

Publicato il 02/05/2022

N. 03440/2022REG.PROV.COLL.  
N. 09000/2021 REG.RIC.  
N. 09241/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 9000 del 2021, proposto da Meritec s.r.l., in proprio e quale mandataria di costituenda Ati con Idroambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, 5;

*contro*

Acqua Bene Comune Napoli ABC Azienda Speciale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Saggiomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Tralice Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

D&D Costruzioni Generali s.r.l. e Idroambiente s.r.l., in persona dei rispettivi

legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cardito, via Murillo De Petti, 8;  
Gemis s.r.l., non costituita in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 9241 del 2021, proposto da Gemis s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria di costituenda Ati con la Soidra s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gian Luca Lemmo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Acqua Bene Comune Napoli ABC Azienda Speciale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Saggiomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Tralice Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

D&D Costruzioni Generali s.r.l., Idroambiente s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Cardito, via Murillo De Petti, 8;

Meritec s.r.l., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

quanto a entrambi i ricorsi, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 06116/2021, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio in entrambi i giudizi della Acqua Bene Comune Napoli ABC Azienda Speciale, della Tralice Costruzioni s.r.l., nonché della D&D Costruzioni Generali s.r.l. e della Idroambiente s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti, in relazione a entrambi i giudizi, gli avvocati Abbamonte, Russo e Saggiomo, nonché l'avvocato Lemmo in relazione al giudizio r.g. n. 9241 del 2021;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guri il 3 luglio 2020 la ABC Acqua Bene Comune di Napoli Azienda Speciale indiceva procedura di gara per l'affidamento dell'accordo quadro biennale relativo ai lavori di manutenzione integrata, assistenza alla manutenzione da pronto intervento, ricostruzione e riabilitazione della rete idrica della città di Napoli, suddivisa in due lotti omogenei per importo e tipologia di interventi.

Partecipavano alla procedura, fra gli altri, i Rti capeggiati dalla Gemis s.r.l. e dalla Meritec s.r.l., classificandosi primi in graduatoria, rispettivamente, nel lotto 1 (Rti Gemis) e 2 (Rti Meritec).

2. Con distinte comunicazioni del 20 aprile 2021 la stazione appaltante rendeva nota a entrambi i suddetti concorrenti l'intervenuta esclusione - come disposta dalla commissione giusta verbali del 6 e 15 aprile 2021 - per ritenuta sussistenza di unico centro decisionale fra gli stessi ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; in particolare, l'amministrazione rilevava l'unicità del centro decisionale a fronte degli elementi di collegamento ravvisati fra la Meritec s.r.l. e la Soidra s.r.l., mandante del Rti capeggiato dalla Gemis.

I due lotti venivano conseguentemente aggiudicati, in scorrimento delle rispettive graduatorie, alla Tralice Costruzioni s.r.l. (lotto 1) e al Rti capeggiato dalla D&D Costruzioni Generali s.r.l. (lotto 2).

3. La Meritec s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria di costituenda Ati con la Idroambiente s.r.l. con sede in Portici, proponeva ricorso davanti al Tribunale amministrativo per la Campania (r.g. n. 1975 del 2021) avverso il provvedimento d'esclusione, le successive aggiudicazioni e gli altri atti di gara, integrato da due successivi motivi aggiunti con cui impugnava anche il verbale di consegna anticipata dei lavori e formulava domanda d'accesso *ex art. 116* Cod. proc. amm. (primi motivi aggiunti), nonché - oltre agli atti già gravati con ricorso - impugnava l'ammissione alla gara del Rti capeggiato dalla D&D (secondi motivi aggiunti).

4. Resistevano al ricorso la ABC, la D&D insieme con la Idroambiente s.r.l. (società con sede in Pozzuoli, mandante del Rti capeggiato dalla stessa D&D) e la Tralice Costruzioni.

5. Con distinto ricorso davanti al medesimo Tribunale amministrativo (r.g. n. 2224 del 2021) anche la Gemis, in proprio e quale mandataria di costituenda Ati con la Soidra s.r.l., impugnava il provvedimento di propria esclusione, le successive aggiudicazioni alle controinteressate e gli altri atti di gara.

6. Anche nell'ambito di tale ricorso si costituivano in resistenza l'amministrazione, la Tralice Costruzioni e la D&D insieme alla Idroambiente s.r.l. di Pozzuoli.

7. Il Tribunale amministrativo adito, riuniti i ricorsi, li respingeva entrambi, respingendo altresì parzialmente - con dichiarazione d'inammissibilità per la restante parte - i primi motivi aggiunti della Meritec, e dichiarava inammissibili i secondi motivi aggiunti proposti da quest'ultima.

La dichiarazione d'inammissibilità di parte dei primi motivi aggiunti e dei secondi motivi aggiunti era motivata in ragione della carenza di legittimazione della Meritec stante la sua intervenuta esclusione dalla gara, come confermata dallo stesso Tar.

8. Avverso la sentenza ha proposto un primo ricorso in appello la Meritec deducendo:

I) sul collegamento societario, sul rapporto di parentela: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare di appalto; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

II) (*segue*) ancora sul collegamento societario, sulle sedi legali delle due società: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare di appalto; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

III) (*segue*) ancora sul collegamento societario, sul responsabile tecnico: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare di appalto; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

IV) (*segue*) ancora sul collegamento societario, sulle offerte formulate: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare di appalto; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

V) (*segue*) ancora sul collegamento societario: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare di appalto; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

VI) sul secondo ricorso per motivi aggiunti: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 3 Cod. proc. amm. in connessione con l'art. 100 Cod. proc. civ.; violazione del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.*; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

VII) riproposizione del secondo ricorso per motivi aggiunti, con censura:

*sub I*), di violazione e falsa applicazione dell'art. 32 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi comunitari e nazionali di *par condicio* e parità di trattamento nelle gare pubbliche; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, travisamento dei fatti, assenza del presupposto; sviamento;

*sub II*), di violazione e falsa applicazione del punto 4.3 del disciplinare; violazione dei principi comunitari e nazionali di *par condicio* e parità di trattamento nelle gare pubbliche; violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per istruttoria erronea, assenza di presupposto, travisamento dei fatti; sviamento;

*sub III*), di violazione e falsa applicazione del punto 4.3 del disciplinare; violazione dei principi comunitari e nazionali di *par condicio* e parità di trattamento nelle gare pubbliche; violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione degli artt. 76 ss. d.P.R. n. 445 del 2000; eccesso di potere per istruttoria erronea, assenza di presupposto, travisamento dei fatti; sviamento;

VIII) sul primo ricorso per motivi aggiunti: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 32 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 3 Cod. proc. amm. in connessione con l'art. 100 Cod. proc. civ.; violazione del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.*; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia; riproposizione del primo ricorso per motivi aggiunti, con censura:

*sub I*), sul verbale di consegna lavori in via di urgenza: violazione e falsa applicazione dell'art. 32 comma 8, 11 e 13, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi nazionali e comunitari di *par condicio*, trasparenza, concorrenza in tema di pubblici appalti; eccesso di potere per assenza del presupposto, istruttoria erronea e carente, difetto di motivazione, travisamento dei fatti; sviamento;

IX) ancora sul primo di ricorso per motivi aggiunti: *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 24 ss. l. n. 241 del 1990; violazione

dell'art. 3 Cod. proc. amm. in connessione con l'art. 100 Cod. proc. civ.; violazione del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale *ex* art. 24 Cost.; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia;

X) *error in iudicando* sulla condanna alle spese di lite.

9. Con distinto ricorso impugna la sentenza anche la Gemis formulando unico motivo di gravame con cui deduce *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare di appalto; motivazione erronea e perplessa su un punto decisivo della controversia.

10. Resistono a entrambi gli appelli la ABC, la Tralice Costruzioni e la D&D insieme alla Idroambiente di Pozzuoli.

11. Sulla discussione delle parti all'udienza pubblica del 31 marzo 2022, come da verbale, entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

## DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione degli appelli *ex* art. 96, comma 1, Cod. proc. amm. in quanto aventi a oggetto la medesima sentenza.

2. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate (anche *ex* art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.) dalle appellate - salvo quanto di seguito esposto in relazione ai singoli motivi di gravame - stante il rigetto nel merito di entrambi gli appelli, ad eccezione di uno degli ordini di censura formulati dalla Meritec, cui consegue comunque la reiezione nel merito delle domande riproposte.

3. Col primo motivo di gravame la Meritec si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel trascurare il fatto che non rileva in sé, ai fini dell'integrazione della causa escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016, il rapporto di affinità sussistente fra i legali rappresentanti delle società in relazione alle quali l'amministrazione ha contestato la sussistenza di elementi di collegamento (*i.e.*, come anticipato, la Meritec da un lato, la Soidra s.r.l., mandante del Rti capeggiato dalla Gemis, dall'altro), in un contesto nel quale peraltro la Soidra partecipa al Rti nella

misura limitata del 20% di una delle lavorazioni, sicché il presunto collegamento fra le società non potrebbe comunque incidere sulla determinazione e redazione delle rispettive offerte concorrenti, considerato d'altra parte che per il Rti Gemis l'offerta è stata ragionevolmente predisposta dal rappresentante della capogruppo, non già della mandante.

3.1. Col secondo motivo la Meritec muove analoghe censure in relazione ad altro indice del collegamento contestato dall'amministrazione e confermato dalla sentenza, relativo alle sedi delle due società.

Nella specie, non assume alcun rilievo ai fini dell'enucleazione dell'unico centro decisionale la situazione dell'immobile condotto in locazione dalla Soidra e dalla Meritec, essendosi in presenza invero di distinte porzioni immobiliari locate separatamente alle suddette società, e una delle quali sub-locata da Soidra a Meritec, senza alcuna condivisione di spazi; per questo, la mera sub-locazione di una porzione di immobile di proprietà di terzi, senza condivisione di spazi comuni, non può valere a far ravvisare un unico centro decisionale.

Al riguardo, il giudice di primo grado s'è conformato acriticamente alle conclusioni della commissione senza eseguire alcuna valutazione degli elementi fattuali rilevanti.

3.2. Parimenti priva di rilievo sarebbe poi - come deduce la Meritec col terzo motivo d'appello, dolendosi delle diverse valutazioni espresse dal Tar - la contestata posizione del sig. C.G., che è stato amministratore unico e socio unico della Soidra sino al 29 maggio 2020, divenendo responsabile tecnico di Meritec solo il successivo 23 ottobre 2020, ciò che non ha alcun rilievo rispetto alla gara (il cui bando è stato pubblicato il 3 luglio 2020, con termine per la presentazione delle offerte al 27 luglio 2020), considerato che tra la pubblicazione del bando e il termine per la presentazione delle offerte lo stesso C.G. non rivestiva alcuna carica in nessuna delle due società.

3.3. Del pari irrilevanti sarebbero poi i ribassi formulati dai due concorrenti, inidonei a incidere sull'esito della gara a fronte del preponderante peso

dell'offerta tecnica, trattandosi di gara da aggiudicare col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con peso dell'offerta tecnica pari al 70% e attribuzione di punteggi con criteri cd. "on-off"; tra l'altro gli altri concorrenti hanno offerto ribassi anche maggiori di Meritec e Gemis.

Di qui l'errore commesso dal giudice di primo grado - denunciato dall'appellante col quarto motivo di gravame - consistente nell'aver respinto la corrispondente doglianza formulata dalla Meritec.

3.4. Con il quinto motivo di censura la Meritec deduce che non sussistono nel complesso adeguati elementi di collegamento fra la stessa Meritec e la Soidra, considerato che le due società hanno soci, sedi, direttori tecnici e strutture diverse; non hanno condiviso negli ultimi cinque anni l'esecuzione di alcuna commessa pubblica; gli elementi contestati dall'amministrazione sono ben superabili da cd. "controprova logica"; il C.G. ha ceduto le quote di Soidra mesi prima della pubblicazione del bando; i criteri "on-off" (13 su 14 totali) previsti dalla *lex specialis* per la valutazione dell'offerta tecnica valgono a escludere la rilevanza di eventuali elementi di collegamento; i ribassi espressi non sono stati decisivi sugli esiti della gara.

Di qui l'erronea rilevazione di un unico centro decisionale fra le due concorrenti e l'illegittimità della conseguente esclusione disposta a loro carico.

3.5. Doglianze sostanzialmente analoghe propone la Gemis con l'unico motivo di gravame, variamente articolato.

3.6. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per connessione - incluso il detto unico motivo formulato dalla Gemis - non sono condivisibili.

3.6.1. Occorre premettere che l'art. 80, comma 5, lett. *m*), d.lgs. n. 50 del 2016 prevede apposita causa di esclusione dalle procedure di gara nei confronti dell'operatore economico che «*si trovi 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*».

Già nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, la giurisprudenza aveva posto in risalto in proposito che fra le cause di possibile esclusione dalle gare pubbliche sono ricomprese le ipotesi previste dall'art. 2359 Cod. civ. e quelle non codificate di collegamento sostanziale nel caso vi siano elementi tali da consentire di ricondurre i soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale: v'è infatti in tali casi il rischio d'una *“vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione. In tal modo si tende ad evitare che il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto ed il libero gioco della concorrenza possano essere irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese, siano tuttavia riconducibili ad un unico centro di interesse: la ratio di tale previsione è quella di evitare il rischio di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da stretta comunanza di interesse caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti, proprio per tale situazione, capaci di formulare offerte caratterizzate dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità, coerentemente quindi ai principi di imparzialità e buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione”* (Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189).

A tal fine la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale *“postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (ex multis, Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 496; III, 10 maggio 2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6379; V, 18 luglio 2012, n. 4189)”* (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6010).

In tale prospettiva, è stato ritenuto in termini di principio che *“ciò che deve essere provato [...] è soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte (in tal senso -ex multis -:*

*Cons Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189). Del resto [...] ai sensi della pertinente normativa eurounitaria e nazionale, grava sulla stazione appaltante il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro"* (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496).

La fattispecie del collegamento sostanziale fra concorrenti è infatti qualificabile come *"di 'pericolo presunto' (con una terminologia di derivazione penalistica), in coerenza con la sua 'funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure ad evidenza pubblica', e con la circostanza che la concreta alterazione degli esiti della selezione 'non è nella disponibilità delle imprese sostanzialmente collegate, ma dipende da variabili indipendenti rispetto alla loro volontà, quali in particolare il numero delle partecipanti e l'entità dei ribassi' (sentenza 11 luglio 2016, n. 3057; in senso conforme si registra anche una più risalente pronuncia di questa Sezione: sentenza 1° agosto 2015, n. 3772)"* (Cons. Stato, V, 24 novembre 2016, n. 4959; più di recente, Cons. Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 259).

Per tali ragioni, se incombe sulla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale d'imputazione delle offerte sulla base degli indici presuntivi concreti, non è richiesta anche la prova che il collegamento fra i concorrenti sia poi pervenuto a risultati effettivi in relazione ai contenuti delle offerte e all'artificiale condizionamento degli esiti della gara; nel percorso presuntivo che conduce a ricavare un fatto ignoto da circostanze note ai sensi dell'art. 2727 Cod. civ., il fatto che occorre desumere dagli indici presuntivi è infatti la sussistenza dell'unicità del centro decisionale cui siano riconducibili le offerte, non già il contenuto effettivamente coordinato di queste, né le conseguenze anticoncorrenziali concretamente derivatene (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2022, n. 48; 5 agosto 2021, n. 5778; 15 aprile 2020, n. 2426).

Per questo, “*se, da un lato, l’Amministrazione è onerata delle verifiche puntuali degli elementi che fanno ritenere probabile il collegamento societario, dall’altro, non è necessario che effettui una verifica circa il fatto che il collegamento societario abbia in concreto influito sulla presentazione delle offerte e sull’esito della gara. In altri termini, non è necessaria la prova che il collegamento abbia influito sulla formazione delle offerte, ma è sufficiente che sia probabile il fatto che le stesse provengano da un unico centro decisionale*” (Cons. Stato, IV, 2 aprile 2021, n. 3255).

In tale prospettiva, è stato così posto in risalto come il riferimento al contenuto delle offerte - peraltro qui (non irragionevolmente) svolto dall’amministrazione (cfr. *infra*, spec. *sub* § 3.6.2.4) - sia *uno* dei possibili elementi dai quali ritrarre il collegamento, tra l’altro da scrutinare in termini necessari solo in difetto di altri indici utili, secondo un’indagine ispirata a un approccio gradualista e progressivo: “*l’accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell’art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell’esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell’esistenza di un ‘unico centro decisionale’ da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l’esistenza dell’unicità soggettiva sostanziale*” (Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69; 10 gennaio 2017, n. 39; III, 7 marzo 2019, n. 1577; cfr. anche Id., V, 28 dicembre 2020, n. 8407; 12 gennaio 2021, n. 393; VI, 31 agosto 2021, n. 6119).

In senso contrario alla suesposta elaborazione giurisprudenziale non vale il richiamare la pronuncia della Corte di Giustizia adottata nella causa C-538/07, atteso che la decisione afferma il diverso principio per cui il diritto europeo osta a una disposizione nazionale (in specie, l’art. 10, comma 1-*bis*, l. n. 109 del 1994, che richiamava espressamente il controllo *ex art.* 2359 Cod.

civ.) che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca *“un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara”* (Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, causa C-538/07).

L'affermazione è chiara nell'indicare l'illegittimità d'un sistema che precluda a priori la prova contraria a fronte di previsioni legali di collegamento fra società, escludendo la Corte *“che rapporti di mero collegamento formale possano dimostrare di per sé l'esistenza e/o la potenzialità del condizionamento, dovendo alle imprese sempre essere consentito dimostrare l'inefficacia di tali rapporti?”* (Cons. Stato, VI, 22 febbraio 2013, n. 1091); ma questo non altera le modalità di verifica per l'integrazione della causa escludente, nei termini elaborati dalla giurisprudenza in funzione della enucleazione di un unico centro decisionale (cfr., al riguardo, anche Cons. Stato, n. 2426 del 2020, cit.).

3.6.2. Nel caso di specie l'amministrazione ha individuato chiaramente, in termini sostanziali - sulla base di specifici e circostanziati indici concreti - i presupposti dell'unicità del centro decisionale cui le offerte risultavano imputabili, e la valutazione all'uopo espressa risulta nel complesso esente dalle censure formulate dalle appellanti.

3.6.2.1. Anzitutto è pacifico che gli amministratori unici della Meritec e della Soidra siano cognati (avendo contratto matrimonio con due sorelle): tale elemento ben partecipa quale indice di collegamento sostanziale espressivo della sussistenza di un unico centro decisionale potenzialmente pregiudizievole al confronto competitivo (cfr., sulla rilevanza a tal fine dei rapporti familiari, Cons. Stato, V, 28 dicembre 2020, n. 8407; 11 luglio 2016, n. 3057; IV, 28 gennaio 2011, n. 673).

In senso contrario alla rilevazione dell'unico centro decisionale non rileva poi, di per sé, la dedotta circostanza che negli ultimi 5 anni i due operatori

economici non abbiano partecipato a gare in comune.

Allo stesso modo, non assume in tale contesto valore contrario al riconoscimento dell'unico centro decisionale il fatto che Soidra fosse mera mandante al 20% del Rti capeggiato da Gemis, atteso che ciò non incide sulla configurazione dell'unitario centro decisionale quale situazione di contiguità soggettiva dei concorrenti (anche laddove strutturati in forma di Rti) distorsiva rispetto ai principi di concorrenza, *par condicio*, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione.

3.6.2.2. Quanto alle contestazioni relative all'immobile, occorre premettere che lo stesso, sito in via Pietro Nenni 40 a Mugnano (NA), è in parte direttamente concesso in locazione dalla proprietà alla Meritec - che ivi ha stabilito la propria sede legale - in altra parte, sempre dalla proprietà in favore della Soidra, che risulta avere lì sede secondaria, destinata, come pacifico, a deposito; la Soidra ha a sua volta sub-locato il secondo piano della palazzina (composta di tre piani) e una parte di capannone (così tenendone per sé altra parte, quale deposito) alla Meritec.

Il che denota nel complesso, non solo e non tanto la sussistenza di rapporti tra le due società, ma anche e soprattutto una contiguità di spazi e locali espressiva di una vicinanza delle stesse, che condividono un locale, quale il deposito - sebbene nel contratto si faccia riferimento a un'area "*delimitata*" del capannone oggetto della sub-locazione (invero non meglio dettagliata o specificata) - e comunque hanno sede nel medesimo luogo e indirizzo.

Trattasi di un elemento indiziario di contesto che ben può concorrere a manifestare la sussistenza di un unico centro decisionale fra gli operatori (cfr., in relazione alla comunanza di sede, Cons. Stato, n. 2426 del 2020, cit., Id. V, 17 novembre 2020, n. 7108; IV, n. 3255 del 2021, cit.; V, 5 agosto 2021, n. 5778).

3.6.2.3. In relazione alla posizione del C.G., quale amministratore e socio unico della Soidra sino al 29 maggio 2020, transitato il 23 ottobre 2020 presso la Meritec con il ruolo di responsabile tecnico, l'elemento, pur di per sé solo

non determinante, si colloca comunque nel rapporto di contiguità (e non lo contraddice) fra i soggetti, tale da esprimerne l'appartenenza all'unico centro decisionale, sicché, benché non rilevi di per sé solo, esso lascia intravedere un sostrato comune fra le imprese.

3.6.2.4. Infondate sono poi le doglianze formulate in relazione alle contestazioni inerenti ai ribassi proposti dalle concorrenti.

Occorre premettere al riguardo che Meritec offriva per i lotti 1 e 2 i ribassi, rispettivamente, del 12,102% e 27,157%, mentre Gemis, simmetricamente, esprimeva per gli stessi lotti ribassi del 26,94% e dell'11,94%.

L'apprezzamento di unità del centro decisionale ricavato dall'amministrazione (anche) a fronte del contenuto delle offerte non risulta al riguardo irragionevole né illegittimo, atteso che trattasi di elemento che ben partecipa quale indizio grave, preciso e concordante con gli altri all'enucleazione dell'unico centro (cfr., al riguardo, già le valutazioni della commissione a verbale del 23 novembre 2020, ove si rilevava la stranezza di ribassi così diversi formulati da ciascuno dei due concorrenti sui due lotti omogenei, e perciò si disponevano approfondimenti; la valutazione veniva poi confermata con verbale del 6 aprile 2021: *“le offerte presentate dai due RTI [...] risultano anormalmente ‘incrociate’ in quanto, considerata l’omogeneità delle lavorazioni in appalto (così come anche indicato nel Disciplinare di Gara), non sussisterebbero motivazioni per una tale differenza di ribasso difficilmente giustificabile con, a titolo di esempio, esigenze operative o dislocazione delle sedi operative/di approvvigionamento”*).

Si tratta, in effetti, di ribassi molto vicini, “incrociati” sui due diversi lotti fra i due concorrenti, e apprezzabilmente diversi da quelli espressi dagli altri operatori economici i quali, a fronte della similitudine per attività e importi dei due lotti, hanno offerto ribassi molto simili (in un caso identici) in relazione agli stessi.

Né rileva di per sé, in proposito, che l'esito anticoncorrenziale o distorsivo per la gara si sia o meno concretamente realizzato, atteso che - come già posto in risalto - è la potenziale idoneità a influire sulla stessa (possibile anche in

presenza di criteri “*on-off*” e prevalenza, nella valutazione, dell’offerta tecnica) in presenza di unico centro decisionale ad assumere valore ai fini dell’integrazione della causa escludente, anche nella prospettiva del principio di segretezza delle offerte e trasparenza della competizione (cfr. Cons. Stato, n. 496 del 2017, Id., V, 10 dicembre 2021, n. 8245).

3.6.2.5. Alla luce di quanto suesposto risulta infondato anche il quinto motivo di gravame proposto dalla Meritec, e le corrispondenti doglianze della Gemis. Per quanto indicato, non è infatti illegittimo né irragionevole l’apprezzamento dell’amministrazione circa la sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti tali da far ravvisare l’unico centro decisionale, non occorrendo al riguardo che tutti i possibili elementi indiziari siano contemporaneamente verificati (es., comunanza di sedi legali, identità di strutture e compagine sociale, etc.).

In tale prospettiva, anche a prescindere dal contestato contenuto analogo delle osservazioni procedurali presentate dalle due concorrenti, complessivamente ben emerge, in ragione degli elementi sopra richiamati, la sussistenza dell’unico centro decisionale ravvisato dall’amministrazione.

3.7. Per le suesposte ragioni va dunque respinto integralmente l’appello della Gemis, così come i primi cinque motivi dell’appello della Meritec.

4. Col sesto motivo quest’ultima censura la dichiarazione d’inammissibilità dei secondi motivi aggiunti in primo grado deducendo che, anche laddove esclusa dall’amministrazione (con provvedimento confermato dal giudice di primo grado) la Meritec aveva comunque interesse a contestare la posizione della controinteressata D&D ai fini della riedizione della procedura, considerato che non v’erano nella specie altri concorrenti in gara.

Per questo “*anche nella denegata ipotesi di rigetto del ricorso principale*” la Meritec avrebbe comunque avuto interesse all’impugnazione dell’aggiudicazione in favore della D&D.

4.1. Il motivo è fondato, nei termini e per le ragioni che seguono.

4.1.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che “*a un offerente la cui offerta [sia] stata esclusa dall’amministrazione aggiudicatrice da una procedura di*

*aggiudicazione di un appalto pubblico [può sì] essere negato l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione [ma nel caso in cui] la decisione di esclusione di tale offerente [sia] stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione'* (Corte di Giustizia, 11 maggio 2017, causa C-131/16; cfr. peraltro anche Id., 21 dicembre 2016, causa C-355/15, in cui si afferma che il diritto europeo *"assicura l'esercizio di ricorsi efficaci avverso le decisioni irregolari nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, consentendo ad ogni partecipante escluso di contestare non solo la decisione di esclusione, ma anche, fintantoché detta contestazione è pendente, le successive decisioni che gli arrecherebbero pregiudizio ove la propria esclusione fosse annullata"*; cfr. anche, più di recente, Corte di Giustizia, 24 marzo 2021, causa C-771/19).

Nel caso di specie la sentenza di primo grado ha dichiarato l'inammissibilità dei secondi motivi aggiunti per carenza di legittimazione della Meritec a fronte della decisione, assunta dallo stesso giudice di primo grado, di conferma del provvedimento di esclusione in danno della stessa Meritec.

La suddetta esclusione non era tuttavia all'epoca definitiva (proprio perché la sentenza del Tar era esposta a impugnazione, come in effetti successivamente interposta), e il che è assorbente ai fini della riforma della sentenza *in parte qua* sulla base dei suesposti principi, stante l'erronea dichiarazione d'inammissibilità dei secondi motivi aggiunti in primo grado quando l'esclusione a carico della Meritec non era ancora definitivamente consolidata. Può d'altra parte prescindersi dall'esame dell'analoga questione come viene a porsi in sede d'appello (*i.e.*, quale sia la sorte della domanda d'annullamento dell'aggiudicazione al controinteressato allorché il provvedimento d'esclusione del ricorrente sia confermato *in appello*, come nella specie) stante l'assorbente infondatezza nel merito dei motivi aggiunti (riguardo alla suddetta questione, cfr. le diverse posizioni assunte da Cons. Stato, V, 28

ottobre 2019, n. 7386; 30 aprile 2018, n. 2587, da un lato; Cons. Stato, IV, 4 gennaio 2022, n. 26; V, 4 gennaio 2019, n. 107; III, 7 marzo 2018, n. 1461, dall'altro, cui *adde* Id., V, 1 febbraio 2021, n. 937; cfr., al riguardo, anche Cons. Stato, VI, ord. 30 dicembre 2019, n. 8901; V, 25 giugno 2019, n. 4341).

Alla luce di ciò, accolto il sesto motivo d'appello, vanno esaminati nel merito i secondi motivi aggiunti in primo grado, riproposti dalla Meritec con il settimo motivo di gravame (*infra, sub* § 5 ss.).

5. Con la prima doglianza dei secondi motivi aggiunti riproposti, la Meritec si duole dell'omessa verifica dei requisiti in capo al Rti D&D, verifica della quale andrebbe dato atto nell'aggiudicazione pena la sua inefficacia e illegittimità.

Nella specie non v'è traccia, in atti, dell'intervenuta verifica dei suddetti requisiti in capo al Rti controinteressato.

5.1. La doglianza non è suscettibile di favorevole considerazione.

5.1.1. A ben vedere, l'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 - cui pure l'appellante si richiama - qualifica espressamente la verifica dei requisiti alla stregua di una condizione di efficacia dell'aggiudicazione, che anzi normalmente viene eseguita successivamente al perfezionamento del provvedimento.

Per questo, il mero richiamo alla mancata esplicitazione, nel provvedimento di aggiudicazione, dell'esecuzione della detta verifica non ha rilievo né sul piano procedurale (proprio perché la verifica può ben essere effettuata successivamente) né sul piano sostanziale - in termini di legittimità del provvedimento - in assenza di specifiche e concrete carenze o vizi sul possesso dei detti requisiti enucleate dall'appellante.

Di qui l'infondatezza della censura.

6. Con distinta riproposta ragione di doglianza l'appellante deduce che il Rti D&D sarebbe privo di figure professionali certificate quali "saldatori", come richieste dalla *lex specialis*.

Segnatamente, la pertinente scheda *sub* OT-Scheda 1 della controinteressata indicherebbe tre soggetti privi di tale qualifica in quanto inquadrati,

rispettivamente, quali conducente di autocarri, conduttore di mezzi pesanti, installatore di infissi e serramenti; gli altri due sarebbero indicati invece con la dicitura “avvalimento” senza che risulti tuttavia in atti alcun corrispondente contratto, fermo restando che in ogni caso l’art. 4.3 del disciplinare richiedeva che il lavoratore adibito a tale funzione fosse inserito effettivamente nell’organico aziendale, escludendo perciò il ricorso all’avvalimento in merito.

6.1. Neanche tale doglianza è condivisibile.

6.1.1. Occorre premettere che l’art. 4.3, lett. d), del disciplinare richiede fra le “*capacità tecniche e professionali*” che “*I concorrenti, a pena di esclusione, ai fini dell’esecuzione delle saldature, devono essere in possesso delle certificazioni di qualifica di almeno quattro saldatori, che intenderà utilizzare per l’appalto, in accordo con la normativa UNI EN 287-1, rilasciate da Ente accreditato [...] e valide per il campo di applicazione previsto dalle lavorazioni di cui al presente appalto [...] ovvero devono dichiarare, in sede di offerta, l’impegno a trasmettere, prima della consegna delle attività, le certificazioni di qualifica di almeno quattro saldatori, che intenderà utilizzare per l’appalto, in accordo con la normativa UNI EN 287-1, rilasciate da Ente accreditato [...]*”.

L’appellante deduce che il Rti D&D è privo di tale requisito in quanto tre delle cinque risorse professionali all’uopo indicate dallo stesso sarebbero inquadrare con altre e diverse mansioni, mentre le restanti due sarebbero acquisite dal concorrente in “avvalimento” senza che risulti tuttavia l’esistenza di alcun contratto di tal fatta, e comunque occorrendo in forza della *lex specialis* l’inserimento nell’organico aziendale delle figure professionali deputate a tale attività.

In senso contrario è sufficiente rilevare come, quanto ai suddetti tre dipendenti diversamente inquadrati, la sola mansione loro attribuita non vale a escludere la dotazione di certificazione di “saldatore” come richiesta dalla *lex specialis*, sicché la doglianza non è conducente in quanto decentrata rispetto al requisito, né l’appellante offre altre evidenze in ordine al difetto dello stesso requisito in relazione ai suddetti tre lavoratori, di cui sono presenti anzi in atti i certificati della qualifica di saldatore.

Quanto alle rimanenti due risorse, risulta in atti il contratto di avvalimento fra la mandante Idroambiente s.r.l. e la Carpenteria Metallica Cerullo s.r.l. in relazione al suddetto requisito, contratto che ricomprende effettivamente le dette due figure professionali.

Parimenti in atti si rinvencono, peraltro, la dichiarazione della mandante Idroambiente di far ricorso all'avvalimento (oltreché di possesso dei requisiti) e il richiamo espresso di tale contratto di avvalimento nella documentazione di gara della stessa Idroambiente fra le dichiarazioni integrative; analogamente, sono presenti in atti il Dgue dell'ausiliaria e le dichiarazioni d'impegno e integrative della stessa, inclusa quella sul possesso dei requisiti e la messa a disposizione delle risorse in favore dell'operatore ausiliato.

Né occorre del resto che il personale in possesso della qualifica di saldatore fosse necessariamente dipendente dell'operatore economico concorrente (e cioè che per detto personale fosse escluso il ricorso all'avvalimento) atteso che ciò non risulta dalla *lex specialis*, la quale si limita a richiedere il possesso della certificazione in relazione ai saldatori che l'operatore "*intenderà utilizzare*" per l'appalto, precisando peraltro che in caso di "*operatore con identità plurisoggettiva*" il requisito dovesse essere posseduto "*in coerenza con la fase esecutiva dell'appalto*", senza perciò denegare il ricorso all'avvalimento, ammesso anzi in termini generali dall'art. 5.1.2, e regolato dal successivo art. 5.2 del disciplinare.

Anche tale doglianza è perciò infondata.

7. Con ulteriore doglianza dei riproposti secondi motivi aggiunti, l'appellante deduce il difetto del requisito consistente nella disponibilità delle attrezzature prescritte dalla *lex specialis* - da intendersi quale vero e proprio requisito previsto a pena di esclusione - con riguardo in particolare a quattro escavatori, che non sarebbero né di proprietà né in noleggio al Rti D&D, appartenendo ad altri operatori coi quali non risulta sussistere neppure un contratto di avvalimento.

Allo stesso modo, la controinteressata sarebbe responsabile di falsa dichiarazione *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione al possesso dei suddetti mezzi.

7.1. La doglianza non è condivisibile.

7.1.1. Va premesso che il disciplinare di gara prevedeva fra i criteri valutativi (art. 5.4.1, sub-criterio 2.b) la “*Disponibilità dei mezzi d’opera e attrezzature*”, che ammettava espressamente la possibilità di dimostrare la disponibilità dei detti mezzi “*anche mediante subappalti o noleggi a caldo, noleggi a freddo ovvero leasing finanziari [...]*”, con la precisazione che “*il fornitore dell’operatore economico deve impegnarsi a non effettuare impegno simile con altro concorrente alla stessa procedura*”.

Nel caso di specie, in relazione agli escavatori sui quali l’appellante formula le contestazioni sono prodotti in atti i contratti di nolo del 16 luglio 2020 con la società di noleggio.

Per questo, da un lato non rileva la circostanza che i componenti del Rti D&D non fossero proprietari degli escavatori, atteso che era ben prevista dalla *lex specialis* la possibilità di acquisirne *aliunde* la disponibilità; dall’altro non assume valore, di suo, la circostanza che due dei suddetti mezzi, con contratti del 19 luglio e 5 agosto 2021 depositati dall’appellante (successivi peraltro alla stessa stipula del contratto d’appalto con l’aggiudicataria, datato 1° luglio 2021) fossero stati messi a disposizione anche della Meritec, atteso che si tratta appunto di noleggi successivi e collocati in tutt’altra fase, di per sé non incidenti sull’aggiudicazione. A ciò si aggiunga, peraltro, che la circostanza prospettata non avrebbe *sic et simpliciter* effetto escludente per il Rti aggiudicatario (cfr., al riguardo, lo stesso disciplinare di gara, il quale prevede che “*nel caso in cui si verifichi tale condizione [i.e., messa a disposizione dei medesimi mezzi, con sub-appalto o noleggio a caldo, a più concorrenti] il punteggio del sub-criterio verrà posto pari a 0 punti*”, senza alcuna conseguenza escludente) né del resto l’appellante solleva in proposito doglianze in tema di punteggi assegnati e relativa rilevanza.

Per le stesse ragioni non è ravvisabile in capo al Rti controinteressato alcuna falsa dichiarazione “*circa il possesso/disponibilità dei mezzi*” come allegata dall’appellante, considerato che lo stesso concorrente era provvisto di titoli di nolo che gli consentivano, sulla base della *lex specialis*, di rappresentare la detta disponibilità dei mezzi; né peraltro, come già osservato, l’appellante solleva altre censure (ad esempio, come anticipato, in tema di punteggi) o declina diversamente la doglianza.

Allo stesso modo, non rilevano *ex se*, in relazione a tale profilo, le altre dedotte vicende relative ai mezzi estranee alla gara e posteriori alla stessa.

Di qui l’infondatezza della doglianza.

8. Censura analoga a quella di cui al sesto motivo, incentrata sull’erronea dichiarazione d’inammissibilità dei secondi motivi aggiunti, l’appellante spiega con l’ottavo motivo di gravame in relazione ai primi motivi aggiunti, dei quali ripropone perciò le doglianze.

Nel merito di tali doglianze, la Meritec deduce l’illegittimità dell’affidamento d’urgenza disposto in favore delle aggiudicatarie in violazione del regime del cd. “*stand still*” (considerato che l’amministrazione ha disposto l’affidamento d’urgenza delle prestazioni il 21 maggio 2021, a fronte d’un ricorso notificato il 6 maggio 2021 e una camera di consiglio fissata davanti al Tar per il 26 maggio 2021) e prima che il contratto fosse divenuto efficace.

Al contempo, l’amministrazione non evidenziava né motivava le esigenze dell’affidamento d’urgenza, in un contesto nel quale l’attività era peraltro svolta in *prorogatio* dalla Meritec, sicché non v’era alcun rischio di lacune prestazionali; di qui anche lo sviamento nel richiamo a tal fine dell’art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

8.1. Anche in questo caso, la censura è fondata in relazione alla dichiarazione d’inammissibilità - e conseguente omesso esame nel merito - della doglianza proposta in primo grado pur in assenza di un’esclusione definitiva a carico della ricorrente (cfr. *retro*, *sub* § 4 ss.).

Il merito della censura riproposta non è tuttavia condivisibile, e il che è assorbente ai fini della relativa reiezione.

Segnatamente, non è favorevolmente apprezzabile l'assunto con cui l'appellante deduce l'illegittimità dell'affidamento d'urgenza anteriore alla maturazione del periodo di *stand still* e all'intervenuta efficacia del contratto, considerato - sotto quest'ultimo profilo - che l'affidamento d'urgenza prescinde dalla stipulazione del contratto (e, dunque, dalla stessa sua efficacia), e sul primo aspetto che un suddetto affidamento anticipato non soggiace alla regola dello *stand still*, la quale attiene alla stipula del contratto in sé (e non all'affidamento d'urgenza), come reso evidente dal testo dell'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, che (a differenza dal previgente art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006) non prevede il divieto di affidamento d'urgenza nel periodo di *stand still* sia sostanziale che processuale.

Per questo, l'apprezzamento di legittimità d'un siffatto affidamento d'urgenza non può che concentrarsi sulla sola motivazione e sussistenza dei presupposti *ex art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016* (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256; cfr. anche, in termini generali sulla non incidenza della regola dello *stand still* sulle attività prodromiche alla stipula del contratto, Cons. Stato, V, 9 settembre 2020, n. 5420).

Quanto al profilo motivazionale, il provvedimento di consegna anticipata indica le ragioni d'urgenza ravvisate, consistenti nel fatto che trattasi "*di un servizio pubblico essenziale erogato a favore della cittadinanza*" e "*In tale ambito operativo, i lavori di assistenza alla manutenzione da guasto alla rete [...] sono imprescindibili per garantire la continuità del servizio pubblico [...] ed al fine di evitare problematiche inerenti all'igiene e alla salute pubblica con conseguenti danni all'interesse pubblico*", di guisa che la consegna anticipata dei lavori "*garantisce la continuità amministrativa dell'Azienda senza il quale non è in grado di assicurare il corretto svolgimento di un servizio pubblico essenziale*".

Il che ben risponde all'ipotesi di cui all'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, che comprende anche il caso in cui *«la mancata esecuzione immediata della*

*prestazione [...] determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare».*

Né rileva, in senso contrario, la circostanza della sussistenza di un precedente gestore (*i.e.*, la stessa Meritec) cui si sarebbe potuto prorogare ancora l'affidamento, atteso che ciò non vale a far venir meno di per sé le ragioni d'urgenza fronteggiate dall'amministrazione, considerato del resto che l'affidamento di urgenza è “*alternativo alla proroga del contratto concluso con il precedente gestore, poiché in entrambi i casi consegue la continuazione del servizio; la scelta per l'uno o l'altro è effettuata dall'amministrazione in base a considerazioni di opportunità e convenienza; essa, pertanto, non è sindacabile in sede giurisdizionale*” (Cons. Stato, n. 7256 del 2018, cit.).

9. Col nono motivo di gravame la Meritec si duole dell'erronea dichiarazione d'inammissibilità della domanda sull'accesso proposta nell'ambito dei primi motivi aggiunti, alla quale la ricorrente aveva interesse in quanto non definitivamente esclusa: a fronte dell'intervenuta esibizione dei documenti da parte dell'amministrazione il giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare invero la cessata materia del contendere anziché l'inammissibilità.

9.1. Il motivo non è suscettibile di favorevole apprezzamento, salve le precisazioni che seguono.

9.1.1. La stessa appellante dà conto dell'intervenuta ostensione della documentazione richiesta, sicché la domanda (dichiarata inammissibile dal Tar a fronte della confermata esclusione della Meritec dalla gara) era comunque improcedibile per sopraggiunto difetto d'interesse, e comunque tale va allo stato ritenuta. Il che è, nel caso di specie, *ex se* assorbente ai fini del presente gravame, considerato che l'appellante non ha (né evidenzia) alcun interesse in relazione alla domanda stessa, né parimenti - come eccepito dall'amministrazione - alla censura avverso il suddetto capo di sentenza, ai fini della dichiarazione d'improcedibilità o cessata materia del contendere anziché d'inammissibilità (da intendersi peraltro essa stessa, a ben vedere, quale improcedibilità, in quanto pronunciata dal Tar “*una volta stabilito che è legittima*

*l'esclusione comminata*”, e cioè a seguito e per effetto del rigetto delle doglianze sull'esclusione), considerato d'altra parte che anche il regime della soccombenza ai fini delle spese processuali è nella specie da ritenersi definito e conformato a prescindere da tale statuizione, a fronte dell'apprezzamento del merito delle censure (v. *infra*).

Per questo il motivo non è suscettibile di favorevole considerazione.

10. Col decimo motivo l'appellante si duole della regolazione delle spese di lite, ritenuta erronea in conseguenza della dedotta erroneità nel merito delle statuizioni del giudice di primo grado.

10.1. Neanche tale doglianza è condivisibile.

10.1.1. È sufficiente osservare, al riguardo, da un lato come la censura abbia a oggetto un capo dipendente della sentenza, qui confermata per la più gran parte (salvo che per i suddetti aspetti in rito), dall'altro che comunque anche i motivi proposti in primo grado e non esaminati dal Tar erano da respingere, nei termini suindicati (tanto che l'accoglimento dell'appello, solo parziale, attiene a profili di mero rito) sicché rimane intatto il giudizio di soccombenza nel merito in primo grado della Meritec, rilevante ai fini delle relative spese.

11. In conclusione, per le suesposte ragioni, previa riunione degli appelli, va respinto integralmente quello proposto dalla Gemis s.r.l., mentre quello della Meritec va parzialmente accolto, nei termini suindicati, sicché, in parziale riforma della sentenza (*sub* punti *d*) ed *e*) del dispositivo), vanno respinti i secondi motivi aggiunti e parzialmente i primi motivi aggiunti proposti in primo grado dalla stessa Meritec.

11.1. Le spese del presente grado di giudizio sono poste a carico delle appellanti, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo, considerato in specie, quanto alla loro misura, il parziale accoglimento (seppur su profili di rito) dell'appello della Meritec, e con la precisazione che l'importo indicato a carico di ciascuna delle appellanti è riconosciuto - a beneficio delle appellate D&D e Idroambiente di Pozzuoli -

in termini complessivi (e non singolarmente) in quanto costituite con il medesimo difensore.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, accoglie in parte l'appello della Meritec s.r.l. e, per l'effetto, riforma in parte la sentenza impugnata - ai punti *d)* ed *e)* del dispositivo - respingendo i secondi motivi aggiunti e in parte i primi motivi aggiunti in primo grado della stessa Meritec, come in motivazione;

Respinge l'appello della Gemis s.r.l.;

Condanna le appellanti al pagamento delle spese del grado, liquidandole nella misura di € 3.000,00, oltre accessori di legge, ed € 4.000,00, oltre accessori di legge, a carico rispettivamente della Meritec s.r.l. e della Gemis s.r.l., da corrispondersi in favore di ciascuna appellata costituita, nei termini precisati in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Urso**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

# IL SEGRETARIO