

**APPALTI: Procedimento di gara - Partecipazione dell'impresa affidataria del primo lotto di lavori alla gara relativa al secondo lotto - Causa di esclusione per conflitto d'interessi - Art. 80, co. 5, D.Lgs. n. 50 del 2016 - Insussistenza - Difetto dell'elemento soggettivo - Mancanza di prove specifiche.**

**Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943**

- in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2021, pag. 1439 e ss., con commento di Federico Gaffuri, *Conflitto d'interessi nelle gare d'appalto – Il conflitto d'interessi nel caso di appalti di lavori suddivisi in più stralci funzionali*.

*“[...] Non è [...]ravisabile l'elemento soggettivo della fattispecie del conflitto di interesse, che, a norma dell'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, riguarda il personale della stazione appaltante che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione potendone influenzare il risultato. Tanto che la norma prevede specifici obblighi per il personale della stazione appaltante onde prevenire il conflitto di interessi; la previsione dell'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d), dello stesso corpus legislativo è dunque una norma di chiusura [...] che va però collocata e presuppone il contesto soggettivo ora ricordato.*

*Difetta altresì l'elemento oggettivo del conflitto di interessi, come dimostra la circostanza che alcuna norma o clausola della lex specialis preclude la partecipazione alla gara dell'operatore che ha eseguito il precedente appalto di lavori interessante lo stesso immobile.*

*La giurisprudenza ha escluso l'applicabilità della norma sul conflitto di interessi anche nell'ipotesi di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica di una società partecipata dalla stazione appaltante, benchè si tratti di evenienza che può avere un impatto potenzialmente maggiore sul piano dell'imparzialità e della trasparenza [...].*

*In ogni caso, pur essendo quella sul conflitto di interessi una norma di pericolo, la sussistenza della fattispecie deve essere verificata in concreto sulla base di prove specifiche [...] che, nel caso di specie, mancano [...].”*

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, della Guardia di Finanza - Comando Generale e Comando Regionale Campania - Napoli, del R.T.I. Califel s.r.l. (che ha spiegato anche appello incidentale), del R.T.I. Graded s.p.a. nonché del Consorzio Stabile Policost Società Consortile s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 26 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Stefano Fantini e uditi da remoto l'avvocato Salvatore Napolitano, l'avvocato Di Pardo e l'avvocato Mariangela Di Giandomenico; data per presente l'avvocato dello Stato Paola Palmieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

A)1.-Con il ricorso iscritto *sub* NRG. 4966/2020 il consorzio stabile Policost ha interposto appello nei confronti della sentenza 26 marzo 2020, n. 1226 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I, che ha accolto il ricorso principale ed i motivi aggiunti esperiti dal R.T.I. Califel avverso la *lex specialis* e l'aggiudicazione in favore del consorzio Policost della procedura aperta per l'affidamento dei “*lavori di ristrutturazione e adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex Ospedale Civile di San Sebastiano di Caserta, sito in Piazza Marconi, da destinare a sede del Comando Provinciale della Guardia di Finanza di Caserta. Progetto esecutivo di completamento*”, ed al contempo il terzo motivo del ricorso incidentale escludente dello stesso consorzio che aveva contestato il giudizio espresso sul sub-criterio A3.1, nell'assunto che il raggruppamento Califel avesse offerto un'organizzazione di cantiere inutilizzabile. L'appello è limitato alle statuizioni di accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti del raggruppamento Califel.

La procedura di gara è stata bandita, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il 25 luglio 2018 dal M.I.T.-Ministero Infrastrutture e Trasporti-Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata, sede centrale di Napoli.

All'esito della valutazione delle offerte risultava primo graduato il R.T.I. con mandataria la Graded s.p.a., con un punteggio complessivo pari a 96,750, secondo il Consorzio Policost con punti 96,300 e terzo il R.T.I. con mandataria la Califel s.r.l., con punti 94,750. Le prime due offerte sono state sottoposte al sub-procedimento di valutazione dell'anomalia e quella del R.T.I. Graded ritenuta incongrua dal R.U.P. con nota del 25 marzo 2019. La Commissione di gara, nella seduta del 25 maggio 2019, preso atto delle conclusioni del R.U.P., ha escluso dalla procedura il R.T.I. Graded e proposto l'aggiudicazione in favore del Consorzio Policost; con decreto provveditoriale n. 279 del 10 giugno 2019 è intervenuta l'aggiudicazione.

Con il ricorso in primo grado il raggruppamento Califel ha impugnato gli atti di gara ed il provvedimento di aggiudicazione in favore del consorzio Policost; quest'ultimo ha esperito ricorso incidentale escludente per contestare la legittimazione al ricorso di Califel.

2. - La sentenza appellata, disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'interveniente *ad opponendum* Graded s.p.a., ha anzitutto accolto il terzo motivo del ricorso incidentale del Consorzio Policost, ritenendo illogico il giudizio espresso dalla Commissione giudicatrice in relazione al sub-criterio A3.1, per avere Califel proposto un'organizzazione di cantiere irrealizzabile. La sentenza ha quindi accolto il ricorso principale ed i motivi aggiunti, ritenendoli fondati *«nella parte in cui la ricorrente contesta che la controinteressata, in seguito alla richiesta di giustificazioni avanzata dalla stazione appaltante in relazione al giudizio di anomalia, abbia sostanzialmente modificato l'offerta economica»* (con riguardo ai costi relativi agli oneri della sicurezza, ai costi dei materiali, alla percentuale delle spese generali, all'utile di impresa).

3.- Con il ricorso in appello il consorzio stabile Policost ha dedotto l'erroneità della sentenza allegando una pluralità di motivi censuranti la ritenuta illegittimità del giudizio di anomalia della propria offerta, ove sarebbe intervenuta la modifica della stessa, in tale guisa impingendo inammissibilmente nel merito della valutazione, laddove comunque l'offerta economica è rimasta immutata, essendo stata effettuata una esplicitazione dei costi, senza modifica dell'importo offerto (recante un ribasso d'asta del 32 per cento); deduce che la riduzione del costo dei materiali ha riguardato solamente quelli oggetto della proposta migliorativa e non anche quelli riguardanti le lavorazioni poste a base di gara; che non vi sia stata riduzione del costo relativo alle spese generali, ma piuttosto una determinazione analitica delle singole componenti di costo delle lavorazioni di progetto poste a base di gara; che non sussistono costi per noli e trasporti, essendo i mezzi necessari di proprietà della consorziata esecutrice T.M.C. Costruzioni; che sono stati chiaramente indicati gli oneri di sicurezza aziendale, ricompresi nell'ambito delle spese generali; che non è stata eliminata la voce rappresentata dall'utile di impresa, conteggiata nella misura del 5 per cento dei costi. Il consorzio stabile Policost ha inoltre riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le domande e le eccezioni svolte con il ricorso incidentale e dichiarate assorbite dalla sentenza, contestando l'indeterminatezza dell'offerta Califel per quanto attiene all'elemento tempo, che ne avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara (o comunque l'attribuzione di zero punti), il fatto che il raggruppamento Califel abbia previsto la gestione RFID del cantiere, implicante l'utilizzo di radiofrequenze nocive per la salute, la violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica.

4. - Si sono costituiti in resistenza il raggruppamento Califel nonché la Graded s.p.a. chiedendo la reiezione dell'appello principale; Califel ha altresì esperito appello incidentale (a valere anche quale

appello autonomo) nei confronti delle statuizioni di accoglimento del ricorso incidentale e dei connessi motivi aggiunti del consorzio Policost, che hanno comportato la sua esclusione dalla gara, riproponendo altresì i motivi di primo grado assorbiti dalla sentenza, volti a contestare il mancato possesso della categoria prevalente OG11, classe IV, da parte del consorzio, la posizione di vantaggio della società T.M.C., esecutrice designata dal consorzio, in ragione della qualità di attuale affidataria dei lavori presso il medesimo edificio, sì da avere acquisito informazioni strategiche, il significativo ribasso dei costi della manodopera da parte di Policost, conseguente alla violazione dei livelli minimi delle tabelle ministeriali, alla riduzione del numero delle ore lavorate, ed alla sostituzione di manodopera specializzata con quella non specializzata, nonché, ancora, la modifica dell'offerta tecnica.

Si è altresì costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti-Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e Molise, chiedendo l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione di quello incidentale.

B)5. - Con ricorso iscritto *sub* n. 5016/2020 del R.G. il R.T.I. Graded ha interposto appello nei confronti della sentenza 23 marzo 2020, n. 1227 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I, che ha respinto il suo ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti rispettivamente avverso la esclusione in data 20 maggio 2019 dalla stessa procedura aperta per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex Ospedale Civile di San Sebastiano di Caserta, da destinare a sede del Comando Provinciale della Guardia di Finanza, e l'aggiudicazione del 10 giugno 2019 in favore del consorzio Policost; la sentenza ha altresì dichiarato improcedibile il ricorso incidentale escludente del consorzio Policost.

Con il ricorso introduttivo il raggruppamento con mandataria la Graded s.p.a. ha contestato i presupposti della sua esclusione per anomalia dell'offerta ed l'incompetenza del R.U.P. a condurre tale subprocedimento, nonché, in subordine, la *lex specialis* di gara; i motivi aggiunti hanno poi censurato l'aggiudicazione a Policost per illegittimità derivata e per vizi propri.

La sentenza appellata ha esaminato preliminarmente il motivo attinente al vizio di incompetenza riferito all'attività di verifica dell'anomalia condotta dal R.U.P. respingendolo, per poi disattendere anche le altre censure riguardanti principalmente il giudizio di anomalia dell'offerta, di cui è stata sottolineata l'approfondita istruttoria e la ragionevolezza alla luce dell'inadeguatezza delle giustificazioni prodotte dal R.T.I. Graded; ritenuta legittima l'esclusione, la sentenza ha dichiarato improcedibili i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione in favore del consorzio Policost.

6. - Con il ricorso in appello il R.T.I. Graded ha dedotto la pregiudizialità del presente giudizio rispetto a quello iscritto *sub* n. 4966/2020 del R.G., reiterando poi, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado.

7.- Si sono costituiti in resistenza il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti-Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e Molise ed il consorzio Policost chiedendo la reiezione dell'appello; il consorzio ha altresì riproposto, in via subordinata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi del ricorso incidentale di primo grado dichiarati assorbiti.

8. - All'udienza del 28 novembre 2020 le cause sono state trattate in decisione.

#### DIRITTO

1.- Deve essere preliminarmente disposta, ai sensi dell'art. 70 Cod. proc. amm., la riunione dei ricorsi in appello iscritti *sub* n. 4966/2020 e n. 5016/2020, in quanto soggettivamente ed in parte oggettivamente connessi.

2. - Principiando dalla disamina del ricorso n. 4966/2020 del R.G., con il primo, complesso, motivo dell'appello principale il consorzio Policost ha censurato la statuizione di primo grado, che, in accoglimento del ricorso del R.T.I. Califel, ha ritenuto illegittimo il subprocedimento di verifica dell'anomalia della sua offerta. Deduce in particolare che il giudizio di anomalia è espressione di una valutazione tecnica insindacabile dal giudice amministrativo, salvo il caso della manifesta irragionevolezza, che nel caso di specie non è ravvisabile; lamenta come erroneamente il primo giudice abbia ravvisato una modifica dell'offerta economica in sede di verifica, laddove invece il ribasso offerto (pari al 32 per cento) è rimasto immutato avendo l'appellante solo operato una differente articolazione delle componenti di costo della commessa, al fine di mettere in evidenza alcune sovrastime destinate a comprovare la possibilità di conseguire un utile quasi tre volte superiore a quello prefissato; aggiunge che le variazioni attinenti agli oneri della sicurezza, ai costi dei prodotti, alle spese generali, ai noli e trasporti, nonché all'utile di impresa attengono all'offerta migliorativa formulata nell'ambito dell'offerta tecnica (e non incidente su quella economica, formulata, a termini del disciplinare, sulla base della lista delle lavorazioni relative al progetto a base di gara, al netto delle proposte migliorative); aggiunge che non sussistono costi per noli e trasporti in quanto i mezzi sono di proprietà della consorziata esecutrice T.M.C. Costruzioni e che gli oneri della sicurezza aziendale (per l'ammontare di euro 20.500,00) sono riconducibili alle spese generali; allega che l'utile di impresa è stato individuato dal consorzio nell'importo di euro 138.870,77 (corrispondente al 5 per cento dei costi), peraltro, come già detto, destinato ad aumentare con le sovrastime accertate, a tutto vantaggio dell'attendibilità dell'offerta.

Il motivo è infondato.

La sentenza ha ravvisato una modifica dell'offerta in relazione alla riduzione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, della voce costi dei prodotti (per euro 107.464,19), delle spese generali (dal 15 al 10 per cento), della eliminazione delle voci di costo per noli e trasporti, nonché dell'eliminazione dell'utile di impresa, precedentemente quantificato nella misura del 10 per cento.

Occorre premettere come, per costante giurisprudenza, il giudizio di anomalia od incongruità dell'offerta costituisce espressione di valutazioni tecniche, sindacabili in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

In relazione al tenore dei motivi deliberati in primo grado non può ritenersi che gli stessi siano inammissibili, in quanto contengono una contestazione multiparametrica dell'attendibilità dell'offerta risultata aggiudicataria.

Posta questa premessa, la sentenza appellata ha ritenuto che vi sia stata, da parte del consorzio Policost, in sede di giustificativi, un'inammissibile modifica dell'offerta proposta in sede di gara, tale da rendere non condivisibile la valutazione di non anomalia espressa dalla stazione appaltante.

Per l'appellante tali voci di costo - che avrebbero determinato la modifica dell'offerta economica - attengono all'offerta migliorativa (formulata nell'ambito dell'offerta tecnica) e non incidono sull'offerta economica, redatta, a termini del disciplinare di gara (pag. 15), punto B.2), mediante *“ribasso percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara”*. Così la riduzione dei prezzi dei materiali della proposta migliorativa attiene all'oggetto delle migliorie e non concorre a formare l'offerta economica; con riguardo alle spese generali Policost deduce che la riduzione dal 15 al 10 per cento riguarda le sole migliorie ed è peraltro espressione di una redistribuzione di tale costo su tutte le altre voci di costo dell'appalto, conseguendone un importo complessivo di euro 168.000,00, sovrastimato nei giustificativi ad euro 252.492,32 (a coprire una quota di utile); quanto all'eliminazione del costo “noli e trasporti”, ciò discende dal fatto che i mezzi necessari per l'esecuzione dell'opera sono di proprietà della consorziata esecutrice società T.M.C. Costruzioni e sono già presenti in cantiere (essendo in corso i lavori per l'esecuzione del primo stralcio); con riferimento alla modificazione degli oneri di sicurezza aziendali assume l'appellante che sono riconducibili nelle spese generali (*ex art. 24, comma 4, lett. o, del d.P.R. n. 207 del 2010*) e sono stati quantificati in sede di giustificativi in euro 20.500,00 (rispetto alla indicazione cautelativa in sede di offerta per euro 27.827,48), mentre differente è l'ulteriore importo di euro 17.608,31 indicato nei giustificativi a titolo di oneri indiretti di sicurezza, in conformità di quanto stabilito nel capitolato speciale di appalto; l'appellante allega, ancora, l'erroneità dell'affermazione in ordine all'eliminazione della voce “utile di impresa”, quantificata in sede di offerta nella misura del 10 per cento e nei giustificativi poi rimodulata nell'importo di euro 138.870,77, corrispondente al 5 per

cento dei costi, rimodulazione peraltro compensata dalla sovrastima delle spese generali (quantificate in euro 168.000,00, ma cautelativamente esposte nella maggiore somma di euro 252.492,32) e dalla previsione, sempre in sede di giustificativi, di un importo di euro 145.814,31, a copertura di eventuali imprevisti, con economie di riserve idonee dunque a far accrescere l'utile sino ad euro 369.177,40.

2.1.- Osserva il Collegio come non sia condivisibile l'assunto dell'appellante secondo cui non avrebbero rilievo ai fini della verifica di anomalia i costi attinenti all'offerta migliorativa, in quanto non direttamente incidenti sull'offerta economica.

Ciò per un duplice ordine di rilievi, l'uno formale e l'altro sostanziale. Sotto il profilo formale, giova rilevare che a mente dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello della offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità dell'offerta è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione pari o superiori ai 4/5 dei corrispettivi punti massimi previsti dal bando di gara, in tale modo evidenziando la rilevanza anche dell'offerta tecnica sulla valutazione dell'anomalia.

Tale soluzione risponde, del resto, ad un criterio di ragionevolezza, come risulta evidente ove si consideri che, come rappresenta il raggruppamento Califel, i costi per le migliori ammontano a circa euro 1.212.364,17, pari ad un terzo dell'offerta economica, con la conseguenza che non si può realisticamente sostenere che detti costi non incidano sulla sostenibilità ed attendibilità dell'offerta formulata in sede di gara da Policost.

2.2. - Nel merito, al fine di valutare la fondatezza dell'assunto della modifica in sede di giustificativi dell'offerta, occorre valutare gli specifici elementi oggetto di contestazione.

Può esaminarsi dapprima il tema degli oneri di sicurezza aziendali, in relazione ai quali l'assunto dell'appellante è che sono stati computati tra le spese generali e quantificati in euro 20.500,00, a fronte di un'indicazione in sede di offerta di euro 27.827,48; l'importo di euro 17.608,31 riguarderebbe invece gli oneri indiretti di sicurezza.

Quale che sia la più corretta ricostruzione, è indubitabile una differenza quanto meno di circa settemila euro, che risulta rilevante di per sé al fine di dimostrare che è stata operata una non consentita modifica dell'offerta.

La giurisprudenza ammette la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della *par condicio* tra i

competitori (Cons. Stato, V, 16 marzo 2020, n. 1873). Può talora non essere agevole enucleare il *punctum individuationis* dell'offerta e dunque la configurabilità della sua modificazione, a fronte di una valutazione di complessiva attendibilità dell'offerta, che ammette anche delle compensazioni tra sovrastime e sottostime di talune voci dell'offerta economica. Tale ragionamento incontra però non solo il limite del divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni, ma anche il limite della revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (in termini Cons. Stato, V, 24 aprile 2017, n. 1896).

Avrebbe dunque dovuto essere rilevata, nella fattispecie controversa, da parte della stazione appaltante, in sede di verifica di anomalia, la modifica, da parte del consorzio Policost, degli oneri di sicurezza aziendali, come peraltro espressamente richiesto dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

2.3. - Problematica è anche la riduzione dei costi di alcuni materiali (NPIT 079.migl V-NPIT 001/R.migl V-NPIT 002/R V-NPIT 003/R V-NPIT 006/R V-NPIT 041/R) ammontanti in sede di offerta ad euro 107.464,19, per i quali l'appellante non fornisce alcuna spiegazione, salvo quella, da ritenersi inconferente alla stregua di quanto esposto, che siano inerenti alla proposta migliorativa.

2.4. - Irrilevante è anche la giustificazione della riduzione delle spese generali dal 15 al 10 per cento mediante redistribuzione sulle altre voci di costo. Infatti la riallocazione delle voci di costo in fase di giustificazioni deve avere un fondamento economico serio allorchè incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori dell'offerta, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ma snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta.

2.5. - Non del tutto ragionevole risulta anche l'eliminazione dei costi per "noli e trasporti", che, giustificata alla luce della disponibilità dei mezzi in capo alla società esecutrice designata, potevano essere decurtati, ma non eliminati, permanendo comunque per la movimentazione dei materiali all'interno del cantiere ed anche in relazione al costo di gestione.

2.6. - Lo scrutinio di ragionevolezza porta conseguentemente ad esiti dubbi, seppure più marginali, anche con riguardo alla rimodulazione dell'utile di impresa dal 10 al 5 per cento, in quanto le considerazioni che precedono tolgono forza all'argomento dell'esistenza di economie di riserva idonee a rafforzare l'utile di impresa.



3. - Il consorzio Policost reitera poi i motivi incidentali di primo grado assorbiti; anzitutto lamenta la violazione dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, concernente i criteri di valutazione delle proposte, nell'assunto che erroneamente al raggruppamento Califel siano stati attribuiti 10 punti per l'offerta tempo, risultante del tutto indeterminata, sì da comportarne l'esclusione o quanto meno l'attribuzione di zero punti; il raggruppamento ha infatti dichiarato di essere disposto a ridurre i tempi di esecuzione dei lavori di un numero di mesi pari a tre rispetto ai diciotto fissati nel progetto a base di gara, ma nel cronoprogramma ha indicato sedici mesi, e non quindici, sebbene tale numero sia riportato nella colonna finale del cronoprogramma.

Il motivo è infondato, dovendosi dare la prevalenza all'offerta in data 26 settembre 2018, in cui è indicata, sia a numero che in lettere, la riduzione pari a tre mesi del tempo di esecuzione dei lavori, costituendo un mero refuso l'indicazione contenuta nel cronoprogramma in forma di diagramma.

4. - Il consorzio Policost deduce poi che il raggruppamento Califel abbia previsto, per l'esecuzione dei lavori, l'utilizzo della gestione RFID del cantiere, costituito da un sistema di rilevamento del personale mediante radiofrequenze potenzialmente nocive per la salute umana, come pure (che) abbia previsto linee vita sui terrazzi di copertura, inutili in quanto già protetti da parapetti.

Il motivo è infondato.

L'utilizzo del sistema RFID, come pure i cannoni nebulizzatori per la polvere, sono di per sé un elemento che apporta protezione maggiore ai lavoratori. L'inutilità, ovvero l'uso con modalità potenzialmente pericolosa attengono all'esecuzione e non già all'apprezzamento dell'offerta.

Quanto alle linee vita sui terrazzi, allega Califel che tale previsione sia dipesa dall'impossibilità di prendere integrale visione dell'immobile da ristrutturare.

5. - L'ultimo motivo riproposto dal Policost deduce che l'offerta tecnica di Califel, nel "*quadro di raffronto (senza prezzi)*", reca, al contrario, l'indicazione dei prezzi, in violazione di quanto prescritto a pena di esclusione dal disciplinare di gara con riferimento alla busta "B", punto n. 4, e del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, nonché di garanzia della segretezza dell'offerta economica.

Il motivo è fondato.

Eccepisce Califel che i valori contestati sono quelli riferiti ai sei criteri costituenti le migliori offerte e sono riportati nel loro valore complessivo, in quanto tali appartengono all'offerta tecnica e sono inidonei a rilevare il contenuto del ribasso dell'offerta economica (contenuto nella busta "C"), e dunque ad influenzare la decisione della Commissione.

Ora, il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica

ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica. In tale prospettiva, il divieto di commistione è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti; ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della Commissione può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento anche in astratto, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa (Cons. Stato, V, 19 ottobre 2020, n. 6308; V, 29 aprile 2020, n. 2732).

Anche a seguire la tesi di Califel in ordine all'irrelevanza dei valori ai fini della conoscenza dell'offerta economica, non può peraltro tacersi che il disciplinare, alla pagina 12, punto 4, espressamente prevede, in tema di requisiti della busta "B"-offerta tecnica, il «*quadro di raffronto (senza prezzi) per articoli e quantità tra il progetto posto a base di gara e il progetto integrato con le proposte migliorative formulate in sede di presentazione dell'offerta, senza fare alcun riferimento ai relativi prezzi, né unitari, né totali, pena l'esclusione dalla procedura di gara*».

Anche ad intendere il divieto di commistione in senso relativo, la circostanza, sussistente nella fattispecie in esame, che nella *lex specialis* sia presente una clausola specifica e perentoria, con esplicito divieto di qualsiasi indicazione (diretta e/o indiretta) di carattere economico, porta a ritenere che la stazione appaltante intendesse raggiungere una finalità ulteriore, vietando l'indicazione, nelle offerte tecniche dei concorrenti, di "qualsiasi" dato economico, anche non rilevante ai fini dell'individuazione del contenuto dell'offerta economica. Occorre ancora aggiungere come la clausola del disciplinare di gara che vieti espressamente l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché essa non fa che corroborare il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica già insito nel sistema, a presidio, tra l'altro, del principio dell'autonomia dell'apprezzamento discrezionale della prima rispetto a quello della seconda, il cui rispetto è garantito dall'antioriorità della prima valutazione e dalla necessità che dall'offerta tecnica esulino elementi e valori propri dell'offerta economica (Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057).

6. - L'appello principale del consorzio Policost è dunque fondato, nei termini di cui in motivazione, e dunque ai fini della declaratoria del difetto di legittimazione e di interesse al ricorso del raggruppamento Califel, che doveva essere escluso dalla gara.

7. - L'accoglimento del solo motivo escludente dell'appello principale di Policost attenua la rilevanza dell'appello incidentale del R.T.I. Califel, sia con riguardo alla statuizione che ha

comportato la sua esclusione dalla gara, sussistendo in ogni caso un'altra ragione (di esclusione), sia con riferimento alla riproposizione dei motivi volti ad ottenere l'esclusione dalla gara del consorzio Policost, nei cui confronti è rimasta confermata la statuizione di illegittimità dell'aggiudicazione in suo favore disposta dalla stazione appaltante.

La disamina dell'appello incidentale deve comunque essere condotta a fini di completezza della decisione.

7.1. - Il primo motivo dell'appello di Califel critica la statuizione di primo grado che, nell'accogliere il terzo motivo del ricorso incidentale di Policost, ha ritenuto manifestamente illogico il giudizio espresso dalla stazione appaltante con riguardo al sub-criterio A3.1 del disciplinare di gara (recante "*misure aggiuntive delle condizioni di sicurezza, organizzazione generale di cantiere, organizzazione del personale impiegato nell'esecuzione dei lavori e qualificazione dello stesso con livello di assistenza tecnica offerta all'ufficio di Direzione Lavori*"), nei confronti del raggruppamento Califel, che avrebbe offerto un'organizzazione di cantiere irrealizzabile, in relazione alle esigenze del cantiere ed all'ubicazione dell'immobile oggetto dei lavori. Deduce che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, a fronte di un piano di sicurezza a base di gara prevedente un unico accesso ed uscita pedonale e carrabile da Piazza Marconi, ha presentato una proposta migliorativa che consente la creazione di un senso unico di marcia carrabile con l'ingresso ad est da via Pagano e con uscita carrabile a sud su piazza Marconi, mentre, per quanto concerne il separato percorso pedonale, ha proposto l'ingresso al cantiere ad est da via Pagano e l'uscita ad ovest in prossimità della chiesa di S. Anna. Aggiunge come peraltro il piano di sicurezza a base di gara non ha previsto un solo accesso, ma tre, ad oggi esistenti. Allega altresì l'irrilevanza del fatto che il cortile parcheggio sia intercluso, dal momento che dalla tavola n. 28 non sono previsti alcun ingresso od uscita dalla corte interna, ma solo la realizzazione di un percorso pedonale perimetrale recintato nella corte interna interclusa con accesso alla zona perimetrale recintata con rete di cantiere (solamente nella tavola n. 29 sono erroneamente indicati, per refuso grafico, degli ingressi nella corte interna). Né può ritenersi illogico il punteggio attribuito al piano di cantiere del R.T.I. Califel, pari a 0,6 punti su 1, ed, all'esito della riparametrazione, a 9,2 su 10, costituente un giudizio di sufficienza. Irrilevante sarebbe poi la contestata imprecisione dell'offerta, ove è contenuto il riferimento ad un edificio scolastico in cemento armato, anziché ad un edificio da destinare alla Guardia di Finanza in muratura, costituente mero refuso, mentre utili per le lavorazioni da eseguire sarebbero gli accorgimenti per limitare le emissioni di polveri e di gas di scarico nelle aree interne alla scuola (purificatore/depuratore a ciclo continuo d'aria).

Il motivo, pur nella complessità di ricostruzione fattuale, che non richiede peraltro approfondimenti istruttori che sarebbero comunque non decisivi alla stregua di quanto già esposto, è infondato, per quanto è dato evincere dalla documentazione in atti.

Invero dalle tavole nn. 28 e 29 si evince che l'offerta di Califel prevede un accesso carrabile da via Pagano con senso unico di marcia, senza contemplare peraltro l'uscita dal lato chiesa, ove è indicata solamente un'uscita pedonale.

Anche solo sotto tale decisivo profilo e tralasciando dunque gli ulteriori refusi - che però, in un quadro di lettura sistematica, è forse una forzatura logica ritenere tali - è difficilmente contestabile, nella prospettiva dell'accertamento dei presupposti di fatto della valutazione tecnica, l'illogicità del giudizio espresso dalla Commissione giudicatrice per tale miglioria, come bene ha rilevato la sentenza appellata. Se il progetto migliorativo è errato, neppure può ammettersi il riconoscimento di un punteggio, non già di sufficienza, come sostiene Califel, ma piuttosto corrispondente a "buono" (tabella a pag. 16 del disciplinare), ed equivalente ad una "valutazione abbastanza favorevole".

Resta il fatto, incontrovertibile, che il piano di sicurezza a base di gara (cfr. punto 3) prevede, all'esito di un'attenta "descrizione del contesto in cui è collocata l'area di cantiere", un unico accesso carrabile all'immobile, da Piazza Marconi.

8. - Il primo motivo riproposto da Califel deduce che il consorzio Policost doveva essere escluso dalla gara in quanto privo della qualificazione SOA per la categoria prevalente OG11, classe IV, richiesta, quale requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, dalla *lex specialis* di gara, ed in particolare dal disciplinare di gara al punto III, n. 4, lett. c), in quanto l'impresa designata all'esecuzione dei lavori T.M.C. Costruzioni Immobiliari Italiane s.r.l. possedeva solamente l'attestazione SOA per la categoria OG11, classifica II.

Il motivo è infondato.

Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, il consorzio stabile è soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovare, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del "cumulo alla rinfusa"; pertanto, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, può ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle stesse imprese partecipanti, come peraltro espressamente previsto dal combinato disposto dell'art. 45, comma 2, lett. c), e 47, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il cumulo alla rinfusa è precluso dall'art. 146, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 solamente in materia di beni culturali, ed in particolare per le categorie OG2, OS2-A, OS2-B, OS24 e OS25 (in termini Cons. Stato, V, 16 gennaio 2019, n. 403), non rilevanti nella fattispecie controversa.

8.1. - Il che esclude la disparità di trattamento con altri consorzi esclusi in quanto privi della categoria OG2, con conseguente infondatezza (se non anche inammissibilità per genericità) del quarto motivo di appello riproposto, di cui viene ora anticipata la trattazione per attinenza tematica ed esigenze di concentrazione espositiva.

9. - Il secondo motivo riproposto dal R.T.I. Califel è incentrato sulla posizione di indebito vantaggio competitivo in cui si troverebbe l'impresa esecutrice designata dal consorzio Policost (la società T.M.C.), in quanto attuale affidataria dell'appalto dei lavori (primo stralcio funzionale) presso il medesimo edificio, condizione che le avrebbe consentito di acquisire informazioni strategiche sia per la formulazione dell'offerta tecnica "a misura", sia per conseguire un risparmio di spesa così modulando un adeguato ribasso nell'offerta; tale condizione ne imponeva l'esclusione dalla gara ai sensi degli artt. 67 e 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, al fine di reintegrare la *par condicio*, o quanto meno occorre l'azzeramento del punteggio tecnico attribuitogli onde sanare il conflitto di interessi.

Il motivo è infondato.

Non è infatti ravvisabile l'elemento soggettivo della fattispecie del conflitto di interesse, che, a norma dell'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, riguarda il personale della stazione appaltante che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione potendone influenzare il risultato. Tanto che la norma prevede specifici obblighi per il personale della stazione appaltante onde prevenire il conflitto di interessi; la previsione dell'esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d), dello stesso *corpus* legislativo è dunque una norma di chiusura (Cons. Stato, III, 20 agosto 2020, n. 5151) che va però collocata e presuppone il contesto soggettivo ora ricordato.

Difetta altresì l'elemento oggettivo del conflitto di interessi, come dimostra la circostanza che alcuna norma o clausola della *lex specialis* preclude la partecipazione alla gara dell'operatore che ha eseguito il precedente appalto di lavori interessante lo stesso immobile.

La giurisprudenza ha escluso l'applicabilità della norma sul conflitto di interessi anche nell'ipotesi di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica di una società partecipata dalla stazione appaltante, benchè si tratti di evenienza che può avere un impatto potenzialmente maggiore sul piano dell'imparzialità e della trasparenza (Cons. Stato, V, 7 settembre 2020, n. 5370).

In ogni caso, pur essendo quella sul conflitto di interessi una norma di pericolo, la sussistenza della fattispecie deve essere verificata in concreto sulla base di prove specifiche (Cons. Stato, V, 17 aprile

2019, n. 2511) che, nel caso di specie, mancano, potendo, in senso contrario, assumere valore anche la considerazione che il consorzio Policost, che si assume avere fruito di un vantaggio competitivo e di un'asimmetria informativa, ha conseguito un punteggio tecnico inferiore a Califel.

10. - Il terzo motivo dell'appello di Califel contesta il ribasso dei costi della manodopera da parte di Policost (che li ha indicati in euro 869.608,62, a fronte di una previsione negli atti di gara di euro 1.285.632,04), in particolare mediante la fissazione di costi inferiori ai livelli minimi fissati dalle tabelle ministeriali e dal CCNL, la previsione di un numero di ore lavorative meramente teorico, pari a 173 ore mensili per singolo operaio (che non tiene conto di permessi, malattie, infortuni, etc.), e la sostituzione di manodopera specializzata con quella non specializzata. In sede di giustificativi, Policost ha ridotto le ore mensilmente lavorate da 173 a 159,67, e ciò comporta una sostanziale modifica dei costi della manodopera, in violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, benchè quelle realisticamente previste dal Ministero siano solamente 131 effettive, il che comporterebbe una differenza per euro 279.395,33. Peraltro Policost non ha dichiaratamente rispettato i minimi salariali fissati dalle tabelle ministeriali con una difformità di circa il 22-24 per cento e comunque in violazione anche del C.C.N.L. di categoria, e del punto III, par. 5, lett. e), del disciplinare di gara. Inoltre Policost dichiara di utilizzare operai di quarto e terzo livello, laddove il prezzario della Regione Campania, per le stesse lavorazioni, richiede l'impiego di operai di quinto e terzo livello. Deduce ancora il raggruppamento Califel che Policost ha sostituito, in sede di giustificativi, i materiali indicati nel capitolato con altri più scadenti, integrando un ulteriore profilo di modifica dell'offerta tecnica oltre che di violazione dei minimi capitolari; analogo vizio integra, per l'appellante incidentale, la soppressione dei costi per il nolo, il trasporto e l'uso di mezzi di trasporto.

Il motivo è, almeno in parte, fondato, in analogia con quanto già affermato, a proposito di anomalia dell'offerta del raggruppamento Policost, ai punti *sub* 2.2/2.6 della motivazione, relativa alla disamina dell'appello principale dello stesso raggruppamento.

In particolare, in questa sede è opportuno incentrare l'attenzione sulle censure relative al costo del lavoro, occorrendo segnalare che il disciplinare di gara, al punto III, 5, lett. e), richiede che l'operatore dichiari *«di aver formulato l'offerta tenendo conto degli obblighi determinati dall'applicazione del CCNL di categoria ed impegnarsi al rispetto del medesimo per tutta la durata dei lavori»*, clausola che produce effetti anche con riguardo al trattamento retributivo.

Ma, anche senza approfondire il rispetto o meno dei minimi retributivi, risulta chiaro che vi sia stata, in sede di giustificativi, una modifica dell'offerta con riguardo al numero delle ore lavorative su base mensile.

Obietta al riguardo Policost che, anche, per mera ipotesi, ad ammettere che le ore debbano essere 131, la differenza dei costi sarebbe compensata dalle economie di riserva ammontanti ad euro 334.233,26.

Osserva il Collegio che tale profilo non è peraltro dirimente, in quanto la modifica dei costi della manodopera in corso di gara, mediante le giustificazioni, non è una compensazione consentita, ma integra un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettibile di essere modificato nell'importo (al pari degli oneri aziendali per la sicurezza) pena l'incisione degli interessi pubblici, posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, sottesi alla specifica individuazione di entrambe le voci di costo, come imposta dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (in termini, indirettamente, anche Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 7).

Con riguardo alla modifica dei materiali ed alla eliminazione del costo per i mezzi di trasporto è sufficiente fare rinvio ai punti 2.3 e 2.5 della presente motivazione.

Occorre aggiungere che il raggruppamento Policost nulla allega in ordine alla modifica della qualifica degli operai utilizzati, contestazione svolta anche con i motivi aggiunti reiterati.

Mentre i motivi aggiunti sono inammissibili per genericità laddove ipotizzano un'irregolare conservazione dei documenti di gara, ed addirittura la sostituzione della scheda n. 44 allegata da Policost alla prima relazione di congruità.

11. - Alla stregua di quanto esposto, va accolto in parte, nei sensi di cui in motivazione, e cioè ai fini dell'accertamento dell'incongruità dell'offerta di Policost, l'appello incidentale del raggruppamento Califel, e va, al contempo, respinta la domanda di risarcimento del danno, in forma specifica od, in subordine, per equivalente, basata sulla pretesa all'aggiudicazione, che è invece risultata infondata.

12. - In definitiva, con riguardo al ricorso n. 4966/2020 del R.G., vanno accolti in parte, nei sensi di cui in motivazione, sia l'appello principale, che quello incidentale, con sostanziale conferma degli effetti della sentenza di primo grado, salva la integrazione/aggiunzione motivazionale che supporta la decisione.

13. - Procedendo ora alla disamina del ricorso n. 5016/2020 del R.G., va premesso che la domanda finalizzata ad ottenere una preliminare decisione sul presente ricorso rispetto al ricorso iscritto *sub* n. 4966/2020 del R.G., al presente riunito, in ragione del vincolo di pregiudizialità logica connessa alla posizione preminente in graduatoria del raggruppamento Graded, è soddisfatta attraverso la trattazione e decisione congiunta dei due appelli; tale considerazione esime il Collegio

da ulteriori approfondimenti circa la reale efficacia che potrebbe rivivere dall'accoglimento dell'appello di Graded.

14. - Con il secondo (mantenendo la scansione dell'appello, ovvio essendo peraltro che l'istanza di decisione in via preliminare non costituisce censura in senso proprio) motivo il raggruppamento appellante critica la statuizione che ha ritenuto competente il R.U.P. nella valutazione dell'anomalia dell'offerta; deduce in particolare che è in contestazione la competenza esclusiva del R.U.P. in materia, consentendo l'art. 31, commi 7 e 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 l'affiancamento di una struttura tecnica e, se del caso, della commissione al R.U.P. in caso di particolare complessità tecnica dell'appalto.

Il motivo è infondato.

La sentenza ha correttamente evidenziato come sia la norma (il citato art. 31), che le (vincolanti) Linee Guida A.N.A.C. n. 3 del 2016 (punto 5.3) prevedono come mera eventualità il supporto della commissione al R.U.P.; si tratta dunque di una facoltà che può essere esercitata dalla stazione appaltante, anche su richiesta del R.U.P., ma il cui mancato esercizio non è profilo di illegittimità, e neppure richiede una specifica motivazione (al contrario, verosimilmente, dovendo essere motivata la delega della verifica dell'anomalia ad altro organo, come pure una maggiore strutturazione dell'istruttoria finalizzata alla stessa verifica con la nomina di una commissione tecnica o mediante avvalimento degli uffici tecnici dell'amministrazione).

Al riguardo, giova ricordare che la giurisprudenza costante afferma che il subprocedimento di anomalia dell'offerta è di competenza del R.U.P. e non della commissione di gara, le cui incombenze si esauriscono con la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 9 marzo 2020, n. 1655; III, 5 febbraio 2019, n. 869).

Nel caso di specie peraltro la commissione di gara ha approvato, nella seduta del 20 maggio 2019, le conclusioni del R.U.P.

15. - Il terzo motivo critica la statuizione che ha ritenuto legittimo (*melius*, ragionevole e logico) il giudizio di anomalia dell'offerta del R.T.I. Graded; deduce in particolare di avere fornito giustificazioni per il 96 per cento delle voci di costo e cioè del valore dell'appalto (seppure paramtrate al 55 per cento delle 435 voci inserite nell'elenco prezzi), e che l'offerta prevede un utile del quattro per cento (corrispondente a circa euro 130.527,86). Graded deduce altresì di avere giustificato i prezzi offerti in relazione al costo della manodopera e che la relazione di congruità sia adeguata.

Anche tale articolato motivo è infondato.



La sentenza ha invero basato il giudizio di inaffidabilità dell'offerta Graded sul fatto che, all'esito di una serrata interlocuzione con il R.U.P., non ha, con le "relazioni della congruità dell'offerta", *«fornito la giustificazione di tutte le voci indicate nel progetto»*; inoltre *«anche la ricostruzione fornita in ricorso, secondo cui la ricorrente avrebbe fornito giustificazioni per il 96% del valore totale dell'appalto, è nettamente smentita dall'amministrazione resistente che, invece, ritiene che le giustifiche abbiano riguardato solo il 55% delle categorie dei lavori da eseguire»*.

Come noto, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta mira ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione del contratto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione, resa dall'amministrazione appaltante, della complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere. Conseguentemente, il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale.

Nella descritta cornice la sentenza appellata, nei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo (cui è ovviamente precluso di sostituirsi all'amministrazione), non può dirsi viziata. Nella nota in data 21 luglio 2020 del R.U.P., integrativa degli scritti defensionali dell'Avvocatura dello Stato, viene contestato, a conferma di quanto già emergente dall'impugnato provvedimento di esclusione, l'assunto secondo cui attraverso la giustificazione di 267 voci (su di un totale di 435) risulti giustificato il 96 per cento del valore dell'appalto, assumendosi invece che la giustificazione, rapportata al valore economico delle singole voci cui è riferita, riguardi circa un quarto del valore (ciò dicasi anche con riguardo alla manodopera); si osserva inoltre che i prezzi dei materiali risultano, senza spiegazione, inferiori a quelli indicati dai fornitori; mancano le giustificazioni dei subappaltatori; è significativa (e non marginale) la mancata considerazione dell'impianto idrico sanitario e dell'impianto antincendio, posto che gli impianti costituiscono circa il 50 per cento dell'appalto. In definitiva, il raggruppamento Graded ha svolto giustificazioni generiche che il R.U.P. ha ragionevolmente ritenuto inadeguate a dimostrare l'attendibilità e la serietà dell'offerta risultata anomala.

16. - Il quarto motivo censura poi la statuizione di irricevibilità del motivo (posto in via subordinata) volto a contestare il capitolato speciale nella parte in cui (art. 2) ha indicato, senza alcuna esplicitazione, il calcolo dell'incidenza della manodopera nella misura del 25 per cento, motivata nella considerazione che si tratterebbe di una clausola che rendeva particolarmente difficile la formulazione dell'offerta, e dunque da impugnare immediatamente. Deduce Graded che, al contrario, non si tratta di una "clausola escludente", come dimostra il fatto che il raggruppamento

è stato in condizione di presentare la propria offerta, ma che l'illegittimità lamentata consegue all'errata interpretazione della *lex specialis* da parte del R.U.P.

Il motivo è infondato.

Ai sensi dell'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016 «*nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera, sulla base di quanto previsto nel presente comma*», e dunque tenendo conto delle tabelle ministeriali, che si basano sui contratti collettivi o sui prezzari regionali.

Ora, ove il motivo debba essere inteso nel senso che l'indicazione dell'incidenza del costo medio della mano d'opera sia generico e non abbia consentito una ragionata formulazione dell'offerta, è corretta la statuizione di irricevibilità, in quanto la giurisprudenza equipara alle clausole propriamente escludenti quelle che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa od addirittura impossibile, come pure le disposizioni abnormi od irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara.

Peraltro, non è bene comprensibile il motivo oggetto di scrutinio, connotato da profili di genericità, dovendosi considerare che non esiste un onere, per la stazione appaltante, di indicare le modalità di determinazione dell'incidenza media della manodopera, ed addirittura l'assenza di tale indicazione non produce effetti vizianti sul bando, in quanto per il costo del lavoro, da intendersi come costo unitario, esiste un parametro di determinazione *ab externo* (le tabelle ministeriali, appunto), che consentono di formulare un'offerta consapevole. Resta solo da aggiungere che la parametrizzazione dei costi al prezzario della Campania è giustificato sulla base di un criterio di competenza territoriale.

17. - La riconosciuta legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara del R.T.I. Graded impone anche la conferma della statuizione di improcedibilità dei motivi aggiunti esperiti dal raggruppamento avverso l'aggiudicazione della gara al consorzio Policost, a prescindere dall'intervenuto accertamento in ordine all'illegittima modificazione, in sede di giustificativi, anche dell'offerta di quest'ultimo, da ritenersi dunque sostanzialmente anomala ed inaffidabile. Ed infatti, secondo consolidata giurisprudenza, il concorrente legittimamente escluso da una gara non ha interesse a ricorrere avverso i provvedimenti adottati nelle ulteriori fasi della procedura, ed in particolare avverso l'aggiudicazione ad altro concorrente, atteso che l'eventuale accoglimento del gravame alcun vantaggio recherebbe alla sua sfera giuridica (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 7 marzo 2018, n. 1461; sul piano della giurisprudenza europea, Corte giust. U.E., 21 dicembre 2016, in causa C-355/15).

Ne consegue che deve essere respinto anche il quinto motivo, potendosi prescindere anche dalla disamina dei motivi volti a censurare l'anomalia dell'offerta economica di Policost, peraltro in parte (con riguardo al costo della manodopera ed ai costi di sicurezza interni) sovrapponibili a quelli sviluppati dal raggruppamento Califel nel giudizio al presente riunito, e già accolti.

18. - In definitiva, il ricorso iscritto *sub* n. 5016/2020 del R.G. deve essere respinto.

Possono essere conseguentemente assorbiti (senza dunque indugiare sulla questione se sarebbe stato necessario l'esperimento di un appello incidentale condizionato a fonte di una statuizione di improcedibilità) i motivi del ricorso incidentale di primo grado del consorzio Policost, riproposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in via subordinata e condizionata all'ipotesi di accoglimento dell'appello principale, essenzialmente volti ad ottenere l'esclusione e comunque a contestare il punteggio attribuito all'offerta tecnica del raggruppamento Graded.

19. - Alla stregua di quanto esposto, con riguardo al ricorso n. 4966/2020 del R.G., vanno accolti in parte, nei sensi di cui in motivazione, sia l'appello principale, che quello incidentale, con sostanziale conferma degli effetti della sentenza di primo grado, salva la integrazione/aggiunzione motivazionale apportata, mentre il ricorso n. 5016/2020 del R.G. va respinto.

La complessità delle questioni giuridiche trattate e le posizioni di soccombenza reciproca registrate integrano le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, così decide : a ) riunisce i ricorsi iscritti *sub* n. 4966/2020 e n. 5016/2020 del R.G.; b) con riguardo al ricorso iscritto *sub* n. 4966/2020 del R.G., accoglie l'appello principale e quello incidentale, nei sensi di cui in motivazione; per l'effetto, con parzialmente diversa motivazione, conferma la sentenza di primo grado; c) respinge il ricorso iscritto *sub* n. 5016/2020 del R.G.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere