

Publicato il 25/03/2021

N. 02532/2021REG.PROV.COLL.
N. 08745/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8745 del 2020,
proposto da

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli
avvocati Nino Sebastiano Matassa e Rosa Volse, con domicilio digitale come da
PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Foggia, in persona del Presidente della Provincia in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Delvino e Nicola Martino, con
domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Edil Costruzioni s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea
di imprese con Edil Geo di Ferrante Giuseppe, in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide De Vivo, con
domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Foggia e di Edil Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Nino Sebastiano Matassa, Sergio Delvino e Nicola Martino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 12 agosto 2019 la Provincia di Foggia indiceva una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento degli *“Interventi di messa in sicurezza sismica degli edifici strategici e rilevanti pubblici ubicati nelle aree maggiormente a rischio – interventi di adeguamento sismico dell'I.I.S.S. “Giannone – Masi” – Corpo A e C, sito in Foggia alla via Sbano n. 5 – P.O.R. Puglia 2014 – 2020 Asse V – Adattamento al cambiamento climatico, prevenzione e gestione dei rischi – azione 5.2. “Interventi per la riduzione del rischio incendi e rischio sismico”*.

1.1. Alla procedura partecipavano sette operatori economici; al termine delle operazioni di gara l'a.t.i. – associazione temporanea di imprese con Edil costruzioni s.r.l. come mandataria e Edil Geo di Ferrante Giuseppe come mandante risultava prima graduata con il punteggio di 83,752; seconda graduata era -OMISSIS- con il punteggio di 82,781.

Con determinazione dirigenziale del 23 gennaio 2020 la procedura era, dunque, definitivamente aggiudicata all'a.t.i. Edil costruzioni per un importo contrattuale di € 1.897.001,71.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia -OMISSIS- impugnava il provvedimento di aggiudicazione articolando quattro motivi di ricorso.

Si costituiva in giudizio la Provincia di Foggia e la controinteressata a.t.i. Edil costruzioni che proponeva ricorso incidentale.

Con la sentenza della Sezione terza, 10 agosto 2020, n. 1084, il tribunale accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava inammissibile il ricorso principale.

2.1. Il giudice di primo grado, riconosciuta la priorità logico – giuridica dell'esame del ricorso incidentale escludente rispetto al ricorso principale, riteneva fondate le censure dirette a contestare l'ammissione della ricorrente per violazione degli obblighi dichiarativi posti dall'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la ricorrente avrebbe dovuto dichiarare il provvedimento di risoluzione assunto dal Comune di Livigno nei confronti della sua ausiliaria Consorzio Stabile Costruendo s.r.l. dopo aver preso atto della sua volontà di non dare esecuzione ai lavori; allo stesso modo, avrebbe dovuto informare la stazione appaltante della vicenda giudiziaria che aveva interessato il legale rappresentante e direttore tecnico, quest'ultimo era stato anche sottoposto alla misura della custodia cautelare per i reati di falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici, gestione dei rifiuti non autorizzata e truffa ai danni della compagnia assicurativa.

Sottraendosi ai suoi obblighi informativi, la ricorrente aveva impedito alla stazione appaltante di valutare in maniera consapevole la sua affidabilità; il provvedimento di ammissione alla procedura di gara era, dunque, illegittimo e la stazione appaltante avrebbe dovuto nuovamente valutare l'effettiva affidabilità

dell'impresa (sia in relazione alla rilevanza della risoluzione contrattuale sia quanto alle vicende penali).

2.2. Respinte tutte le altre censure contenute nel ricorso incidentale, il giudice di primo grado dichiarava inammissibile il ricorso principale per difetto di legittimazione e/o interesse: la ricorrente, infatti, anche se il ricorso principale fosse stato ritenuto fondato, non avrebbe avuto possibilità di aggiudicazione della procedura di gara.

3. Propone appello -OMISSIS-si è costituita in giudizio Edil costruzioni s.r.l. nella qualità riportata in epigrafe e la Provincia di Foggia.

Edil costruzioni s.r.l. e -OMISSIS- hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc.amm., cui ha replicato Edil costruzioni.

All'udienza del 4 febbraio 2021 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico motivo di appello -OMISSIS-. s.r.l. censura la sentenza di primo grado per *“omessa pronuncia, violazione dell'art. 35 c.p.a.; violazione dei principi sanciti dalle direttive CEE e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea”*: il giudice, dichiarando inammissibile il ricorso principale per aver ritenuto fondato il ricorso incidentale escludente, avrebbe violato i principi del diritto euro – unitario sanciti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza 5 settembre 2019 pronunciata nella causa C-333/18 secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale non solleva dall'onere di pronuncia sul ricorso principale.

1.1. Il motivo è fondato.

La decisione del giudice di primo grado di dichiarare inammissibile il ricorso principale per aver accolto quello incidentale escludente si pone in contrasto con le regole dettate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in causa avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione di una procedura di gara.

Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (in genere, e, dunque, anche se proposti in giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di gara) va risolto alla luce (della regola) dell'ordine di esame delle questioni e, quindi, nel giudizio amministrativo ai sensi dell'art. 76, comma 4, cod. proc. amm., il quale rinvia all'art. 276, comma 2, cod. proc. civ.: sono decise dapprima le questioni pregiudiziali (proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio) e, di seguito, il merito del giudizio.

Il ricorso incidentale va, dunque, esaminato con priorità rispetto al ricorso principale qualora ponga una questione pregiudiziale, vale a dire richieda al giudice di chiudere il giudizio con una pronuncia di rito per carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione.

Nel giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di gara, pertanto, il ricorso incidentale va esaminato prima di quello principale se è un ricorso incidentale c.d. escludente, con il quale l'aggiudicatario (ma potrebbe essere anche, ad es., un altro concorrente meglio posizionato rispetto al ricorrente principale), impugni l'ammissione del ricorrente principale alla procedura e deduca, dunque, come dovuta la sua esclusione.

In tal caso, è posta, infatti, una questione pregiudiziale di rito, poiché la partecipazione alla procedura di gara è ritenuta costitutiva della legittimazione ad impugnarne gli atti, con la conseguenza che l'operatore che non ha partecipato, ovvero che ne è stato escluso, non è legittimato ad impugnare gli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione (per ogni ulteriore precisazione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 dicembre 2019, n. 8901).

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con diverse pronunce, è intervenuta non tanto sulla premessa dell'esposto ragionamento - il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale va risolto alla luce dell'ordine di esame delle questioni nel giudizio per cui, di regola, il ricorso incidentale va esaminato con priorità ove sia posta una questione pregiudiziale - quanto sulla sua conclusione,

affermando che anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale va esaminato (Corte di Giustizia, 4 luglio 2013 nella causa C-100/12 *Fastweb* e 5 aprile 2016 nella causa C-689/13 *Puligenica*).

Per le categorie processuali interne, ciò significa che l'interesse del ricorrente principale non è solamente quello all'aggiudicazione dell'appalto (c.d. interesse finale), possibile fintanto che il concorrente sia in gara, ma anche l'interesse alla ripetizione della procedura di gara (c.d. interesse strumentale) per il quale l'accoglimento del ricorso è utile anche ove sia stato escluso, ed anzi, proprio per essere stato escluso (sull'interesse strumentale, Adunanza plenaria, 10 novembre 2008, n. 11, poi rimeditata da Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n.4).

Invero, in seguito all'ultima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. X, 5 settembre 2019 nella causa C-333/18 *soc. Lombardi*, si può dubitare della validità di tale trasposizione degli insegnamenti del giudice europeo nelle categorie processuali interne, poiché è imposto l'esame del ricorso principale, accolto l'incidentale, anche se per la presenza di altre imprese in gara (posizionate dalla terza posizione ad andar giù) il ricorrente principale potrebbe non ottenere più neanche la ripetizione della procedura, non avendo fatto valere vizi volti a contestare la validità stessa della procedura (cfr. Adunanza plenaria, ord. 11 maggio 2018 n. 6 con la quale era sollevata la questione alla Corte di Giustizia).

Ad ogni modo, il principio del necessario esame dei ricorsi reciprocamente escludenti, fondato sul rilievo "*secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti*" si traduce, per il giudice investito di tali ricorsi, "*nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente*" (così Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969): l'esame del ricorso principale è dovuto anche in

caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2849).

2. Vanno, quindi, esaminati ora i motivi del ricorso principale di -OMISSIS- riproposti nell'atto d'appello.

Con il primo motivo è contestata l'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura di gara per “*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 l. n. 190/2012; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2 e 7 del d.P.C.M. del 18 aprile 2013; violazione della lex specialis; violazione dei principi di non discriminazione e di par condicio*”: l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla procedura di gara per mancata iscrizione della mandante Edil Geo nella *white list* prevista dall'art. 1, comma 53, l. n. 190 del 2012 delle imprese esercenti attività esposte a rischio di infiltrazione mafiosa (c.d. attività sensibili).

Alla Edil Geo, infatti, erano affidate tutte le lavorazioni rientranti nella categoria OS21, le quali, secondo quanto risultava dal computo metrico estimativo, comprendevano diverse attività sensibili per le quali era richiesta l'iscrizione nella *white list*, vale a dire la “fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume”, la “fornitura di ferro lavorato” e, infine i “noli a freddo e noli a caldo di macchinari”; la società, pertanto, aveva falsamente, o, comunque, erroneamente dichiarato, in sede di domanda di partecipazione, di non essere tenuta all'iscrizione nella *white list*; ad ogni modo, l'assenza di iscrizione comportava l'esclusione della procedura del concorrente, sebbene non espressamente prevista dal disciplinare di gara – che pure richiedeva di dar conto dell'intervenuta iscrizione ovvero di specificare che la stessa non era dovuta – per essere condizione per l'affidamento degli appalti pubblici.

2.1. La -OMISSIS-, nella memoria di costituzione, contesta la censura con ampio ed articolato ragionamento; in primo luogo, afferma che la mandante Edil Geo, ben prima della presentazione della domanda di partecipazione, aveva richiesto alla Prefettura di Foggia l'iscrizione nella *white list* e che, al momento, la

pratica risultava ancora “in istruttoria”, con conseguente applicazione della regola posta dalla circolare del Ministero dell’Interno 23 marzo 2016 prot. n. 25954 secondo cui per la partecipazione a procedure di evidenza pubblica è necessaria l’iscrizione e, comunque, è sufficiente fornire la prova di aver presentato domanda di iscrizione; aggiunge poi che l’iscrizione non era prevista quale requisito di partecipazione alla procedura di gara, onde la sua mancanza non potrebbe essere causa di esclusione in ossequio al dovere di *clare loqui* che grava sulle stazioni appaltanti.

Specialmente, però, la resistente evidenzia che, per quanto alla Edil Geo fossero state affidate le lavorazioni rientranti nella categoria OS21, dette lavorazioni fossero in realtà mere sub-forniture, da affidare, in corso di esecuzione da parte della mandataria, a soggetti terzi, questi effettivamente tenuti alla iscrizione alla *white list* (cui avrebbero dovuto dar conto alla stazione appaltante prima dell’inizio della prestazione).

3. Il motivo è infondato.

3.1. Prima di definire esattamente la questione giuridica da risolvere, si rendono necessarie talune precisazioni.

L’art. 1, comma 53, l. 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*) elenca le attività “*maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa*” per le quali è richiesta l’iscrizione nell’elenco di cui al comma 52, la c.d. *white list*, anche per stipulare contratti (o subcontratti) relativi a servizi, lavori e forniture pubblici.

Ai fini che interessano al presente giudizio, sono considerate attività c.d. sensibili, il “*confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e bitume*” (lett. d) dell’elenco), la “*fornitura di ferro lavorato*” (lett. f) e i “*noli a freddo di macchinari*” (lett. e).

Nel computo metrico estimativo (pag. 38) sono effettivamente presenti una serie di voci che descrivono attività riconducibili ad esse; in particolare, le voci 109/11 e 209/127 (“*Fornitura e posa in opera di calcestruzzo speciale autocompattante...*”);

110/12 e 210/128 (“*Fornitura e posa in opera di calcestruzzo a prestazione garantita...*”); 113/15 e 213/131 (“*Pali speciali di fondazione, per ancoraggi o altro...*”); 114/15 e 214/132 (“*Maggiorazione alla realizzazione di pali speciali di fondazione...*”); 115/17 e 215/133 (“*Armatura di micropali effettuata attraverso la fornitura e posa in opera di profilati tubolari in acciaio...*”); 116/18 e 216/134 (“*Sovrapprezzo alle armature dei micropali...*”); 117/19 e 217/135 (“*Fornitura e posa in opera di acciaio per calcestruzzo armato ordinario...*”); 118/20 e 218/36 (“*Fornitura e posa in opera di carpenteria metallica per strutture portanti ed orditure...*”); non possono essere, invece, ricondotte all’attività di “*noli a freddo di macchinari*” le voci elencate dalla ricorrente (111/13, 113/15 e 114/15), poiché non si evince dalla descrizione dell’attività ivi contenuta che esse consistano nella messa a disposizione di un macchinario senza operatore da parte di terzi per l’esecuzione di una prestazione.

Correttamente, all’interno del computo metrico tali voci sono assegnate alla categoria OS21 – Opere strutturali speciali (cat. 3), che le ricomprende secondo la descrizione contenuta nell’allegato A del d.P.R. 5 ottobre 2020, n. 207: per essere in possesso di tale requisito, nell’ambito dell’associazione temporanea di imprese aggiudicataria esse sono imputate alla mandante Edil Geo.

Tuttavia, come risulta chiaramente dalla pur sommaria descrizione dell’attività, le voci richiamate stimano il costo della fornitura, ossia, per meglio dire, riportano il prezzo che dovrà essere corrisposto dal contraente ai fornitori per l’acquisto dei prodotti cementizi, di ferro ed acciaio da impiegare nell’esecuzione dell’appalto.

La resistente ha ben spiegato che, in fase di esecuzione, saranno imprese terze, contattate dalla capogruppo – che provvederà anche ad emettere gli ordini di acquisto – a fornire i materiali per l’esecuzione dell’appalto; essa si limiterà ad effettuare con le proprie maestranze la posa in opera del calcestruzzo per la formazione dei pali e dei ferri di armatura dei pali strutturali.

In conclusione, per quanto il computo metrico estimativo riporti nelle sue voci attività rientranti tra quelle elencate dall'art. 1, comma 53, l. n. 190 del 2012, le stesse non sono direttamente svolte da imprese componenti il raggruppamento aggiudicatario, ma da terzi cui le stesse si rivolgeranno in fase di esecuzione e con i quali saranno stipulati contratti di fornitura.

3.2. Nella memoria difensiva depositata in vista dell'udienza, la ricorrente, preso atto delle precisazioni della controinteressata (e della Provincia), ribatte sostenendo che va considerato del tutto indifferente lo strumento contrattuale con il quale vengono acquisite all'appalto le "lavorazioni sensibili", con la conseguenza per cui, anche se si tratta di contratto di fornitura o subfornitura, le imprese che si impegnano nei confronti dell'amministrazione devono essere iscritte nella *white list*.

3.3. Alla luce delle premesse esposte, occorre domandarsi, allora, se, anche in caso di attività c.d. sensibile affidata ad un terzo - fornitore, le imprese concorrenti siano tenute all'iscrizione nella c.d. *white list*.

Ritiene il Collegio che, per acquisire da terzi fornitori beni o servizi rientranti tra le "attività sensibili" il concorrente ad una procedura di evidenza pubblica non sia tenuto all'iscrizione nella c.d. *white list*.

Il legislatore ha, infatti, individuato una serie di attività imprenditoriali più di altre soggette a rischio di infiltrazione mafiosa e ha richiesto alle imprese esercenti l'iscrizione in apposito elenco, la *white list*, tenuta dalla Prefettura (allo scopo di contrattare con la pubblica amministrazione); le imprese private che si rivolgono loro per rifornirsi di materiali o per riceverne servizi strumentali alla propria attività, non debbono, a loro volta, essere iscritte nel medesimo elenco, proprio in quanto operanti in altro settore, seppur certamente contiguo, per il quale, però, il legislatore non ha ritenuto particolarmente pressante il rischio di infiltrazione mafiosa.

Ciò vale anche se, come nel caso in esame, queste ultime siano affidatarie di un appalto pubblico.

Non si dubita che, specialmente nel campo dell'edilizia, i diversi settori merceologici siano strettamente connessi tra loro e che, come evidenzia la ricorrente nella sua memoria, possa esserci il pericolo che, mediante l'intermediazione dell'impresa aggiudicataria del contratto d'appalto, l'operatore infiltrato (o a rischio di infiltrazione mafiosa) si avvantaggi di provvidenze derivanti da una commessa pubblica, nondimeno occorre evitare, come già evidenziato in altre occasioni, che la disciplina in tema di prevenzione e contrasto ai fenomeni malavitosi nel settore degli appalti pubblici assuma una valenza prescrittiva eccedente gli obiettivi che le ha assegnato il legislatore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 848 citata dalla resistente).

Se, infatti, si considera che per l'esecuzione di qualsiasi opera pubblica l'impresa aggiudicataria ha necessità di rifornirsi di materiali e mezzi per l'esecuzione dell'appalto da soggetti terzi vista la specializzazione delle varie fasi delle attività lavorative ormai invalsa nel settore edilizio (come ben esposto dalla Provincia), a voler seguire la tesi della ricorrente, si avrebbe che tutte le imprese contraenti con l'amministrazione per l'esecuzione di un'opera pubblica siano tenute all'iscrizione nella *white list*; ciò in contrasto con la chiara indicazione legislativa che non riferisce il rischio di infiltrazione mafiosa all'attività edilizia in sé, ma a specifiche lavorazioni o fasi finalizzate alla realizzazione di un'opera (come, appunto, il “*confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume*”, la “*fornitura di ferro lavorato*”, i “*noli a freddo di macchinari*”, ma anche “*l'estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti*”).

3.4. Ad ogni modo, dovendo le attività in questione essere svolte da fornitori dell'a.t.i. aggiudicataria, è corretto affermare, come evidenziato dalla controinteressata, che l'iscrizione di questi nella *white list* non è requisito di partecipazione che il concorrente è tenuto a dimostrare al momento della

presentazione della domanda di partecipazione, ma vicenda che attiene alla fase di esecuzione, poiché è chiaro che l'acquisto dei materiali non potrà avvenire prima della stipulazione del contratto, con la conseguenza che, avvenuta l'aggiudicazione e stipulato il contratto, l'amministrazione potrà sempre accertarsi che i fornitori del suo contraente siano iscritti nella *white list* di competenza.

3.5. Per le considerazioni precedentemente svolte può essere respinto anche il secondo motivo del ricorso (rubricato: “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 co. 5 lett. c-bis e f-bis del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, per travisamento dei fatti, illogicità manifesta*”) con il quale si reclama l’esclusione dell’aggiudicataria ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c – *bis*) o, comunque, lett. f – *bis*) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per aver la mandante Edil Geo reso dichiarazione mendace affermando “*di non essere tenuta all’iscrizione nella white list della Prefettura in quanto non rientrante nelle attività elencate dall’art. 1, comma 53, L. 190/2012*”: in ragione di quanto esposto in precedenza, la suddetta dichiarazione non era né falsa né fuorviante: per le attività che avrebbe dovuto eseguire una volta stipulato il contratto, essa non era tenuta all’iscrizione nella *white list*.

4. Gli altri due motivi di ricorso attengono alle caratteristiche dell’offerta dell’a.t.i. Edil Costruzioni; nel primo di essi (“*Indeterminatezza, incongruità, irrealizzabilità della offerta tecnica. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, illogicità manifesta, sviamento, disparità di trattamento*”), la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l’offerta in quanto indeterminata, e, comunque, non seria, contraddittoria e non attendibile: sebbene nei paragrafi della Relazione tecnica, in punto di riqualificazione del terzo piano dei corpi A e C, l’a.t.i. avesse offerto la sostituzione completa di tutti gli infissi esterni, dalle voci del computo metrico estimativo era possibile ricavare che i nuovi infissi coprivano solamente la metà del quantitativo complessivo di infissi rimosso, per cui restava incerto se gli

infissi sarebbero stati sostituiti completamente o solo in parte e tale incertezza, se non comportava esclusione dalla gara, quanto meno avrebbe dovuto condurre la commissione ad assegnare un punteggio inferiore.

Nell'altro motivo (“*Violazione ed erronea applicazione della lex specialis (art. XIII criterio 1.1. del disciplinare di gara) Violazione della par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, illogicità manifesta, sviamento*”) la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria per aver proposto varianti migliorative comportanti un'alterazione e uno stravolgimento dell'impianto generale previsto dal progetto a base di gara in palese violazione delle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara; in particolare, nel suo progetto, relativamente al terzo piano dell'edificio scolastico, l'aggiudicataria aveva previsto la completa eliminazione di diversi ambienti, riportati invece nel progetto a base di gara, sostituite da due aule polifunzionali “open space”, un blocco di bagni ed alcuni spazi di servizio; anche in questo caso, la commissione avrebbe dovuto assegnare un punteggio inferiore.

4.1. I motivi sono infondati.

4.1.1. Relativamente alla sostituzione degli infissi del terzo piano dei corpi A e B, l'offerta dell'a.t.i. Edil costruzioni è precisa e determinata; nella Relazione tecnica, al par. dedicato al criterio 1.1. “*Qualità realizzativa: Caratteristiche qualitativo/funzionali degli spazi*”, è esposto in maniera chiara l'impegno assunto in questi termini: “*Al fine di garantire un uso razionale e completo degli spazi scolastici si offre la completa rifunzionalizzazione degli ambienti su citati attraverso il completo rifacimento ed una diversa distribuzione degli ambienti. In particolare si offre: - la sostituzione di tutti gli infissi esistenti con infissi in pvc ad altro isolamento termico ed acustico...*” (identico impegno era assunto nel par. relativo al criterio 1.3. “*Interventi finalizzati al miglioramento ed efficientamento tecnico e finanziario della manutenzione dell'edificio*”); non è possibile dubitare, pertanto, che l'aggiudicatari abbia offerto la sostituzione degli infissi esterni.

La discrasia tra quantitativo di infissi rimossi e infissi posti in opera che si ricava dalle corrispondenti voci del computo metrico estimativo è facilmente spiegabile con il progetto di ristrutturazione del terzo piano Corpi A e C proposto dall'aggiudicataria; il progetto, infatti, come ben si comprende dalla semplice visione delle tavole fornite, prevede che i nuovi infissi siano appoggiati al parapetto (del terzo piano) e non più direttamente alla pavimentazione, con conseguente dimezzamento della loro altezza, e, di conseguenza, della quantità da montare

Ritenere, come fa la ricorrente, che la commissione di gara abbia assegnato il punteggio all'a.t.i. Edil costruzioni equivocando la proposta di ristrutturazione e, di conseguenza, l'offerta nella parte in cui era prevista la sostituzione degli infissi esterni, appare una mera congettura che non ha alcun riscontro documentale alla luce delle chiare indicazioni progettuali.

4.1.2. Allo stesso modo, la progettazione degli ambienti interni del terzo piano proposta dall'a.t.i. Edil costruzioni non comporta affatto lo stravolgimento del progetto a base di gara.

Occorre, al riguardo, preliminarmente considerare che il disciplinare di gara, nel dar conto delle valutazioni per l'assegnazione del punteggio in relazione al criterio 1.1., precisava che *“Saranno valutate, con riferimento alla destinazione finale dell'edificio scolastico, le proposte migliorative finalizzate alla organizzazione e rifunzionalizzazione degli spazi comuni e degli ambienti destinati allo svolgimento delle attività scolastiche al fine di garantire un uso razionale e completo degli stessi. La finalità può essere raggiunta proponendo una diversa partizione degli ambienti che abbiano particolare valenza estetica ed architettonica senza comunque alterare e sconvolgere l'impianto generale”*; coerentemente, nel progetto a base di gara erano solamente individuati degli “ambienti” che i concorrenti avrebbero potuto riprogettare e destinare ai diversi scopi.

Per il terzo piano il progetto a base di gara prevedeva quattro ambienti.

Alla luce di ciò, il progetto dell'aggiudicataria, per aver proposto solamente una diversa ripartizione degli spazi mediante la realizzazione di due grandi aule funzionali e la creazione di servizi igienici accessibili anche ai disabili, può ritenersi si sia mantenuta nei limiti progettuali concessi ai concorrenti nel rispetto delle indicazioni di massima contenute nel progetto iniziale.

La commissione di gara, ragionevolmente, ha ritenuto la soluzione tecnica prevista in grado di valorizzare gli ambienti senza incidere sugli aspetti strutturali e sull'impianto generale.

4.2. In conclusione, il ricorso principale di -OMISSIS-v. soc. coop. va integralmente respinto.

5. Possono ora esaminarsi i motivi contenuti nell'appello di -OMISSIS-v. e diretti a contestare i capi della sentenza di primo grado con i quali sono stati accolti taluni motivi del ricorso incidentale di Edil costruzioni s.r.l.

5.1. Con il primo di essi la sentenza è censurata per "*Erroneità della decisione in ordine alla omessa segnalazione di una precedente risoluzione contrattuale a carico della ditta ausiliaria*": l'appellante sostiene che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, non era obbligo dell'ausiliaria Consorzio Stabile Costruendo s.r.l. dichiarare il provvedimento di risoluzione subito da una sua consorziata indicata come esecutrice di precedente contratto di appalto stipulato con il Comune di Livigno, in quanto impresa rimasta estranea alla presente procedura di gara; supporta questa conclusione la natura del consorzio stabile quale entità giuridica autonoma e distinta dalle singole consorziate che lo compongono, tale per cui gli illeciti professionali commessi dalla consorziata in corso di esecuzione non coinvolgono il consorzio.

Aggiunge, inoltre, l'appellante che, come chiarito dall'Adunanza plenaria nella sentenza 20 agosto 2020, n. 16, l'omissione dichiarativa intanto sussiste in quanto l'operatore economico fosse, alla presentazione della domanda di partecipazione, consapevole della rilevanza del precedente episodio

professionale; consapevolezza insussistente nel caso di specie considerato che, come detto, il provvedimento di risoluzione era stato adottato nei confronti di consorziata non concorrente al prestito dei requisiti all'operatore concorrente.

Da altro punto di vista, evidenzia l'inammissibilità del motivo di ricorso per carenza di interesse posto che, ai sensi dell'art. 89 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è sempre consentita la sostituzione dell'impresa ausiliaria per la quale sussista una causa di esclusione: se anche, dunque, dovesse ritenersi integrata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice sarebbe sempre possibile procedere alla sostituzione dell'ausiliaria.

Da ultimo, ricorda l'orientamento giurisprudenziale, che il giudice di primo grado ha ritenuto di non applicare per il quale le uniche pregresse vicende professionali da dichiarare sono quelle annotate nel Casellario informatico dell'A.n.a.c..

5.2. Con il secondo dei suddetti motivi di appello la sentenza è censurata per *“Erroneità della sentenza in relazione alla omessa segnalazione di un procedimento penale non ancora giunto al rinvio a giudizio”*: l'appellante sostiene che non fosse suo onere dichiarare la vicenda penale coinvolgente il suo direttore tecnico e il legale rappresentante per essere il procedimento penale ancora alla fase della richiesta di rinvio a giudizio, peraltro formulata dal pubblico ministero in data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione ed essendo ancora mancante una pronuncia del g.u.p.; in ogni caso, afferma, dall'omessa dichiarazione non potrebbe discendere la sua automatica esclusione dalla procedura di gara, dovendo pur sempre la stazione appaltante valutare la sua affidabilità ed integrità.

6. I motivi sono infondati.

6.1. La -OMISSIS- ha stipulato un contratto di avvalimento con il Consorzio stabile Costruendo s.r.l.; il Consorzio ausiliario era tenuto a dichiarare il provvedimento di risoluzione subito dal Comune di Livigno, sebbene non

inserita nel Casellario informatico dell'A.n.a.c., essendo ormai chiarito, anche dalle Linee guida della stessa Autorità, che gli obblighi dichiarativi si estendono ad ogni vicenda professionale suscettibile di essere apprezzata dalla stazione appaltante quale “grave illecito professionale”.

Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, dalla lettura del predetto provvedimento non si evince affatto che l'inadempimento cui è seguito il provvedimento di risoluzione fosse imputabile esclusivamente alla consorziata designata per l'esecuzione di quel contratto (Ediltecnica di Coppeto Vincenzo) poiché, anzi, il comportamento che aveva indotto alla risoluzione – la mancata ripresa dell'esecuzione dei lavori – è riferito all'appaltatore, e, dunque, al Consorzio (si tratta del seguente passaggio: “*con nota prot. 22357 del 26.09.2018 a firma del RUP Arch. Giovanni Colutri è stato preso atto della volontà dell'appaltatore a non procedere con l'esecuzione dei lavori*”), cui, d'altronde, l'ordine di urgente ripresa dei lavori era stato rivolto dal R.u.p. di quel contratto.

Pertanto, è smentita già in punto di fatto l'allegazione dell'appellante secondo cui l'inadempimento che ha dato luogo al provvedimento di risoluzione fosse imputabile solamente alla consorziata designata per l'esecuzione dei lavori; e ciò esime dalla necessità di approfondimento sul perimetro dell'obbligo dichiarativo e se esso contempra anche le pregresse vicende professionali di consorziate non indicate per l'esecuzione (per il quale, comunque, si rinvia a Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2387).

Irrilevante è poi che ai sensi dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sia previsto che le stazioni appaltanti possano imporre all'operatore economico di sostituire l'ausiliaria per la quale risulti una causa di esclusione: si tratta di un potere non ancora esercitato, del quale il giudice non può conoscere ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. proc.amm..

6.2. La -OMISSIS-v. era, inoltre, tenuta a dichiarare quanto meno le vicende penali che avevano riguardato il suo direttore tecnico.

Anche in questo caso, v'è un dato fattuale dirimente: il direttore tecnico era stato attinto dalla misura cautelare della custodia penale; quale che sia lo stato del procedimento penale al momento della presentazione della domanda di partecipazione l'adozione di una misura cautelare nei confronti di uno dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, del codice (tra cui, appunto, è compreso il direttore tecnico) è vicenda suscettibile di integrare il grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e per questa ragione va dichiarata alla stazione appaltante perché in relazione ad essa possa valutare l'affidabilità e l'integrità del concorrente.

6.3. Occorre, poi, precisare che la sentenza di primo grado non ha affatto disposto l'esclusione automatica della ricorrente dalla procedura di gara, essendosi limitata ad annullare la sua ammissione "fatti salvi i poteri dell'Amministrazione non ancora esercitati", in perfetta adesione alle indicazioni della già ricordata sentenza dell'Adunanza plenaria 28 agosto 2020, n. 16.

7. Nella memoria di costituzione in vista della camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza cautelare, Edil Costruzioni s.r.l. ha riproposto i motivi del suo ricorso incidentale (da pag. 40) respinti dal giudice di primo grado.

Dette censure sono inammissibili: non si tratta di motivi "assorbiti" o "non esaminati" per i quali è possibile la devoluzione al giudice d'appello mediante riproposizione ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., avendo il giudice di primo grado espressamente pronunciato su di essi, rigettandoli; per essere soccombente, pertanto, Edil costruzioni avrebbe dovuto proporre appello incidentale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7967).

8. In conclusione, il motivo di appello di -OMISSIS-v. va accolto e la sentenza di primo grado riformata per aver dichiarato inammissibile il ricorso principale, il quale, però, è da ritenersi infondato nel merito. Sono respinti gli altri motivi dell'appello.

9. L'accoglimento dell'appello nei limiti suddetti giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia n. -OMISSIS-, respinge il ricorso di primo grado di -OMISSIS-; l'appello è respinto per il resto.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.