

Massima: *A differenza di quanto accade con l'avvalimento, anche nel caso di subappalto c.d. necessario il rapporto con l'impresa subappaltatrice non viene attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella successiva fase dell'esecuzione dell'appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell'art. 105, commi 7 (in tema di obbligazioni che sorgono per l'affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) ed 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (in tema di responsabilità esclusiva dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei commi successivi dello stesso art. 105, tutti attinenti alla sola fase esecutiva e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto. E' dunque corretto quanto rilevato nella sentenza appellata laddove, diversamente dall'impresa ausiliaria nel caso di avvalimento, "Il subappaltatore, dunque, non "presta" o "fornisce" alcunché al concorrente subappaltante. Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, come anche previsto nel disciplinare della gara che qui occupa, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti".*

Sentenza Consiglio di Stato n. 8223 del 23/09/2022



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 429 del 2022, proposto da

Cogei s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo RTI con RDR s.r.l. (poi divenuta s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Abbanoa s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Rossi, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

nei confronti

Shift s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Lai e Flaviano Lai, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

Trasporti Autogru di Spiga Giovanni Antonio e C. s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Acciona Agua S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza San Bernardo, 101;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 824/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa s.p.a., di Shift s.p.a. e di Acciona Agua S.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Rossi, Vagnucci, Massa e Lai;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 25 febbraio 2020, Abbanoa s.p.a. indiceva una procedura aperta di gara, *ex artt. 60 e 114 del d.lgs. n. 50 del 2016*, per l'affidamento del “*Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, di sollevamento fognario e di pretrattamento*”, suddivisa in 5 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con un massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 per quella economica) e con il limite espresso, in caso di partecipazione per più lotti, di aggiudicazione sino ad un massimo di tre (par. 3 punto 3 e par. 18 del disciplinare).

Alla procedura per l'aggiudicazione del Lotto 4, riferito allo svolgimento del servizio nei Distretti n. 6 e 7, partecipavano tra gli altri Cogei s.r.l., in costituendo raggruppamento temporaneo con la società RDR s.r.l., nonché Acciona Agua S.A., la quale, all'esito delle operazioni di gara, si classificava al primo posto in graduatoria con 100 punti (70 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica), seguita dal RTI Cogei con 80,798 punti (54,698 per l'offerta tecnica, più 26,1 per l'offerta economica).

Entrambe le offerte venivano sottoposte a verifica di congruità.

Successivamente, con nota dell'11 febbraio 2021, Abbanoa comunicava l'avvenuta aggiudicazione dei cinque lotti con deliberazione n. 18 dell'8 febbraio 2021 (Acciona Agua S.A. si classificava prima in tutti i cinque lotti ma, stante il limite di quelli aggiudicabili, alla fine risultava affidataria dei lotti 1, 3 e 4, mentre il lotto 2 veniva affidato alla società Idrotecnica ed il lotto 5 alla Ditta Orrù Antonino).

A seguito di tale comunicazione, il 12 febbraio 2021 Cogei formulava istanza di accesso agli atti della gara, che in data 8 marzo 2021 veniva accolto solo in modo parziale, con marcati oscuramenti della documentazione tecnica.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna Cogei s.r.l. obiettava che dalla documentazione acquisita sarebbero comunque emersi molteplici motivi che avrebbero dovuto determinare l'esclusione di Acciona Agua S.A. dalla gara per il lotto 4, con conseguente collocazione del RTI Cogei, secondo graduato, al primo posto nella graduatoria definitiva.

Deduceva, a sostegno delle proprie ragioni, i seguenti motivi di impugnazione:

1) *violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 59, 80, 83, 89 e 105 d.lgs. n. 50/16 – Violazione e falsa applicazione dei par. 3, 5, 7.1. lett. b), 8, 9 e 15 del disciplinare di gara – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione di ogni norma e principio in tema di qualificazione alle gare d'appalto, di par condicio e di segretezza delle offerte - Eccesso di potere; difetto di istruttoria, illogicità manifesta, contraddittorietà, perplessità.*

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 d.lgs. 50/2016 – Eccesso di potere, difetto di istruttoria, perplessità.*

3) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 d.lgs. 50/2016 – Eccesso di potere, difetto di istruttoria - Perplessità.*

Veniva inoltre formulata istanza ai sensi dell'art. 116, comma 2 Cod. proc. amm. per violazione degli artt. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 e 22 e 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990: ciò in quanto Abbanoa avrebbe concesso l'accesso alla documentazione di Acciona Agua S.A. senza tuttavia fornire l'Allegato al DGUE recante i precedenti penali riportati ed i verbali di valutazione della congruità dell'offerta, nonché le note del RUP di richiesta di giustificazioni, con pressoché integrale oscuramento di tutti i contenuti dell'offerta tecnica e delle giustificazioni, chiarimenti e relativi allegati presentati in fase di verifica di congruità dell'offerta.

Le ragioni di tale parziale ostensione erano dovute – secondo quanto riportato nella nota di Abbanoa del 5 marzo 2021 – al fatto che “*la Ditta Acciona Agua ha fatto pervenire ad Abbanoa motivata e dettagliata opposizione all'accesso agli atti di parte della documentazione prodotta in sede di partecipazione alla procedura di gara per l'affidamento del*

“Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione delle acque reflue urbane, di sollevamento fognario e di pretrattamento”; l’opposizione era riferita, in particolare, all’accesso alla documentazione tecnica e ad eventuali informazioni fornite nell’ambito del *sub*-procedimento di verifica dell’anomalia – nel contesto delle giustificazioni dell’offerta presentata – sul presupposto che costituissero segreti tecnici e/o commerciali.

In data 12 aprile 2021 Acciona Agua S.A. proponeva a sua volta ricorso incidentale, poi integrato in data 9 luglio 2021 da motivi aggiunti, con cui impugnava gli atti di gara limitatamente alle parti in cui non avevano escluso l’ATI Cogei s.r.l. - RDR s.r.l. dalla procedura.

Con ordinanza n. 573 del 29 luglio 2021 il TAR accoglieva la domanda *ex art.* 116 Cod. proc. amm. dichiarando il diritto della ricorrente all’accesso ai documenti richiesti ed ordinando ad Abbanoa la loro esibizione.

A seguito del deposito della documentazione Cogei s.r.l. proponeva un ulteriore ricorso per motivi aggiunti.

introducendo una ulteriore serie di censure che saranno esaminate nella parte in diritto.

Costituitesi in giudizio, Abbanoa e le altre società controinteressate chiedevano la reiezione del ricorso.

Con sentenza 13 dicembre 2021, n. 824, il giudice adito respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile quello incidentale proposto da Acciona Agua S.A.

Avverso tale decisione Cogei s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Sul rigetto del primo motivo di ricorso introduttivo. Errores in iudicando in relazione agli artt. 48, 59, 80, 83, 89 e 105 D.lgs. n. 50/16, ai par. 3, 5, 7.1. lett. B), 8, 9 e 15 del*

Disciplinare di gara, all'art. 97 cost., alle norme e principi in tema di qualificazione alle gare d'appalto, di par condicio e di segretezza delle offerte.

2) Sul quinto motivo aggiunto. Errores in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 66, 67 e 80 Dlgs 50/16. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del Disciplinare.

3) Sul primo e sul settimo motivo aggiunto. Violazione e Falsa applicazione degli artt. 95 e 97 D.lgs. n. 50/16 – Violazione e falsa applicazione dei parr. 3, 17 e 23 del Disciplinare di gara.

4) Sul sesto motivo aggiunto. Errores in iudicando. Violazione di ogni norma e principio in tema di modifica dell'offerta tecnica in sede di giustificazioni d'anomalia. Violazione dei punti 6, 16 e 18.2 del Disciplinare. Violazione dell'art. 80, co. 5, Dlgs 50/16.

5) Sul secondo e ottavo motivo aggiunto. Violazione e Falsa applicazione degli artt. 95 e 97 D.lgs. n. 50/16 – Violazione e falsa applicazione dei parr. 3, 17 e 23 del Disciplinare di gara – Violazione di ogni norma e principio in tema di verifica di congruità delle offerte.

Abbanoa s.p.a. si costituiva in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello in quanto infondato.

Anche Acciona Agua S.A. si costituiva, a sua volta proponendo appello incidentale con il quale rinnovava le doglianze già dedotte nel ricorso incidentale poi dichiarato improcedibile dal primo giudice; ad esso seguiva, rispettivamente in data 28 marzo 2022 e 1° giugno 2022, la proposizione di ulteriori motivi aggiunti.

Si costituiva infine Shift s.p.a., subappaltatrice di Acciona Agua S.A., anch'essa concludendo per la reiezione del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 14 luglio 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il primo motivo di appello trae le proprie premesse dalla circostanza che il concorrente infine risultato aggiudicatario, Acciona Agua S.A., fin dall'inizio non possedeva lo specifico requisito di idoneità professionale richiesto dal par. 7.1, lett.

b) del disciplinare (ossia, nella specie, l'iscrizione all'Albo gestori ambientali per una categoria e classifica corrispondente alla 4 C), dovendo pertanto ricorrere, relativamente al lotto 4, al subappalto necessario, all'uopo indicando – quali imprese subappaltatrici necessarie per l'attività di smaltimento rifiuti – le società Shift s.p.a. (in possesso dell'iscrizione ANGA in categoria 4 e classe B), per una quota pari all'87% delle attività richieste e la Ditta Trasporti Autogrù di Spiga Giovanni Antonio & C. s.n.c. (in possesso di una categoria / classe 4 D) per una quota pari al 13%.

Peraltro, come attestato dai verbali di gara, i suddetti operatori economici erano stati indicati quali subappaltatori necessari, sempre per il possesso del requisito di cui al par. 7.1. lett. b) del disciplinare, da più concorrenti: in particolare, nel lotto 4 sia la Shift, sia la Ditta Trasporti Autogrù erano state indicate quali subappaltatrici necessarie, oltre che da Acciona Agua, anche dai concorrenti RTI Suez e RTI DAM.

A fronte di ciò, deduce l'appellante, Acciona Agua S.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (analogamente alle altre due concorrenti incorse nella medesima situazione), essendo inammissibile che lo stesso requisito possa essere utilizzato da più concorrenti per qualificarsi ad una gara, per di più in competizione tra loro, ponendosi tale “prestito multiplo” in contrasto con gli artt. 48, comma 7, 89, comma 7 d.lgs. n. 50 del 2016 e con i parr. 5, 8 e 15 del disciplinare.

Non corrisponderebbe conseguentemente al vero la dichiarazione, resa dai predetti subappaltatori nei DGUE presentati in gara, di non trovarsi “rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”, avendo in realtà partecipato ad almeno tre offerte con allegazione di specifiche dichiarazioni per ciascuna di esse.

Sotto un ulteriore profilo, deduce inoltre l'appellante, il coinvolgimento dei subappaltatori necessari rileverebbe non solo quanto al requisito di qualificazione speso in gara, ma anche in merito al contenuto della proposta tecnica (poi valutata ai fini dell'attribuzione del punteggio) ed alla formulazione del ribasso per le attività di smaltimento, di talché la situazione venutasi a creare avrebbe gravemente compromesso il principio di segretezza ed autonomia delle offerte, venendosi in tal modo a concretizzare un centro decisionale unico almeno in ordine alle attività di smaltimento rifiuti, in violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m) del *Codice dei contratti pubblici*.

Erroneamente quindi il primo giudice avrebbe concluso che l'ordinamento “*non prevede una norma per la quale la S.A. dovrebbe escludere dalla gara i concorrenti che abbiano indicato il medesimo subappaltatore (anche necessario)*”, così come erroneamente avrebbe escluso l'applicabilità del divieto di cui all'art. 89, comma 7 d.lgs. n. 50 del 2016, sul presupposto che avvalimento e subappalto siano istituti differenti e che “*Il subappaltatore, dunque, non “presta” o “fornisce” alcunché al concorrente subappaltante [...]*”. In realtà, deduce Cogei s.r.l., la stessa *lex specialis* di gara, nel richiamare una serie di previsioni di legge, avrebbe vietato il coinvolgimento del medesimo subappaltatore in più offerte.

Il primo giudice non avrebbe inoltre adeguatamente considerato che, se ai sensi dell'art. 89, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (norma richiamata dal par. 8 del disciplinare) l'ausiliario può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati, specularmente dovrebbe concludersi che anche il subappaltatore, nel momento in cui venga a “prestare” i propri requisiti ad un appaltatore, debba essere perlomeno equiparato ad un ausiliario.

Verrebbe quindi in considerazione, nella sostanza, una fattispecie riconducibile all'avvalimento dei requisiti, con conseguente necessità di applicare la relativa

disciplina, pena in caso contrario l'elusione dei divieti posti, in linea generale, dall'ordinamento a tutela della concorrenza e della trasparenza.

Il subappaltatore "necessario" indicato in sede di offerta verrebbe dunque a partecipare alla gara attraverso la spendita dei propri requisiti, per consentire ad un dato operatore economico privo degli stessi di concorrere, venendo così a costituire un elemento strutturale alla qualificazione del concorrente: ne conseguirebbe logicamente che – così come un medesimo soggetto non può partecipare a più di un raggruppamento, né partecipare ad una gara se ad essa partecipa il consorzio stabile di cui faccia eventualmente parte, né prestare i requisiti quale ausiliario a più di concorrente, né essere il progettista indicato da più di un concorrente, etc. – allo stesso modo lo stesso non potrebbe essere coinvolto in ben tre diverse offerte quale subappaltatore necessario.

A maggior ragione varrebbero queste considerazioni ove si consideri che i subappaltatori in questione avrebbero praticato prezzi diversi ai vari concorrenti, *“così incidendo in modo determinante sulla formulazione dell'offerta di smaltimento”*, né i paventati rischi di manipolazione e/o condizionamento della procedura potrebbero essere confutati dal generico rilievo che i differenti prezzi offerti ai concorrenti *“rientrerebbero nelle normali dinamiche di mercato”*.

Il motivo non è fondato.

Correttamente la sentenza impugnata ha rilevato – anche nell'ottica del principio di tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 – come *“il nostro ordinamento giuridico non prevede una norma per la quale la S.A. dovrebbe escludere dalla gara i concorrenti che abbiano indicato il medesimo subappaltatore (anche necessario)”*. Di talché, *“in assenza di un'espressa previsione normativa volta a sanzionare con l'esclusione l'indicazione da parte di più concorrenti del medesimo subappaltatore, tale condotta – che infatti non è stata prevista da Abbanoa nella lex specialis quale causa di esclusione - non può provocare l'effetto espulsivo auspicato dalla ricorrente”*.

In questi termini, non ha pregio l'argomento secondo cui un principio di tale natura sarebbe evincibile dal combinato disposto di alcune previsioni della legge di gara (segnatamente, il par. 9 ed il par. 15.3 del disciplinare), sia perché, se anche così fosse, detto principio non potrebbe comunque trovare applicazione in quanto nullo per contrasto con quanto disposto dall'art. 83 comma 8 cit., sia perché, in realtà, le previsioni in questione neppure si prestano, obiettivamente, a tale lettura.

Il par. 9 del disciplinare di gara, in tema di subappalto, prevede che *“Nel caso di “subappalto necessario” (per l'attività di smaltimento dei rifiuti di cui all' art. 7.1 lett. b) del disciplinare), il concorrente dovrà indicare in fase di partecipazione, la volontà di ricorrere al subappalto e il nominativo del subappaltatore individuato. Dovrà, inoltre, allegare il DGUE compilato e sottoscritto dal subappaltatore, nel quale quest'ultimo dichiara il possesso del requisito di cui all'art. 7.1 lett. b), corredato dalle dichiarazioni integrative di cui al Modello 8”*.

Sempre il par. 9 chiarisce poi che *“2. I soggetti affidatari della presente gara possono affidare in subappalto le prestazioni comprese nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto [...]”*.

Il par. 15.3 del disciplinare, infine, prevede che *“nel caso di “subappalto necessario” di cui all'art. 9 punto 5 del presente disciplinare, il concorrente, in riferimento al subappaltatore indicato, deve allegare tra i documenti a corredo della domanda di partecipazione: il DGUE compilato e firmato digitalmente dal subappaltatore, in cui quest'ultimo rende le dichiarazioni della parte II, sezioni A e B; della parte III, sezioni A, B, C e D; della parte IV sezione A; il Modello 8 – Dichiarazioni integrative al DGUE: il PASSOE recante l'indicazione e la sottoscrizione anche del subappaltatore (l'impresa partecipante o la capogruppo in caso di RTI genera il PassOE selezionando il ruolo di mandataria in RTI; l'impresa subappaltatrice genera la propria componente di PassOE, selezionando il ruolo di mandante in RTI)”*.

Non può evidentemente ricondursi al tenore delle disposizioni sopra trascritte il principio secondo cui i concorrenti che abbiano indicato in gara lo stesso

subappaltatore dovrebbero essere esclusi dalla gara, salvo voler impropriamente equiparare tra loro delle situazioni profondamente diverse, quali – da un lato – l’indicazione di un operatore economico come subappaltatore (necessario) e – dall’altro – la partecipazione diretta di quest’ultimo come offerente in via principale alla gara (par. 9 comma 2).

Circostanza, quest’ultima, non verificatasi nel caso di specie, non risultando in atti che né Shift s.p.a., né la Ditta Trasporti Autogrù abbiano a loro volta presentato delle autonome offerte onde prendere autonomamente parte alla gara.

Neppure è condivisibile la tesi dell’appellante secondo cui l’istituto del subappalto necessario e quello dell’avvalimento risponderebbero alla medesima *ratio*, il che consentirebbe di estendere al primo le cause di esclusione previste dal legislatore per il secondo: va infatti ribadito – non essendovi nel caso di specie evidenti ragioni per discostarsene – quanto all’uopo già evidenziato dal precedente della Sezione n. 3504 del 4 giugno 2020, per cui l’obbligatoria (per legge o disciplinare) indicazione nell’offerta della terna di subappaltatori e dei servizi che si intendono subappaltare non trasforma il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) in un istituto strutturalmente diverso dal subappalto c.d. facoltativo, fino a determinare una sorta di confusione tra avvalimento e subappalto, presentando questi ultimi presupposti, finalità e regolazioni diverse (in tal senso, anche Cons. Stato, Ad. plen. n. 9 del 2015).

A differenza di quanto accade con l’avvalimento, anche nel caso di subappalto c.d. necessario il rapporto con l’impresa subappaltatrice non viene attratto nella fase della gara, ma (continua a) rileva(re) nella successiva fase dell’esecuzione dell’appalto, per come dimostrato dalle previsioni dell’art. 105, commi 7 (in tema di obbligazioni che sorgono per l’affidatario solo dopo la stipulazione del contratto) ed 8 d.lgs. n. 50 del 2016 (in tema di responsabilità esclusiva dell’affidatario nei confronti della stazione appaltante), oltre che dei commi successivi dello stesso art.

105, tutti attinenti alla sola fase esecutiva e tutti applicabili ad ogni tipologia di subappalto.

E' dunque corretto quanto rilevato nella sentenza appellata laddove, diversamente dall'impresa ausiliaria nel caso di avvalimento, *“Il subappaltatore, dunque, non “presta” o “fornisce” alcunché al concorrente subappaltante. Più semplicemente, qualora un servizio o un'attività oggetto dell'appalto principale sia interamente scorporabile, il subappaltatore svolge direttamente tale servizio o tale attività e, quindi, come anche previsto nel disciplinare della gara che qui occupa, è solo lui a dover possedere i relativi requisiti?”*.

Sono poi da ritenere inammissibili – in quanto dedotte per la prima volta in appello – le ulteriori censure secondo cui l'indicazione del subappaltatore nel PassOE dell'offerente determinerebbe l'attrazione del subappalto tra gli istituti rilevanti in fase di partecipazione e, quindi, l'applicabilità della disciplina prevista per l'avvalimento: nel precedente grado di giudizio, infatti, Cogeì aveva sì introdotto la questione della menzione dei subappaltatori nel PassOE, ma in una diversa prospettiva difensiva, in base alla quale *“anche il par. 15 del Disciplinare, nella sezione relativa al PASSOE da presentare in gara, precisa l'obbligo di indicazione nel suddetto documento degli ausiliari e dei subappaltatori necessari (quindi equiparandoli) quali “mandanti”. Ora, quand'anche si volesse prescindere, ma non è possibile, dal divieto di prestazione dello stesso requisito a più concorrenti, resterebbe comunque fermo che l'identificazione dei due subappaltatori necessari nei PASSOE di ben tre concorrenti quali “mandanti” comporta comunque la violazione dell'art. 48, co, 7 del Codice [...]”*.

Tale argomento, non più riproposto in appello, era stato smentito in sentenza, sul presupposto che si trattasse di un refuso indotto dalle rigidità del sistema informatico AvcPass-ANAC, in quanto tale non suscettibile di attribuire a dei meri subappaltatori il ruolo (giuridicamente ben definito) di mandanti di un raggruppamento temporaneo di imprese.

Neppure può condividersi l'argomento secondo cui l'indicazione del medesimo subappaltatore da parte di due o più concorrenti integrerebbe per ciò stesso un evidente fattore di condizionamento del mercato, avendo l'appellante omesso di dimostrare che fosse intervenuta tra le parti una qualche forma di concertazione o di reciproco condizionamento in fase di gara, di talché – come correttamente rilevato in sentenza – *“l'indicazione del medesimo subappaltatore da parte di due o più concorrenti non costituisce, in difetto di altri consistenti elementi di prova, un indizio di un collegamento tra centri decisionali autonomi e distinti o di condizionamento reciproco delle offerte presentate”*.

Neppure viene dimostrato, ma solo supposto, che i subappaltatori fossero effettivamente venuti a conoscenza dei prezzi applicati nelle offerte di ben tre concorrenti (nella specie Acciona Agua, RTI Suez e RTI DAM), laddove dagli atti di causa risulta che gli stessi avrebbero al più potuto aver conto del corrispettivo praticato a ciascuna subappaltante per il servizio di smaltimento dei rifiuti oggetto di subappalto.

Con il secondo motivo di appello viene invece censurata la reiezione del quinto motivo di ricorso incidentale, a mente del quale l'aggiudicataria Acciona Agua S.A. avrebbe dovuto essere esclusa, avendo la stazione appaltante (in particolare al punto 9.2 del capitolato speciale d'appalto) rappresentato ai concorrenti che il sistema WFM non era ancora attivo (facendo riferimento anche a sistemi equivalenti) e che tale attivazione sarebbe avvenuta solo in corso di esecuzione dell'appalto, laddove Acciona Agua, proprio perché gestore uscente, sarebbe stata invece a conoscenza del fatto che tale sistema era in realtà già in funzione tramite l'applicativo Geocall, così avvalendosi di un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti.

A dimostrazione degli effetti di tale asimmetria informativa, deduce l'appellante, nel verbale n. 29 la Commissione di gara avrebbe rilevato – quale punto di

debolezza dell'offerta di Cogei – proprio l'aver *“Previsto un sistema autonomo di WFM diverso da quello della Stazione appaltante”* e per contro, quale punto di forza dell'offerta di Acciona Agua S.A., la *“Previsione dell'implementazione in un tempo definito e utilizzo del WFM della Stazione Appaltante”*: proprio ed esclusivamente in quanto gestore uscente Acciona Agua avrebbe potuto disporre di tale informazione privilegiata, avvalendosi così di un'indebita posizione di vantaggio a discapito delle altre imprese concorrenti.

Un tale stato di cose integrava quindi una palese violazione degli art. 42, 66, 67 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016, volti a sanzionare con l'esclusione l'operatore che approfitta delle informazioni di gara non note ad altri concorrenti per trarne vantaggio.

Erroneamente dunque il primo giudice aveva ritenuto che *“tutti gli operatori, ove avessero dispiegato un'adeguata diligenza, avrebbero potuto acquisire le informazioni utili per calibrare*

un'offerta tecnica che tenesse conto della piattaforma in uso presso la stazione appaltante”, se del caso anche *“attraverso le FAQ”*, nel momento in cui – come già detto – la stazione appaltante aveva rappresentato ai partecipanti alla gara che il sistema WFM non era ancora attivo, di talché *“né Cogei, né gli altri concorrenti, avevano motivo di dubitare della correttezza delle informazioni di lex specialis e quindi di andare a verificare se in effetti tali informazioni fornite da Abbanoa rispondessero al vero e se in effetti il sistema WFM non fosse stato già attivato e con quale specifica piattaforma”*.

Ulteriore profilo di asimmetria informativa dedotto da Cogei atteneva ad un precedente affidamento di Abbanoa alla ditta ID&A per la realizzazione di uno SCADA centralizzato e l'acquisizione dei segnali da sollevamenti, nonché alcuni impianti tramite RTU, laddove Acciona Agua S.A. aveva successivamente acquisito una *partnership* in esclusiva con la suddetta società proprio per efficientare il servizio di conduzione.

Ad avviso dell'appellante, anche in questo caso si poteva parlare di informazioni non note agli altri concorrenti ma conosciute solo da Acciona, sfruttando la sua posizione di gestore uscente: non sarebbe pertanto condivisibile la risposta del TAR secondo cui non vi sarebbe stata alcuna reale asimmetria informativa, in quanto gli altri operatori economici (tra cui *in primis* l'appellante Cogei) ben avrebbero potuto acquisire liberamente tali informazioni, ad esempio “*proponendo quesiti specifici o attraverso più accurati sopralluoghi negli impianti?*”.

Anche in questo caso, deduce l'appellante, il primo giudice non avrebbe considerato che era stata proprio la *lex specialis* a fornire indicazioni incompatibili con tale presupposto (ad esempio, quanto al sistema di telecontrollo, a mente del punto 12.8 del Capitolato avrebbe dovuto intendersi che lo stesso non fosse stato ancora realizzato, contrariamente alla realtà), non potendosi d'altronde imporre ai concorrenti un onere informativo che andasse oltre – in parte anche contraddicendo – le previsioni della legge di gara.

Infine, nella propria offerta Acciona Agua S.A. valorizzava le problematiche relative ai cattivi odori in alcuni specifici impianti, proponendo delle soluzioni di mitigazione che solo si spiegavano in ragione dell'esperienza maturata nel corso della precedente gestione, anche qui avvalendosi di informazioni non note agli altri concorrenti: l'aggiudicataria, invero, non si sarebbe limitata a rappresentare delle generiche “*modalità operative proposte in generale per il contrasto del fenomeno delle emissioni odorigene (che, come noto, costituiscono un diffuso profilo di criticità nella gestione del ciclo depurativo e del trasporto dei reflui lungo la rete)*”, come ritenuto dal TAR, ma avrebbe proposto degli specifici interventi in ragione della particolare conformazione degli impianti, nota – tra i diversi partecipanti alla gara – solo ad Acciona.

Neppure questo motivo può essere accolto.

Va innanzitutto evidenziato, per inciso, come l'esperienza tecnica ed operativa acquisite dal gestore uscente non possono certo considerarsi “asimmetrie

informative” illegittime (quand’anche – nell’ottica rappresentativa dell’appellante – non addirittura illecite), costituenti giusta causa di esclusione dell’operatore dalla gara, rappresentando piuttosto il naturale portato del corretto e diligente svolgimento dell’attività dedotta in contratto.

Ciò detto, l’art. 14 del Capitolato speciale descrittivo e prestazionale prevedeva testualmente che *“la stazione appaltante intende ricorrere alla tecnologia Workforce Management per la pianificazione, esecuzione e controllo delle attività oggetto del presente CSDP. La SA fornirà il software e la formazione necessaria, mentre la Ditta Appaltatrice provvederà, a propria cura e spese, all’acquisto delle apparecchiature necessarie per l’utilizzo del sistema. Per ogni lotto, la SA formerà uno o più “Key User” che, a loro volta, provvederanno a formare e aggiornare tutto il personale interessato.*

Se richiesto, la Ditta Appaltatrice (senza aver diritto a maggiori compensi) fornirà il supporto necessario per l’inserimento dati preliminare all’attivazione del sistema.

Il sistema, una volta realizzato, sarà obbligatoriamente utilizzato per lo svolgimento di tutte le attività afferenti a: (i) manutenzioni programmabili previste dal CSDP e dai manuali operativi; (ii) attività di conduzione da eseguirsi con frequenza programmabile; (iii) manutenzioni a guasto; (iv) manutenzioni straordinarie richieste dalla SA”.

Non è dimostrato in atti, ma solo affermato dall’odierna appellante, che il prodotto in questione fosse già in uso presso il Settore depurazione della stazione appaltante, in tal modo contraddicendo la previsione del capitolato secondo cui lo stesso doveva essere ancora realizzato, tant’è che sarebbe stato necessario il supporto dell’aggiudicatario per l’inserimento dei dati.

Quanto poi al dedotto *deficit* informativo dei concorrenti, al di là delle predette asserzioni di Cogei non è dato individuare – né, a rigore, vengono puntualmente dedotte – delle significative omissioni della legge di gara (*in primis* nel già richiamato Capitolato speciale), ferma restando la possibilità – correttamente ricordata dal primo giudice – per i concorrenti di sottoporre eventuali quesiti

anche di natura tecnica alla stazione appaltante, tenuta a rispondere in ottica di trasparenza e pubblicità (al riguardo, Abbanoa s.p.a. richiama l'avvenuta formulazione, a proposito della piattaforma *Geocall Work Office Management* [WFM], del seguente quesito: *“Con riferimento al paragrafo 14 WFM del Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale, si chiede conferma che la Stazione Appaltante fornirà, oltre al software, anche le licenze e in quale numero”*, al quale veniva risposto che *“E' onere dell'operatore economico provvedere all'acquisto dei tablet e dei PC per i pianificatori; tutto il resto è onere della Stazione Appaltante”*).

Significativamente, del resto, proprio in ragione del particolare oggetto della gara l'art. 11 del disciplinare prescriveva ai concorrenti un sopralluogo obbligatorio sugli impianti indicati nella tabella di cui all'art. 3.1 dell'Allegato C del Capitolato speciale descrittivo e prestazionale, al fine di consentire loro la formulazione di un'offerta consapevole (non a caso, come ricorda nelle proprie difese la stazione appaltante, il singolo operatore economico poteva chiedere di svolgere sopralluoghi presso ulteriori impianti di depurazione ricadenti nel lotto per il quale avrebbe partecipato).

In questi termini non può ritenersi affetto da manifesta erroneità o incoerenza (costituenti il limite del sindacato di legittimità del giudice amministrativo a fronte di valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione) il rilievo della Commissione di gara secondo cui Cogei s.r.l., in difformità dalle previsioni del Capitolato, avrebbe inteso utilizzare un proprio sistema; né – di converso – la valutazione positiva ottenuta da Acciona Agua S.A. presenta manifesti profili di abnormità e/o illegittimità – sempre alla luce delle risultanze di causa – tali da giustificare in ipotesi l'annullamento.

Per le stesse ragioni non convincono, infine, le considerazioni svolte dall'appellante circa la proposta di Acciona Agua S.A. in ordine alle immissioni odorose dell'impianto di depurazione, a suo avviso concernente interventi specifici

derivanti dalla particolare conformazione degli impianti solamente a lei nota: invero, se da un lato, come già evidenziato, l'esperienza maturata dal gestore uscente non può di per sé ritenersi un *vulnus* per la *par condicio competitorum*, mancando la prova che la stazione appaltante abbia volutamente tenuto all'oscuro gli altri concorrenti su rilevanti profili tecnici del servizio o degli impianti, non può dall'altro non rilevarsi come le valutazioni positive svolte da Abbanoa s.p.a. abbiano in realtà valorizzato la dimostrata competenza in merito a problematiche generali (ed universalmente note) che qualsiasi operatore deve necessariamente affrontare nella gestione del sistema fognario depurativo, proprio in quanto concretizzatasi non in mere enunciazioni teoriche o di principio, bensì in proposte operative concrete.

Con il terzo motivo di appello Cogei contesta poi la reiezione del primo motivo aggiunto al ricorso originario – poi integrato da un ulteriore settimo motivo aggiunto – vertente su presunti vizi sul costo della manodopera quotato, come giustificato dall'aggiudicataria; ad avviso dell'appellante, in particolare, emergerebbe dal verbale di congruità dell'offerta del 18 gennaio 2021 che Acciona Agua S.A. avrebbe quotato, per giustificare il prezzo offerto, un costo della manodopera inferiore a quello dichiarato nell'offerta economica (pari ad euro 40.147.426,94) corrispondente ad euro 24.327.407,70, con una riduzione pertanto di quasi 16 milioni rispetto a quanto inizialmente dichiarato (ed addirittura inferiore di oltre 20 milioni di euro rispetto alla quotazione indicata da Abbanoa nella *lex specialis*).

Acciona Agua S.A. avrebbe pertanto dovuto essere immediatamente esclusa per violazione dell'art. 17 del disciplinare e dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016, in base ai quali la quantificazione del costo formulata nell'offerta economica è elemento essenziale della stessa, senza possibilità di modifica in sede di giustificazioni dell'anomalia.

Sempre in sede di giustificazioni Acciona Agua S.A. avrebbe inoltre radicalmente modificato la composizione della propria offerta per quanto concerne l'impiego della manodopera, aumentando le unità impiegate e riducendo i livelli contrattuali, il monte ore e gli stessi costi della manodopera, come analiticamente esposto nel motivo di gravame, cui per brevità si rinvia.

In particolare, la previsione, da parte di Acciona Agua S.A. di un fabbisogno complessivo di manodopera per conduzione e manutenzione di 241.482 h/anno nel primo anno e di 221.442 h/anno per i successivi quattro non potrebbe essere soddisfatto dalle unità indicate nelle giustificazioni dell'anomalia, occorrendo invece 148,7 unità nel primo anno (anziché 120,5) e 136,5 negli anni successivi (in luogo delle 110,5 considerate).

Con le unità previste da Acciona non sarebbe stato quindi possibile assicurare lo svolgimento del servizio secondo il monte ore mensile indicato in giustificazione (167 h/mese equivalenti a 2.004 h/anno), a meno di non escludere ferie, festività, malattie e permessi, eventualità preclusa però dalla legge e comunque idonea a determinare l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 97, comma 5 d.lgs n. 50 del 2016.

Né risulterebbe lo svolgimento al riguardo di verifiche da parte della stazione appaltante, in violazione di quanto previsto dall'art. 95, comma 10 del *Codice dei contratti pubblici*.

Ancora, con il settimo motivo aggiunto (riproposto in appello) era stata rilevata una contraddizione tra i dati riportati nell'offerta economica e quelli dell'offerta tecnica – con conseguente incertezza su quale fosse l'effettiva intenzione dell'operatore economico sul punto – atteso che nella prima erano state quotate 158 unità di personale, a fronte delle 154 indicate nella seconda (di cui 121 per la conduzione e 33 per le attività di manutenzione straordinaria), poi ulteriormente ridotte in occasione del *sub*-procedimento di anomalia.

Deduce l'appellante che erroneamente la sentenza impugnata muove dal presupposto che la verifica di Abbanoa avesse riguardato solo l'attività di conduzione e manutenzione ordinaria e non tutte le altre prestazioni secondarie oggetto dell'appalto, *“ritenendo sufficiente a giustificare la congruità dell'offerta Acciona la sola precisazione del costo della manodopera riferito alla principale categoria di lavori”*, decisione da ritenersi insindacabile.

La medesima sentenza avrebbe poi impropriamente ritenuto *“non pertinenti”* le deduzioni di Cogei, in quanto le stesse avrebbero ignorato che i rimanenti 16 milioni di euro di costi di manodopera non giustificati riguardavano in realtà ulteriori categorie di attività non oggetto del procedimento di verifica; per l'effetto, prosegue la sentenza, sarebbero da respingere anche le contestazioni concernenti il minor numero di dipendenti impiegati e l'inferiore costo rispetto al totale indicato nell'offerta.

Quanto poi al settimo motivo aggiunto al ricorso introduttivo, la sentenza ribadiva che *“I circa 16 milioni di euro residui costituiscono il costo per la manodopera per l'esecuzione di tutte le altre attività previste in appalto, e cioè lo smaltimento dei rifiuti, la manutenzione conservativa, la fornitura in opera di pompe sommerse per sistemi di sollevamento fognario, la fornitura in opera di misuratori di portata elettromagnetici per sistemi di sollevamento fognario e l'installazione di centrifughe, che sono stati giustificati in altre parti della medesima relazione e che sono fuori della materia del contendere”*.

Obietta l'appellante che le considerazioni riportate in sentenza sarebbero apodittiche, non avendo il RUP verificato in concreto la composizione dei costi delle prestazioni secondarie, con la conseguenza che non sarebbe stato possibile stabilire a priori se Acciona Agua S.A. avesse effettivamente destinato circa 16 milioni di costi della manodopera per quelle attività.

Infine, anche sulla stima del fabbisogno per le attività di conduzione e manutenzione ordinaria la sentenza non avrebbe colto l'esatto senso delle censure, incentrate sul fatto che Acciona Agua S.A. avrebbe erroneamente calcolato il fabbisogno suddividendo il monte ore per 2.004 ore/uomo annue (comprehensive quindi di ferie e malattie) anziché per 1.594, cifra costituente il parametro corretto depurato da ferie, malattie e permessi.

Neppure questo motivo può essere accolto, atteso che le deduzioni dell'appellante non consentono quell'immediato e palese riscontro di contraddittorietà e/o irragionevolezza che solo consentirebbe di fondare l'azione demolitoria del giudice amministrativo a fronte delle valutazioni tecnico-discrezionali svolte dalla stazione appaltante nell'ambito del *sub*-procedimento di anomalia

Quanto alla presunta alterazione, da parte di Acciona Agua, dei costi della manodopera in sede di giustificativi, in violazione degli artt. 17 e 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, devono ritenersi plausibili e coerenti con le risultanze di causa le controdeduzioni della stazione appaltante, che aveva inizialmente stimato in euro 44.191.850,48 i costi della manodopera sulla base di due elementi: 1) la stima del tempo/uomo necessario per le attività di conduzione e manutenzione ordinaria degli impianti di trattamento e sollevamento fognari; 2) la stima dell'incidenza della manodopera per l'esecuzione degli interventi di manutenzione straordinaria.

A fronte di ciò, l'offerta economica di Acciona Agua indicava in euro 40.147.426,94 i costi stimati della manodopera – calcolati per tutto il personale destinato all'esecuzione del contratto nel Lotto n. 4 – all'uopo allegando una tabella riportante le unità di personale impiegate, la relativa qualifica, il livello, le ore di lavoro per unità ed il costo orario.

Le giustificazioni rese dall'operatore economico in occasione del giudizio di anomalia riguardavano ovviamente le sole voci sulle quali lo stesso aveva applicato un ribasso di gara – del quale, appunto, occorreva dimostrare la sostenibilità – sì

che l'importo di euro 24.327.407,70 indicato in tale sede doveva ritenersi riferito alla quota specifica dell'attività di conduzione e manutenzione *ordinaria*, per la quale Acciona Agua aveva appunto offerto un apposito ribasso: non incoerentemente, quindi, la verifica della stazione appaltante era stata circoscritta alla predetta attività di conduzione e manutenzione ordinaria.

Quanto poi alla presunta insufficienza del personale indicato a soddisfare il fabbisogno di Abbanoa s.p.a., al di là delle obiezioni mosse dalle parti appellate in ordine alla sua incidenza su aspetti rimessi a valutazioni tecnico-discrezionali di esclusiva competenza dell'amministrazione, lo stesso appare effettivamente inammissibile, non essendo finalizzato alla dimostrazione dell'inattendibilità complessiva dell'offerta quanto piuttosto a contestarne un particolare aspetto, contraddicendo in tal modo il principio per cui eventuali *“inesattezze su singole voci devono ritenersi irrilevanti: ciò che conta è l'attendibilità dell'offerta e la sua idoneità a fondare un serio affidamento per la corretta esecuzione dell'appalto”* (*ex multis*, Cons. Stato, V, 18 dicembre 2018, n 7129).

Neppure è pertinente la censura facente leva sulla presunta indicazione di un numero di unità di personale differente tra offerta economica ed offerta tecnica, con conseguente incertezza delle stesse, valendo al riguardo quanto già osservato in precedenza circa il fatto che l'entità numerica del personale indicato in sede di giustificazioni dell'offerta anomala si riferiva al solo personale da impiegare per l'attività di conduzione e manutenzione ordinaria.

Risulta invero che nella propria offerta economica Acciona Agua aveva rappresentato l'assetto organizzativo da utilizzare nel corso dell'intera durata dell'appalto, laddove le risorse impiegate al secondo livello nel corso del primo anno di attività (84) erano maggiori di quelle stimate per il secondo (74) in ragione del fatto che gli investimenti di efficientamento che avrebbero determinato una riduzione del personale sarebbero stati eseguiti già nei primi mesi della gestione.

Analogamente dicasi per le contestazioni mosse dall'appellante circa la variazione del costo orario, ove si consideri che se nell'offerta economica Acciona Agua aveva indicato un valore comprensivo sia di spese generali che di utile d'impresa, nella diversa sede del giudizio di anomalia i valori orari erano stati esposti al netto di tali incrementi (cfr. cap. 14 LT4_Rel. giustificazioni offerta), i quali venivano di conseguenza ad essere aggiunti solo in una fase successiva, nella tabella di riepilogo del costo complessivo dell'offerta.

Alla luce di quanto in precedenza rilevato risulta quindi infondata, allo stato degli atti, la denuncia di presunti gravi errori di calcolo in ordine alle consistenze del personale da impiegare.

Neppure quanto alla presunta violazione dell'art. 97, comma 5 d.lgs. n. 50 del 2016 per mancato rispetto del parametro delle ore massime lavorabili da ogni unità di personale in base alla contrattazione collettiva emergono manifesti profili di illegittimità del comportamento tenuto dalle parti appellate: invero, risulta dagli atti (pag. 2 delle giustificazioni LT4) che in sede di giudizio di anomalia Acciona Agua aveva semplicemente precisato il costo complessivo del personale necessario per la conduzione e manutenzione ordinaria (2004 ore/uomo), al fine di tenere in considerazione anche gli oneri derivanti dalle ferie ed eventuali malattie. A ciò avrebbero dovuto essere aggiunti i costi di reperibilità per quattro unità di personale, anch'esse tra quelle adibite al servizio di manutenzione ordinaria.

A seguito di verifica operata dalla stazione appaltante sulle buste paga presentate dall'offerente in sede di giustificazioni, veniva calcolato un costo di euro 331,42 per dodici giorni; per l'effetto –come precisato dalla stazione appaltante nelle proprie difese – ipotizzando un incremento del 30% per oneri contributivi e rapportato il totale su media mensile, il costo finale sarebbe risultato pari ad euro 1.077,115. Aggiungendo ad esso le quattro unità di personale reperibile, in un anno il costo sarebbe stato pari ad euro 51.701,52 (corrispondente allo 0,99% dei costi

della manodopera stimati per il primo anno), che Abbanoa s.p.a. non implausibilmente riteneva sostenibile in relazione all'utile di impresa.

Quanto invece all'importo di 16.000.000,00 di euro per costi di manodopera, che l'appellante presuppone essere stati riferiti da Acciona Agua esclusivamente all'attività di manutenzione straordinaria, va invece dato atto che gli stessi ricomprendevano anche le voci di costo per lo smaltimento rifiuti.

Con il quarto motivo di appello vengono invece sostanzialmente riproposte le censure già articolate con il sesto motivo aggiunto al ricorso introduttivo, aventi ad oggetto la presunta modifica – mediante i giustificativi dell'anomalia – dell'offerta tecnica di Acciona, relativamente ai mezzi impiegati per l'esecuzione dell'appalto; l'aggiudicataria, in particolare, dopo aver indicato nella propria offerta una dotazione di centotredici mezzi per l'esecuzione dell'appalto ed aver ricevuto per questo un determinato punteggio tecnico, in sede di giustificazioni la "depotenziava" notevolmente, valorizzando sessanta mezzi a nolo (nell'offerta tecnica ne erano stati indicati solo trentasei), poi ridotti a cinquantuno a decorrere dal secondo anno (aspetto, questo, non indicato in offerta).

A ciò aggiungasi che nell'elenco cespiti allegato alla relazione di giustificazioni sarebbero stati indicati solo nove mezzi in proprietà, contraddicendo quindi l'assunto che la dotazione di Acciona fosse in realtà di settanta, né nella documentazione prodotta vi sarebbe traccia di ulteriori sette mezzi di subappaltatori dichiarati in offerta; Acciona aveva inoltre dichiarato di mettere a disposizione due veicoli per autospurgo di sua proprietà, mentre in sede di giustificazioni avrebbe dichiarato di metterne a disposizione solo uno.

Erroneamente la sentenza impugnata avrebbe rigettato la censura ritenendo che non vi fosse stata una modifica dell'offerta tecnica, essendo stati elencati nelle giustificazioni solamente i mezzi dedicati all'attività di conduzione e manutenzione ordinaria e non già quelli necessari alla totalità di quanto previsto nell'offerta

tecnica, così come erroneamente la sentenza non avrebbe ritenuto inveritiera la dichiarazione sui settanta mezzi di proprietà, sul presupposto che la stessa fosse riferita agli acquisti che si sarebbero effettuati per l'esecuzione del servizio e non alla dotazione attuale.

Altresì scorretta sarebbe la tesi (fatta propria dal primo giudice) per cui uno dei due mezzi in proprietà adibiti ad autospurgo sarebbe stato destinato esclusivamente alla manutenzione straordinaria, avendo nella propria offerta tecnica Acciona Agua S.A. dichiarato che i due mezzi risultavano “*A disposizione delle attività di Conduzione e Manutenzione Ordinaria*”.

Neppure questo motivo può trovare accoglimento.

Quanto alla contestazione circa l'effettiva consistenza numerica dei mezzi in proprietà, risulta scevra da vizi di ordine logico la conclusione ispiratrice delle valutazioni della stazione appaltante – poi accolta dalla sentenza impugnata – per cui, stante la necessità di dotarsi di un parco mezzi assai ampio per poter eseguire l'appalto di cui trattasi (con connaturati costi e ridotta fungibilità di riutilizzo), già solo delle obiettive considerazioni di ragionevolezza, così come la necessità di assicurare la massima applicazione del principio del *favor participationis* alle gare, portano ad interpretare le previsioni della legge di gara come non richiedenti che i concorrenti dovessero completarne la consistenza dichiarata prima di aver avuto certezza dell'aggiudicazione.

Ciò premesso, va ancora una volta ricordato che le giustificazioni rese da Acciona Agua S.A. si riferivano esclusivamente a quella parte dell'offerta riferita alla conduzione e manutenzione ordinaria, per la quale appunto la società aveva offerto degli specifici ribassi, ragion per cui la contestata differenza tra il numero di mezzi giustificati al Capitolo 2 della relazione e quello totale di 106 indicati nell'offerta tecnica (oltre ai sette dei subappaltatori, per un totale di centotredici mezzi) dipende dal fatto che i mezzi giustificati erano solo quelli impiegati nella

conduzione e manutenzione ordinaria, laddove la residua parte dei mezzi sarebbe stata impiegata negli altri servizi.

Ciò detto, non irragionevolmente la stazione appaltante fa rilevare, nelle proprie difese, come dalla predetta relazione emergesse una sostanziale corrispondenza tra il contenuto dell'offerta tecnica e quanto illustrato nelle giustificazioni circa i mezzi utilizzati ed i relativi costi, l'unica differenza risiedendo in sette mezzi Fiat Fiorino ed un camion.

Volendo peraltro quantificare il loro costo alla luce dei valori dichiarati da Acciona per gli stessi mezzi, lo stesso ammonterebbe a circa euro 153.600,00 in un quinquennio, che la stazione appaltante ha ritenuto – con apprezzamento tecnico-discrezionale qui non sindacabile, in assenza di palesi profili di illegittimità – interamente assorbito dalle somme messe a disposizione per gli investimenti indicate dalla società oppure da un'eventuale riduzione dell'utile di impresa.

Quanto poi all'evidenziata riduzione dei mezzi a decorrere dal secondo anno, la stessa può essere spiegata – come già visto in precedenza per il personale impiegato – con l'implementazione di misure di efficientamento *ad hoc* (nella specie, ricorda la stazione appaltante, l'ottimizzazione dei giri di verifica a seguito dell'installazione di sistema di pompe intelligenti e sistemi di controllo).

Neppure è conferente la segnalazione dell'omessa indicazione dei mezzi dei subappaltatori, atteso che il relativo costo era necessariamente compreso nell'offerta – a tonnellata – proposta da questi ultimi, così come non coglie nel segno la censura sull'esatta consistenza del parco mezzi di proprietà Acciona Agua S.A., essendo del tutto plausibile (e soprattutto non contraddetto dalla legge di gara) che il completamento della flotta potesse avvenire nel corso dell'esecuzione dell'appalto.

Quanto ancora ai veicoli per l'autospurgo, non è conferente l'obiezione dell'appellante secondo cui la stessa Acciona avrebbe riconosciuto, nella propria

offerta tecnica, che gli stessi sarebbero stati messi “*a disposizione delle attività di Conduzione e Manutenzione Ordinaria*”, di talché entrambi avrebbero dovuto essere considerati ai fini del giudizio di anomalia: ciò in quanto la “messa a disposizione” non si traduceva – già solo sotto il profilo lessicale – in un utilizzo *esclusivo* a tal fine, bensì nell’uso in concorso con la conduzione e manutenzione straordinaria (non rilevante in sede di giudizio di anomalia).

Ne consegue che i costi relativi a tali mezzi dovevano effettivamente essere ripartiti tra le diverse voci dell’offerta oggetto di ribasso.

Con il quinto motivo di appello, infine, Cogei s.p.a. rinnova le doglianze già dedotte con il secondo e l’ottavo motivo aggiunto al ricorso introduttivo di primo grado.

In particolare l’appellante da un lato contesta alcune sottostime ed omesse quantificazioni, quali risulterebbero dal verbale di verifica del RUP del 18 gennaio 2021 (già secondo motivo aggiunto), dall’altro eccepisce degli ulteriori elementi di incongruità emergenti dai giustificativi e, più in generale, l’incongruità dell’offerta di Acciona Agua S.A. nel suo complesso, per essere la stessa in perdita (già ottavo motivo aggiunto).

In primo luogo, Cogei s.p.a. rileva che mantenendo il costo della manodopera dichiarato in

offerta risulterebbero 16 milioni di euro di costi non giustificati, di gran lunga superiori all’utile dichiarato (pari ad euro 4.567.002,80); ancora, deduce l’appellante che il numero corretto di unità da impiegare nei servizi di conduzione sarebbe pari a centocinquanta unità e non a centoventuno, con una differenza in aumento di trentasette unità.

Già solo considerando in via cautelativa queste trentasette unità come se fossero tutte di primo livello (ossia quelle con il costo orario più basso), applicando il costo orario dichiarato da Acciona pari ad euro 21,00 al numero di ore annue/lavoratore

calcolato dalla medesima Acciona (1594 h/anno), si otterrebbe un costo annuo di euro 33.474,00 che, moltiplicato per i cinque anni di durata dell'appalto, si tradurrebbe in un importo pari ad euro 167.370,00 per ciascuna unità: moltiplicando tale dato per trentasette, si otterrebbe un maggior costo di euro 6.192.690, anch'esso superiore all'utile dichiarato.

Da ciò risulterebbe evidente l'incongruità dell'offerta.

A tali considerazioni l'appellante fa poi seguire l'indicazione di ulteriori sottostime, compendiate in una tabella riepilogativa.

Il motivo non è fondato. A prescindere da ogni considerazione sulla sostanziale disomogeneità delle censure e sui correlati spunti di inammissibilità, i rilievi formulati da Cogei s.r.l. si sostanziano nell'elencazione di una serie di presunte sottostime rilevate nell'offerta tecnica, relative innanzitutto ai mezzi ivi indicati ma poi "dimenticati" nelle giustificiche.

Sempre nelle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta, poi, non sarebbero state considerate – o perlomeno sottostimate – delle rilevanti voci di costo, che comunque non coinciderebbero con le quantità *ab origine* indicate nell'offerta tecnica.

Venendo al primo profilo delle censure dedotte da Cogei, non persuade l'assunto secondo cui dalla comparazione tra l'offerta iniziale e le giustificiche rese in sede di *sub*-procedimento di anomalia emergerebbe *ictu oculi* una differenza di costi della manodopera pari a circa 16 milioni di euro; ciò in quanto il numero di 158 unità indicate dall'appellante teneva evidentemente conto non solo di quelle impiegate nella conduzione e manutenzione ordinaria – per le quali, come più volte rilevato – erano stati presentati i giustificativi dell'anomalia – anche di quelle impiegate nella manutenzione straordinaria e nello smaltimento rifiuti.

I dipendenti addetti alla conduzione e manutenzione ordinaria – limitatamente ai cui costi sorgeva dunque l'obbligo di giustificica – erano solamente 121, né d'altra

parte risulta con evidenza dagli atti che le giustificazioni ad essi relative abbiano determinato una variazione del numero complessivo di lavoratori previsto per l'intero appalto; le considerazioni dell'appellante Cogei, per contro, non consentono di confutare in modo palese e diretto l'obiezione per cui i predetti 16 milioni di euro relativi al costo della manodopera troverebbero riscontro in altre sezioni delle giustificazioni (in particolare le sezioni 5, 6, 7, 8, 9 e 10, relative a voci di costo per le quali, significativamente, non sono state dedotte censure).

In questi termini, come già rilevato dal primo giudice, correttamente i costi relativi ai lavoratori non adibiti alla conduzione non erano stati specificati nel Capitolo 2 delle giustificazioni, riferendosi tale sezione solamente alla conduzione e manutenzione ordinaria.

Analogamente può dirsi riguardo ai costi dei mezzi utilizzati, anch'essi suddivisi nell'offerta (tecnica) per competenza, a seconda della destinazione alla conduzione e manutenzione ordinaria ovvero ad altre voci dell'appalto diverse da quelle considerate nel Capitolo 2 delle giustificazioni (tra cui, come evidenziato nelle difese delle società appellate, *“smaltimento dei rifiuti, manutenzione conservativa, fornitura in opera di pompe sommerse per sistemi di sollevamento fognario, fornitura in opera di misuratori di portata elettromagnetici per sistemi di sollevamento fognario e installazione di centrifughe”*), mezzi questi ultimi le cui voci di costo sarebbero state riscontrate nelle sezioni delle giustificazioni nn. 5, 6, 7, 8, 9 e 10, cui si rimanda.

In ogni caso le censure di cui sopra, relative a singoli profili e voci dell'offerta, comunque mal si conciliano con il principio generale per cui *“la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme, e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica”* (Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36).

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto. Ne consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da Acciona Agua S.A. e dei successivi motivi aggiunti dalla stessa dedotti, per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale ed i successivi motivi aggiunti proposti da Acciona Agua S.A.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore di Abbanoa s.p.a. e di Acciona Agua S.A., delle spese di lite del grado del giudizio, che complessivamente liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) ciascuna, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo