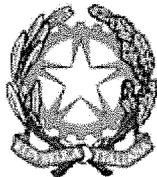


Pubblicato il 28/03/2022

N. 00206/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00100/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 100 del 2022, proposto da

████████████████████, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Discepolo, Alessandra
Gambacorta, Manuel Rubino, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio
Discepolo, in Ancona, via Matteotti n. 99;

contro

████████████████████, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Romoli, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

████████████████████ non costituiti in giudizio;

nei confronti

████████████████████ in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. con il [REDACTED], rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio D'Agostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; [REDACTED], non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione

per quanto riguarda il ricorso principale:

della determinazione del [REDACTED] n. 178 del 26 gennaio 2022, comunicata in data 27 gennaio 2022, di aggiudicazione definitiva al r.t.i. Penzi della "Procedura telematica aperta per l'appalto dei lavori realizzazione del nuovo complesso S. Arcangelo";

per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato in data 7 marzo 2022: della determinazione n. 178 del 26 gennaio 2022 e dei verbali di gara nelle parti in cui omettono di rilevare l'insussistenza dei requisiti di qualificazione in capo alla ditta [REDACTED] e, più in generale, dispongono l'ammissione alla procedura di gara del concorrente;

del disciplinare di gara nella parte in cui, al punto 7.1.2, lett. b), consente di coprire la qualificazione nelle categorie OG11 e OS18-A attraverso i requisiti posseduti nella categoria prevalente OG2;

della graduatoria finale della gara, nella parte in cui individua la [REDACTED] quale concorrente secondo graduato;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale o connesso a quelli sopra elencati, ancorché non conosciuto che ammetta e/o consenta la partecipazione della [REDACTED] alla gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del [REDACTED] e di [REDACTED];

Visto il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La presente controversia scaturisce dagli esiti della procedura ad evidenza pubblica indetta dalla [REDACTED] per conto dello stesso [REDACTED] ed avente ad oggetto l'appalto dei lavori di realizzazione del nuovo complesso "S. Arcangelo", destinato ad ospitare la "Fabbrica del Carnevale" e la "Casa della Musica" (lotto 1). Alla gara, che presentava un importo presunto a base d'asta di € 5.675.027,22, oltre a IVA, e che era da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con 70 punti riservati all'offerta tecnica, 25 punti all'offerta economica e 5 punti all'offerta tempo), hanno preso parte dodici concorrenti e, all'esito della valutazione delle offerte, è risultato aggiudicatario il r.t.i. composto dalla mandataria [REDACTED] e dalla mandante [REDACTED], mentre la [REDACTED] si è collocata al secondo posto della graduatoria.

2. Non ritenendo legittima l'aggiudicazione la [REDACTED] ha proposto il ricorso principale, esponendo in punto di fatto quanto segue:

- nella presente procedura, la [REDACTED] si è avvalsa dell'inversione procedimentale di cui al combinato disposto della L. n. 55/2019 e dell'art. 133, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, la quale consente di esaminare le offerte tecniche ed economiche prima della verifica della documentazione amministrativa. Pertanto la commissione di gara ha proceduto all'apertura e alla valutazione delle offerte tecniche e di quelle economiche, per poi rimettere gli atti al seggio di gara per l'esame della

documentazione amministrativa del primo e del secondo classificato (la rilevanza di tale *modus procedendi* emergerà *infra*);

- il disciplinare di gara prevedeva la seguente ripartizione delle lavorazioni in cui è suddiviso l'appalto:

i) OG2 - class. IV BIS (categoria prevalente a qualificazione obbligatoria), valore € 2.860.810,92;

ii) OG11 - class. III (categoria SIOS scorporabile a qualificazione obbligatoria), valore € 998.027,10;

iii) OS18A - class. III BIS (categoria SIOS scorporabile a qualificazione obbligatoria), valore € 1.145.525,02;

iv) OS18B - class. III BIS (categoria SIOS scorporabile a qualificazione obbligatoria), valore € 395.831,26;

v) OS23 - class. II (categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria), valore € 274.839,92;

- la *lex specialis* prevedeva altresì che l'offerta telematica si dovesse comporre di tre buste virtuali contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa (busta A), l'offerta tecnica (busta B) e l'offerta economica e l'offerta tempo (busta C);

- per quanto concerne l'offerta tecnica il disciplinare prevedeva che il punteggio sarebbe stato attribuito sulla base dei seguenti criteri di valutazione:

A.1 - Cantierizzazione e mitigazione dell'impatto del cantiere con la scuola Padalino (max punti 25);

A.2. - Professionalità ed esperienza (max punti 8);

A.3 - Modalità di interazione con il Direttore Artistico (max punti 6);

A.4 - Demolizione dell'edificio esistente (max punti 10);

A.5 - Manutenzione dell'Opera (max punti 5);

A.6 - Informazione al committente per la gestione e l'utilizzo degli impianti tecnologici (max punti 4);

A.7 - Direttore di cantiere (max punti 6);

A.8 - Certificazioni d'impresa (max punti 6).

Tali punteggi sarebbero stati assegnati discrezionalmente dai singoli commissari attribuendo ad ogni concorrente un coefficiente variabile tra 0,00 (molto scarso) e 1,00 (eccellente). La media dei coefficienti assegnati dalla commissione sarebbe stata poi moltiplicata per il punteggio massimo relativo al criterio a cui si riferivano. Gli elementi A.7. e A.8., per i quali era già indicato un valore tabellare nella griglia di valutazione, sarebbero stati valutati in valore assoluto sulla base della presenza o assenza nell'offerta dell'elemento richiesto. Il disciplinare precisava, infine, che, al fine di mantenere inalterato il rapporto prezzo-qualità, si sarebbe proceduto alla riparametrazione del punteggio tecnico al fine di attribuire ad almeno un concorrente il punteggio massimo assegnabile;

- per quanto concerne il criterio A.2., ogni concorrente era tenuto ad illustrare in dettaglio l'organigramma di cantiere nonché *"...l'elenco del personale che, in caso di aggiudicazione, sarà effettivamente impiegato nell'appalto comprese le qualifiche, le competenze e le esperienze specifiche di ciascuno, di tipo tecnico, ambientale ed in cantiere analoghi..."*;

- per quanto attiene il criterio di valutazione A.7 "Direttore di Cantiere", il punteggio sarebbe stato attribuito secondo la sommatoria dei sub criteri di seguito indicati:

Tipo di rapporto con l'impresa:

- 1) titolare, socio, dipendente a tempo indeterminato: punti 2,5;
- 2) collaboratore esterno, dipendente a tempo determinato: punti 1,5;

Titolo di studio:

- 1) ingegnere, architetto: punti 1,5;
- 2) geometra, perito tecnico: punti 0,8;
- 3) altri titoli di studio: punti 0,5;

Anzianità Lavorativa:

1) uguale o superiore a 20 anni: punti 2;

2) da 10 a 20 anni: punti 1;

3) inferiore a 10 anni: punti 0,5;

- l'attribuzione del punteggio relativo al criterio A.8 sarebbe stata legata al possesso delle seguenti tre certificazioni: certificazione aziendale ISO 9001, certificazione di sicurezza OHSAA 18000 e certificazione ambientale ISO 14001. Per ciascuna certificazione posseduta sarebbero stati attribuiti 2 punti, mentre in assenza di certificazione il punteggio sarebbe stato pari a 0.

Il disciplinare prevedeva poi espressamente che *"...in caso di raggruppamento temporaneo per il raggiungimento del punteggio massimo la certificazione dovrà essere posseduta da ciascun componente, in mancanza della certificazione anche in capo di un solo componente, il punteggio massimo attribuito sarà pari ad 1 punto per ciascuna certificazione posseduta. Nel caso di consorzio le certificazioni dovranno essere possedute dalla/dalle consorziata/e indicata/e quale/i esecutrice/i delle opere"*. In relazione al predetto criterio A.8. veniva peraltro posto alla stazione appaltante il seguente quesito *"... Preso atto che, ai sensi del punto "A.8 - Certificazioni d'impresa" dei criteri di valutazione dell'Offerta Tecnica, è previsto che il possesso delle certificazioni ivi indicate sia proprio delle consorziate esecutrici, si chiede, qualora taluna delle consorziate difetti del possesso di una o più di tali certificazioni, come vengono attribuiti i punteggi, fermo restando il possesso di tutte le certificazioni in capo al Consorzio"*. A tale quesito la stazione appaltante rispondeva che *"Per l'attribuzione del punteggio max di sei punti previsto per il criterio A.8 della tabella relativa ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica ciascuna consorziata esecutrice deve essere in possesso delle certificazioni riportate al punto A.8. Si precisa che per l'assegnazione del punteggio max di due punti per ogni certificazione di qualità ciascuna consorziata esecutrice dovrà essere in possesso della stessa, in difetto verrà assegnato un punteggio pari a zero"*;

- essa ricorrente partecipava alla gara in oggetto al pari dell'odierno

controinteressato costituendo r.t.i. fra la [REDACTED] S.p.A. (capogruppo) e il [REDACTED] (mandante), il quale indicava come consorziata esecutrice dei lavori la ditta [REDACTED];

- all'esito della valutazione delle offerte la [REDACTED] si collocava al primo posto della graduatoria con punti 90,14, mentre l'a.t.i. capeggiata da [REDACTED] (di seguito anche "[REDACTED]") si collocava al secondo posto con punti 88,78;
- a questo punto, in ragione della suddetta inversione procedimentale, la commissione rimetteva gli atti al seggio di gara per l'apertura e la verifica della documentazione inserita nella busta A dalle ditte collocate ai primi due posti della graduatoria. Nella seduta del 16 dicembre 2021 il seggio di gara procedeva a tali incombenzi e, dopo aver constatato la completezza della documentazione prodotta da [REDACTED], rilevava che il costituendo r.t.i. capeggiato dalla [REDACTED] aveva erroneamente inserito nella busta A, anziché in quella contenente l'offerta tecnica, le certificazioni necessarie all'ottenimento del punteggio di cui al criterio A.8. In conseguenza di ciò, sul rilievo che anche il [REDACTED] era in possesso di tutte e tre le certificazioni di cui al predetto criterio A.8., il seggio di gara rimetteva gli atti alla commissione chiedendole di rivalutare il punteggio assegnato al r.t.i. relativamente a tale criterio di valutazione (3 punti), sulla scorta di quanto rilevato all'esito dell'apertura della busta A. Peraltro, evidenzia sin d'ora la ricorrente, la stazione appaltante non ha accertato se anche la consorziata indicata dal [REDACTED] quale esecutrice dei lavori sia in possesso di tutte e tre le certificazioni indicate nel criterio A.8. (accertamento che avrebbe dato esito negativo, in quanto la ditta Coop. Edil Fast possiede solo la certificazione ISO 9001);
- nella seduta del 14 gennaio 2022 la commissione, recependo le indicazioni del seggio di gara e omettendo di eseguire qualsiasi autonoma verifica, assegnava al r.t.i. il punteggio massimo previsto per il criterio A.8., il che

determinava il sovvertimento della graduatoria visto che l'a.t.i. passava da 88,78 a 92,18 punti e sopravanzava la [REDACTED];

- dopo aver ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione ed aver eseguito l'accesso agli atti, essa ricorrente ha rilevato alcuni profili di illegittimità della procedura, di talché ha proposto il presente ricorso.

3. Questi i motivi dedotti da [REDACTED]:

a) violazione falsa applicazione degli artt. 16 e 18 del disciplinare di gara e dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016, tra cui, in particolare, i principi di trasparenza e proporzionalità, nonché dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, manifesta illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione (art. 3 L. n. 241/1990).

Con il primo motivo la [REDACTED] deduce che:

- al [REDACTED] non poteva essere assegnato, per il criterio A.8., il punteggio massimo di 6 in quanto, come esposto in fatto, la consorziata designata dal mandante [REDACTED] non possiede tutte e tre le certificazioni indicate dal disciplinare sub criterio A.8. *In parte qua*, infatti, la *lex specialis*, come confermato anche dai chiarimenti resi dalla stazione appaltante, prevede, nel caso dei consorzi, che il punteggio massimo può essere attribuito solo se anche la consorziata designata possiede tutte le certificazioni *de quibus*. Pertanto al [REDACTED] andavano assegnati 4 punti, ossia 3 punti per le certificazioni possedute dalla mandataria e 1 punto per la certificazione ISO 9001 posseduta dalla consorziata designata;

- l'operato della stazione appaltante è peraltro illegittimo anche sotto il profilo procedurale, in quanto la documentazione comprovante il possesso delle certificazioni in parola andava inserita nella busta B, per cui, non avendo l'a.t.i. rispettato tale clausola, le certificazioni inserite nella busta A

non andavano neanche prese in considerazione (e questo anche per il fatto che il disciplinare aveva imposto per la redazione dell'offerta tecnica un limite massimo di pagine, in cui vanno inclusi anche gli eventuali allegati, comunque essi siano stati prodotti).

La ricorrente evidenzia che l'accoglimento di tale censura determina l'attribuzione al r.t.i. controinteressato di un punteggio pari a 53,80 per l'offerta tecnica (che, riparametrato, è pari a punti 61,09) e di un punteggio totale di punti 89,90, dal che conseguirebbe l'aggiudicazione della gara in favore di essa ricorrente;

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis), del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 18 del disciplinare di gara e dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, manifesta illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione (art. 3 L. n. 241/1990).

Con il secondo motivo la ricorrente evidenzia che:

- anzitutto, il r.t.i. capeggiato dalla ██████████ andava escluso per avere reso false dichiarazioni relativamente agli elementi da valutare per il criterio A.7.

La stazione appaltante ha omesso infatti di rilevare una evidente falsità nella dichiarazione resa dall'aggiudicatario, laddove è stato affermato, in relazione ai predetti criteri, che l'██████████, designato quale direttore tecnico di cantiere, possiede 24 anni di esperienza professionale. Sul punto, come esposto in fatto, il criterio A.7 prevede che l'anzianità lavorativa oggetto di valutazione è quella "...maturata dopo il conseguimento del titolo di studio dichiarato...", il quale nella specie risulta essere la laurea magistrale in Ingegneria Civile (pag. 20 dell'offerta tecnica del r.t.i. Penzi). Ma dalla mera lettura dei dati anagrafici ██████████, più volte riportati nei documenti di gara e nel suo *curriculum*, risulta che egli è nato il 30 marzo 1979 e pertanto all'epoca aveva 42 anni. Anche ammesso che egli abbia

conseguito la laurea a 24 anni ed abbia superato subito l'esame di abilitazione professionale, è oggettivamente impossibile che il professionista possa aver maturato 24 anni di attività lavorativa, tanto è vero che nessuna tra le "esperienze significative" indicate nel *curriculum vitae* dell'ing. [REDACTED] è così risalente nel tempo. La stazione appaltante avrebbe dovuto pertanto disporre l'esclusione del r.t.i. aggiudicatario ai sensi dell'art. 80, comma 5, let. f-*bis*), del Codice dei contratti, essendo stata resa una dichiarazione palesemente falsa, preordinata ad ottenere un punteggio indebito in relazione ai criteri A.2 e A.7.;

- in subordine, l'operato della commissione è comunque affetto da palese illegittimità per difetto di istruttoria, non essendo stata rilevata la evidente inattendibilità della dichiarazione della [REDACTED] [REDACTED]. In questo senso, la commissione avrebbe dovuto assegnare al r.t.i. per il sub-criterio A.7. un punteggio comunque inferiore a 6;

c) violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 18 del disciplinare di gara e dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, manifesta illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione (ulteriore profilo).

Con il terzo motivo la ricorrente deduce l'erroneità dell'attribuzione al r.t.i. del punteggio relativo al criterio A.2., visto che il raggruppamento non ha indicato nel dettaglio l'elenco "*...del personale che, in caso di aggiudicazione, sarà effettivamente impiegato nell'appalto, comprese le qualifiche, le competenze e le esperienze specifiche di ciascuno, di tipo tecnico, ambientale ed in cantieri analoghi*". Infatti il r.t.i. aggiudicatario ha indicato il personale che intende assegnare al cantiere, ma non ha elencato le esperienze maturate dallo stesso, bensì soltanto le opere pregresse realizzate dalla [REDACTED], il che è evidentemente tutt'altra cosa. Ciò ha impedito alla commissione di valutare la professionalità maturata dal personale che, in caso di aggiudicazione, sarebbe responsabile del cantiere. Di conseguenza per il criterio A.2 alcun punteggio avrebbe dovuto essere

attribuito al r.t.i. aggiudicatario o, quanto meno, il punteggio attribuito dalla commissione (5,60) andrebbe proporzionalmente ridotto tenendo conto che solo per [REDACTED] è stato prodotto il *curriculum* professionale, mentre nulla risulta per gli altri professionisti menzionati nell'offerta tecnica;

d) eccesso di potere per illogicità e irrazionalità nella valutazione delle offerte e nell'attribuzione dei punteggi. Difetto di istruttoria.

Con il quarto motivo, la [REDACTED] deduce che:

- il r.t.i. aggiudicatario andava escluso in quanto, con riguardo al criterio di valutazione A.1., l'offerta tecnica è irrealizzabile. Infatti il r.t.i. [REDACTED], al dichiarato scopo di evitare l'interferenza con l'attività didattica svolta nella scuola Padalino e con i cavi elettrici presenti *in loco*, ha previsto di sostituire la gru da installare nel cortile della scuola con un'autogru da collocare all'incrocio tra Via De Amicis e Corso Matteotti ed avente le seguenti caratteristiche principali: sbraccio massimo 65 metri, peso massimo da sollevare 5 tonnellate, scarico massimo sul terreno 1,87 kg/cmq;

- tale soluzione, come risulta dalle schede tecniche dell'autogru e dagli elaborati grafici inseriti nel corpo del ricorso e/o allegati al medesimo, è però del tutto irrealistica, visto che le dimensioni della gru non sono compatibili con la stretta viabilità del centro storico cittadino e renderebbero praticamente impossibile il raggiungimento della postazione di stazionamento, anche a causa della interferenza con il campanile di una chiesa ubicata nei pressi dell'area di cantiere;

- nonostante ciò, la commissione ha attribuito al r.t.i. [REDACTED], per il criterio A.1., un coefficiente di 0,80, ritenendo che questa miglioria "...risponde in maniera più che soddisfacente, articolata, appropriata al criterio in esame...".

In calce ai suddetti motivi, la ditta [REDACTED] ha poi esposto le risultanze della prova di resistenza, specificando quale sarebbe l'esito della gara a seconda dei motivi che il Tribunale riterrà fondati: in tutti i casi essa ricorrente risulterebbe aggiudicataria.

La ditta [REDACTED] in conseguenza dell'accoglimento della domanda impugnatoria, chiede altresì:

- in via principale, la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* con il r.t.i. capeggiato dalla ditta Penzi (e al riguardo formula espressa domanda di subentro);
- in via gradata, la condanna dell'amministrazione aggiudicatrice al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

4. Si sono costituiti in giudizio il [REDACTED] e la ditta [REDACTED] (in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con il [REDACTED]), la quale, oltre a controdedurre rispetto alle doglianze di [REDACTED], in data 7 marzo 2022 ha depositato altresì un ricorso incidentale con cui deduce che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per le seguenti ragioni:

a) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, 84 e 105 del D.Lgs. n. 50/2016 e 12, comma 2, let. b), della L. n. 80/2014. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, sviamento.

Con il primo motivo, la ditta [REDACTED] evidenzia che:

- la ricorrente principale non è in possesso di tutte le qualificazioni prescritte dal disciplinare di gara, ed in particolare di quelle relative alle lavorazioni c.d. superspecialistiche (SIOS), per cui ha dichiarato di volerle subappaltare;
- tuttavia il subappalto dichiarato supera il limite previsto dall'art. 105, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016, nella versione vigente *ratione temporis* al momento della pubblicazione del bando di gara, secondo cui "...per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non

può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso". Come è noto, infatti, qualora il disciplinare di gara preveda l'esecuzione di opere afferenti alle categorie c.d. superspecialistiche:

i) nel caso in cui l'importo della categoria sia superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori, potrà essere subappaltata soltanto una quota pari al 30% del valore della singola categoria (la ricorrente incidentale aggiunge per completezza che il regime normativo applicabile *ratione temporis* alla gara, ossia l'art. 49 del D.L. n. 77/2021 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. n. 108/2021, prevede un innalzamento della quota subappaltabile dal 30% al 50% ai sensi. In particolare, secondo la predetta norma, "*...fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'articolo 105, commi 2 e 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il subappalto non può superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*". Sul tema è intervenuta anche l'A.N.AC. che, nella seduta del 6 ottobre 2021, ha chiarito come "*...pur essendo innalzato il limite generale in subappaltabilità al 50%, risulta esclusa la possibilità di subappaltare la percentuale ulteriore delle lavorazioni rientranti nelle categorie super specialistiche*";

ii) non è ammesso l'avvalimento se l'importo della categoria è superiore al dieci per cento dell'importo totale dei lavori;

- ciò premesso, nel caso di specie il disciplinare di gara prevede l'esecuzione di lavorazioni ascrivibili alla categoria superspecialistica OS18-A, categoria III *bis*, per un importo di € 1.145.525,02, pari al 20,19% dell'importo totale dei lavori. La ditta [REDACTED] ha preso parte alla procedura di gara come operatore singolo pur non essendo qualificata per la categoria OS18-A, dichiarando che "*...le lavorazioni inerenti a tale categoria verranno affidate interamente in subappalto ad imprese qualificate*". Tale dichiarazione si pone però in diretto contrasto con le chiare previsioni di legge sopra richiamate, dal momento che la categoria OS18-A avrebbe potuto essere subappaltata

soltanto nei limiti del 30% del suo valore;

- pertanto, non essendo ammesso per la categoria in questione nemmeno il ricorso all'avvalimento, la ditta [REDACTED] avrebbe dovuto essere certamente esclusa dalla gara per carenza dei requisiti prescritti dai punti 3.2 e 7.1.2 del disciplinare di gara;

- né a diversa conclusione si potrebbe pervenire per il fatto che il disciplinare di gara, al punto 7.1.2, let. b), ammette la possibilità per i concorrenti di coprire la qualificazione nelle categorie OG11 e OS18-A attraverso i requisiti posseduti nella categoria prevalente OG2. Tale clausola è infatti viziata da nullità testuale per diretto contrasto con l'art. 105, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 nonché con l'art. 12, comma 2, let. b), della L. n. 80/2014;

b) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 84 del D.Lgs. n. 50/2016 e del D.M. n. 37 del 22 gennaio 2008. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, sviamento.

Con il secondo motivo la ditta [REDACTED] deduce che:

- il disciplinare di gara, al punto 3.2, prescrive per le lavorazioni rientranti nella categoria OG11 “...l'obbligo di esecuzione da parte di installatori aventi i requisiti di cui al D.M. 22 gennaio 2008, n. 37”;

- nessuno dei requisiti in argomento è evincibile dalla visura camerale della ditta [REDACTED], dalla quale sarebbe dovuta risultare la presenza, ai sensi dell'art. 3, comma 6, del D.M. n. 37/2008, di “un certificato di riconoscimento”;

- la ricorrente principale andava dunque esclusa dalla gara anche per questo autonomo profilo;

c) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 84 del D.Lgs. n. 50/2016 e del D.M. n. 37/2008. eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di

motivazione, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, sviamento (il Collegio, al riguardo, rileva che la rubrica del terzo motivo non corrisponde per intero al contenuto delle censure, il che è stato probabilmente dovuto all'utilizzo della tecnica del "copia e incolla" della rubrica del secondo motivo. Ciò non dà luogo però ad alcuna conseguenza processuale pratica).

Con l'ultimo motivo la ricorrente incidentale evidenzia che:

- come è noto, nel caso in cui l'offerta tecnica contenga una proposta progettuale difforme dalla *lex specialis* e/o carente, la stessa deve essere esclusa in quanto costituente *aliud pro alio*;

- nella specie l'offerta tecnica della ditta [REDACTED] presenta una inadeguatezza tale da renderne doverosa l'esclusione, essendo irrealizzabili le soluzioni tecniche relative al criterio di valutazione A.1.;

- infatti (come comprovato dagli elaborati grafici desunti dall'offerta della ricorrente principale e trasposti nel ricorso incidentale) la ditta [REDACTED], per superare le interferenze con la scuola Padalino, ha previsto soluzioni tecniche che incidono sulla viabilità locale determinandone un blocco totale. Infatti la ricorrente principale ha previsto la collocazione di un'autogru in una via angusta e tortuosa, il che, oltre a risultare difficoltoso in sé, determinerà conseguenze pregiudizievoli per la circolazione stradale. Inoltre la gru presenta dimensioni tali da non rendere verosimile la soluzione proposta.

5. In data 18 marzo 2022 il [REDACTED] ha depositato una memoria con cui replica alle censure contenute nel ricorso incidentale.

La ricorrente principale e la ricorrente incidentale, in data 18 marzo e 21 marzo 2022, hanno depositato anch'esse memorie e documenti.

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2022, fissata in prosecuzione per la trattazione della domanda cautelare formulata dalla ditta [REDACTED], il Tribunale, ravvisata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., ha dato avviso alle parti presenti della possibilità di definire il giudizio in

questa sede con sentenza resa in forma immediata, non riscontrando opposizioni o riserve.

DIRITTO

6. Il ricorso principale va accolto, mentre il ricorso incidentale va respinto, per le ragioni che di seguito si espongono.

7. Il primo motivo del ricorso principale è fondato, atteso che:

- in generale, e con riguardo alla problematica del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti di qualificazione dei consorzi e delle consorziate, il Tribunale ritiene di aderire alle conclusioni rassegnate dal T.A.R. Lazio nella recente sentenza n. 2571/2022, alla cui motivazione si rimanda ai sensi dell'art. 74 c.p.a.;

- con specifico riguardo al caso di specie, invece, rileva anzitutto la chiara formulazione della *lex specialis*, laddove (criterio di valutazione A.8. del disciplinare, il cui contenuto è stato ribadito dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti) si dice che *“In caso di raggruppamento temporaneo per il raggiungimento del punteggio massimo, la certificazione dovrà essere posseduta da ciascun componente; in mancanza della certificazione anche in capo di un solo componente, il punteggio massimo attribuito sarà pari a 1 punto per ciascuna certificazione posseduta. Nel caso di consorzi le certificazioni dovranno essere possedute dalla/dalle consorziata/e indicata/e quale/i esecutrice/i delle opere”*. Come correttamente evidenzia la ricorrente principale, non vi è alcuna ragione logica per la quale tale clausola si applicherebbe solo ai consorzi che partecipano *uti singuli* e non anche ai consorzi che partecipano in a.t.i. con altri operatori (al riguardo vale l'antico broccardo, opportunamente rimaneggiato, *ubi lex specialis voluit dixit, ubi noluit tacuit*);

- inoltre, e *a fortiori*, rileva la circostanza che nel caso odierno il possesso delle certificazioni indicate nel criterio A.8. non costituiva un requisito di ammissione, bensì rilevava solo ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, ergo si tratta di un profilo premiale. Pertanto, il punteggio massimo

andava assegnato solo se l'operatore economico che eseguirà effettivamente i lavori possiede tutte e tre le certificazioni in parola, ma nel caso del [redacted] la consorziata designata ad eseguire i lavori ne possiede una sola.

Non è invece dirimente il fatto che la documentazione attestante il possesso in capo al Consorzio delle certificazioni in parola fosse inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa, perché, trattandosi di criterio c.d. tabellare, la revisione postuma del punteggio, se svolta correttamente, non avrebbe determinato in sé alcuna alterazione della *par condicio* e della regolarità delle operazioni valutative.

In accoglimento del presente motivo all'a.t.i. capeggiata dalla ditta [redacted] vanno decurtati 3 punti assegnati per il sub-criterio in parola.

8. Il secondo motivo è fondato solo nella parte in cui si deduce l'errata applicazione da parte della commissione di gara della *lex specialis*, relativamente al sub-criterio A.7.

Il Tribunale non ritiene quindi che la ditta [redacted] abbia reso una dichiarazione falsa o comunque rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*), del D.Lgs. n. 50/2016 e questo perché dall'offerta tecnica dell'aggiudicataria emerge che:

- la ditta ha ritenuto che il disciplinare fosse da interpretare nel senso che andava computata tutta l'esperienza professionale maturata dall'ing. [redacted] ossia anche quella svolta prima del conseguimento della laurea in ingegneria (e quindi in costanza del possesso del diploma, il che lo abilitava a svolgere il ruolo di assistente di cantiere - si veda il documento allegato n. 15 al deposito della ricorrente incidentale del 7 marzo 2022);
- tuttavia l'erroneità di tale convincimento risultava agevolmente individuabile *ex actis*, come del resto ha fatto la ricorrente principale, visto che nel *curriculum* allegato all'offerta era indicata l'età dell'ing. [redacted] (dal che era facile desumere che lo stesso non poteva in alcun caso aver maturato 24

anni di esperienza professionale dopo il conseguimento della laurea, ossia del “titolo dichiarato”, visto che la laurea in ingegneria non si può oggettivamente conseguire prima del 24° anno di età, dovendosi peraltro considerare anche l’ulteriore tempo che trascorre prima del superamento dell’esame di Stato).

La dichiarazione non era quindi idonea a trarre in inganno la commissione, la quale, a giudizio del Collegio, ha invece ritenuto di poter considerare l’intera esperienza professionale maturata dall’ing. [REDACTED] muovendosi in un’ottica sostanzialistica.

Ciò, però, si poneva in contrasto con la *lex specialis*, di talché il motivo sotto questo profilo va accolto. Ne consegue che all’a.t.i. aggiudicataria deve essere decurtato un ulteriore punto, visto che all’ing. [REDACTED] va riconosciuta un’anzianità lavorativa compresa fra 10 e 20 anni (il primo incarico che risulta dopo il conseguimento della laurea risale infatti al 2006/2007).

9. Il terzo motivo è invece infondato, in quanto, dall’esame dell’offerta tecnica dell’a.t.i. [REDACTED] emerge che la mandataria ha riportato i *curricula* e le esperienze professionali dei tecnici che dovrebbero svolgere gli incarichi principali relativamente al presente appalto, per cui non è a parlarsi in alcun modo di esclusione. In realtà da quanto riportato a pag. 10 dell’offerta tecnica emerge che le esperienze professionali dei predetti tecnici coincidono con i principali lavori che la ditta [REDACTED] ha dichiarato di aver eseguito negli ultimi anni, il che dipende verosimilmente dal fatto che i professionisti in questione sono alle dipendenze o comunque collaborano con l’impresa da molto tempo. *In parte qua*, dunque, si potrebbe discutere al massimo della congruità del punteggio assegnato dalla commissione, ma sul punto non vi sono specifiche censure.

10. Anche l’ultimo motivo è infondato. Al riguardo, vista la specularità delle reciproche contestazioni, il Collegio ritiene di trattare in questa sede anche il terzo motivo del ricorso incidentale.

Come si è visto nell'esposizione in fatto, sia la ricorrente principale che la ricorrente incidentale ritengono inattuabile la soluzione tecnica proposta dalla controparte in relazione al sub-criterio A.1.

Il Collegio, a tal riguardo, evidenzia che:

- entrambi gli operatori, prima di formulare l'offerta, hanno dovuto eseguire, a pena di esclusione, il sopralluogo nell'area di esecuzione dei lavori (art. 11 del disciplinare), per cui si deve presumere che i rispettivi tecnici abbiano accuratamente verificato la possibilità di utilizzare, per il montaggio della gru principale, autogru del tipo di quelle indicate negli scritti difensivi (al riguardo va altresì rilevato che nelle rispettive offerte non era richiesto di indicare nel dettaglio la marca e la tipologia del mezzo che ciascun operatore avrebbe utilizzato nel caso fosse risultato aggiudicatario);
- il fatto che il presente appalto debba essere eseguito in un centro storico non costituisce per operatori di collaudata esperienza quali sono sia la ██████████ che l'a.t.i. ██████████ un problema di particolare complessità, visto che nella stragrande maggioranza delle città italiane (ossia nel mercato di riferimento dei due operatori) esistono centri storici più o meno estesi e più o meno significativi dal punto di vista storico e architettonico. Ciò vuol dire che entrambi gli operatori che si fronteggiano nel presente giudizio hanno svolto decine di lavori in contesti simili, e dunque non è pensabile che le soluzioni tecniche escogitate nella specie siano irrealizzabili;
- allo stesso modo, anche i commissari di gara sono tecnici qualificati i quali, oltretutto, ben conoscono la realtà del centro storico di Fano, per cui anche sotto questo profilo non si può ritenere che essi non siano stati in grado di valutare la praticabilità di entrambe le soluzioni proposte. A questo proposito va inoltre osservato che il sub-criterio A.1., soprattutto in ragione della sua rubrica ("Cantierizzazione e mitigazione dell'impatto del cantiere con la scuola Padalino"), risponde all'esigenza del Comune di evitare soprattutto un impatto del cantiere con il citato edificio scolastico

(nel cui cortile sarebbe prevista dal progetto comunale la collocazione della gru di montaggio della gru principale), mentre le ricadute sull'ambiente, sulla viabilità e sui parcheggi, che pure sono menzionate, appaiono oggettivamente recessive. Non si può infatti pensare che lavori del tipo e della portata di quelli oggetto del presente appalto non abbiano riflessi, quantomeno temporanei, sulla viabilità e sui parcheggi, essendo facilmente ipotizzabile che nel periodo di esecuzione dei lavori, ed a prescindere dalle soluzioni escogitate dall'aggiudicatario, i residenti e gli utenti della zona dovranno sopportare inevitabili disagi.

Concludendo sul punto, dunque, le censure incrociate sono da ritenere infondate, potendosi al più discutere del maggiore o minore pregio delle due soluzioni, ma non certo di esclusione dei due concorrenti in ragione della irrealizzabilità delle soluzioni alternative proposte per evitare interferenze con l'attività dell'istituto scolastico finitimo.

11. Per le suesposte ragioni il ricorso principale va nel suo complesso accolto, con conseguente modifica della graduatoria finale e accertamento del diritto della ricorrente principale ad essere individuata quale aggiudicataria.

Non essendo stato ancora stipulato il contratto, ciò costituisce altresì reintegrazione in forma specifica dell'interesse sostanziale azionato nel presente giudizio (fatti salvi ovviamente gli esiti delle verifiche che la stazione appaltante dovrà effettuare nei confronti del nuovo aggiudicatario).

12. Il ricorso incidentale va invece respinto.

12.1. Il primo motivo è infondato in quanto:

- per un verso, la stazione appaltante nella specie ha consentito il ricorso al subappalto senza limiti, disapplicando la normativa nazionale vigente *ratione temporis* (ossia, l'art. 49, comma 1, let. a), del D.L. n. 77/2021, convertito in L. n. 108/2021) per contrasto con i principi affermati dalla Corte di

Giustizia U.E. nelle note sentenze 26 settembre 2019, in causa C-63/18, e 7 novembre 2019, in causa C-402/18. E ciò ha fatto anche con riguardo alle opere superspecialistiche, le quali pure sono ormai assimilate, sotto questo profilo, alle lavorazioni “ordinarie” (infatti il comma 5 dell’art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 è stato abrogato dall’art. 49 del D.L. n. 77/2021, per cui a regime la disciplina comune è quella di cui al “nuovo” comma 2 dell’art. 105, il quale prevede che *“Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell’aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell’appalto, ivi comprese quelle di cui all’articolo 89, comma 11, dell’esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’ articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229”*);

- il Collegio ritiene corretto l’operato del Comune, in quanto non ci sono ragioni valide che possano giustificare il breve periodo transitorio voluto dal legislatore del 2021. Si vuol dire cioè che, una volta che il legislatore nazionale ha finalmente accettato il principio di diritto affermato dal giudice comunitario, non si vede il motivo per cui l’apertura al subappalto illimitato (fatti salvi i motivati limiti percentuali che le singole stazioni appaltanti possono prevedere di volta in volta) sia stata posticipata al 1° novembre 2021. Ma, se la ragione di tale differimento dovesse risiedere nella necessità di “salvare” le gare in corso, nella specie rileva il fatto che il

[redacted] non aveva posto limiti al subappalto, per cui la gara in questione non richiedeva di essere “salvata” (e comunque non è detto che l'intenzione del legislatore nazionale trovi condivisione presso il giudice comunitario);

- in generale, poi, e a confutazione del rilievo della ricorrente incidentale secondo cui le predette sentenze della CGUE riguardano solo l'art. 105, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, il Tribunale condivide la puntuale ricostruzione dello stato dell'arte operata dal Consiglio di Stato nella recentissima sentenza n. 689/2022, in cui il giudice amministrativo di ultima istanza ha statuito che i principi affermati dal giudice comunitario valgono anche per l'art. 105, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, visto che anche tale disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 12, comma 2, let. b), del D.L. n. 47/2014, convertito in L. n. 80/2014, e con l'art. 216 dello stesso Codice, stabiliva anch'essa limiti generalizzati al subappalto delle lavorazioni SIOS.

La [redacted], dunque, era legittimata a subappaltare per intero le lavorazioni ascrivibili alle categorie superspecialistiche per cui essa non è qualificata.

12.2. Anche il secondo motivo va dichiarato infondato, seppure per le ragioni evidenziate dalla ricorrente principale e non per quelle esposte dalla difesa comunale. Infatti emerge effettivamente *per tabulas* che la [redacted] ha dichiarato di voler subappaltare solo il 25% delle lavorazioni ascrivibili alla categoria OG11, ma ciò non rileva ai fini dell'accoglimento del motivo, visto che:

- anzitutto, come correttamente dedotto dalla ricorrente principale, il requisito in parola è richiesto solo ai fini dell'esecuzione dell'appalto e non anche della partecipazione alla gara (l'art. 3.2. del disciplinare recita infatti testualmente “*Per l'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alla categoria OG11 vige l'obbligo di esecuzione da parte di installatori aventi i requisiti di cui al D.M. 22*

gennaio 2008, n. 37”);

- ma, in senso dirimente, rileva il fatto che, come risulta dal certificato SOA depositato in allegato al ricorso incidentale (doc. n. 19), la [REDACTED] è qualificata per la categoria OG11 class. IV-*bis*, il che vuol dire che essa è abilitata ad eseguire i lavori di realizzazione degli impianti oggetto del D.M. n. 37/2008. Ma se così è, ne consegue che trova applicazione il consolidato principio affermato ormai da oltre dieci anni dall’A.V.C.P., ossia che l’attestazione SOA “copre” tutti i requisiti tecnici richiesti dalle normative settoriali per l’esecuzione di specifiche lavorazioni. Questo perché la società organismo di attestazione, al fine di rilasciare all’impresa la relativa certificazione, è tenuta a svolgere verifiche in merito al possesso di tutti i requisiti di legge, sia di ordine generale che di ordine tecnico (si vedano, ad esempio, gli artt. 78 e 79 del D.P.R. n. 207/2010). E fra i requisiti tecnici vi è anche l’avvenuta esecuzione di un’aliquota di lavori relativi alla categoria e alla classifica per la quale l’impresa intende qualificarsi, il che, con riguardo al caso di specie, significa che la [REDACTED], per eseguire le lavorazioni riconducibili alla categoria OG11 che le hanno consentito di conseguire e mantenere la relativa qualificazione, doveva essere in possesso dell’abilitazione *ex* L. n. 46/1990 e successivamente *ex* D.M. n. 37/2008. Va peraltro osservato che i requisiti di cui all’art. 4 del D.M. sono riferiti a persone fisiche (e solo indirettamente alla persona giuridica), il che significa che, ai fini dell’esecuzione di lavorazioni ricomprese nel campo di applicazione del D.M. n. 37/2008, è sufficiente che l’impresa disponga, in sede di esecuzione, di un tecnico abilitato.

12.3. Del terzo motivo del ricorso incidentale si è già trattato nel precedente § 10.

13. In conclusione, il ricorso principale va accolto, nei sensi di cui si è detto al § 11., mentre il ricorso incidentale va respinto.

Le spese seguono integralmente la soccombenza in relazione al ricorso incidentale, mentre con riguardo al ricorso principale vanno in parte compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso principale;
- respinge il ricorso incidentale;
- in relazione al ricorso principale, condanna il [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, oltre accessori di legge. Spese compensate fra le parti private;
- in relazione al ricorso incidentale, condanna la [REDACTED] [REDACTED] al pagamento in favore del [REDACTED] e di [REDACTED] delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitanio

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

