

Publicato il 01/12/2020

N. 05688/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02280/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2280 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Stabile Medil s.c. a r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo dell'associazione temporanea di imprese con le società mandanti De Sanctis Costruzioni s.p.a., Monaco s.p.a. e Manelli Impresa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Angelo Clarizia, Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Abbamonte in Napoli, via Melisurgo, 4;

contro

Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria *ex lege* in Napoli, via Diaz, 11;

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., - RFI, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., Coget Impianti s.p.a., Telese s.c. a r.l., in persona dei legale rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Raffaele Ferola, Giuseppe Giuffrè, Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Raffaele Ferola in Napoli, piazza della Repubblica, 2;
Sws Engineering s.p.a., Systra S.A., Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- degli atti con cui Rete Ferroviaria Italiana ha aggiudicato all'a.t.i. Ghella la gara per l'affidamento della *“progettazione esecutiva ed esecuzione in appalto dei lavori di realizzazione della linea ferroviaria Napoli-Bari, tratte Telese-San Lorenzo-Vitulano”* tra cui in particolare:

- la lettera di aggiudicazione del 5.6.2020 prot. RFI_DAC/A0011/P2020/0001215;
- i verbali della Commissione di gara in questione ed in particolare i verbali trasmessi in allegato alla nota RFI del 5.6.2020, nonché gli atti tutti della procedura di gara;
- gli atti conseguenti posti in essere da RFI, ivi inclusa l'eventuale convenzione/contratto stipulata con la controinteressata;
- il bando di gara e il relativo disciplinare, per la parte in cui gli stessi debbano essere interpretati nel senso fatto proprio dalla commissione giudicatrice con il giudizio tecnico in questa sede gravato;
- per quanto occorra, i chiarimenti resi da RFI, ivi compreso il chiarimento n. 31, ove interpretati nel senso di consentire varianti progettuali in contrasto con le chiare prescrizioni della *lex specialis* e vincolistiche.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., Coget Impianti s.p.a., Telese s.c. a r.l. e del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti;

Visto il ricorso incidentale proposto da Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., Coget Impianti s.p.a., Telese s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2020 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 ed all'art. 2 del D.P.C.S. n. 134/2020 - il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Medil ha partecipato in associazione temporanea di imprese con De Sanctis Costruzioni s.p.a., Monaco s.p.a. e Manelli Impresa s.r.l. alla procedura indetta da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (di seguito anche RFI) per l'affidamento della *“progettazione esecutiva ed esecuzione della linea ferroviaria Napoli – Bari, tratta Telese – San Lorenzo – Vitulano”* sulla base del progetto definitivo posto a base di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, collocandosi in seconda posizione con 83,79 punti.

All'esito della valutazione delle offerte, in data 5.6.2020 RFI ha comunicato ai sensi dell'art. 76, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 di aver provveduto all'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Ghella (prima graduata con 87,51 punti); l'istante ha quindi richiesto accesso agli atti di gara, ivi comprese la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica ed economica della controinteressata, al quale l'amministrazione ha dato seguito in data 2.7.2020.

Con il ricorso introduttivo il Consorzio impugna detta aggiudicazione per violazione del D.Lgs. n. 50/2016, violazione della *lex specialis*, difetto di istruttoria e di motivazione.

In sintesi, contesta il giudizio delle offerte tecniche e svolge le seguenti argomentazioni:

- il primo, il secondo ed il sesto motivo di gravame hanno ad oggetto la valutazione del criterio 2.1 *“Interferenza con viabilità esistente al km 40+950 circa”* (per il quale sono stati assegnati 12 punti all’a.t.i. Ghella e 6 all’a.t.i. del ricorrente), per contrasto della proposta progettuale dell’aggiudicataria – consistente nella realizzazione di una viabilità alternativa da utilizzare durante l’esecuzione dell’appalto – con la disciplina di gara e, inoltre, per difetto di motivazione e contraddittorietà del giudizio espresso dalla commissione di gara;
- la terza censura riguarda il punteggio conseguito per il criterio 1.2.2. *“Valutazione Corporate Social Responsibility”*, per il quale sono stati assegnati 1,5 punti all’a.t.i. aggiudicataria e zero punti al raggruppamento ricorrente;
- il quarto motivo di diritto attiene al subpunteggio attribuito all’a.t.i. Ghella in relazione all’elemento di valutazione 2.3 (*“Interferenza con la SS 372 Telesina esistente al km 29+100 circa”*), si contesta il divario di punteggio (8,72 punti all’a.t.i. ricorrente e 12 punti all’operatore aggiudicatario) e si assume il maggior pregio tecnico della propria soluzione progettuale;
- il quinto profilo di gravame riguarda il subcriterio di valutazione 1.1. *“Fase di Progettazione; progettazioni eseguite”*, per il quale sono stati riconosciuti 8 punti al sodalizio aggiudicatario, in quanto la commissione avrebbe illegittimamente premiato le esperienze professionali di progettisti esterni all’a.t.i. controinteressata e meramente indicati.

In seguito all’accesso agli atti di gara, parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti deducendo violazione di legge, violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere sotto distinti profili.

Lamenta la mancata esclusione dell’a.t.i. Ghella per:

- omessa dichiarazione di subappalto con specifico riferimento alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria OS18-A, OS18-B e OS24, requisiti di cui sarebbe sprovvista l’a.t.i. aggiudicataria;
- carenza dei requisiti di partecipazione alla gara di cui all’art. 80, commi 3 e 5, lett. c) e del D.Lgs. n. 50/2016, in ragione di gravi illeciti professionali in cui

sarebbe incorsa una mandante dell'a.t.i. Ghella e di vicende penali che hanno riguardato un esponente aziendale.

Assume poi la carenza dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, per omessa allegazione della relazione generale sulla fattibilità dell'intervento accompagnata dalla relazione geologica alla soluzione progettuale migliorativa proposta in relazione al criterio 2.1 "*Interferenza con viabilità esistente al km 40+950 circa*", in violazione degli artt. 24 e seguenti del D.P.R. n. 207/2010.

Infine, ripropone le medesime censure già articolate con il gravame introduttivo e conclude con le richieste di accoglimento del gravame, di conseguente annullamento dell'aggiudicazione, con affidamento dell'appalto all'a.t.i. ricorrente.

Si sono costituite in giudizio le società Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., Coget Impianti s.p.a., Telese s.c.a r.l. che eccepiscono l'irricevibilità ed inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti e controdeducono nel merito.

Propongono inoltre ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dell'a.t.i. Medil per indeterminatezza dell'offerta ed illegittimità del punteggio attribuito dalla commissione di gara; deducono violazione degli artt. 80, 89 e 95 del D.Lgs. n. 50/2016, violazione della *lex specialis di gara*, eccesso di potere per difetto dei presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione.

Il T.A.R. ha respinto la domanda cautelare con ordinanza n. 1438/2020 riformata in appello dal Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza n. 6331/2020 sotto il profilo del *periculum in mora*.

Dopo ulteriore scambio di memorie, all'udienza pubblica del 18.11.2020 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 ed all'art. 2 del D.P.C.S. n. 134/2020 – la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, occorre dare atto che nel presente giudizio è stato proposto gravame incidentale da parte delle società controinteressate avverso la mancata estromissione dell'a.t.i. di cui è parte il Consorzio Medil.

Riguardo al rapporto tra ricorso principale e incidentale, giova riportare il contenuto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 settembre 2019, pronunciata nella causa C-333/18, secondo cui *‘L’articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest’ultimo, ed inteso ad ottenere l’esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell’appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi’.*

Pertanto, a prescindere dal numero dei concorrenti partecipanti alla gara, il ricorso principale e quello incidentale devono essere entrambi esaminati, in quanto - anche se l’offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare - l’amministrazione aggiudicatrice potrebbe constatare l’impossibilità di scegliere un altro operatore e procedere di conseguenza all’indizione di una nuova procedura, in considerazione del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell’amministrazione stessa (cfr. paragrafi 27 e 28 della citata sentenza).

Secondo l’indirizzo espresso dal Consiglio di Stato (Sez. IV, n. 4431/2020), da tale impostazione discende che - non potendo l’accoglimento del gravame incidentale determinare l’improcedibilità del gravame principale - il rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua

eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale (*“In altri termini, l'ordo questionum impone oggi di dare priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (rectius: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale”*).

In applicazione di tale indirizzo può quindi essere prioritariamente scrutinato il gravame proposto dal Consorzio Medil che si palesa irricevibile (ricorso principale) nonché inammissibile ed infondato (motivi aggiunti).

Valgano le considerazioni di seguito illustrate.

2. Va accolta l'eccezione sollevata dalle società controinteressate di irricevibilità del ricorso introduttivo ex art. 35, comma 1 lett. a), del c.p.a..

Non è contestato che il provvedimento di aggiudicazione – unitamente ai verbali e allegati redatti dalla commissione di gara – sia stato comunicato al ricorrente in data 5.6.2020 ai sensi dell'art. 76, comma 5, del c.p.a..

Viceversa, il ricorso è stato ritualmente notificato il 7.7.2020 all'ente aggiudicatore RFI (all'indirizzo: segreteriaacda@pec.rfi.it), quindi oltre il termine decadenziale di 30 giorni previsto in materia di procedure di gara dall'art. 120, comma 5, del c.p.a., decorrente dalla predetta comunicazione.

Di contro, non può ritenersi valida la precedente notifica del 3.7.2020 (spedita all'indirizzo: rfi-ad-dac@pec.rfi.it) siccome effettuata ad una p.e.c. non rientrante nei cataloghi di cui all'art. 16 *ter* del D.L. n. 179/2012, convertito dalla L. n. 221/2012, per le notifiche degli atti in materia civile, penale, amministrativa e contabile al quale, come noto, deve riconoscersi carattere tassativo (T.A.R. Campania, Sez. II, n. 3292/2020), visto che l'indirizzo pec di RFI “segreteriaacda@pec.rfi.it”, al quale è stato tardivamente notificato il

ricorso, risulta inserito nell'elenco Ini – Pec di cui all'art. 6 bis del D.Lgs. n. 82/2005 e nel Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 16, comma 6, del D.L. n. 185/2008 convertito dalla L. n. 2/2009.

In proposito, difatti, la questione della equipollenza della idoneità degli indirizzi estratti da elenchi non espressamente richiamati dall'art. 16 *ter* sopra citato, va risolta in senso negativo, in ragione del carattere tassativo del catalogo contenuto nella predetta disposizione: *"a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis, 6-quater e 62 del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia"* (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2256/2020; Sez. III, n. 7170/2019; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, n. 6178/2017; T.A.R. Sicilia, Catania, n. 474/2020; T.A.R. Basilicata, n. 621/2018).

La libera accessibilità dei predetti elenchi, consentendo d'individuare l'indirizzo di posta elettronica certificata presso il quale avrebbe dovuto essere effettuata la notificazione, porta ad escludere la riconducibilità dell'eventuale errore a circostanze indipendenti dalla volontà del ricorrente, tali da ingenerare una ragionevole convinzione in ordine alla correttezza dell'indirizzo utilizzato, con conseguente insussistenza dei presupposti per la rimessione in termini ai sensi dell'art. 44, comma 4, del c.p.a..

La mera disponibilità da parte di RFI di altra p.e.c. ad essa intestata e destinata espressamente ad altro scopo (cfr. comunicazione di aggiudicazione del 5.6.2020 che indicava l'indirizzo rfi-ad-dac@pec.rfi.it esclusivamente per le *"istanze o richieste di accesso ai documenti amministrativi"*) non consente di declassare a mera irregolarità la trasmissione ad una p.e.c diversa da quella risultante dagli elenchi ufficiali la quale, equivalendo all'inosservanza delle

disposizioni riguardanti la persona cui dev'essere consegnata la copia dell'atto, comporta, ai sensi dell'art. 160 cod. proc. civ., la nullità della notifica.

Si aggiunga che non è neppure predicabile una presunta sanatoria della notifica per conseguimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, terzo comma, del c.p.c.; invero, non vi è prova che l'atto processuale abbia raggiunto l'ente aggiudicatore, visto che RFI non si è costituita in giudizio. Pertanto, non è pertinente il richiamo di parte ricorrente alla sentenza della Corte di Cassazione n. 26430/2019 giacché in quel procedimento, a differenza di quello in trattazione, il destinatario della notifica irrituale era comunque comparso in udienza.

L'istante sostiene di poter superare l'eccezione di irricevibilità ritenendo di far decorrere il termine per l'impugnazione dall'accesso agli atti di gara, avvenuto in data 2.7.2020 e, a tale proposito, richiama l'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020; secondo tale approdo, qualora l'amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti prende a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti (§ 19 e 25.2 della decisione).

L'argomentazione non persuade.

Invero, nella richiamata decisione l'Adunanza Plenaria ha precisato che la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara può comportare la 'dilazione temporale' allorquando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario, ad esempio delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (§ 32 della sentenza).

Da tale principio consegue che potrebbero sottrarsi all'eccezione di irricevibilità solo quei motivi di gravame che presentino una stretta connessione con i documenti acquisiti dalla ricorrente in sede di accesso.

Tuttavia, le censure contenute nel gravame introduttivo sono state ricavate dai documenti allegati alla comunicazione ex art. 76, comma 5, del D.Lgs. n.

50/2016 - pervenuta, come si è visto, il 5.6.2020 - dai quali l'istante ha tratto elementi informativi, segnatamente, dai verbali di gara e dalla allegata tabella dei punteggi recante sintesi descrittiva della soluzione progettuale oggetto di giudiziale contestazione, mentre alcun rilievo "al buio" è stato avanzato in relazione ad altri profili o ad eventuali modalità realizzative dell'offerta tecnica della controinteressata acquisita in sede di accesso.

In altri termini, a fronte della eccepita irricevibilità del ricorso introduttivo, il Consorzio deducente non ha dimostrato il nesso dei rilievi con la documentazione di gara successivamente ostesa di cui, pertanto, non è stata comprovata l'indispensabilità ai fini dell'esercizio del diritto di difesa. Prova ne è il fatto che, come evidenziato dalle società controinteressate, i motivi aggiunti (salvo i nuovi rilievi che si esamineranno in seguito) non hanno aggiunto alcunché rispetto alla originaria formulazione delle censure del ricorso introduttivo e neppure menzionano specifici documenti acquisiti in sede di accesso.

Per l'effetto, alla luce della citata Adunanza Plenaria, non vi è ragione di far decorrere il termine di impugnazione dall'acquisizione degli atti in sede di accesso che si è palesato concretamente ininfluenza; la diversa interpretazione potrebbe infatti prestarsi ad uso elusivo del termine decadenziale perché consentirebbe di fruire di un periodo più ampio per la proposizione di un ricorso – in contrasto con il principio di certezza dei rapporti giuridici e di celere definizione del contenzioso in materia di appalti pubblici – semplicemente legando il *dies a quo* del termine per la impugnazione alla presentazione di una richiesta di accesso che si riveli di fatto superflua.

3. Passando all'esame dei motivi aggiunti notificati il 1.8.2020 e depositati il 4.8.2020, si impone previamente la declaratoria di inammissibilità dei profili di illegittimità riproposti con la nuova impugnazione.

Difatti, ad eccezione delle censure *ex novo* che saranno esaminate in seguito, i motivi aggiunti ricalcano testualmente le medesime argomentazioni già

contenute nel gravame principale, senza disvelare alcuna pertinenza con la documentazione acquisita in sede di accesso che non viene neppure citata.

Pertanto, la scrutinata irricevibilità dei motivi di gravame contenuti nel ricorso introduttivo costituisce ragione ostativa ad una pronuncia di merito ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b) del c.p.a..

4. Sono viceversa infondati i nuovi profili di illegittimità proposti con i motivi aggiunti.

Con un primo ordine di rilievi il Consorzio Medil sostiene che il raggruppamento controinteressato avrebbe ommesso di rendere la dichiarazione di subappalto “qualificante”, con specifico riferimento alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria OS18-A, OS18-B e OS24 e, pertanto, doveva essere escluso in quanto sprovvisto della qualificazione richiesta.

La censura è infondata.

Nella propria domanda di partecipazione (pag. 7) la capogruppo Ghella ha palesato l'intento di subappaltare le categorie a qualificazione obbligatoria di cui sopra entro i limiti di legge e ferma restando la soglia del 30% del valore complessivo del contratto.

A tale proposito, con specifico riferimento alle categorie c.d. SIOS - “superspecialistiche” OS18-A e OS18-B di cui al D.M. n. 248/2016, mette conto evidenziare che il relativo importo è inferiore al 10% del totale dei lavori e, in base alla disciplina di gara, in tale ipotesi non operava il limite del 30% al subappalto della categoria (lett. ‘f’, pag. 26: *“Per quanto riguarda le categorie S.I.O.S. l'eventuale subappalto non può superare il 30% della categoria e tale quota non è computata ai fini del raggiungimento del limite complessivo di cui sopra, salvo che l'importo della categoria S.I.O.S. sia pari/inferiore al 10% dell'importo totale dei lavori”*).

Vi è da aggiungere che, su tale esegesi, concorda anche il Consorzio Medil nei propri motivi aggiunti (pag. 8), laddove afferma che *“Il quadro normativo è, poi, completato dalla disciplina delle categorie c.d. SIOS o “superspecialistiche” (come*

individuata dal D.M. n. 248/2016), la quale pone l'ulteriore limite quantitativo al subappalto (30% della categoria), operante nel caso in cui il valore della stessa superi il 10% dell'importo complessivo dei lavori (cfr. artt. 89, comma 11, e 105, comma 5, del D.lgs. n. 50/2016)", esplicitando quindi il convincimento circa la inoperatività del limite al subappalto al 30% delle categorie nel caso in cui queste ultime siano inferiori al 10% dell'appalto.

Rispetto a tale impostazione iniziale, con memoria di replica del 6.11.2020 la ricorrente ha successivamente modificato la propria strategia difensiva ritenendo che, anche in caso di categorie superspecialistiche di importo inferiore al 10% del totale dei lavori, opererebbe il limite del 30% del subappalto (pag. 17 della memoria depositata il 6.11.2020: *"E non può assumere alcun rilievo il fatto che, nella specie, le categorie SIOS siano di valore inferiore al 10% dell'importo del contratto, in quanto il limite del 30% al subappalto delle SIOS riguarda indistintamente le suddette categorie di lavorazioni a prescindere dal loro valore..."*).

Tuttavia, tale argomentazione non è condivisibile.

In primo luogo, la diversa prospettazione introduce un tema di decisione nuovo, siccome fondato su un profilo di illegittimità diverso - l'operatività del limite del 30% all'importo della singola categoria subappaltabile c.d. "superspecialistica" a prescindere dalla incidenza sull'importo totale dei lavori - da quello prospettato nei motivi aggiunti (con cui si lamentava l'omessa specifica dichiarazione del subappalto "qualificante"), tale da alterare il regolare svolgimento del contraddittorio. Difatti, la questione non è stata ritualmente veicolata tramite un mezzo di gravame notificato alla controparte ma è stata affidata ad una memoria di replica ex art. 73, comma 1, del c.p.a. il cui oggetto, come noto, deve restare contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusoria avversaria (Consiglio di Stato, Sez. II, n. 6534/2019). E' infatti necessario che la replica si limiti a sviluppare considerazioni di risposta alle deduzioni contenute dalla controparte (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6697/2018) senza quindi poter introdurre nuove questioni di diritto; tanto allo scopo di evitare che il diritto

di replica limiti il contraddittorio processuale, come è accaduto nel presente giudizio visto che, a fronte della nuova prospettazione difensiva, la parte resistente non è stata posta in condizione di replicare con memorie scritte ed ha dovuto illustrare le contrarie deduzioni durante la discussione orale in udienza.

In secondo luogo, il cambio di strategia processuale si traduce, nella sostanza, in una contestazione rivolta avverso una previsione di gara - sulla quale ha fatto legittimo affidamento l'a.t.i. Ghella nel confezionare la dichiarazione di subappalto - che non risulta specificamente impugnata *in parte qua* la quale, come si è visto, consentiva nella sostanza il subappalto di tali categorie per una percentuale superiore al 30% del valore delle medesime qualora si trattasse di categorie di importo inferiore al 10% del totale dei lavori.

5. Non hanno pregio le censure che attengono alla carenza dei requisiti di ordine generale ex art. 80, commi 3 e 5, lett. c) e del D.Lgs. n. 50/2016, in ragione di vicende risolutive indicate nel DGUE prodotto da una società mandante del raggruppamento aggiudicatario e di condanne pregresse riportate da un esponente aziendale della stessa società.

Invero, le risoluzioni contrattuali e le vicende penali in contestazione sono state indicate dal concorrente mediante dichiarazione integrativa al DGUE (cfr. allegato n. 27 depositato il 21.9.2020) e hanno costituito oggetto di valutazione da parte della commissione di gara (cfr. verbale di gara del 20.11.2019 in cui si dà atto che *“i reati e le vicende dichiarate non rilevano ai fini della partecipazione alla presente procedura di gara”*).

Peraltro, riguardo alle condanne riportate dal procuratore della società mandante, dalla dichiarazione integrativa al DGUE (pag. 23) emerge che in sede penale è stata disposta l'estinzione dei reati, con conseguente operatività della previsione scriminante di cui all'art. 80, comma 3 ultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui *“l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica ... quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ...”*.

Non è quindi predicabile alcuna omissione dichiarativa del concorrente e, come si evince dal predetto verbale, la stazione appaltante ha effettuato la valutazione di pertinenza sui fatti dichiarati dal concorrente ai fini di una loro possibile rilevanza quali gravi illeciti professionali, ritenendoli a tal fine influenti. Non occorre poi una esplicitazione analitica delle ragioni di ammissione in gara, potendo la motivazione di non incidenza sulla professionalità risultare anche implicita, per *facta concludentia*, ovvero per *relationem* alla dichiarazione del concorrente, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale.

6. Con una ulteriore censura autonoma (cfr. pag. 23, punto IV/H dei motivi aggiunti) il Consorzio Medil lamenta infine la carenza dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria e della connessa valutazione espressa dal seggio di gara per omessa allegazione, tra l'altro, della relazione geologica alla soluzione progettuale migliorativa proposta in relazione al criterio 2.1 *"Interferenza con viabilità esistente al km 40+950 circa"*, in violazione degli artt. 24 e seguenti del D.P.R. n. 207/2010.

La deduzione non persuade.

Secondo il recente approdo della giurisprudenza, i concorrenti ad una procedura di appalto integrato di progettazione e lavori sono tenuti ad allegare al progetto esecutivo presentato in sede di gara la relazione geologica solo se contenente integrazioni o modifiche alla corrispondente relazione facente parte del progetto definitivo posto a base di gara; solo in tal caso, l'esclusione conseguente alla mancata allegazione della relazione specialistica è determinata dalla carenza di un elemento essenziale dell'offerta (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 65/2018; n. 4080/2017).

Pertanto, l'obbligo di corredare l'offerta tecnica con la relazione geologica dipende dalla natura delle prestazioni affidate all'appaltatore, laddove cioè queste implicino una modificazione sostanziale delle previsioni progettuali formulate dalla stazione appaltante; in tal caso l'esclusione conseguente alla mancata allegazione della relazione specialistica è determinata dalla carenza di

un elemento essenziale dell'offerta (non dalla mera carenza formale della relazione).

Tuttavia, nel caso in esame, non è stato dimostrato che la proposta progettuale - che consiste in una deviazione provvisoria della viabilità durante il periodo di esecuzione dell'appalto – comporti integrazioni o modifiche alla corrispondente relazione facente parte del progetto definitivo posto a base di gara. Piuttosto, la censura si traduce nella contestazione della fattibilità della soluzione progettuale migliorativa proposta e, in ultima analisi, del subpunteggio assegnato dalla commissione di gara, quindi mira inammissibilmente ad invocare la sostituzione del giudice amministrativo ad una valutazione, anche quando essa non presenta aspetti di abnormità, macroscopica erroneità o evidente travisamento dei fatti e rientra, dunque, nel campo della discrezionalità dell'amministrazione.

7. Per le ragioni illustrate, il ricorso introduttivo proposto dal Consorzio Medil è irricevibile; i motivi aggiunti vanno dichiarati in parte inammissibili e, per il resto, vanno rigettati.

8. Per l'effetto, in applicazione del summenzionato indirizzo pretorio di cui al punto 1 della presente decisione (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4431/2020), diviene improcedibile il gravame incidentale articolato dalle società Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., Coget Impianti s.p.a., Telese s.c. a r.l., in quanto dal suo eventuale accoglimento non potrebbe derivare alcuna utilità.

9. La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese processuali tra le parti costituite. Viceversa, in applicazione dell'art. 13, comma 6-bis.1, del D.P.R. n. 115/2002, il Consorzio Medil va condannato al rimborso del contributo unificato versato dalle società controinteressate per il gravame incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così provvede:

- dichiara irricevibile il ricorso principale proposto dal Consorzio Stabile Medil s.c. a r.l.;
- dichiara in parte inammissibili e, per il resto, rigetta i motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalle società Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., Coget Impianti s.p.a., Telese s.c. a r.l.;
- compensa le spese di giudizio tra le parti costituite;
- condanna il Consorzio Stabile Medil s.c. a r.l. al rimborso del contributo unificato versato dalle società controinteressate in relazione al ricorso incidentale.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2020

- svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 ed all'art. 2 del D.P.C.S. n. 134/2020 - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO