

Publicato il 03/06/2025

N. 04815/2025REG.PROV.COLL.
N. 06117/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6117 del 2024, proposto dalla società -OMISSIS- a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del Rti con mandanti -OMISSIS-s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 97325756F6, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

la società Acque Veronesi cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare Righetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

F.I.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dagli avvocati Alessandro Lucchetti e Francesca Paoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto all'appello principale:

- della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (sezione prima) n. 1263, pubblicata il 3 giugno 2024, notificata il 26 giugno 2024, resa tra le parti, limitatamente alla parte in cui il T.a.r., pur riconoscendo il diritto al risarcimento in favore della società -OMISSIS- a r. l., non ha accolto la prospettazione del ricorrente sotto il profilo del *quantum debeatur*;

- quanto al ricorso incidentale depositato il 24 settembre 2024, dalla FIS S.p.A.:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (sezione prima) n. 1263, pubblicata il 3 giugno 2024, notificata il 26 giugno 2024, resa tra le parti;

quanto al ricorso incidentale depositato il 2 ottobre 2024 dalla società Acque Veronesi cooperativa a r.l.:

- della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (sezione prima) n. 1263, pubblicata il 3 giugno 2024, notificata il 26 giugno 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'interno, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da FIS S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto dalla Acque Veronesi s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2025 il consigliere Marina Perrelli e uditi per le parti gli avvocati Francesco Zaccone, Cesare Righetti e Alessandro Lucchetti, nonché dato atto che l'avvocato dello Stato Lorenzo Capaldo ha depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza impugnata il giudice di primo grado ha:

-dichiarato improcedibile la domanda di annullamento dell'aggiudicazione proposta da parte ricorrente a seguito della stipula del contratto, trattandosi di appalto finanziato con fondi PNRR;

- respinto i ricorsi incidentali proposti da FIS S.p.A.;

- accolto il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, accertato l'illegittimità dell'aggiudicazione alla FIS S.p.A. ai fini risarcitori, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.;

- condannato Acque Veronesi s.c. a r.l. a corrispondere alla società -OMISSIS- a r.l., a titolo di risarcimento del danno, la somma di euro 26.714,14, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

1.2. La società appellante chiede la riforma della sentenza indicata in epigrafe limitatamente all'importo liquidato a titolo di risarcimento per equivalente per l'illegittima aggiudicazione della procedura alla FIS S.p.A., deducendone l'erroneità per violazione degli artt. 30, 34 e 124 c.p.a., della disciplina di gara, nonché per palese contraddittorietà e irragionevolezza.

Pur avendo ritenuto fondata sotto il profilo dell'*an* la pretesa risarcitoria della società appellante *"in ragione della accertata illegittimità dell'aggiudicazione in favore di FIS e stante la presentazione in gara di due sole offerte"*, il giudice di primo grado avrebbe poi erroneamente quantificato il pregiudizio subito, *sub specie* di mancato utile, di danno curriculare e di danno emergente, non tenendo conto

dell'importo di euro 1.698.101,86, indicato nella perizia giurata a tal fine redatta.

1.2. Ad avviso di parte appellante il giudice di primo grado avrebbe erroneamente affermato:

- quanto al lucro cessante che *“occorre fare riferimento (...) all'utile di impresa dichiarato dal medesimo raggruppamento in sede di gara (Euro 106.856,56)”*, senza rilevare la tardività e la conseguente inutilizzabilità della dichiarazione esplicativa dell'offerta per il lotto 1, depositata solo il 13 marzo 2024, e senza valutare debitamente il valore presuntivo, parziale, non esaustivo e forfettario dell'utile dichiarato che, comunque, costituirebbe solo una parte di quello effettivo, tanto da essere definito come quota parte del *“prezzo complessivo offerto”*;

- quanto al danno curriculare che *“non è stato né specificamente allegato negli scritti difensivi né specificamente provato da parte ricorrente”*, nonostante si trattasse di appalto nei settori speciali, caratterizzato da elevata specializzazione, con conseguente possibilità di utilizzare il relativo *know how* quale requisito di qualificazione in future procedure similari.

1.3. L'appellante, in via gradata, ha chiesto la riforma della sentenza per la parte in cui l'importo indicato in gara a titolo di utile sarebbe stato erroneamente ridotto nella misura complessiva del 75%: a) del 25% in ragione dell'*aliunde perceptum*, stante l'assenza della prova dell'impossibilità di utilizzare altrimenti maestranze e mezzi, anche alla luce della conoscenza dell'intervenuta sottoscrizione del contratto a partire dal 24 ottobre 2023; b) del 50% in applicazione degli artt. 30, comma 3, e 124, comma 2, c.p.a., attesa la *“mancata proposizione, contestualmente al primo e al secondo ricorso per motivi aggiunti, di una domanda cautelare di sospensione degli atti impugnati”*.

Ad avviso dell'appellante il giudice di primo grado nell'operare la predetta decurtazione non avrebbe considerato né il comportamento non trasparente, né collaborativo della stazione appaltante, né l'ordinanza n. 407 dell'8 settembre 2023 che aveva respinto la domanda cautelare, sul presupposto che

le esigenze della ricorrente potessero essere salvaguardate da “*una celere fissazione dell’udienza di merito per la data del 25.10.2023*”, rimettendo alla “*facoltà di Acque Veronesi s.c. a r.l. di sospendere l’esecuzione dei provvedimenti impugnati nelle more della definizione del giudizio, laddove risulti comunque ragionevolmente possibile rispettare i termini di esecuzione dei lavori imposti dal finanziamento PNRR*”.

1.4. Alla luce delle predette considerazioni l’appellante ha, pertanto, concluso chiedendo:

- a) in via principale, il riconoscimento dell’intero importo del danno patito nella misura di euro 1.698.101,86, come da perizia tecnica depositata in atti, unitamente al riconoscimento del danno curriculare nella misura del 5% (da calcolare sul valore dell’offerta pari ad euro 11.768.183,14 o, in subordine, sul valore dell’utile calcolato nella perizia tecnica di parte pari al 13% dell’offerta);
- b) in via subordinata, il riconoscimento del solo mancato utile che nella perizia è stato quantificato nella misura del 13% sul valore dell’offerta presentata, nella misura di euro 1.529.863,808;
- c) in via ulteriormente subordinata, l’adozione, ai sensi dell’art. 34, comma 4, c.p.a., di una pronuncia sui criteri in base ai quali la committenza proponga a favore dell’esponente il pagamento di una somma entro un congruo termine;
- d) in via ulteriormente gradata, il riconoscimento dell’intero importo dell’utile forfettario indicato nella “dichiarazione esplicativa offerta Lotto 1” per un ammontare pari ad euro 106.856,56, al più decurtato nella misura dell’1% per *l’aliunde perceptum*;
- e) in ogni caso, il riconoscimento del danno curriculare nella misura del 5% rispetto al valore dell’importo contrattuale offerto dalla società -OMISSIS-, pari ad euro 11.768.183,14, per un totale di euro 588.409,157, ovvero, in subordine, nella misura del 5% dell’importo del danno risultante dalla perizia tecnica, cioè euro 1.698.101,86, per un totale di euro 84.905,10.

1.5. L’appellante ha, infine, riproposto, ai sensi dell’art. 101 c.p.a., la seconda censura del ricorso introduttivo e la terza censura del primo atto di motivi aggiunti, assorbite dal giudice di primo grado a seguito dell’accoglimento delle

precedenti censure, deducendo l'illegittimità dell'aggiudicazione alla FIS S.p.A. anche per violazione dei paragrafi 6 e 8 del disciplinare, nonché delle previsioni contenute nell'allegato e negli ulteriori documenti integranti il disciplinare in materia di subappalto e subappalto necessario, dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 114 e ss., 134, 135 e ss. del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 12 del d.l. n. 47/2014, per eccesso di potere per difetto di istruttoria e di apprezzamento dei profili rilevanti.

2. La Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili si sono costituiti con memoria di stile.

3. La FIS S.p.A. si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale deducendo l'erroneità della sentenza impugnata:

1) per violazione dell'art. 47 del d.l. n. 77/2021, dell'art. 46 del d.lgs. n. 168/2006, del decreto interministeriale 29 marzo 2022, compreso l'Allegato A, poiché entrambe le mandanti -OMISSIS- s.r.l. non avrebbero prodotto in gara la attestazione di conformità del rapporto sul personale, ma solo in sede di soccorso istruttorio, peraltro con date – il 3 maggio 2023 per la -OMISSIS- e il 9 marzo 2023 per la -OMISSIS-- successive sia alla presentazione della domanda che alla scadenza del termine del 30 settembre 2022 previsto per il relativo invio. Con specifico riguardo alla società -OMISSIS-a r.l. mancherebbe anche la trasmissione del rapporto sul personale ai soggetti indicati dalla legge (RSU e consigliera e consigliere regionale di parità) e il documento prodotto in gara sarebbe privo di data certa e diverso da quello depositato in giudizio;

2) per violazione dell'art. 5 del disciplinare e dell'art. 80, comma 5, lett. a), c), c bis) e c ter) del d.lgs. n. 50/2016 poiché, nonostante i numerosi e gravi illeciti professionali, ascrivibili a figure apicali di ciascuna delle imprese del RTI -OMISSIS-, come anche le ipotesi di risoluzione per inadempimento, il seggio di gara si sarebbe limitato a prenderne atto senza specificarne la natura o il

numero e rinviandone la valutazione a future eventuali verifiche d'ufficio da parte della stazione appaltante;

3) per violazione degli artt. 3, seconda parte ultimo capoverso, e 5 del disciplinare di gara, nonché della parte III - situazione di controllo e dell'art. 80, comma 5 lett. c *bis*), del d.lgs. n. 50/2016 in tema di falsità ed omissioni nelle dichiarazioni. La società appellante e la società -OMISSIS-a r.l., partecipanti al lotto 1, e la società -OMISSIS- a r.l. e la sua compartecipe nel costituendo RTI -OMISSIS-s.r.l., partecipanti al lotto 2, farebbero tutte parte del-OMISSIS-. le cui massime cariche sono ricoperte da alcuni amministratori e soci delle imprese presenti negli RTI costituendi e concorrenti per entrambi i lotti, di qui discenderebbe l'unicità del centro decisionale idonea a mettere a rischio la libertà del confronto concorrenziale;

4) per violazione degli artt. 6 e 8, comma 2, del disciplinare, degli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 48, commi 1, 3 e 4, del medesimo d.lgs., del d.P.R. n. 207/2010 perché nessuna delle mandanti avrebbe reso la dichiarazione di subappalto necessario per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS35 e avrebbero, pertanto, dovuto intendersi prive del requisito di partecipazione, con conseguente necessità di esclusione dell'intero RTI;

5) per violazione della *lex* di gara e degli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 50/2016 per carenza in capo all'appellante dei requisiti di capacità tecnica e professionale *sub* E.2 - realizzazione di tre lavori di natura analoga per un importo complessivo non inferiore ad € 10.248.000,00 - ed E.3 - un fatturato globale aziendale, al netto dell'IVA, conseguito negli ultimi cinque esercizi finanziari approvati, antecedenti il termine di scadenza per la produzione dell'offerta, che risulti pari o superiore ad euro 19.215.000,00 da possedersi in capo a ciascun componente – perché due dei tre soggetti raggruppati nel RTI - OMISSIS- non avrebbero rispettato il vincolo di proporzionalità imposto dalla *lex* di gara nelle precisazioni contenute nell'allegato al disciplinare. Né, a differenza di quanto ritenuto dal giudice di primo grado, sarebbe rilevante il

fatto che *“le mandanti -OMISSIS- s.r.l. hanno dichiarato di aver eseguito servizi di ingegneria e architettura relativi a lavori analoghi per un importo complessivamente considerato superiore a quello richiesto dal disciplinare”*;

6) per l'erronea declaratoria della tardività dell'impugnazione in via incidentale del disciplinare di gara senza avvedersi che la censura è relativa all'interpretazione della *lex* data dalla ricorrente in primo grado e non alla clausola del bando, priva di efficacia immediatamente escludente;

7) per l'erroneo accoglimento del ricorso in relazione alla censura afferente al mancato possesso in capo all'appellante incidentale del requisito E.2 dell'allegato al disciplinare “dettaglio requisiti” perché la *lex* di gara richiedeva lavori non identici, ma analoghi, vale a dire rientranti nella categoria OG6, non imponendo che la realizzazione delle condotte pubbliche di acquedotto fosse valutabile solo in relazione a quelle nuove, né che i lavori analoghi ammissibili, appartenenti alla categoria SOA OG6, dovessero consistere nelle sole attività di realizzazione di condotte pubbliche di acquedotto;

8) per l'erroneo accoglimento della domanda risarcitoria in assenza di prova del danno non essendo a tal fine sufficiente la perizia di parte ed essendo sfornito di riscontro probatorio anche l'asserito danno curriculare patito.

3. La società Acque Veronesi cooperativa a r.l. si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale deducendo l'erroneità della sentenza: a) nella parte in cui ha ritenuto soddisfatto dalle società mandanti -OMISSIS- a r.l. e -OMISSIS-a r.l. il requisito di cui all'art. 47 del d.l. n. 77/2021 ha accolto il terzo ricorso per motivi aggiunti annullando per l'effetto l'esclusione del RTI -OMISSIS-; b) nella parte in cui ha ritenuto l'aggiudicataria FIS S.p.A. priva del requisito E.2 del “Dettaglio requisiti”; c) nella parte in cui, attesa l'illegittimità dell'aggiudicazione alla FIS S.p.A., ha condannato la stazione appaltante al risarcimento del danno in favore dell'appellante principale.

3.1. La società Acque Veronesi deduce l'erroneità della sentenza:

1) per violazione dell'art. 47 del d.l. n.77/2021 e dell'art. 13 del disciplinare, per erronea percezione e valutazione dei fatti. Ad avviso dell'appellante

incidentale il giudice di primo grado avrebbe erroneamente applicato l'articolo 13 del disciplinare estendendo il soccorso istruttorio non solo all'ipotesi di tardiva produzione di documenti tempestivamente formati, ma anche a quella di documenti tardivamente formati. Ne discenderebbe, ad avviso della stazione appaltante, l'irrilevanza dell'avvenuta presentazione in gara del rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile, dovendosi attribuire efficacia dirimente alla mancanza dell'attestazione di conformità a quello trasmesso agli enti, come espressamente disposto dal citato articolo 47; 2) per violazione del punto E.2 del "dettaglio requisiti" e delle "precisazioni", per erronea interpretazione della giurisprudenza in materia di "lavori analoghi", per contraddittorietà della motivazione.

Ad avviso dell'appellante, il giudice di primo grado avrebbe erroneamente sovrapposto i concetti di lavori analoghi e di lavori identici limitando la partecipazione alle sole imprese che avessero realizzato reti pubbliche di acquedotto. La predetta lettura non sarebbe conforme né all'utilizzo della dizione "lavori analoghi", né alle "precisazioni" secondo le quali in caso di *"esecuzione di lavorazioni anche in altre categorie SOA, diverse dalla OG6, ai fini del computo dell'importo valevole per la dimostrazione del requisito in oggetto si terrà conto solo della componente del lavoro relativa a quest'ultima categoria"*, comprensiva di lavori di costruzione e manutenzione o ristrutturazione, relativi anche a collettori diversi dalle reti pubbliche di acquedotto. La predetta interpretazione troverebbe riscontro anche nel requisito E.3 relativo ai "servizi di progettazione pregressi" idonei a fini di qualificazione, individuandoli in lavori appartenenti alle categorie ID D.04 e/o D.05 di cui al D.M. 17 giugno 2016 che comprendono anche *"fognature, condotte subacquee in genere, metanodotti e gasdotti di tipo ordinario"*, nonché *"impianti per provvista, condotta, distribuzione d'acqua, fognature urbane, condotte subacquee in genere, metanodotti e gasdotti, con problemi tecnici di tipo speciale"*;

3) per violazione del punto E.2 del "dettaglio requisiti" e delle "precisazioni", per erronea percezione dei fatti e per difetto di istruttoria.

Il giudice di primo grado non avrebbe debitamente valutato che la società FIS S.p.A. ha comprovato i lavori analoghi quanto alla realizzazione di nuovi collettori fognari per la dismissione dei terminali non depurati nel Comune di Offlaga attraverso la produzione del certificato di ultimazione dei lavori, dei verbali del -OMISSIS- di cui faceva parte, delle fatture emesse per l'importo oggetto di dichiarazione recanti la descrizione dei lavori eseguiti e quanto alla posa reti nel Comune di Calvisano attraverso la produzione della relazione del direttore dei lavori.

4. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a..

5. Alla pubblica udienza del 27 marzo 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Oggetto di controversia è l'aggiudicazione del lotto 1 della procedura telematica aperta, finanziata con fondi PNRR, per l'affidamento "della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione dell'adduttrice per l'interconnessione idrica tra Belfiore e Verona Est", bandita dalla società Acque Veronesi a partecipazione pubblica totalitaria che provvede, su affidamento dell'Autorità d'Ambito Veronese, alla gestione, con diritto di esclusiva, del servizio idrico integrato nel territorio della Provincia di Verona.

6.1. Il lotto 1 relativo al tratto dell'adduttrice tra Verona Est - Lavagno ha un valore di euro 12.965.069,54, suddiviso nella prestazione prevalente OG6, classifica VI, per euro 10.169.619,80 e nella prestazione scorporabile OS35, classifica IV, per euro 2.116.159,30.

6.2. L'odierna società appellante, in proprio e quale mandataria del RTI con -OMISSIS-s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l., classificatasi al secondo posto con 94,068 punti, ha impugnato la determina del 6 luglio 2023 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione del lotto 1 in favore di FIS S.p.A., classificatasi prima con 97,86 punti.

Nelle more del giudizio l'appellante ha proposto due atti di motivi aggiunti, uno, notificato il 22 settembre 2023, per l'annullamento della conferma dell'aggiudicazione del 4 settembre 2023, disposta all'esito del procedimento in autotutela avviato dalla stazione appaltante dopo la proposizione del ricorso, l'altro, notificato il 4 ottobre 2023, avverso la declaratoria di efficacia del detto ultimo provvedimento.

All'esito dell'ordinanza collegiale n. 1756 del 2023 con la quale il giudice di primo grado ha chiesto alla stazione appaltante di verificare se la società - OMISSIS- avesse i requisiti per un'eventuale aggiudicazione, quest'ultima ha proposto un terzo atto di motivi aggiunti, notificato il 17 gennaio 2024, per l'annullamento dell'esclusione dalla procedura disposta dalla stazione appaltante per violazione dell'art. 47 del d.l. n. 77/2021.

7. Con la sentenza appellata il giudice di primo grado, dopo aver rigettato le doglianze articolate dalla FIS con due ricorsi incidentali e aver accolto il terzo atto di motivi aggiunti con conseguente annullamento dell'esclusione dalla gara della odierna appellante, ha accolto le censure relative al difetto in capo alla FIS S.p.A. del requisito E.2 dell'allegato al disciplinare "Dettaglio requisiti", relativo alla dimostrazione dell'avvenuta "Realizzazione di 3 lavori di natura analoga a quella oggetto dell'appalto" in "condotte pubbliche di acquedotto". Stante l'intangibilità del contratto d'appalto nelle more stipulato, assoggettato all'art. 125, comma 3, c.p.a, il giudice di primo grado ha riconosciuto la tutela risarcitoria per equivalente, liquidando il danno patito a causa dell'attività amministrativa illegittima *"in complessivi euro 26.714,14, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo"*.

8. Il Collegio ritiene di dover esaminare, in via prioritaria, gli appelli incidentali proposti dalla FIS S.p.A. e dalla stazione appaltante sia avverso la declaratoria di illegittimità dell'esclusione dalla procedura del RTI -OMISSIS-, sia avverso la declaratoria di illegittimità dell'aggiudicazione della gara alla FIS S.p.A. e alla conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente in favore del RTI -OMISSIS-.

9. Possono essere trattate congiuntamente le censure articolate dalla FIS S.p.A. e dalla stazione appellante avverso la sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondate le doglianze dell'appellante principale avverso la sua esclusione dalla procedura per violazione dell'articolo 47 del d.l. n. 77/2021 sul presupposto che le mandanti -OMISSIS- e -OMISSIS- "*già in gara avevano presentato il Rapporto e in sede di soccorso istruttorio, come espressamente consentito dall'art. 13 del disciplinare, hanno provveduto a sanare l'attestazione di conformità in precedenza redatta in modo non corrispondente a quanto richiesto dall'art. 47, comma 2, del d.l. n. 77 del 2021*".

9.1. In ottemperanza alla ordinanza n. 1756 del 2023 il RUP in sede di verifica del possesso dei requisiti in capo al RTI -OMISSIS- ha accertato la ricorrenza della causa di esclusione "*per carenza al momento della presentazione della domanda di partecipazione, dell'attestazione di conformità prevista dalla norma richiamata e, nei confronti del solo -OMISSIS-, anche per mancata trasmissione del rapporto sulla situazione del personale, con modalità telematica, alle RSA e, in ogni caso, per mancata prova con data certa dell'intervenuta tempestiva trasmissione alle rappresentanze sindacali*".

9.2. Posto che non è contestata la presentazione dei rapporti in gara da parte delle due mandanti, ma il fatto che non fossero corredati dell'attestazione di conformità a quelli trasmessi "*alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità*", il Collegio ritiene che condivisibilmente il giudice di primo grado ha concluso nel senso che il disciplinare consentisse espressamente la sanabilità di tale carenza tramite soccorso istruttorio.

In particolare il giudice di primo grado ha:

- richiamato l'articolo 13 del disciplinare, ai sensi del quale "*sono sanabili (...) per i concorrenti che occupano oltre cinquanta dipendenti, l'omessa presentazione di copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, redatto ai sensi dell'articolo 46 decreto legislativo n. 198 del 2006, e la trasmissione dello stesso alle rappresentanze sindacali e ai consiglieri regionali di parità*";

- evidenziato che *“l’attestazione di conformità costituisce il mero mezzo di prova, richiesto in gara dal legislatore, per la dimostrazione del requisito sostanziale consistente nell’aver presentato un rapporto conforme a quello tempestivamente trasmesso al Ministero e alle rappresentanze sindacali aziendali e deve quindi ritenersi un elemento suscettibile di soccorso istruttorio, senza determinare un’alterazione della par condicio tra i concorrenti”*;
- rilevato che *“quanto alla data di trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali, l’attestazione di conformità di -OMISSIS- deve essere letta in connessione con le ricevute di consegna presentate in gara. L’attestazione di conformità di -OMISSIS-, prodotta in gara e riproposta in sede di soccorso istruttorio, deve essere letta in connessione con la ricevuta posta in calce al rapporto dal rappresentante sindacale unitario presso -OMISSIS-e trova altresì conferma nella dichiarazione sostitutiva in cui il medesimo RSU dà atto del ricevimento di copia del rapporto in data corrispondente a quella di trasmissione al Ministero, antecedente al termine previsto per la presentazione delle offerte”*.

9.3. Il requisito di cui all’art. 47, comma 2, del d.l. n. 77/ 2021 riguarda il “rapporto sulla situazione del personale” con particolare riferimento alla parità di genere e all’equilibrio tra l’occupazione maschile e quella femminile. Si tratta di obblighi che costituiscono stretta derivazione degli obiettivi fissati dalla UE in sede di disciplina delle procedure finanziate con risorse del PNRR (regolamenti UE 2021/240 e 2021/241).

Come evidenziato dalla Sezione *“si tratta di adempimenti molto stringenti che trovano comunque giustificazione nell’enorme flusso di denaro destinato al nostro paese ed alla cui base vi è comunque, tra le condizioni essenziali onde potervi accedere, proprio il riequilibrio nell’occupazione lavorativa femminile ed una decisa attenzione a quello giovanile. Un obiettivo del genere trova peraltro adesso piena conferma, anche per gli appalti ordinari (ossia non finanziati con PNRR), anche nell’art. 102, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 36 del 2023”* (Cons. Stato, V, n. 839 del 2025).

Ne discende, pertanto, che nel caso di specie la finalità della citata disposizione risulta rispettata essendo pacifico che le mandanti hanno presentato il “rapporto sulla situazione del personale” conforme a quello trasmesso al Ministero e alle rappresentanze sindacali aziendali, mentre, come

evidenziato dal giudice di primo grado, la carenza al momento della presentazione della domanda di partecipazione dell'attestazione di conformità prevista dal citato articolo 47 e, nei confronti della sola -OMISSIS-, anche la mancata trasmissione del rapporto sulla situazione del personale con modalità telematica alle RSA devono ritenersi elementi suscettibili di soccorso istruttorio, non determinando un'alterazione della *par condicio* tra i concorrenti.

9.4. Alla luce delle predette considerazioni vanno, pertanto, respinti il primo motivo sia dell'appello incidentale proposto da FIS S.p.A. che di quello proposto dalla stazione appaltante.

10. Occorre, ora, esaminare gli ulteriori motivi riproposti in sede di appello incidentale da FIS S.p.A. avverso la mancata esclusione dalla procedura del RTI -OMISSIS- per molteplici profili.

10.1. L'appellante incidentale lamenta l'erroneità della sentenza perché:

- in relazione alla dedotta violazione dell'articolo 5 del disciplinare, dell'articolo 80, comma 5, lett. a), lett. c), lett. c bis) e lett. c ter) in combinato disposto con l'art. 80, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 50/2016, il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto che la stazione appaltante avesse dato atto della regolarità e completezza della documentazione prodotta dal RTI -OMISSIS- e che non avesse alcun un onere di puntuale motivazione in merito ai reati commessi, né alcun obbligo istruttorio in merito ai gravi illeciti professionali ascrivibili a figure apicali di ciascuna delle imprese del RTI, come anche alla risoluzione per inadempimento, citata nella dichiarazione integrativa della mandante -OMISSIS-;

- in relazione alle omissioni, nei rispettivi DGUE, circa le cause di esclusione riferite sia alla mandataria che alle mandanti, il giudice, dopo averle analiticamente elencate specificando anche quelle non dichiarate, avrebbe erroneamente ritenuto che *“la stazione appaltante ha potuto valutare le circostanze contestate da FIS che rientravano nell'ambito degli obblighi dichiarativi delle imprese componenti il RTI -OMISSIS-”* e che *“le valutazioni compiute dalla stazione appaltante*

in ordine all'insussistenza delle condizioni "per procedere all'eventuale esclusione immediata del concorrente dalla procedura di gara" non presentano macro profili di irragionevolezza".

10.2. Secondo la consolidata giurisprudenza, anche della sezione, la valutazione sulla nozione di grave illecito professionale ai fini dell'esclusione dalla gara "è interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante", senza che il giudice amministrativo possa operare "un sindacato di tipo sostitutivo sulle valutazioni affidate alla stazione appaltante", in presenza di "valutazioni che sono state effettuate, che presentano fisiologici margini di opinabilità e che non si presentano né "distorte" né "apparenti"" (Cons. Stato, V, n. 5354 del 2024).

Pertanto ad eccezione delle ipotesi di cause di esclusione tipiche, che vincolano *in primis* la stazione appaltante nelle proprie decisioni, la gravità di inadempienze non automaticamente escludenti è rimessa alla valutazione discrezionale di quest'ultima, al più sindacabile entro i limiti della abnormità o della manifesta irragionevolezza (Cons. Stato, V, n. 7223 del 2021; Cons. Stato, V, n. 7823 del 2022).

10.3. Applicando i predetti principi al caso in esame il Collegio osserva che il RTI odierno appellante ha dichiarato in relazione alla posizione di ciascuno dei partecipanti una serie di reati e di illeciti professionali - specificamente riportati dal giudice di primo grado con elencazione *sub* lettera a) quanto alla posizione di -OMISSIS- s.r.l., *sub* lettera b) quanto alla posizione di -OMISSIS- s.r.l. e *sub* lettera c) quanto alla posizione della -OMISSIS-s.r.l. - che sono stati fatti oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, previa ulteriore istruttoria e richiesta di chiarimenti, per concludere nel senso dell'insussistenza delle "condizioni per procedere all'eventuale esclusione immediata del concorrente dalla procedura di gara".

Il giudice di primo grado ha, infine, escluso che dovessero essere rese le dichiarazioni circa il coinvolgimento di un ex legale rappresentante della -OMISSIS- s.r.l. in una vicenda di turbativa d'asta e turbata libertà della scelta del contraente e circa quello dei vertici e proprietari *pro quota* della -OMISSIS- nell'ambito del procedimento "-OMISSIS-", estintosi per prescrizione nel

2021 e nel processo “-OMISSIS-” del 2018. Inoltre, il giudice ha anche evidenziato la non rilevanza dei detti fatti perché la Corte d’Appello di Venezia ha assolto con sentenza definitiva del 2 novembre 2020 l’ex legale rappresentante di -OMISSIS- s.r.l. *“limitatamente ai fatti commessi successivamente alla pubblicazione del bando di gara in data 11 dicembre 2012 perché il fatto non sussiste”*, né risultano assunte ulteriori iniziative quanto ai restanti fatti rimessi alle valutazioni della Procura, mentre i proprietari *pro quota* della -OMISSIS- non rientrano *“nell’elenco di cui all’art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 e comunque sono stati assolti per prescrizione”*.

11. Deve essere disattesa anche l’ulteriore censura riproposta con l’appello incidentale in ordine alla omessa dichiarazione circa l’appartenenza della -OMISSIS- s.r.l. e della società -OMISSIS-a r.l., partecipanti al lotto 1, al Consorzio Stabile Europe di cui fanno parte anche la società -OMISSIS- a r.l. e la sua compartecipe nel costituendo R.T.I. -OMISSIS-s.r.l., partecipanti al lotto 2, con conseguente unicità del centro decisionale idonea a mettere a rischio la libertà del confronto concorrenziale.

Ad avviso dell’appellante incidentale il giudice di primo grado avrebbe travisato la censura poiché non mirava solo a dedurre la partecipazione delle dette società al Consorzio, ma anche la unicità del centro decisionale, vertendosi in un’ipotesi di relazione di fatto vietata dall’articolo 80, comma 5 lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 e da dichiarare, in quanto causa di esclusione e limite alla aggiudicazione di due lotti, ai sensi dell’articolo 3 del disciplinare.

11.1. Alla luce della giurisprudenza, anche di questa sezione, il Collegio ritiene di condividere la conclusione del giudice di primo grado secondo cui *“la partecipazione ad un medesimo consorzio stabile infatti non costituisce un elemento univoco e sufficiente di per sé a fondare la presunzione dell’esistenza di un unico centro decisionale, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale ai sensi dell’art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016”*. Né nel caso di specie l’astratta idoneità della situazione a determinare un collegamento delle offerte sulla

base di indizi gravi, precisi e concordanti è stata rilevata o provata (Cons. Stato, V, n. 3 del 2025).

12. Va disatteso anche l'ulteriore motivo con il quale l'appellante incidentale deduce l'erroneità della sentenza per aver ritenuto le mandanti, prive della qualificazione obbligatoria nella categoria scorporabile OS35, esenti dall'obbligo di dichiarazione del subappalto necessario.

E' pacifico che la mandataria -OMISSIS- s.r.l. avesse dichiarato che tutti i lavori rientranti nella categoria OS35 sarebbero stati affidati in subappalto necessario qualificante.

Ne discende che tale dichiarazione di subappalto necessario resa dalla mandataria è sufficiente per le mandanti, a condizione che sia accurata e completa, e che le opere affidate in subappalto siano effettivamente scorporabili, tutte circostanze ricorrenti nel caso in questione.

13. E' infondato anche il motivo con il quale l'appellante incidentale deduce la carenza in capo al RTI -OMISSIS- dei requisiti di capacità tecnica e professionale *sub* E.2. ed E.3., nonché la violazione della *lex* di gara e degli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 50/2016.

Secondo la prospettazione della FIS S.p.A. il chiarimento reso dalla stazione appaltante sul fatto che il requisito dovesse essere posseduto dal raggruppamento nel suo complesso, in conformità a quanto richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non varrebbe ad integrare il bando, mentre sarebbe incontrovertibile che due (-OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l.) dei tre soggetti raggruppati nel RTI -OMISSIS- non avrebbero rispettato il vincolo di proporzionalità imposto dalla *lex specialis* nelle precisazioni contenute nell'allegato al disciplinare, con ciò risultando privi del possesso dei requisiti di partecipazione.

Infine, la censura relativa al requisito E.3 non sarebbe relativa ai servizi pregressi dichiarati, ma al fatturato aziendale globale dichiarato, di gran lunga inferiore, nel caso delle mandanti -OMISSIS-, a quanto richiesto dalla *lex* di gara.

13.1. Entrambi i profili di censura sono infondati.

Quanto al requisito E.2 - esecuzione di tre lavori analoghi – occorre evidenziare che la stazione appaltante, in sede di chiarimenti del 18 aprile 2023, ha precisato che il requisito doveva essere posseduto dal raggruppamento nel suo complesso e non da ciascuna componente proporzionalmente alla quota di partecipazione nel RTI e al detto chiarimento, non impugnato, è anche seguito l'avviso pubblicato il 21 aprile 2023 contenente la proroga dei termini di scadenza di presentazione delle offerte. In linea con il predetto chiarimento il RTI -OMISSIS- ha dimostrato il possesso cumulativo del requisito E.2, avendo ciascun componente del raggruppamento esibito un contratto di lavori analogo, per un importo complessivo superiore a quello minimo richiesto dalla *lex specialis*.

Quanto al possesso del requisito E.3 in capo ai progettisti indicati dal RTI -OMISSIS- il giudice di primo grado ha ritenuto che i componenti del RTP avessero i servizi di ingegneria e architettura relativi a lavori analoghi per un importo globale complessivamente superiore a quello richiesto dal disciplinare.

Come si evince dalle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale la mandante -OMISSIS- ha dichiarato il possesso del requisito richiesto per un importo pari ad euro 6.011.672,47 che, sommato a quello di euro 9.709.371,20, dichiarato dalla mandataria -OMISSIS- s.r.l., raggiunge l'importo di euro 15.721.043,67.

13.2. Ne discende, pertanto, che quanto al requisito E.2 ne risulta dimostrato il possesso cumulativo legittimato da un chiarimento che non determina integrazione del bando e rispetto al quale risulta rispettata la *par condicio* grazie alla proroga dei termini per le presentazioni delle offerte, mentre quanto al requisito E.3 i componenti del RTP, in forza della documentazione prodotta, vantano servizi di ingegneria e architettura relativi a lavori analoghi per un importo globale complessivamente superiore a quello richiesto dal disciplinare.

14. La questione dell'interpretazione della clausola contenuta nelle precisazioni relativa ai lavori analoghi, che la stessa appellante incidentale ritiene non avere valore immediatamente escludente, può essere trattata unitamente all'esame dei motivi articolati dalla FIS S.p.A. e dalla stazione appaltante avverso il capo della sentenza che ha accolto le doglianze del RTI - OMISSIS- avverso l'aggiudicazione ritenendola illegittima.

14.1. Secondo la prospettazione degli appellanti incidentali la *lex* di gara richiedeva lavori non identici, ma analoghi, vale a dire rientranti nella categoria OG6 nel rispetto del *favor participationis*, non imponendo che la realizzazione delle condotte pubbliche di acquedotto fosse valutabile solo in relazione ad acquedotti nuovi, né che i lavori analoghi ammissibili, appartenenti alla categoria SOA OG6, dovessero consistere esclusivamente nelle attività di realizzazione di condotte pubbliche di acquedotto.

14.2. La FIS S.p.A. ai fini della comprova del requisito E.2 - "Realizzazione di 3 lavori di natura analoga a quella oggetto dell'appalto, la cui conclusione risulti essersi verificata nel corso degli ultimi 5 anni antecedenti il termine di scadenza per la produzione dell'offerta, per un importo complessivo di tali lavori, IVA esclusa, non inferiore ad euro 10.248.00,00" – ha indicato come lavoro n. 1 la "Realizzazione nuovi collettori nel comune di Offlaga (BS)" per 7.691.973,29 €, come lavoro n. 2 la "Posa reti nel comune di Calvisano (BS)" per 4.511.131,42 € e come lavoro n. 3 la "Manutenzione reti acquedotto – Torino" per 1.385.311,04 €.

14.3. In applicazione del "*criterio letterale e sistematico*", il giudice di primo grado ha ritenuto che dovessero considerarsi "*lavori analoghi a quelli oggetto dell'appalto non tutti gli interventi rientranti nella categoria OG6 – come affermato dalla stazione appaltante nel provvedimento confermativo dell'aggiudicazione a FIS - bensì solo gli interventi che, oltre a poter essere ricondotti a tale categoria SOA, siano altresì riconducibili in senso ampio alla realizzazione anche parziale di condotte pubbliche di acquedotto*" e che, per tali ragioni "*i tre lavori indicati in gara da FIS non risultassero analoghi a quello oggetto dell'appalto, nel senso precisato dalla legge di gara*", poiché con "*le sole*

attività di realizzazione di nuovi acquedotti la controinteressata non raggiungerebbe l'importo richiesto dalla legge di gara”.

In particolare il giudicante ha ritenuto quanto al lavoro n. 1, relativo alla “Realizzazione nuovi collettori nel comune di Offlaga (BS)” che risulta “riguardare la realizzazione di “nuovi collettori fognari per la dismissione dei terminali non depurati nel comune di Offlaga” e solo per una parte minore – a seguito di una variante – anche la realizzazione “di acquedotto in ghisa in sede stradale asfaltata”, quanto al lavoro n. 3, relativo alla “Manutenzione ordinaria e straordinaria reti acquedotto –Torino” che non riguarda “la realizzazione di acquedotti”.

Peraltro, ad avviso del giudicante, “a seguito del soccorso istruttorio, la controinteressata non risulta avere comprovato in gara il buon esito e il quantum dei lavori effettivamente eseguiti come richiesto dall'allegato al disciplinare di gara al paragrafo “Precisazioni””.

Di qui la declaratoria di illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di FIS.

14.4. Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio “laddove la *lex specialis* richieda ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di 'servizi analoghi', la stazione appaltante "non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto né ad assimilare impropriamente il concetto di 'servizi analoghi' con quello di 'servizi identici', dovendosi pervenire al contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione 'servizi analoghi' non si identifica con 'servizi identici'" (Cons. Stato n. 5040 del 2018)” (Cons. Stato, V, n. 7938 del 2023; Cons. Stato, V, n. 6819 del 2023).

È indirizzo consolidato che l'interpretazione della *lex specialis* di gara deve essere condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale e ciò in omaggio al pacifico insegnamento della giurisprudenza che impone, in caso di dubbi esegetici, la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara. Ne consegue che

il concetto di servizio/lavoro analogo va inteso non come identità, ma come mera similitudine tra prestazioni richieste, tenendo conto che *“l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di 'affidabilità'. All'opposto, la nozione di 'servizi identici' individua una 'categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara inteso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato”* (Cons. Stato, V, n. 564 del 2023).

14.5. Facendo applicazione dei predetti principi alla fattispecie in esame e, in particolare, alla *lex* di gara, all'allegato relativo al “dettaglio requisiti” e alle correlate “precisazioni”, il Collegio ritiene che l'opzione ermeneutica scelta dal giudicante non sia in linea con gli stessi, né sia giustificata dal “criterio letterale e sistematico” perché determina la sovrapposizione dei lavori analoghi ai lavori identici e addirittura restringe tale ultima categoria alle *“sole attività di realizzazione di nuovi acquedotti”*.

Militano per una differente interpretazione della *lex* di gara:

- il tenore letterale del punto E.2 dell'allegato al disciplinare recante “dettaglio requisiti” in forza del quale l'operatore economico deve dimostrare di avere *“realizzato 3 lavori di natura analoga a quella oggetto dell'appalto, la cui conclusione risulti essersi verificata nel corso degli ultimi 5 anni antecedenti il termine di scadenza per la produzione dell'offerta, per un importo complessivo di tali lavori, IVA esclusa, non inferiore ad € 10.248.000,00”*;
- la sezione denominata “definizioni e precisazioni” che in ordine al requisito E.2 stabilisce che, per essere considerati analoghi, i lavori devono *“consistere in lavori direttamente svolti nella categoria SOA OG6 per realizzazione completa o parziale di condotte pubbliche di acquedotto”*, specificando che *“nell'ambito del medesimo intervento, in presenza di documentazione attestante la regolare esecuzione di lavorazioni anche in altre categorie SOA, diverse dalla OG6, ai fini del computo dell'importo valevole*

per la dimostrazione del requisito in oggetto si terrà conto solo della componente del lavoro relativa a quest'ultima categoria";

- quanto affermato dalla stazione appaltante nel provvedimento di archiviazione del procedimento di revoca dell'aggiudicazione che ascrive *"ai lavori spendibili ai fini della dimostrazione del requisito, se realizzati in categoria OG6, anche lavori relativi a reti similari a quelle acquedottistiche (es. reti fognarie) e anche attività complementari, alla realizzazione delle reti, come quelle di manutenzione"*, leggendo in combinato disposto i diversi capoversi della nota "precisazioni", allegata al documento denominato "dettaglio requisiti".

14.6. Se è vero che nei settori speciali è ammessa la previsione di requisiti di partecipazione maggiormente restrittivi, va però evidenziato che l'interpretazione della *lex specialis* di gara deve essere sempre condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di 'affidabilità' (Cons. Stato, IV, n. 3738 del 2024).

Tanto premesso, il Collegio osserva che:

- il lavoro n. 1, avente ad oggetto la "Realizzazione nuovi collettori nel comune di Offlaga (BS)" ricomprende lavori consistenti "nell'esecuzione di opere civili, idrauliche, allacciamenti d'utenza, estendimento reti trasporto e posa in opera di tutti i materiali di fornitura del committente, montaggi, prove, messa in servizio e quant'altro necessario al fine di rendere gli impianti completi e funzionanti" con relative specifiche di lavori consistenti "nell'esecuzione di opere civili, idrauliche, allacciamenti d'utenza, estendimento reti trasporto e posa in opera di tutti i materiali di fornitura del committente, montaggi, prove, messa in servizio e quant'altro necessario al fine di rendere gli impianti completi e funzionanti", nonché a seguito di

perizia di variane del 10 ottobre 2022 anche la “realizzazione di acquedotto in ghisa in sede stradale asfaltata”;

- il lavoro n.2, relativo alla “Posa reti nel Comune di Calvisano (BS)” concerne lavori divisi in lotti che, al lotto 2, consistevano nella “realizzazione della rete di acquedotto nella frazione di Mezzane”;

- il lavoro n. 3, relativo alla “Manutenzione ordinaria e straordinaria reti acquedotto –Torino”, riguarda la “esecuzione dei lavori attinenti alla manutenzione ordinaria e straordinaria principalmente delle reti idriche, anche delle stazioni di sollevamento e degli impianti di depurazione per i Comuni gestiti da SMAT S.p.A, nonché la posa in opera di tratti di condotte ed il ripristino delle pavimentazioni stradali manomesse a seguito di tali lavori in linea di massima specificati”.

Alla luce dei principi enunciati il Collegio non ritiene condivisibile la conclusione del giudice di primo grado secondo cui la FIS S.p.A. sarebbe priva del requisito E.2 per non aver raggiunto con le *“sole attività di realizzazione di nuovi acquedotti”* l'importo richiesto dalla legge di gara perché dalla lettura in combinato disposto dell'allegato “dettaglio requisiti” e delle “precisazioni” che richiamano anche l'esecuzione di lavorazioni in altre categorie SOA diverse dalla OG6, sembra più plausibile un'interpretazione delle clausole della *lex* relative al requisito E.2 che non limiti i lavori analoghi alla sola *“realizzazione completa o parziale di condotte pubbliche di acquedotto”*, ma consideri anche quelli *“relativi a reti similari a quelle acquedottistiche (es. reti fognarie) e anche attività complementari, alla realizzazione delle reti, come quelle di manutenzione”*.

14.7. Né, infine, appare condivisibile l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui *“a seguito del soccorso istruttorio, la controinteressata non risulta avere comprovato in gara il buon esito e il quantum dei lavori effettivamente eseguiti come richiesto dall'allegato al disciplinare di gara al paragrafo “Precisazioni”*”.

Al riguardo osserva il Collegio che quanto al lavoro n. 1 “Realizzazione nuovi collettori nel comune di Offlaga (BS)” la FIS ha prodotto in sede di gara il certificato di ultimazione lavori del 22 dicembre 2022 e la specificazione del

31 luglio 2023; quanto al lavoro n. 2 “Posa reti nel comune di Calvisano (BS)” la FIS S.p.A. ha prodotto la relazione sul conto finale della stazione appaltante; quanto al lavoro n. 3 “Manutenzione reti acquedotto – Torino” la FIS S.p.A. ha prodotto il certificato di esecuzione lavori.

In sede di soccorso istruttorio, attivato con nota del 21 giugno 2023, e nelle memorie presentate a seguito dell’avvio del procedimento per la revoca dell’aggiudicazione di cui alla nota del 9 agosto 2023 la FIS S.p.A. ha evidenziato di aver depositato i CEL e la relazione sul conto finale, vale a dire la documentazione richiesta dall’allegato al disciplinare di gara che non prevedeva alcuna documentazione *ad hoc* volta a comprovare l’importo delle sole opere realizzate relative alla componente acquedottistica, come sostenuto dalla -OMISSIS- s.r.l..

La FIS S.p.a. ha, inoltre, depositato le delibere -OMISSIS- di cessione del CEL e le fatture per tutti e tre i lavori, nonché i documenti contabili -OMISSIS-, a comprova della realizzazione del 100% del fatturato dell’appalto. A fronte della detta documentazione, ad avviso del Collegio, la FIS S.p.A. ha comprovato in gara e in sede di soccorso istruttorio il buon esito e il *quantum* dei lavori effettivamente eseguiti, da intendersi come lavori analoghi nel senso dianzi evidenziato. Né le censure mosse dall’appellante principale in ordine all’equipollenza del certificato di ultimazione lavori al CEL quanto al lavoro n.1 e all’esistenza di una riserva della Direzione Lavori e degli organi di collaudo sulla tenuta idraulica e la data postuma della relazione sul conto finale quanto al lavoro n. 2 valgono ad inficiarne la bontà ai fini della dimostrazione del requisito E.2.

14.9. Per le esposte ragioni i motivi di appello incidentale relativi alla carenza del requisito di partecipazione E.2 in capo all’aggiudicataria FIS S.p.A. meritano di essere accolti.

15. Occorre, pertanto, esaminare gli ulteriori motivi di illegittimità dell’aggiudicazione alla FIS S.p.A., riproposti dall’appellante principale in quanto non esaminati dal giudice di primo grado.

15.1. La -OMISSIS- s.r.l. deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione per violazione dei paragrafi 6 e 8 del disciplinare, nonché delle previsioni contenute nell'allegato al disciplinare in materia di subappalto e subappalto necessario, dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 114 e ss., 134, 135 e ss. del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 12 del d.l. n. 47/2014, per eccesso di potere per difetto di istruttoria e di apprezzamento dei profili rilevanti.

Secondo l'appellante principale la FIS S.p.a. si sarebbe qualificata subappaltando la totalità delle prestazioni afferenti alla categoria scorporabile obbligatoria OS35 classifica IV senza una dichiarazione univoca di subappalto "necessario", assumendosi la responsabilità di indicare un solo subappaltatore "necessario", peraltro privo di idonea copertura qualificatoria nella classifica richiesta nella categoria OS35, tanto è vero che la stazione appaltante ne ha poi illegittimamente ammesso la sostituzione *ab externo* con un soggetto mai precedentemente indicato.

15.2. La censura è infondata e deve essere disattesa.

La FIS S.p.A. ha dichiarato di voler far ricorso al subappalto necessario, in quanto priva della qualificazione per la categoria speciale OS35, indicando come subappaltatore la Tecnoattraversamenti s.r.l. in possesso della OS35 classifica III bis.

A seguito della attivazione del soccorso istruttorio del 21 giugno 2023 la FIS S.p.A. ha specificato che la Tecnoattraversamenti è in possesso della SOA OS35 classifica IIIbis e della SOA OG6 classifica II, nonché che si tratta di società controllata e di proprietà di Tecnobuilding srl con SOA OS35 classifica V e la Commissione, preso atto della dichiarazione di voler ricorrere al subappalto necessario, ha indicato come subappaltatore direttamente la Tecnocostruzioni s.r.l..

15.3. Osserva il Collegio che la dichiarazione di non possedere la qualificazione SOA per le lavorazioni riconducibili alla categoria obbligatoria OS35, lavorazioni scorporabili, unitamente a quella di volere subappaltare il 100% di dette lavorazioni, indicando anche il nominativo di una ditta in

possesso della qualificazione, non può che essere letta come volontà di ricorrere al subappalto necessario, non rilevando l'eventuale erronea collocazione della stessa all'interno dei moduli compilati.

Né è possibile ravvisare alcuna illegittimità nella sostituzione del subappaltatore, a fronte del fatto che la indicazione nominativa dello stesso non era necessaria.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, *“il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta (non rientrando tra gli adempimenti previsti dall'art. 107, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, né dall'art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006, cfr. Adunanza plenaria, 2 novembre 2015, n. 9, ma nella vigenza dell'attuale quadro normativo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308); nondimeno, è tenuto a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante, ossia la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (così, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308 che ne fornisce anche una spiegazione: “L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che indice sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione”; conferma il ragionamento sebbene in fattispecie differente, Cons. Stato, V, n. 2217 del 2022; Cons Stato, V, n. 1308 del 2021)”* (Cons. Stato, V, n.2277 del 2022).

Inoltre, tale soluzione è coerente anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui non è consentita l'esclusione automatica dell'impresa concorrente che abbia indicato un subappaltatore per il quale siano emerse in corso di gara cause di esclusione, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la sostituzione del subappaltatore, in applicazione dell'art. 71, comma 6, della direttiva 2014/24/UE che individua la sostituzione del subappaltatore come rimedio praticabile in caso di sussistenza sia di motivi obbligatori di esclusione sia di motivi non obbligatori di esclusione (Corte di Giustizia UE, 20 gennaio 202, C 395/18).

16. L'accoglimento degli appelli incidentali relativamente alla declaratoria di illegittimità dell'aggiudicazione alla FIS S.p.a. comporta la riforma della sentenza di primo grado sul punto con conseguente reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dalla -OMISSIS- s.r.l..

Ne discende, quindi, in via consequenziale anche il rigetto della domanda risarcitoria il cui *an* era correlato alla accertata illegittimità dell'aggiudicazione alla FIS S.p.A. e all'intangibilità del contratto di appalto, *medio tempore* stipulato, in considerazione della normativa PNRR.

Tale reiezione determina, quindi, anche il rigetto dell'appello principale volto ad ottenere la riforma della sentenza impugnata limitatamente al *quantum* del risarcimento.

17. Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizi, in considerazione del diverso esito degli stesi e della complessità della vicenda, possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rigetta l'appello principale e accoglie gli appelli incidentali nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza indicata in epigrafe, fermo restando il rigetto dei ricorsi incidentali proposti da FIS S.p.A., respinge il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti, nonché la domanda risarcitoria proposti dalla -OMISSIS- s.r.l..

Compensa le spese del doppio grado di 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 principale e le sue mandanti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Marina Perrelli

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

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