

Publicato il 03/05/2022

N. 03453/2022REG.PROV.COLL.
N. 07469/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7469 del 2021, proposto da Edil M.A.S. Edilizia Meccanica Acquedotti Strade s.r.l., in proprio e quale mandataria di Rti con As Appalti Stradali s.r.l. e Italpro s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Salvatore in Lauro, 10;

contro

Astral s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefania Simonini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Stabile Research, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Piselli e Alessandro Bonanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli,

13;

Consorzio Stabile Build s.c. a r.l. e 2p Asfalti s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Mollica, Francesco Vagnucci e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Conart s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Borioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Mario Cipriani s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 07300/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Astral s.p.a., della Conart s.c. a r.l., della Mario Cipriani s.r.l., del Consorzio Stabile Research, nonché del Consorzio Stabile Build s.c. a r.l. e della 2p Asfalti s.r.l.;

Visto l'appello incidentale proposto dal Consorzio Stabile Research;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Alberto Urso e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Edil M.A.S. Edilizia Meccanica Acquedotti Strade s.r.l., odierna appellante, è undicesima classificata in graduatoria nel primo lotto della procedura di gara indetta dalla Astral s.p.a. con bando pubblicato sulla Guri il 22 luglio 2020 per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei

lavori di completamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria nel territorio del comune di Roma Capitale.

La *lex specialis* prevede l'assegnazione dei lavori in favore delle imprese classificate sino al decimo posto in graduatoria.

2. La Edil M.A.S. proponeva ricorso avverso il provvedimento d'aggiudicazione e altri atti di gara formulando censure in relazione alla posizione di quattro concorrenti classificatisi entro il decimo posto (*i.e.*, il Consorzio Stabile Build s.c. a r.l., la Conart s.c. a r.l., la Mario Cipriani s.r.l., nonché il Consorzio Stabile Research).

Con successivi motivi aggiunti impugnava anche la determinazione di attribuzione d'efficacia all'aggiudicazione e gli atti correlati.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Astral, del Consorzio Stabile Build (che si costituiva insieme con la 2p Asfalti s.r.l. quale consorziata esecutrice designata per l'appalto), della Conart s.c. a r.l., della Mario Cipriani s.r.l., nonché del Consorzio Stabile Research, che proponeva a sua volta ricorso incidentale escludente in danno della Edil M.A.S., respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti e dichiarava inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la Edil M.A.S. deducendo:

D) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, commi 5, lett. *c)*, *c-bis)*, *c-ter)* ed *f-bis)*, e 6, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del principio di leale collaborazione tra stazione appaltante e operatore economico; violazione dell'art. 2 del disciplinare; violazione del patto d'integrità; violazione dei canoni di logicità, ragionevolezza, trasparenza; violazione dell'obbligo di tempestiva comunicazione di fatti rilevanti ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 alla stazione appaltante; violazione del principio di continuità dei requisiti; violazione del principio secondo il quale la stazione appaltante è obbligata ad adottare un provvedimento espresso in relazione all'affidabilità dell'operatore economico;

II) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, commi 3, 5, lett. *c*), *c-bis*), *c-ter*) ed *f-bis*), e 6, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del principio di leale collaborazione tra stazione appaltante ed operatore economico; violazione dell'art. 2 del disciplinare; violazione del patto d'integrità; violazione dei canoni di logicità, ragionevolezza, trasparenza; violazione dell'obbligo di tempestiva comunicazione di fatti rilevanti ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 alla stazione appaltante; violazione del principio di continuità dei requisiti; violazione del principio secondo il quale la stazione appaltante è obbligata ad adottare un provvedimento espresso in relazione all'affidabilità dell'operatore economico;

III) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016;

IV) violazione e/o falsa applicazione dei principi di immodificabilità, non ambiguità e adeguatezza dell'offerta; violazione e/o falsa applicazione del principio di *par condicio* concorsuale;

V) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016;

VI) sull'erroneità della pronuncia di primo grado in relazione alla domanda di subentro e ai motivi aggiunti.

5. Resistono al gravame la Astral, il Consorzio Stabile Build insieme con la 2p Asfalti, la Conart, la Mario Cipriani, nonché il Consorzio Stabile Research, il quale propone a sua volta appello incidentale (cui la Edil M.A.S. resiste) con cui deduce la violazione e/o falsa applicazione degli articoli 84 e 89 d.lgs. n. 50 del 2016, nonché la violazione e/o falsa applicazione del paragrafo 9.2 del disciplinare di gara, recante “*requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale*”, e dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010.

6. All'udienza pubblica del 12 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va anzitutto respinta l'eccezione preliminare con cui il Consorzio Stabile Build deduce l'inammissibilità dei profili di doglianza rivolti nei propri

confronti, che implicherebbero una sostituzione in ordine all'apprezzamento della stazione appaltante sull'affidabilità dell'operatore economico.

