avrebbe assunto il 100% dei lavori relativi alla categoria OS23.

Per Fenix sarebbe quindi provato che nessuno degli operatori economici che fanno parte del Rti Bulfaro ha assunto l'impegno di eseguire le lavorazioni di cui alla categoria OS21 oggetto d'appalto con la conseguenza che lo stesso Rti Bulfaro avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Il motivo è infondato, atteso che l'indicazione è stata omessa solo per errore materiale, ma dalle specificazioni risultanti dall'offerta era chiaro che fosse Bulfaro ad assumere quella categoria. Invero, sebbene nella dichiarazione contenuta nell'offerta sia stata omessa l'indicazione dei lavori della categoria OS21, tale refuso non è suscettibile di determinare alcun profilo di incertezza in ordine alla ripartizione dei lavori tra le imprese raggruppate. Da un semplice raffronto tra la percentuale complessiva di esecuzione dichiarata e quella riferita alle singole categorie si ricava, infatti, che la quota lavori in OS21 è stata assunta dalla mandataria Bulfaro s.p.a., che ha dichiarato di eseguire una quota lavori complessivamente pari al 79,24% dell'appalto (pari ad un importo complessivo di a € 15.848.000,00), specificando di voler eseguire il 100% dei lavori nella categoria OG3 (pari a € 14.860.000,00) ed il 70% dei lavori nella categoria OS12A (pari a € 588.000,00).

Dunque, corrispondendo la somma dei lavori in OG3 ed in OS12A assunti da Bulfaro ad un importo complessivo di € 15.488.000,00, inferiore alla quota totale dei lavori che Bulfaro ha dichiarato di assumere (79,24% dei lavori, pari € 15.848.000,00), ed essendo il differenziale di 400.000 euro esattamente pari al 100% dei lavori nella categoria OS21, è chiaro che i lavori in OS21 sono stati assunti dalla mandataria Bulfaro, che li ha considerati nel calcolo della quota lavori complessiva del 79,24%, salvo poi dimenticare, per mero errore, di esplicitarli nel relativo dettaglio.

Il refuso avrebbe potuto essere corretto attraverso l'attivazione di una richiesta di chiarimenti (soccorso istruttorio) da parte di Anas, ma non avrebbe mai potuto determinare l'esclusione del concorrente dalla gara.

Con il quarto motivo Fenix ha evidenziato come il Rti Bulfaro avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura - e comunque giammai risultare aggiudicatario della stessa - anche in ragione della oggettiva impossibilità ed inaffidabilità tecnica della propria proposta. Infatti, in ordine al criterio di valutazione “*B.3. Proposte per la gestione del cantiere*”, Bulfaro si è impegnato ad utilizzare delle “*Barriere in calcestruzzo movimentabili con tecnologia Road Zipper*” che permetterebbero di gestire i flussi di traffico tramite lo spostamento dinamico della barriera mediana garantendo così una più rapida movimentazione del cantiere. La commissione di gara ha particolarmente apprezzato tale proposta, tanto da menzionarla tra i motivi principali dell’attribuzione del punteggio in relazione al sub-criterio di valutazione B.3.1. “*Miglioramento della visibilità del cantiere e del personale impiegato*” premiato con un totale di 5 punti sui complessivi 20 previsti per il criterio B.3 (cfr. verbale del 16 ottobre 2019). Aniché valutare favorevolmente tale proposta, la commissione di gara avrebbe invece dovuto rilevarne immediatamente l’impossibilità di implementazione in ragione delle oggettive inutilizzabilità di tale tecnologia sulle strade statali molisane gestite da Anas e, vieppiù, sui viadotti oggetto di intervento. Infatti: (i) la larghezza minima del macchinario proposto è pari a 3 metri circa e, quindi, superiore alla larghezza massima delle singole corsie di traffico ipotizzate dal Rti Bulfaro nelle varie fasi di cantierizzazione (2,80 m). Trattasi dunque di soluzione migliorativa materialmente irrealizzabile; (ii) la tecnologia proposta, per questioni di sicurezza e di dimensionamento delle strade di tipo B e C, è utilizzabile unicamente sulle autostrade o sulle strade a doppia carreggiata con minimo di due corsie oltre a quella di emergenza per ogni senso di marcia; (iii) il distributore italiano del macchinario di cui Bulfaro ha previsto l’impiego per l’esecuzione di tale specifica lavorazione (l’impresa Snoline s.p.a. con sede in Trezzo, MI) redige preventivi di fornitura solo a seguito di analisi di un progetto esecutivo completo al fine di verificare preventivamente l’esistenza delle condizioni di sicurezza minime necessarie per il suo utilizzo. Per Fenix, tenuto conto dell’inesistenza di qualsivoglia

elaborato progettuale a base di gara, tale ‘miglioria’ sarebbe stata, quindi, proposta nonostante l'impossibilità tecnica della sua applicazione. Da quanto precede conseguirebbe che Bulfaro avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in ragione della oggettiva ineseguibilità (e dunque inaffidabilità) dell'offerta tecnica così come proposta e valutata dalla commissione di gara. In subordine, la soluzione migliorativa proposta non avrebbe in ogni caso dovuto e/o potuto essere valutata dalla commissione con conseguente assegnazione di un punteggio pari a zero in relazione al sub-criterio di valutazione B.3.1 (in luogo dei 3,75 riconosciuti dal seggio di gara) e conseguente rimodulazione in diminuzione del punteggio attribuito anche per l'elemento tecnico complessivamente considerato.

La censura, volta ad impingere nel merito la valutazione della commissione al fine di ottenere una riedizione giudiziale della stessa, è inammissibile, in considerazione della natura spiccatamente discrezionale del giudizio connesso a tale criterio, essendo rimessa all'apprezzamento tecnico della commissione la valutazione delle offerte in punto di *“miglioramento della visibilità del cantiere rispetto alla circolazione veicolare anche grazie ad una migliore leggibilità della segnaletica temporanea di cantiere con l'ausilio di sistemi tecnologicamente avanzati?”* (cfr. disciplinare, p. 49).

*“Il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica”* (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 173).

Nel caso di specie non sono emersi travisamenti, errori manifesti o irrazionalità della valutazione tecnico discrezionale della commissione di gara idonei a dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del

giudizio tecnico compiuto, atteso che Fenix si è limitato ad asserire senza dimostrare l'inadeguatezza di una delle tredici migliorie offerte dal Rti Bulfaro per il sub-criterio in questione. Inoltre, fra tali tredici migliorie (segnaletica di cantiere mobile; lampade a LED, sistema SINCROLED per la segnalazione del cantiere etc.), le barriere movimentabili con tecnologia Road Zipper hanno un'incidenza assolutamente modesta, non essendo finalizzate a migliorare la visibilità del cantiere e, in ogni caso, l'ipotetica impossibilità di installare le barriere in calcestruzzo movimentabili non avrebbe mai potuto determinare l'esclusione dalla gara di Bulfaro, ma soltanto, al massimo, avrebbe potuto comportare una minima penalizzazione in termini di punteggio in relazione al sub-criterio "*Miglioramento della visibilità del cantiere*", volto a valorizzare le migliorie "*della visibilità del cantiere rispetto alla circolazione veicolare anche grazie ad una migliore leggibilità della segnaletica temporanea di cantiere con l'ausilio di sistemi tecnologicamente avanzati*", non consentendo a Fenix di recuperare il gap di punteggio di 4,22 che lo distanzia da Bulfaro.

Con la quinta censura Fenix ha dedotto la violazione della *lex specialis* di gara, del principio di parità di trattamento, nonché l'eccesso di potere per arbitrarietà, difetto di istruttoria, falso presupposto, illogicità e irragionevolezza manifesta.

Tra gli elementi di valutazione previsti dal disciplinare vi era anche il sub-criterio b.3.4, premiato con 6 punti, specificatamente finalizzato a premiare la "*Disponibilità ad eseguire le lavorazioni interferenti con la circolazione stradale o che comunque possono essere causa di disagio alla regolare circolazione stradale con doppi turni di lavori e/o in orari notturni*" (cfr. pag. 49).

La commissione ha attribuito al RTI Bulfaro il punteggio tabellare di 6 punti previsto dal disciplinare per il sub-criterio b.3.4, valutazione che per Fenix sarebbe illegittima ove si consideri che il numero di risorse dichiarate dal Bulfaro nell'offerta (pari a 24 unità a fronte delle 54 dichiarate dal Consorzio Fenix) sarebbe assolutamente insufficiente per svolgere le lavorazioni su doppi turni e anche durante le ore notturne. In relazione al sub-criterio di

valutazione B.3.4 l'offerta del RTI Bulfaro avrebbe dovuto conseguire un punteggio pari a zero in luogo dei 6 punti riconosciuti dal seggio di gara.

La censura è inammissibile e infondata, atteso che dalle prescrizioni di gara richiamate risulta evidente come l'attribuzione del punteggio in relazione a tale criterio non fosse affatto tabellare, implicando una valutazione discrezionale in ordine all'effettiva disponibilità materiale e all'idoneità tecnica dei mezzi dichiarati dal concorrente.

La dichiarazione resa da Bulfaro è stata ritenuta discrezionalmente dalla stazione appaltante idonea ad impegnare la volontà del concorrente. Inoltre, il Consorzio Fenix non ha dimostrato le ragioni per cui il personale offerto da Bulfaro sarebbe insufficiente ad assicurare l'eventuale doppia turnazione, essendo irrilevante la differenza fra le unità di personale offerte dai due concorrenti (24 Bulfaro e 54 Fenix) a fronte di una diversa previsione di durata dei lavori (660 giorni di lavorazione previsti da Bulfaro a fronte dei 440 giorni di lavorazione previsti da Fenix). Il concorrente non era neppure tenuto ad assicurare necessariamente la doppia turnazione, potendo minimizzare le interferenze con la circolazione stradale anche concentrando le lavorazioni negli orari notturni.

Con il sesto motivo Fenix ha dedotto la violazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016, nonché degli artt. 21 e 22 del disciplinare, evidenziando come l'offerta di Bulfaro fosse incongrua riguardo al costo della manodopera e per la miglior offerta "*Barriere in calcestruzzo movimentabili con tecnologia Road Zipper*", atteso che per il solo subcriterio di valutazione "*B.3. Proposte per la gestione del cantiere*", avrebbe esposto nella Tabella B allegata all'offerta la cifra complessiva di appena euro 290.000,00.

In subordine, per Fenix l'operato della commissione e di Anas sarebbe comunque manifestamente illegittimo anche nella misura in cui tali soggetti, pur a fronte della sussistenza di conclamati e comprovati elementi specifici tali da far ritenere l'offerta di Bulfaro "*anormalmente bassa*", non avrebbero, tuttavia, ritenuto di attivare tale segmento procedimentale di verifica al fine

quantomeno di esaminare le incongruenze oggettive e più rilevanti rinvenibili in tale offerta. Se è vero che l'attivazione di tale segmento procedimentale costituisce una scelta discrezionale della stazione appaltante, sarebbe, tuttavia, necessario che la decisione di non procedervi fosse comunque motivata laddove vi fossero – come nel caso di specie - indici oggettivi che univocamente dispongano nel senso dell'avvio di tale fase di verifica. Nessuna motivazione sarebbe stata, invece, fornita sul punto, né dalla commissione, né da parte della stazione appaltante.

La censura è infondata. Quanto al costo della manodopera, il Collegio si riporta a quanto detto con riferimento alla fondatezza degli appelli. Inoltre, dall'analisi dell'elenco prezzi ufficiale di Anas, emerge come la percentuale di incidenza della manodopera sulle lavorazioni più significative previste dallo Schema Rappresentativo dei lavori sia significativamente inferiore al valore indicato da Bulfaro.

Riguardo al profilo afferente l'assunta insostenibilità dell'offerta economica di Bulfaro, ed in particolare della soluzione migliorativa costituita dall'utilizzo di *“Barriere in calcestruzzo movimentabili con tecnologia Road Zipper”*, per Fenix asseritamente avente un'incidenza complessiva pari a euro 2.979.000,00, tale costo si basa sull'utilizzazione dell'attrezzatura continuativamente, per tutta la durata dell'appalto, mentre tale macchinario sarà utilizzato solo per il limitato periodo temporale di posa in opera delle barriere in calcestruzzo.

Pertanto, non sussistevano indici oggettivi che disponessero nel senso dell'avvio della fase discrezionale di verifica della congruità dell'offerta.

Dalla fondatezza dell'appello principale e dall'infondatezza delle censure riproposte da Fenix *ex* art. 101 Cod. proc. amm. consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale di Bulfaro per sopravvenuta carenza d'interesse.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello principale va accolto e l'appello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il

ricorso principale di primo grado e va dichiarato improcedibile quello incidentale.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e dichiara improcedibile l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado e dichiara improcedibile quello incidentale.

Condanna Fenix Consorzio Stabile s.c. a r.l. alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio nei confronti di Anas s.p.a. e di Bulfaro s.p.a., che si liquidano in euro 5000,00 ciascuna, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui agli artt. 25 d.-l. n. 137 del 2020, 84, comma 6, d.-l. n. 18 del 2020 e 4, comma 1, d.-l. n. 28 del 2020 come da verbale, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Severini**

## IL SEGRETARIO