

Publicato il 11/12/2023

N. 03671/2023 REG.PROV.COLL.  
N. 00883/2023 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 883 del 2023, proposto da  
Consorzio Stabile Infra.Tech S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9553334C9A, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Beatrice Miceli e Lucia Interlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Maria Beatrice Miceli in Palermo, via Nunzio Morello, 40;

***contro***

Anas Gruppo Fs Italiane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

***nei confronti***

Fegotto Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Capogruppo/Mandataria del Rti costituendo con la mandante Viastrada S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Comandè e Filippo Morici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della determina di ANAS S.p.A. di approvazione dell'aggiudicazione n. prot. n. 0319640.U del 28-04-2023, comunicata ai sensi dell'art. 76 comma 5, lettera a) del D. Lgs. 50/2016 con nota prot. 0320739.U del 28-04-2023, della procedura di gara PA 35/22 – “Collegamento S.S. 119 di Gibellina - S.S. 113 Settentrionale Sicula - Lavori di costruzione del collegamento viario esterno all'abitato di Alcamo tra S.S. 119 km2+370 e la S.S. 113 km 331+500 - Variante di Alcamo - Primo Lotto”. Codice CIG: 9553334C9A; Codice CUP: F71B16000520001 intervenuta in favore del costituendo RTI Fegotto/Viastrada, indicato in epigrafe;
- della medesima nota prot. 0320739.U del 28-04-2023 di ANAS S.p.A. di comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 76 comma 5, lettera a) del D.lgs. 50/2016;
- del verbale della Commissione di Gara del 07/04/2023, Rep. n. 14573/2023 che ha individuato quale primo graduato il costituendo RTI Fegotto Costruzioni S.R.L./Viastrada srl;
- del Verbale di seduta riservata del 07/04/2023, Rep. n. 14573/2023 della Commissione di Gara dei verbali di sedute riservate del 17/04/2023 e 26/04/2023 Rep. nn. 14602/2023 e 14629/2023, con i quali il Seggio di gara ha verificato con esito positivo, in virtù dell'inversione procedimentale, la documentazione amministrativa presentata in sede di offerta dal concorrente risultato primo in graduatoria, costituendo RTI Fegotto Costruzioni s.r.l./Viastrada s.r.l.;
- di ogni altro verbale, in parte qua, non è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI Fegotto/Viastrada;
- del riscontro ANAS SPA prot. 0393711 del 23.5.2023 all'istanza di annullamento in autotutela avanzata dall'odierno Ricorrente e assunta al protocollo della SA n. 0374451-E del 17.10.2023 nonché del riscontro ANAS SPA prot. n. 441342 del 7.06.2023 all'istanza di annullamento in autotutela assunta al prot. 0416223-E del 30/05/2023 di ANAS;

nonché per la declaratoria:

- di inefficacia e/o annullamento del contratto di appalto/concessione, ove in ipotesi stipulato con il costituendo RTI controinteressato;

nonché per la condanna:

- al risarcimento del danno in forma specifica mercé l'aggiudicazione dell'appalto in favore del ricorrente e relativo subentro nel contratto, in ipotesi stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Anas Gruppo Fs Italiane e della Fegotto Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2023 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, il Consorzio Stabile Infra.tech s.c.a.r.l. ha impugnato la determina di ANAS S.p.A. di approvazione dell'aggiudicazione n. prot. n. 0319640.U del 28-04-2023, della procedura di gara PA 35/22 – *“Collegamento S.S. 119 di Gibellina - S.S. 113 Settentrionale Sicula - Lavori di costruzione del collegamento viario esterno all'abitato di Alcamo tra S.S. 119 km2+370 e la S.S. 113 km 331+500 - Variante di Alcamo - Primo Lotto”*, intervenuta in favore del costituendo RTI Fegotto/Viastrada, articolando le seguenti censure:

I. *“Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara punto 16.2 (pag. 55) - Difetto di istruttoria - In subordine violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3 dell'art. 83, comma 9 del codice”*.

Il ricorrente deduce che l'aggiudicazione intervenuta in favore del costituendo RTI controinteressato sarebbe illegittima atteso che, in relazione al criterio di

valutazione B.1, lo stesso avrebbe introdotto in luogo di una miglioria un'inammissibile variante al progetto posto a base di gara, prevedendo riutilizzi in cantiere di materiale proveniente da demolizioni e fresatura del piano viabile esistente, non previsti dal progetto esecutivo posto a base di gara.

II. *“Violazione e falsa applicazione dei punti 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara - Eccesso di potere per difetto di istruttoria - Irragionevolezza e illogicità dell'operato della s.a. - Violazione e falsa applicazione degli artt. 61 e 92, co.2, dpr 5 ottobre 2010 n. 207 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 comma 2 lett. b) della l. 80/2016 come integrata dal d.m. 248/2016”.*

Il ricorrente sostiene che, con riferimento alla categoria scorporabile OS 21, il RTI controinteressato non risulterebbe interamente qualificato e non avrebbe reso in sede di gara la dichiarazione di subappalto necessario.

III. *“Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara 7.2 e 7.4 requisiti di capacità economica e finanziaria - Violazione e falsa applicazione della circolare del ministero dei lavori pubblici prot.llo n° 182/400/93 del 2000 e delibera Anac 295 del 9.3.2016 - Eccesso di potere per difetto di istruttoria - Irragionevolezza e illogicità dell'operato della s.a., violazione della par condicio, perplessità di comportamento e sviamento di potere”.*

Secondo il ricorrente, in relazione al requisito economico finanziario di cui al punto 7.2 lett. b) del Disciplinare, la mandante Viastrada, in relazione alla propria quota di partecipazione al RTI, non avrebbe dimostrato di possedere “una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, in almeno 5 dei 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, non inferiore a 2 volte l'importo a base di gara...” in relazione alla propria quota di partecipazione al raggruppamento; evidenzia in particolare come in presenza di un'impresa che realizzi esclusivamente lavori, tanto la circolare ministeriale n. 182/400/93 del 2000, quanto la delibera ANAC 295 del 9.3.2016 con riferimento alla cifra d'affari, dispongano come quest'ultima “... per le società di capitali che effettuano esclusivamente attività di costruzione...è pari all'importo indicato alla voce "valore

della produzione" risultante dal conto economico”.

Per resistere al ricorso e sostenere la legittimità degli atti impugnati si sono costituiti l'ANAS S.p.A. e la Fegotto Costruzioni S.r.l. (in proprio e quale Capogruppo/Mandataria del RTI costituendo con la Mandante Viastrada S.r.l.), che hanno depositato documenti nonché memorie con le quali hanno replicato a quanto dedotto in ricorso.

Con ordinanza del 21/06/2023 n. 319, la domanda cautela di parte ricorrente è stata respinta.

Il Consorzio ricorrente e la società controinteressata hanno depositato memorie in vista dell'udienza di merito all'esito della quale il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato alla stregua di quanto appresso specificato.

Con riferimento al primo motivo, giova premettere che secondo consolidata e condivisa giurisprudenza “nell'attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali, ai fini della loro riconduzione nell'ambito delle varianti o delle semplici migliorie, vi è un ampio margine di discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti, ove non infirmate da macroscopici errori o travisamenti di fatto, da illogicità di inquadramento o qualificazione o da irragionevolezza manifesta”( Cons. Stato, sez. V, 14/06/2023, n. 5854; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873 e id. 1 febbraio 2022, n. 696).

Nel caso di specie la proposta formulata dal RTI controinteressato si inserisce nell'ambito di scelte progettuali e tecniche lasciate appositamente aperte dalla Stazione Appaltante e che ciascun concorrente era tenuto a risolvere con la presentazione di soluzioni “migliorative” rispetto a quelle poste nel progetto a base di gara. A fronte di ciò, la Stazione appaltante si è limitata - con una valutazione non inficiata da illogicità o macroscopici errori - a ritenere la proposta dell'RTI Fegotto (consistente essenzialmente nel recupero e riutilizzo dei materiali)

conforme alle proprie esigenze e all'idea progettuale messa a gara.

Anche il secondo motivo è infondato atteso che, come si evince dal punto 9) del Disciplinare di gara, in caso di subappalto necessario, la *lex specialis* richiedeva al concorrente (adeguatamente qualificato nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori posto a base di gara) solo una dichiarazione sull'intenzione di subappaltare le lavorazioni nelle categorie a qualificazione obbligatoria di cui al D.M. n. 248/2016 e, dunque, coerentemente il RTI controinteressato ha dichiarato che era proprio intendimento subappaltare le opere ricadenti nella categoria OS21 nella misura del 30%.

Nello specifico il RTI Fegotto ha dichiarato di voler subappaltare al 30% le lavorazioni previste in categoria OS21 per importo pari a circa €3.400.000,00 che sommato agli €8.400.000,00 (importo complessivo per i quali il raggruppamento era qualificato in proprio) determina un totale di euro 11.800.000,00 tale da coprire interamente l'importo dei lavori previsto per le opere in OS21 (pari a € 11.371.241,51).

Non è condivisibile la tesi di parte ricorrente secondo cui tale dichiarazione di subappalto, intesa "generica", non potrebbe superare "la volontà espressa dalle componenti il RTI di qualificarsi direttamente nella medesima categoria" in quanto "considerata la mancanza del requisito di qualificazione in misure corrispondente alla quota dei lavori per entrambe le società, il ricorso al subappalto per la categoria OS21 risulterebbe qualificante (o necessario) o non più una mera intenzione e/o facoltà".

Detta tesi presuppone infatti che vi sia una norma di legge o di gara che preveda che nell'ipotesi di subappalto necessario sia necessaria una dichiarazione rafforzata o sui generis, il che non è in alcun modo dimostrato dalla ricorrente stessa. Piuttosto, come già rilevato in sede cautelare, è il disciplinare di gara, al punto 9), a prevedere che "*per le opere rientranti nelle categorie scorporabili catalogate dalla normativa vigente come "a qualificazione obbligatoria" di cui all'art. 12 comma 2 lett. b) della Legge 80/2014, come integrato dal DM n. 248 del 10 novembre 2016,*

*il concorrente sprovvisto di idonee qualificazioni in dette categorie, e quindi in caso di subappalto necessario, dovrà possedere adeguata qualificazione nella categoria prevalente per un importo corrispondente a quello complessivamente posto a base di gara, e dichiarare in sede di offerta che intende affidarle in subappalto” .*

Ne consegue che, come in maniera condivisibile dedotto dal RTI controinteressato, l'adempimento richiesto ai concorrenti adeguatamente qualificati nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori a base di gara nel caso di subappalto necessario, consisteva nel rendere una dichiarazione sull'intenzione di subappaltare le lavorazioni nelle categorie a qualificazione obbligatoria di cui al D.M. n. 248/2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 6 giugno 2023 n. 5545).

Con il terzo motivo il Consorzio ricorrente ha sostenuto che il RTI Fegotto avrebbe dovuto essere escluso perché privo dei requisiti di capacità economico finanziaria, prescritti dalla *lex specialis*, là dove al punto 7.2. ha previsto, in ordine al requisito economico-finanziario dei concorrenti “...realizzazione di una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta e indiretta, in almeno 5 dei 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del Bando, non inferiore a 2 volte l'importo a base di gara di cui al punto II.1.5. del bando” e ancora, al punto 7.4., in specie per i RTI, “Per i soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), e), f) e g) del Codice, esecutore dei lavori, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui ai punti 7.2. e 7.3, devono essere posseduti dalla mandataria e dalle imprese mandanti o dalle imprese consorziate in misura coerente con le rispettive quote di esecuzione dei lavori...Il requisito relativo alla cifra di affari di cui al punto 7.2 lett. b) deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo di imprese”.

Secondo la ricorrente, posto che la capogruppo Fegotto Costruzioni s.r.l. ha partecipato all'RTI con quota pari al 63%, mentre la mandante Viastrada s.r.l. con quota del 37%, quest'ultima, in forza del 37% dell'RTI, non avrebbe dimostrato in

sede di gara il possesso di un volume d'affari non inferiore a €24.448.079,04; in particolare, con riferimento ai bilanci 2019, 2020 e 2021, la cifra d'affari indicata da Viastrada sarebbe errata in quanto dalla voce di bilancio "*valore della produzione*" non sarebbe stata decurtata la voce rubricata "*altri ricavi*" (in tal modo illegittimamente rappresentando una cifra d'affari superiore rispetto a quella realmente conseguita).

La censura è infondata considerato che, come documentato dalla ricorrente, Viastrada ha come unico oggetto sociale la realizzazione di lavori e che sia la circolare ministeriale del Ministero Lavori pubblici n. 182/400/93 che la delibera ANAC n. 295/2016, con riferimento alla cifra d'affari, dispongano come quest'ultima "... per le società di capitali che effettuano esclusivamente attività di costruzione...è pari all'importo indicato alla voce "valore della produzione" risultante dal conto economico". La stessa era pertanto tenuta, ai fini della dimostrazione della cifra d'affari conseguita nell'arco temporale previsto dalla legge di gara, ad indicare esclusivamente il valore della produzione così come risultante dai bilanci.

In conclusione, sulla scorta di quanto precede, il ricorso in quanto infondato deve essere rigettato, con salvezza degli atti impugnati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'ANAS s.p.a. e della parte controinteressata, che liquida in €2.000,00 (euro duemila/00), oltre oneri accessori come per legge, in favore di ciascuna delle due parti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Francesco Mulieri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Mulieri**

**IL PRESIDENTE**  
**Salvatore Veneziano**

**IL SEGRETARIO**