In senso contrario, è sufficiente osservare che l'appellante promuove al riguardo delle specifiche censure di legittimità (relative alla sussistenza di un illecito professionale escludente in capo al consorzio ancorché per un affidamento in cui era designata altra consorziata esecutrice, nonché all'omessa dichiarazione di un'annotazione a casellario tuttora in essere, benché relativa a un pregiudizio risalente al 2015) che ben possono essere valutate nel loro contenuto, non risultando in radice inammissibili, salvi gli ulteriori apprezzamenti spettanti all'amministrazione a fronte dell'accoglimento di una delle censure (su cui cfr. *infra*, spec. *sub* § 2.1.2.1).

1.1. Può prescindersi invece dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle altre appellate - salvo quanto di seguito esposto in relazione alle singole doglianze - stante il rigetto nel merito dei motivi di gravame diversi da quello proposto nei confronti del Consorzio Stabile Build.

2. Col primo motivo l'appellante si duole del rigetto delle doglianze formulate in primo grado in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build, operatore primo classificato nella graduatoria di gara.

Segnatamente, quanto all'annotazione nel casellario Anac avvenuta nel 2015, relativa alla decadenza di un'attestazione di qualificazione a seguito di una sentenza di patteggiamento a carico di un precedente rappresentante dell'impresa, il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore nell'affermarne l'irrilevanza per anteriorità al triennio, considerato che in realtà la detta annotazione è ancora in essere.

Lo stesso è a dirsi per la risoluzione disposta dal Comune di Alghero il 5 agosto 2020 nei confronti del Consorzio Stabile, e che la sentenza ha ritenuto irrilevante in quanto riferita alla posizione di altra consorziata esecutrice: in senso contrario, secondo la giurisprudenza più recente, il consorzio e le sue consorziate dovrebbero essere considerate un *unicum*, sicché si trasmetterebbero al consorzio le carenze dei requisiti generali verificate in

capo alle consorziate. Il che è coerente del resto col principio che pone a carico dell'aggiudicatario, per *culpa in eligendo* e *in vigilando*, i fatti cagionati dall'esecutrice.

In tale contesto parimenti rilevante deve ritenersi, per conseguenza, l'omessa dichiarazione dell'illecito relativo alla consorziata esecutrice di altro affidamento.

D'altra parte, occorre considerare che è il Consorzio ad assumere la veste di concorrente in gara e firmatario del contratto di appalto, e nella specie risulta peraltro che il controinteressato abbia dichiarato la suddetta risoluzione disposta dal Comune di Alghero nell'ambito di altra procedura di gara.

In aggiunta, dovrebbe tenersi conto che in data 8 aprile 2021 è intervenuta iscrizione sul casellario Anac a carico del Consorzio - e non della consorziata - per il suddetto pregiudizio, annotazione che pure avrebbe dovuto essere dichiarata, non rilevando in senso contrario la sua contestazione in sede giudiziale.

Di qui la complessiva illegittimità dell'aggiudicazione al Consorzio Stabile Build, anche per falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *f-bis*), o comunque lett. *c*), *c-bis*) e *c-ter*), d.lgs. n. 50 del 2016.

2.1. Il motivo è parzialmente fondato, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.1.1. Non è condivisibile il profilo di doglianza relativo all'annotazione intervenuta sul casellario Anac l'11 dicembre 2015 - benché tuttora in essere - riferita a circostanze del 4 dicembre 2015 relative alla “*decadenza, ora per allora, dell'attestazione di qualificazione n.1012/72/09, rilasciata in data 15.12.2014 al Consorzio Stabile [...], per carenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. 163/2006*”.

Quale illecito professionale in sé, infatti, il fatto annotato non può assumere rilievo in quanto anteriore al triennio rispetto alla gara (art. 80, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016; cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6534; 31 dicembre 2021, n. 8744; cfr. anche Id., 16 dicembre 2021, n. 8406; 20

gennaio 2021, n. 632; IV, 5 agosto 2020, n. 4937; 6 maggio 2019, n. 2895; 13 dicembre 2019, n. 8480); né del resto risulta o è dedotto che la decadenza dalla detta attestazione abbia valore di suo ai fini della gara controversa.

Per le stesse ragioni, non assume rilievo la dedotta omessa comunicazione del pregiudizio richiamato, proprio perché privo in sé di effetto escludente sostanziale e perciò neppure richiedente una comunicazione, né può tantomeno ravvisarsi in relazione a ciò una qualche falsità dichiarativa (cfr., al riguardo, Cons. Stato, n. 6543 del 2020, cit., in cui si afferma il principio generale per cui, a voler diversamente ragionare, “*si giungerebbe [...] al paradosso di poter escludere il concorrente che non abbia comunicato una circostanza di suo inidonea a determinarne l’esclusione*”).

A ciò si aggiunga peraltro che nella dichiarazione *ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016* del 9 settembre 2020 presentata dal Consorzio Stabile Build si dà espressamente conto della suddetta annotazione e della vicenda ad essa sottesa, nonché di alcune delle conseguenti determinazioni assunte dal Consorzio.

Specularmente, alla luce di quanto suesposto, non è dato ravvisare in capo all’amministrazione alcun obbligo di valutazione del pregiudizio evocato dall’appellante, e dunque una qualche illegittima omissione o carenza al riguardo.

2.1.2. Non altrettanto è a dirsi per l’illecito professionale consistente nella risoluzione disposta dal Comune dei Alghero.

Va in proposito confermato il principio che afferma l’irrilevanza del precedente illecito professionale della consorziata (anche qualora esecutrice per conto del consorzio nell’ambito di altro affidamento) rispetto ai requisiti del consorzio stabile in sé (su cui cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2387); in termini generali, detto principio si pone peraltro in linea con quello per cui occorre che le imprese esecutrici siano *esse stesse* in possesso dei requisiti generali, non potendosi avvantaggiare dello “schermo di copertura” ritraibile dal consorzio (cfr. Cons. Stato, V, 9 ottobre 2020, n. 6008; 30 settembre 2020,

n. 5742; 5 maggio 2020, n. 2849; 5 giugno 2018, n. 3384 e 3385; 26 aprile 2018, n. 2537).

Il che implica in effetti che il pregiudizio a carico di una data consorziata (anche laddove maturato quale esecutrice di precedente affidamento a beneficio del consorzio) non rilevi di per sé ai fini dei requisiti partecipativi a una diversa gara in cui sia designata dal consorzio stabile una distinta consorziata esecutrice (Cons. Stato, n. 2387 del 2020, cit.).

Ma ciò non vuol dire (anche) che il pregiudizio maturato (e risultante) a carico dello stesso consorzio stabile su un precedente affidamento non rilevi ai fini di una successiva procedura solo perché risulta ivi designata una diversa consorziata esecutrice.

I requisiti generali vanno infatti accertati sì in capo alle consorziate esecutrici, ma anche sul consorzio in sé (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, relativa a un consorzio di produzione e lavoro, con principio ben riferibile anche ai consorzi stabili: “*il possesso dei requisiti generali e morali [...] deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate*”; Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2532).

Per questo, la circostanza che il fatto della consorziata esecutrice in un pregresso affidamento non valga a comprovare la carenza dei requisiti nell’ambito di una gara con altra esecutrice designata non consente *sic et simpliciter* di obliterare o ritenere superato un pregiudizio che risulti a carico (anche) del consorzio stesso.

Una siffatta valutazione attiene infatti, eventualmente, all’apprezzamento di merito circa l’affidabilità e integrità dell’operatore, a seconda del tipo di illecito pregresso e delle sue connotazioni materiali (cfr. Cons. Stato, n. 2532 del 2021, cit.), nonché del giudizio discrezionale rimesso alla stazione appaltante in caso di illeciti non comportanti l’automatica esclusione dell’impresa.

Come correttamente dedotto dall’appellante, infatti, il concorrente in gara è il consorzio stabile, così come lo stesso consorzio è il titolare del contratto con

l'amministrazione (cfr. Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; cfr. peraltro anche, in termini generali, Cons. Stato, Ad. plen., 13 marzo 2021, n. 5, in ordine alla configurazione strutturale propria dei consorzi stabili - diversa da quella dei consorzi ordinari - caratterizzati da una "*stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio*").

Alla luce di ciò, se personalmente a carico del consorzio stabile risulta un pregiudizio, lo stesso va valutato e apprezzato dalla stazione appaltante a prescindere dal fatto che la consorziata esecutrice ivi coinvolta (ed eventualmente colpita, insieme al consorzio, dai provvedimenti pregiudizievoli dell'amministrazione) sia diversa da quella designata nella nuova procedura di gara.

Tale ultima circostanza potrà essere infatti eventualmente valutata, insieme con tutti gli altri elementi, ai fini del merito dell'apprezzamento circa la (ritenuta) significatività del pregresso illecito; ma non può per converso ritenersi *ex lege* non riferibile al consorzio stabile un pregiudizio risultante in capo allo stesso sol perché altra era la consorziata esecutrice designata (e anch'essa sanzionata) nell'ambito dell'affidamento in cui l'illecito è maturato (cfr., in tale prospettiva, anche Cons. Stato, n. 964 del 2021, cit., che valorizza l'unità del consorzio stabile quale "*operatore economico unitario*" espressiva della sua autonomia soggettiva, ben rilevante - così come ai fini dell'estromissione dai diversi lotti di una stessa gara in caso di rilevata sussistenza di causa escludente in uno degli stessi - a fronte di pregiudizi riscontrabili in capo al consorzio stabile in sé).

In tale contesto, sta dunque alla stazione appaltante apprezzare il pregresso illecito professionale risultante a carico del consorzio stabile per valutarne l'eventuale rilevanza, anche alla luce - tra gli altri elementi - della consistenza del fatto, e se del caso dei profili di imputabilità sostanziale (e in che misura)

della condotta illecita allo stesso consorzio stabile ovvero alla consorziata esecutrice a suo tempo designata.

2.1.2.1. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso in esame, va osservato come risulti pacifico che nella specie è stata disposta dal Comune di Alghero il 5 agosto 2020 direttamente a carico (anche) del Consorzio Stabile Build una risoluzione per inadempimento del contratto d'appalto per lavori di ampliamento dell'impianto natatorio comunale con realizzazione di nuova piscina coperta (cfr. al riguardo, tra l'altro, anche l'atto di citazione, nonché l'autorizzazione alla costituzione in giudizio del Comune di Alghero, in atti, oltre alle risultanze di altra procedura di gara in cui pure si dà conto delle dichiarazioni del Consorzio circa la risoluzione del contratto in danno dello stesso, oltreché della consorziata esecutrice; come dedotto dall'appellante, dalla memoria difensiva in primo grado del Consorzio risulta peraltro - si rileva per completezza - la successiva intervenuta iscrizione a casellario Anac della detta risoluzione).

Alla luce di ciò compete dunque alla stazione appaltante valutare, a fronte della incontestata omissione comunicativa in ordine alla risoluzione - ma non falsità *ex art.* 80, comma 5, lett. *f-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che viene in rilievo un elemento attinente a profili rilevanti ai fini dell'ammissione alla procedura, come tali rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16) - compiendo ivi ogni valutazione circa l'affidabilità e integrità dell'operatore economico, ai fini della legittima ammissibilità alla procedura, alla luce del suddetto precedente provvedimento di risoluzione e della sua omissione comunicativa (cfr., *inter multis*, Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407; Id., 8 gennaio 2021, n. 307).

Consegue da ciò l'accoglimento del motivo d'impugnazione, con conseguente annullamento *in parte qua* del provvedimento d'aggiudicazione gravato, salve tutte le ulteriori valutazioni e determinazioni spettanti alla stazione appaltante in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build nei termini suindicati.

Deriva inoltre dall'annullamento dell'aggiudicazione nei confronti del Consorzio Stabile Build, a fronte della domanda di subentro - che include in sé quella dichiarativa d'inefficacia del contratto - proposta dalla Edil M.A.S. (su cui v. anche *infra*, *sub* § 7 s. in relazione al corrispondente sesto motivo d'appello) la dichiarazione d'inefficacia del contratto *ex* art. 122 Cod. proc. amm., considerato nella specie che s'è in presenza di un accordo quadro stipulato fra il Consorzio Stabile Build e l'amministrazione il 25 maggio 2021 per la durata di 48 mesi, come tale ben passibile di scioglimento a fronte della consistente parte dello stesso ancora residua; mentre non può adottarsi analoga pronuncia in relazione al successivo contratto applicativo in quanto non rientrante (quale atto successivo, collocato nella dimensione esecutiva, distinto dal contratto per il cui affidamento s'è svolta la gara controversa) nei poteri di questo giudice a norma dell'art. 122 (oltreché dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) Cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, V, 5 luglio 2021, n. 5116, 5120-5121, 5123-5124).

Non può disporsi poi il subentro dell'appellante nell'affidamento, proprio perché l'amministrazione è chiamata allo stato semplicemente a rivalutare - sotto il profilo del possesso dei requisiti ammissivi - la posizione del Consorzio Stabile Build nei termini sopra esposti.

3. Col secondo motivo l'appellante si duole della reiezione delle doglianze relative alla quinta classificata in graduatoria Mario Cipriani s.r.l., la quale non dichiarava il rinvio a giudizio di un proprio dipendente che nel 2017 era stato destinatario di misura cautelare in relazione a reati di associazione a delinquere finalizzata alla corruzione, peculato e falso in relazione ad appalti pubblici, nell'ambito di un'indagine condotta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli.

Il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore nel richiamare l'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 per escludere l'illecito motivando in ragione del fatto che il soggetto destinatario della misura era un dipendente della società: la fattispecie escludente è infatti da ritenere integrata anche laddove il

dipendente agisca, nella sostanza dei fatti, quale rappresentante della società, come nella specie avvenuto.

In ogni caso il fatto ben rientra nel perimetro dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, anche in prospettiva dichiarativa, considerata peraltro la gravità dei fatti contestati.

3.1. Il motivo non è condivisibile.

3.1.1. Come correttamente posto in risalto dalla sentenza, la veste di semplice dipendente della società impedisce di ritenere integrato, a norma dell'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, un illecito escludente in capo all'operatore economico.

Il che vale anche nella prospettiva dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, considerato che il fatto del dipendente non rileva di per sé in termini di grave illecito professionale dell'impresa (cfr. Cons. Stato, 4 giugno 2020, n. 3507 ove, in positivo, s'individuano quali soggetti i cui pregiudizi possono assumere rilievo escludente *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, d.lgs. n. 50 del 2016 le medesime figure indicate dal comma 3 della disposizione; cfr. anche Id., 28 febbraio 2022, n. 1421; nello stesso senso v. anche le Linee guida n. 6 Anac, approvate giusta delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornata con delibera n. 1008 dell'11 ottobre 2017, *sub par. 3.1*, che chiariscono l'ambito soggettivo dell'illecito ponendo in risalto che *“I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice”*, sicché *“Ai fini della partecipazione alla gara, la stazione appaltante deve verificare l'assenza della causa ostativa prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice in capo: - all'operatore economico, quando i gravi illeciti professionali sono riferibili direttamente allo stesso in quanto persona giuridica; - ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice quando i comportamenti ostativi sono riferibili esclusivamente a persone fisiche”*; per l'affermazione del principio cfr. anche, ad es., Cons. Stato, V, 8 aprile 2019, n. 2279, in cui si pone in risalto come *“la presenza di eventuali 'gravi illeciti professionali' possa assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando*

gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del medesimo decreto").

Nel caso di specie è pacifico che il fatto contestato è ascrivibile a un dipendente della controinteressata, né l'appellante fornisce specifiche e circostanziate evidenze in ragione delle quali il pregiudizio - di carattere penale, dunque di natura *personale* - possa ritenersi commesso quale rappresentante della società.

Per le stesse ragioni, come sopra evidenziato (cfr. *retro*, *sub* § 2.1.1) l'irrilevanza escludente sul piano sostanziale del fatto ne rende priva di rilievo anche la mancata comunicazione dalla concorrente e l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante.

4. Col terzo motivo l'appellante deduce l'erroneo rigetto delle doglianze relative all'anomalia dell'offerta della Conart s.c. a r.l., seconda classificata in graduatoria.

Al riguardo, l'appellante premette che la stazione appaltante aveva chiesto nei giustificativi l'indicazione di dettaglio degli elementi di costo, oltre alla correlazione della quantità di manodopera alle lavorazioni previste; allo stesso modo, il costo dei mezzi d'opera ne richiedeva la scomposizione nelle singole componenti.

Nella specie Conart non avrebbe computato il costo di un autocarro (nell'ambito della scheda n. 1 dei giustificativi), avrebbe trascurato il costo della spazzatrice della sede stradale, nonché del carico, trasporto e scarico (scheda n. 2), avrebbe sottostimato il costo unitario del trasporto - considerato anche che il prezzo previsto trova applicazione, in base al prezzario regionale, sino al decimo chilometro (scheda n. 6) - nonché avrebbe omesso il computo del costo del rullo compressore (schede n. 14, 15 e 16).

Il che determinerebbe nel complesso una sottostima di costi per € 1 milione circa, come risultante da perizia prodotta in atti dalla Edil M.A.S., tale da rendere l'offerta non sostenibile.

4.1. Il motivo non è condivisibile.

4.1.1. L'appellante, nel formulare le proprie doglianze, trascura o non attribuisce il giusto rilievo ad alcune delle circostanze ricavabili dalla lettura complessiva dei giustificativi, sicché a un esame integrato degli stessi le critiche avanzate risultano superate, oppure finiscono per impingere nella complessiva valutazione tecnico-discrezionale rimessa alla stazione appaltante in sede di verifica di anomalia delle offerte (cfr. per la natura tecnico-discrezionale delle valutazioni spettanti alla stazione appaltante ai fini della verifica di anomalia, *inter multis*, Cons. Stato, V, 28 febbraio 2022, n. 1412; 4 agosto 2021, n. 5754; 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; 30 novembre 2020, n. 7554; 23 novembre 2020, n. 7255; 2 ottobre 2020, n. 5777; 17 giugno 2019, n. 4050).

Segnatamente, quanto al costo dell'autocarro, in realtà la scheda criticata (*sub* scheda n. 1) attiene a “*Scavo a sezione aperta per sbancamento e splateamento in rocce [...]*”, ed è affiancata da una successiva e distinta scheda relativa proprio alle attività di “*Carico e trasporto a discariche e/o impianti autorizzati [...]*” - alla quale la controinteressata fa all'uopo riferimento - ciò in relazione e a fronte di cui l'appellante non esprime specifici rilievi, sicché in un siffatto contesto la doglianza non risulta in sé sufficiente a dimostrare profili di macroscopica inattendibilità nella complessiva valutazione espressa dall'amministrazione in ordine alla copertura dei costi e congruità dell'offerta.

In ordine al costo della spazzatrice, in realtà la relativa scheda (*i.e.*, scheda n. 2) reca il riferimento al costo della “fresatrice”; poi, in termini generali, Conart indica nei propri giustificativi la disponibilità di spazzatrici, esponendo anche i corrispondenti valori di ammortamento (il cui costo per le quote residue è peraltro allocato da Conart, per tutti i mezzi, fra le spese generali), sicché a fronte di tale disponibilità e dell'accessorietà del servizio a quello di fresatura, può ritenersi rientrante nell'apprezzamento tecnico-discrezionale dell'amministrazione - nella specie non macroscopicamente inattendibile o erroneo - la valutazione di non incongruità per ciò dell'offerta.

In ogni caso va osservato - ciò che è assorbente anche in relazione alle contestazioni sul costo di carico, trasporto e scarico nell'ambito della medesima scheda - come la stessa perizia prodotta dall'appellante a sostegno delle doglianze formulate indichi l'entità della dedotta scoperta di costo per la scheda n. 2 nell'importo complessivo di € 1.569,05, in sé irrilevante (considerata l'infondatezza delle altre censure) a fronte dell'ammontare dell'utile esposto da Conart, pari al 6,33%.

Quanto al costo del trasporto nell'ambito della scheda n. 6, va rilevato che l'indicazione di prezzo unitario dell'autocarro presente nei giustificativi Conart (pari a € 0,053 q/km) trova corrispondenza nei rilevamenti bimestrali prodotti dalla controinteressata, e l'assunto per cui la voce di costo unitario sarebbe *“sottostimat[a] al 1/10 del costo effettivo”* e che *“il prezzo di Conart [...] di euro/ton 5,02 [...] per essere sostenibile, dovrebbe essere di euro/ton. 10,53, cioè il doppio”* costituisce espressione d'un giudizio della stessa appellante, non in grado di manifestare di per sé una macroscopica irragionevolezza o inattendibilità nella valutazione svolta dall'amministrazione.

In relazione al costo del rullo compressore, come per la spazzatrice, considerato che è esposto nelle schede criticate (*sub* n. 14-6) il costo della vibrofinitrice (e, peraltro, nella scheda n. 16 anche dello stesso rullo), e il rullo compressore è indicato nei giustificativi fra i mezzi disponibili (inclusendo anche i relativi valori d'ammortamento), la doglianza non vale a far ritenere in sé manifestamente irragionevole il giudizio di copertura e non incongruità espresso dall'amministrazione nel quadro complessivo e globale di valutazione dei costi e mezzi.

Anche in ordine al corrispondente numero di operai, le dette schede ne indicano tre, e anche in questo caso l'apprezzamento complessivo della stazione appaltante non può ritenersi in sé superato dalla censura dell'appellante, considerati i margini di discrezionalità tecnica che sono insiti (anche) in una siffatta valutazione.

In tale contesto, la complessiva valutazione sintetica (e motivazione nel verbale di verifica di congruità) espressa dalla stazione appaltante circa la congruità dell'offerta non risulta superata - in termini di macroscopica e manifesta irragionevolezza, erroneità o inattendibilità - dalle censure dell'appellante, sicché il motivo va respinto.

5. Col quarto motivo l'appellante deduce l'erroneo rigetto delle doglianze formulate in primo grado avverso il Research Consorzio Stabile (concorrente terzo classificato in graduatoria) in relazione alla modifica dell'offerta in sede di giustificativi - con indicazione di un elenco mezzi diverso da quello previsto nell'offerta tecnica - e sua inadeguatezza e insostenibilità, come evidenziata anche a mezzo di apposita perizia asseverata.

La sentenza sarebbe viziata per contraddittorietà e lacunosità sul punto, e trascurerebbe il vero tenore della censura, volta a contestare la *modifica* del contenuto dell'offerta, invero riconosciuta dallo stesso giudice di primo grado. Sarebbe erronea, al riguardo, anche l'affermazione della sentenza circa la ritenuta idoneità della disponibilità complessiva del parco macchine di Research a coprire ed assicurare effettivamente le prestazioni offerte: le affermazioni espresse in proposito nel verbale di valutazione della congruità dell'offerta sarebbero generiche e inadeguate a sostenere una siffatta conclusione.

5.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

5.1.1. I giustificativi prodotti da Research, in linea con la richiesta della stazione appaltante del 28 dicembre 2020 - che, com'è proprio per la valutazione di anomalia, aveva domandato una giustificazione di sostenibilità del ribasso offerto in relazione alle voci di prezzo, attraverso loro scomposizione - ricomprendono effettivamente i riferimenti ai macchinari e relativi costi, e su tali macchinari in sé l'appellante non formula mirate contestazioni, salvi i lamentati profili di sostenibilità dell'offerta (su cui cfr. *infra, sub* § 6 ss.); le doglianze si appuntano piuttosto sulla difformità dell'elenco dei macchinari da quello annesso all'offerta.

In senso contrario, va osservato che i giustificativi fanno riferimento al parco macchine proprio, in dotazione del concorrente, e in tal modo l'amministrazione ha espressamente inteso l'indicazione (cioè, come comprensiva dell'intero parco macchine: cfr. verbale di verifica dell'anomalia dell'8 febbraio 2021, che in tal senso fa riferimento all'"*ingente parco macchine*" dichiarato dal concorrente), sicché alcuna modifica può essere ravvisata al riguardo per il sol fatto che l'allegato prodotto (avente carattere integrativo, considerato che la valutazione di anomalia - come già evidenziato - si concentrava invero sulla giustificazione del ribasso in relazione alle voci di prezzo) indicasse dei mezzi diversi da quelli esposti in offerta.

A ciò si aggiunga peraltro che la stessa offerta faceva riferimento alla possibile utilizzazione di mezzi ulteriori ed equivalenti (seppure per il caso di esecuzione di più contratti applicativi in contemporanea) e il solo richiamo delle differenze fra l'allegato all'offerta e quello ai giustificativi non vale a dimostrare che dette differenze siano in sé rilevanti rispetto agli elementi prestazionali significativi per l'affidamento in relazione ai mezzi previsti.

6. Col quinto motivo l'appellante si duole del mancato accoglimento delle censure proposte in primo grado in relazione all'anomalia dell'offerta dello stesso Research Consorzio Stabile.

Dalla stessa sentenza emergerebbe invero l'incompletezza delle giustificazioni e la carente istruttoria svolta dalla stazione appaltante al riguardo.

Rileverebbero in specie i seguenti elementi di anomalia dell'offerta: scostamento immotivato dalle tabelle ministeriali del costo del lavoro applicabili nella provincia di Roma; le spese generali sono inferiori del 6% rispetto ai minimi legali senza che l'operatore economico fornisca adeguata e ragionevole motivazione al riguardo; è sottostimato il costo della fresatrice (previsto nella misura di € 65 all'ora); lo stesso vale per i costi della vibrofinitrice (€ 45 all'ora); è da ritenere inadeguata, nell'ambito della scheda n. 1 dei giustificativi, la previsione di attività di trasporto da parte di un solo

autocarro, non in grado di completare il ciclo orario della lavorazione; lo stesso è a dirsi in relazione alla scheda n. 6, nonché alle schede n. 14, 15 e 16. Alla luce di ciò, considerato l'insieme dei costi trascurati e sottostimati, l'offerta Research perverrebbe a un valore di € 94.440.865, cui aggiungere il maggior costo della manodopera, e così per complessivi € 95.171.837, corrispondente a un ribasso (pari al 20,568%) ben inferiore a quello effettivamente offerto da Research, del 33,85%; il tutto come supportato da altra perizia tecnica prodotta in atti dall'appellante.

6.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

6.1.1. Va osservato preliminarmente, come già ha fatto il giudice di primo grado, che il ribasso offerto da Research (pari al 33,85%) è inferiore a quello dell'appellante (*i.e.*, 37,983%).

Nel merito delle doglianze, quanto al costo della manodopera, al di là di quanto dedotto da Research in ordine alla dichiarazione resa nei giustificativi circa il fatto di *“aver confermato i costi della mano d'opera previsti in gara e presenti nelle analisi nuovi prezzi”*, la doglianza formulata attiene a ben vedere a uno scostamento da tabelle del costo del lavoro di per sé sole non vincolanti, né in ogni caso è dimostrata (alla luce del rigetto delle altre doglianze) l'insostenibilità della voce in esame - su cui si denuncia una scopertura dello 0,774% - a fronte dell'utile indicato dalla controinteressata, e ciò al di là dei rilievi di Research in ordine al costo complessivo dei lavoratori in funzione dei rispettivi livelli, e correlati profili d'inquadramento degli stessi lavoratori.

In relazione alla voce delle spese generali, in realtà il dato del 5% per quelle *“di cantiere”* e del 2% per quelle fisse coincide con i valori minimi indicati dalla stazione appaltante con comunicazione di avvio della verifica di congruità dell'offerta, con la quale l'amministrazione chiedeva di fornire giustificazioni in caso di scostamento proprio rispetto a tali valori, né del resto l'appellante adduce elementi tali per cui l'importo risulterebbe in sé inadeguato, non assumendo rilievo a tal fine il mero (generico) richiamo ai *“minimi legali”* (anche in relazione all'art. 32, comma 2, lett. *b*), d.P.R. n. 207 del

2010, cui la sentenza fa riferimento a fronte dei richiami in primo grado della ricorrente), stanti le suddette specifiche indicazioni fornite dalla stazione appaltante.

Per quel che riguarda la fresatrice, la denunciata sottostima è motivata prendendo quale parametro di costo il consumo di carburante, ciò rispetto a cui l'appellante richiama tuttavia, in modo generico e apodittico, il dato calcolato su una "fresa stradale adeguata" (cfr., al riguardo, la corrispondente perizia, in atti, che individua autonomamente il modello preso a riferimento), mentre la controinteressata produce scheda di un diverso modello con altro consumo, sicché la doglianza non vale nel complesso a dimostrare una manifesta erroneità o irragionevolezza della valutazione di sostenibilità dell'offerta in un quadro rimesso a discrezionalità tecnica della stazione appaltante.

Lo stesso è a dirsi per le censure mosse in relazione alla vibrofinitrice, incentrate su un calcolo di consumi basato su un modello indicato dalla stessa appellante, del quale non v'è evidenza di coincidenza con i mezzi indicati dal controinteressato, che peraltro ciò contesta deducendo come tale modello sia obsoleto e non più impiegato nei lavori di cui trattasi.

Ancora, quanto al costo dell'autocarro, la doglianza s'incentra sulla ritenuta inidoneità del mezzo a raccogliere il materiale prodotto dall'escavatore, e tuttavia, considerato che nelle richiamate schede n. 6, 14, 15 e 16 non è specificata la capienza degli autocarri, e che del resto Research è dotato di vari mezzi, anche con capienze superiori, mentre la specificazione di "15 ton" si rinviene solo sulla scheda n. 1 - in relazione alla quale il profilo evocato attiene comunque alla modalità esecutiva, e cioè al rapporto tra volumi generati dall'escavatore e capienza dei mezzi - complessivamente la doglianza non è tale da far ravvisare una palese inattendibilità nella valutazione espressa dalla stazione appaltante, nella consueta dimensione tecnico-discrezionale dell'apprezzamento che è proprio della verifica di anomalia.

Per tali ragioni, dalle censure formulate dalla Edil M.A.S. non risultano complessivamente elementi in grado di dimostrare la sussistenza d'una macroscopica inattendibilità, erroneità o irragionevolezza nell'apprezzamento tecnico-discrezionale di non anomalia dell'offerta espresso dall'amministrazione.

Analogamente, non emergono dalle doglianze dell'appellante specifiche evidenze circa lacune o carenze istruttorie in cui l'amministrazione sarebbe incorsa nella verifica di congruità dell'offerta posta in essere.

Per tali ragioni, il motivo non è condivisibile.

7. Col sesto motivo l'appellante invoca l'illegittimità derivata degli atti che attribuiscono efficacia all'aggiudicazione e verificano il possesso dei requisiti, dolendosi così del rigetto dei corrispondenti motivi aggiunti in primo grado, e censurando al contempo il rigetto della domanda di subentro.

7.1. Per conseguenza delle valutazioni espresse sulle precedenti doglianze, quanto al provvedimento attributivo dell'efficacia all'aggiudicazione il motivo è fondato in via derivata - con conseguente annullamento del provvedimento stesso *in parte qua* - esclusivamente in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build (su cui cfr. *retro, sub par. 2.1.2 s.*), dovendo essere respinto rispetto a quella di tutte le altre controinteressate.

In relazione alla domanda subentro, come già rilevato va dichiarata l'inefficacia del contratto normativo stipulato dall'amministrazione con il Consorzio Stabile Build, non potendo per converso trovare accoglimento la richiesta di subentro dell'appellante nell'affidamento, stanti le valutazioni e determinazioni spettanti all'amministrazione per effetto della presente sentenza (cfr. *retro, sub § 2.1.2.1*).

8. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello principale va accolto in parte, in relazione al primo e sesto motivo nei termini suindicati, con conseguente parziale riforma della sentenza, accoglimento in parte del ricorso e dei motivi aggiunti in primo grado, e annullamento *in parte qua* dei provvedimenti gravati - nonché dichiarazione d'inefficacia del contratto

normativo stipulato con il Consorzio Stabile Build - nei sensi sopra specificati.

8.1. A fronte della reiezione dei motivi di gravame nei confronti del Consorzio Stabile Research va poi dichiarato improcedibile per carenza d'interesse l'appello incidentale proposto dallo stesso, in quanto avente finalità escludente, *ex se* assorbita - ai fini dell'interesse dell'appellante incidentale - dal rigetto del quarto, quinto e parte del sesto motivo dell'appello principale, nei suesposti sensi.

9. Considerato l'esito del giudizio e la complessità della fattispecie, vanno compensate le spese del doppio grado nei confronti della Astral, del Consorzio Stabile Build e della 2p Asfalti s.r.l., nonché del presente grado di giudizio fra tutte le altre parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- accoglie in parte l'appello principale, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie parzialmente il ricorso e i motivi aggiunti in primo grado e annulla i provvedimenti gravati, nonché dichiara inefficace il contratto stipulato fra la Astral s.p.a. e il Consorzio Stabile Build s.c. a r.l., come in motivazione;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio nei confronti dell'Astral s.p.a., nonché del Consorzio Stabile Build s.c. a r.l. e della 2p Asfalti s.r.l., compensando fra le altre parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO