



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 475 del 2010, proposto da s.r.l. CO.GE.PRI., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. costituita con la s.r.l. Ridolfi Idio e Figli, e l'ingegnere Pierantonio Cascioli, questi ultimi anche in proprio e come mandanti della medesima a.t.i., tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Camerini e Adriano Rossi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale delle Milizie n. 1;

contro

Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con la De Francesco Costruzioni s.a.s., nonchè la De Francesco Costruzioni s.a.s., in persona del legale rappresentante

pro tempore , in proprio e quale mandante dell'a.t.i. costituita con l'Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Fabrizio Proietti, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, piazza Marucchi n. 5;

nei confronti di

Comune di Gioia dei Marsi, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rodolfo Ludovici, con domicilio eletto presso Soc. Ligal Service Ludovici in Roma, via dei Dardanelli n. 27;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per l'Abruzzo, sezione I, n. 541 del 14 dicembre 2009.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e contestuale appello incidentale dell'Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con la De Francesco Costruzioni s.a.s., nonché la De Francesco Costruzioni s.a.s., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. costituita con l'Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e contestuale appello incidentale del Comune di Gioia dei Marsi;

Viste tutte le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2011 il consigliere

Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Rossi, Proietti e Dell'Anno su delega dell'avvocato Ludovici.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Gioia dei Marsi ha aggiudicato al raggruppamento facente capo alla società CO.GE.PRI., mandataria dell'a.t.i. costituita con la s.r.l. Ridolfi Idio e Figli, e l'ingegnere Pierantonio Cascioli (in prosieguo Cogepri), l'appalto concorso aperta per i lavori di stabilizzazione del versante in frana, località Acqua Ventilata, Km. 37 +550 lato sx, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici (cfr. bando di gara, disciplinare e provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 116 del 6 novembre 2008).

2. Avverso tali atti, e tutti quelli connessi alla procedura di gara, è insorta davanti al T.a.r. per l'Abruzzo l'Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con la De Francesco Costruzioni s.a.s. (in prosieguo Molisana) articolando con ricorso principale e motivi aggiunti le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 20 della L.109/90, dell'art. 93, co.5, del d.l.vo 163/2006; degli artt. 25, 27, 30, 35 e 38 del d.P.R. 554/99; del paragrafo "avvalimento" del bando di gara, in relazione ai lavori e alle opere puntuali del progetto esecutivo: il progetto esecutivo realizzato dalla aggiudicataria viola le disposizioni di cui sopra posto che le planimetrie non rispettano le scale previste normativamente (sono in

scala 1:500 invece che in scala 1:200); il progetto esecutivo non prevede l'esatta posizione, la lunghezza ed il raccordo con il recapito finale (pozzetto di raccolta) della canaletta necessaria per convogliare le acque meteoriche superficiali, opera fondamentale per l'intervento, ed in altro elaborato viene inspiegabilmente descritta come fosso di guardia laterale senza ulteriori indicazioni; non sono descritti gli altri interventi previsti nel progetto preliminare; non sono indicate le quote verticali dell'intervento, né la qualità e dimensioni della tubazione, di diametro non esattamente indicato; non è prevista la posa in opera di barriere filtranti con conseguente impossibilità di funzionamento dei drenaggi;

2) Violazione del disciplinare di gara in merito al recupero del materiale franoso: non è previsto il recupero del materiale depositato a valle della frana in difformità da quanto indicato nel disciplinare di gara;

3) Violazione del progetto preliminare in merito alla seconda paratia ivi prevista. Violazione dell'art. 76, codice degli appalti: il progetto presentato all'aggiudicataria non prevede la realizzazione di una seconda paratia a monte della frana, così come indicato nel progetto preliminare posto a base della gara; la prevista realizzazione di trincee drenanti, in luogo della seconda paratia, concreta variante di notevole proporzione rispetto al progetto preliminare, come tale inammissibile, né qualificabile come proposta migliorativa, in quanto giustificata da ragioni prettamente economiche; il progetto esecutivo presentato

dalla aggiudicataria non può, nel complesso, qualificarsi tale; la prestazione in concreto offerta è diversa da quella richiesta dall'Amministrazione e comunque qualitativamente non pregevole;

4) Violazione dell'art. 90, co.8, codice degli appalti: la relazione tecnica, parte essenziale del progetto preliminare posto a base di gara, è stata redatta da tecnico collegato all'aggiudicataria in violazione dell'epigrafata normativa;

5) Violazione dell'art. 2 del codice degli appalti; dell'art. 91 del D.p.r. 554/1999. Violazione dei principi di imparzialità e di pubblicità: la commissione ha aperto le buste contenenti le offerte tecniche in seduta segreta, in violazione della epigrafata normativa;

6) Violazione degli artt. 86 e 87 del codice dei contratti: l'offerta della prima classificata è anomala alla stregua di quanto previsto nel bando di gara e nondimeno non è stata sottoposta a verifica di anomalia;

7) Violazione dell'art. 74, co. 8, del codice dei contratti: la commissione è stata costituita con personale esterno all'ente senza che risulti giustificata la mancata utilizzazione del personale interno;

8) Violazione dell'art. 83 del codice dei contratti: il criterio "caratteristiche ambientali ed inserimento paesaggistico" consta di due distinte componenti, rispetto alle quali non è stato specificato il punteggio in sede di bando, con la conseguenza che non risulta giustificata l'attribuzione del punteggio assegnato dalla commissione ed incidente per un quarto sul punteggio complessivo;

9) Violazione dell'art. 83 del codice dei contratti: la mancata

specificazione dei criteri di attribuzione del punteggio ha impedito l'applicazione del metodo aggregatore-compensatore posto dal bando per l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa;

10) Violazione dell'art. 83, co. 4, del codice dei contratti: la commissione non ha previamente fissato i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi;

11) caducazione del contratto d'appalto: alla ritenuta illegittimità dell'aggiudicazione, deve seguire la caducazione del contratto di appalto ove stipulato.

Con successivo atto per motivi aggiunti, la ricorrente deduceva ancora:

12) Violazione degli artt. 19 e 47 D.P.R. 445/2000, dei punti 2 e 3 del disciplinare: la Cogepri, facente parte del raggruppamento d'impresa aggiudicatario non ha presentato l'attestazione di qualificazione SOA né l'attestazione di qualità aziendale UNI EN ISO 9000 nella forme prescritte dal bando (dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà che ne attesti la conformità all'originale);

13) Violazione sotto altro profilo degli artt. 19 e 47 D.P.R. 445/2001, dei punti 2 e 3 del disciplinare: il disciplinare richiede, a pena di esclusione, che i partecipanti all'ATI devono dichiarare sotto la propria responsabilità che le copie fotostatiche dei documenti riguardanti la qualificazione SOA e la certificazione di qualità aziendale siano conformi all'originale, laddove la Ridolfi Idio e figli, mandante dell'ATI aggiudicataria, ha presentato una mera fotocopia

dei documenti in questione, non dichiarandone espressamente la conformità all'originale nelle forme richieste;

14) Violazione dell'art. 90, co. 8, codice degli appalti: il progettista del progetto preliminare è legato da vincoli societari e professionali con il dott. Cascioli, componente dell'ATI aggiudicataria;

15) Violazione dell'art. 53, co. 4, codice degli appalti, dell'art. 4 *bis* del bando, punto 4, lett. g) disciplinare: l'offerta economica presentata dall'ATI aggiudicataria non è conforme alle previsioni di legge e del bando di gara, posto che il prezzo offerto è in parte a misura, difformemente da quanto previsto nel bando di gara (con riguardo alle opere a verde);

16) Violazione del disciplinare: nel computo metrico estimativo presentato dalla aggiudicataria non sono compresi gli oneri per la sicurezza, il che comporta che l'offerta presentata è al rialzo in violazione del bando di gara;

17) Violazione dell'art. 14, punti k) ed l) del bando: per le opere a verde non è chiaro quale sia il prezzo realmente offerto, il che incide sulla valutazione di ammissibilità dell'offerta e sulla serietà della stessa;

18) Violazione dell'art. 118, codice dei contratti, del punto 4, lett. p) del disciplinare: le società partecipanti al raggruppamento aggiudicatario hanno reso dichiarazioni discordanti in tema di subappalto;

19) Violazione dell'art. 13 del bando, eccesso di potere per errore nei

presupposti: la commissione ha considerato una base di calcolo differente da quella calcolata dall'aggiudicataria nel computo metrico estimativo, così erroneamente considerando che l'offerta fosse più vantaggiosa ed assegnando pertanto un punteggio superiore.

2.1. Si è costituita l'aggiudicataria Cogepri articolando ricorso incidentale per impugnare la mancata esclusione della Molisana; si è costituito il comune a tutela delle proprie ragioni.

3. L'impugnata sentenza – T.a.r. per l'Abruzzo, sezione I, n. 541 del 14 dicembre 2009 -:

a) ha accolto il ricorso incidentale della Cogepri e disposto l'esclusione dalla gara della Molisana;

b) ha accolto il 12° e 13° mezzo sollevato dalla Molisana ed annullato l'aggiudicazione disposta in favore della Cogepri;

c) ha assorbito tutti i restanti motivi articolati dalla Molisana compresa la domanda risarcitoria in forma specifica ordinando all'amministrazione di rinnovare la gara;

d) ha compensato fra le parti private le spese di lite, condannando il comune alla refusione di quelle sostenute dalla Molisana e dalla Cogepri ed al rimborso del contributo unificato in favore della prima.

4. La Cogepri ha interposto appello principale notificato l'11 gennaio 2010 e depositato il successivo 21 gennaio contestando l'accoglimento del 12° e 13° motivo di primo grado.

5. Si è costituito il comune di Gioia dei Marsi articolando appello incidentale, notificato il 1 febbraio 2010 e depositato il successivo

giorno 2 febbraio, a mezzo del quale ha contestato i capi sfavorevoli dell'impugnata sentenza insistendo per il rigetto di tutti i motivi sviluppati in prime cure.

6. Si è costituita la Molisana chiedendo:

- a) l'accoglimento del proprio appello incidentale – notificato il 28 e 29 gennaio 2010 e depositato con la prova del perfezionamento delle notifiche il successivo 26 marzo 2010 - rivolto a contestare l'accoglimento del ricorso incidentale sollevato in prime cure dalla contro interessata Cogepri;
- b) il rigetto degli appelli delle controparti;
- c) nella, sostanza, l'accoglimento dei motivi assorbiti in prime cure.

7. Con ordinanza cautelare n. 776 del 17 febbraio 2010 è stata accolta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

8. Con successiva ordinanza istruttoria – n. 187 del 14 giugno 2010 – di questa sezione:

- a) in relazione ai primi tre motivi dell'originario ricorso di primo grado, è stata disposta una verifica, a cura del Provveditore alle Opere Pubbliche dell'Aquila ovvero di un ingegnere dallo stesso delegato, per acquisire elementi di giudizio in ordine alla rilevanza ed ampiezza delle modificazioni, integrazioni e miglioramenti proposti dal progetto aggiudicatario rispetto a quello preliminare posto a base della gara, nonché alle eventuali alterazioni delle linee fondamentali del progetto preliminare anche in relazione alle esigenze di stabilità e sicurezza;

b) è stato liquidato il compenso per il verificatore nella misura di euro 5.000/00 (cinquemila/00).

8.1. Il Provveditore ha prima nominato l'ing. Fabio Mazzearella e poi lo ha sostituito con l'architetto Eduardo Schiattarella (coordinatore tecnico del Provveditorato alle OO. PP. Lazio, Abruzzo e Sardegna).

8.2. In data 22 settembre 2010 il verificatore incaricato ha depositato presso la segreteria della sezione la relazione tecnica.

8.3. Con memoria del 9 febbraio 2011 la difesa della società Molisana:

a) ha eccepito l'invalidità della nomina di un architetto in luogo di un ingegnere, sia per la violazione della relativa puntuale prescrizione dell'ordinanza istruttoria n. 187 del 2010, sia per la intrinseca inidoneità professionale di un architetto a rispondere ai quesiti proposti;

b) ha insistito per la sostituzione del tecnico e per il conseguente rinnovo della verifica;

c) in subordine, ha sollecitato il collegio a chiedere chiarimenti al tecnico, contestando il metodo di lavoro e le conclusioni cui è pervenuta la verifica.

9. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 1 marzo 2011.

10. Preliminarmente il collegio disattende i rilievi mossi dalla Molisana alla verifica effettuata dall'architetto Schiattarella.

In primo luogo deve rilevarsi che l'indicazione contenuta nell'ordinanza n. 187 cit. non assume *ex se* una valenza preclusiva per

la scelta, da parte del Provveditore, di un architetto in luogo di un ingegnere; tanto a cagione della professionalità di cui, già sul piano astratto, sono muniti gli architetti, in rapporto alla tipologia delle osservazioni tecniche oggetto della contestata verifica; sul piano concreto, poi, risulta che l'architetto Schiattarella è in possesso di una specifica esperienza professionale rivestendo il ruolo di coordinatore tecnico del Provveditorato alle OO. PP. Lazio, Abruzzo e Sardegna.

Quanto alla correttezza della metodologia utilizzata dall'architetto Schiattarella per svolgere la relazione ed alla congruità delle conclusioni cui è pervenuto, il collegio rileva che la verifica è immune dai lamentati vizi logici ed esauriente su tutti i temi indicati dall'ordinanza n. 187; ne discende la reiezione della istanza di rinnovo della verifica e l'inutilità dei richiesti chiarimenti.

11. Sempre in via preliminare la sezione rileva la tardività del deposito dell'appello incidentale proposto dalla Molisana, essendo irrilevante che il fascicolo di parte sia stato depositato il 1 febbraio 2010, ma privo dell'originale dell'atto di appello corredato delle relate di notificazione (cfr. cons. St., sez. V, 14 maggio 2009, n. 2967).

Il gravame della Molisana assume la veste formale di appello incidentale ma, in quanto rivolto a contrastare capi autonomi dell'impugnata sentenza, ha la sostanza di appello principale e, come tale, è soggetto alla disciplina ordinaria dei termini suoi propri.

Sul punto, pertanto, è sufficiente rinviare al consolidato indirizzo di questo Consiglio in base al quale, ai sensi dell'art. 23 *bis*, co. 2, l.Tar

(applicabile *ratione temporis*), il termine per il deposito del ricorso in appello per tutti i giudizi aventi ad oggetto procedure di affidamento di appalti pubblici, è di quindici giorni decorrenti dalla notificazione dell'atto di impugnazione (cfr. Cons. St., sez. V, 19 aprile 2007, n. 1790).

Quand'anche si volesse considerare il gravame della Molisana come incidentale in senso proprio (come ha mostrato di fare la difesa della Cogepri), il risultato non cambierebbe posto che, alla luce della regola del dimezzamento dei termini processuali, anche quello di dieci giorni sancito dall'art. 37, co. 3, t.u. Cons. St., risulterebbe ampiamente superato.

Rileva il collegio che, in ogni caso, il rigetto integrale di tutti i motivi del ricorso principale di primo grado (come si vedrà meglio in prosieguo), priva la Molisana di ogni interesse all'esame del proprio appello incidentale, con cui si contrasta l'esclusione dalla gara oggetto della presente controversia, che risulterebbe, pertanto, improcedibile.

12. Può scendersi all'esame dell'appello principale proposto dalla Cogepri che contrasta il capo della sentenza che ha accolto il 12° e 13° motivo del ricorso principale di primo grado.

12.1. Il T.a.r. ha accolto entrambi i motivi asserendo che non risultava assodato, attraverso debita produzione in giudizio dei documenti di gara, il rispetto, da parte della Cogepri, delle indispensabili formalità richieste dalla *lex specialis* per la prova del possesso delle attestazioni Soa e dei certificati UNI EN ISO 9000.

12.2. Cogepri ha contestato la sentenza *in parte qua* esibendo in appello i richiesti documenti a suo tempo allegati agli atti di gara; affermando che tale deposito era stato effettuato in prime cure dalla stazione appaltante.

12.3. La difesa della Molisana ha eccepito la violazione del divieto dei *nova* in appello sancito dall'art. 345 c.p.c. (*ratione temporis* applicabile al processo amministrativo, oggi art. 104 c.p.a.).

12. 4. L'appello è fondato.

E' pacifico in fatto che sia la Cogepri che la mandante Ridolfi s.r.l. sono munite delle prescritte qualificazioni ed attestazioni e che la produzione documentale esibita in questo grado, autenticata dal comune, dimostra, contrariamente a quanto affermato dalla difesa della Molisana (a pagina 23 dell'appello incidentale), che sono state a suo tempo rispettate, nella sostanza, le prescrizioni formali imposte dalla *lex specialis*.

E' altresì provato, sia pure sulla base di indizi che suffragano una presunzione semplice, che in primo grado la stazione appaltante ha depositato (in data 29 gennaio 2009), come richiesto dall'art. 21, co. 4, l. Tar, i provvedimenti impugnati corredati dalla pertinente documentazione (si vedano l'attestazione informatica del deposito di documenti da parte del comune; l'abbandono della relativa richiesta istruttoria da parte della originaria ricorrente Molisana dopo il suddetto deposito da parte del comune e la proposizione di motivi aggiunti basati su tale documentazione; la proposizione di motivi

aggiunti al ricorso incidentale proposto dalla Cogepri).

In diritto la sezione ritiene che l'onere dell'amministrazione di depositare il provvedimento impugnato e gli atti connessi assolve ad una esigenza che riposa sulla fisionomia pubblicistica dell'autorità emanante, che esula dall'ambito degli oneri allegatori e probatori gravanti sulle parti e, come tali, sottoposti al divieto *dei nova* in appello.

13. A cagione della riproposizione, da parte della Molisana, dei motivi assorbiti in prime cure, per semplicità espositiva la sezione li esaminerà seguendo la tassonomia fatta propria dalla originaria ricorrente.

Si precisa che il *thema decidendum* è delimitato dalle censure articolate in prime cure non potendosi tenere conto dei profili nuovi sollevati in appello, in spregio al divieto dei *nova* ed al valore meramente illustrativo delle comparse conclusionali (cfr. fra le tante Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3764).

13.1. I primi tre motivi introducono un complesso ordine di censure (ampiamente illustrate nell'ordinanza n. 187 cui si rinvia), che, in sintesi, sono tese a dimostrare come il progetto della Cogepri stravolga quello preliminare posto a base di gara e sia carente sul piano della sicurezza e della stabilità.

13.1.1. I motivi sono infondati sia in fatto che diritto.

13.1.2. In linea generale la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta (*a fortiori* per il tipo di

gara in contestazione, appalto concorso basato sulla semplice progettazione preliminare), a suo tempo contemplata dalla l. n. 109 del 1994 è stata oggi generalizzata dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici (per qualsivoglia appalto); l'amministrazione deve indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi.

La *ratio* della scelta normativa – nazionale e comunitaria - riposa sulla circostanza che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione; nel caso invece di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti.

In ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo (mentre nel caso di specie era addirittura preliminare), sia consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal

possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio* (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743; sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149).

La giurisprudenza nazionale ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743 cit.):

- a) si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a.;
- b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata;
- c) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò premesso, la sezione osserva che le censure proposte sono inammissibili perché sollecitano il giudice amministrativo a sostituirsi, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art.

134 c.p.a., alle valutazioni rimesse alla commissione che costituiscono manifestazione di una ampia discrezionalità tecnica, a maggior ragione in considerazione del fatto che la *lex specialis* ha imposto ai concorrenti di tener conto di <<...*tutti gli elementi del progetto definitivo che non siano propedeutici alla elaborazione dell'esecutivo*>>.

13.1.3. Ma le censure sono infondate anche in fatto alla luce dei chiarimenti tecnici forniti dalla verifica; contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente Molisana, il progetto esecutivo aggiudicatario non stravolge le linee fondamentali poste a base di quello preliminare e non presenta mende reali in tema di sicurezza e stabilità.

13.2. Con il 4° e 14° motivo si deduce la violazione dell'art. 90, co. 8, codice degli appalti.

13.2.1. Il mezzo è infondato.

13.2.2. E' pacifico fra le parti che la relazione geologica allegata al progetto preliminare sia stata redatta dal dott. Pietromartire e che quest'ultimo sia socio di una s.r.l. (GEINA), al pari dell'ing. Cascioli (mandante dell'a.t.i. aggiudicataria) e redattore del progetto esecutivo vincitore.

E' altrettanto incontroverso che tale circostanza di fatto non ricade in alcuna delle tassative previsioni sancite dalla norma in questione.

Tale situazione di fatto non configura, invero, il rapporto di controllo e collegamento disciplinato dall'art. 2359 c.c. (richiamato dall'art. 90, co. 8 cit.) e neppure integra l'ipotesi di cui all'ultimo periodo del

comma 8, posto che la “relazione inquinante” che quivi viene in rilievo, deve essere specificamente ricondotta ai collaboratori, ai dipendenti ed agli affidatari di attività di supporto che abbiano in concreto assistito il progettista in relazione alla redazione del concreto elaborato posto a base della gara contestata: evenienza questa che non si è realizzata nella particolare vicenda che occupa.

Affrontando la questione sul piano sostanziale, ribadito il carattere tassativo delle cause di incompatibilità, deve rilevarsi, in una con la giurisprudenza di questo Consiglio, che la regola della incompatibilità garantisce la genuinità della gara e il suo rispetto prescinde dal fatto che realmente si sia dato un vantaggio per un concorrente a motivo di una qualche sua contiguità con l'amministrazione appaltante; in tal senso, quel che rileva è la situazione dei partecipanti alla gara, il cui esame deve evidenziare, in modo oggettivo, una disomogeneità di partenza per la particolare posizione in cui qualche concorrente viene a trovarsi (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 5088 del 2007); nella specie non si coglie alcun elemento che converga a denunciare la posizione della Cogepri come disomogenea a danno degli altri concorrenti: è sufficiente sul punto richiamare la possibilità, offerta dalla legge di gara, che tutti i concorrenti si avvalessero della relazione geologica del Pietromartire per comporre la documentazione tecnica del proprio progetto definitivo

13.3. *Ictu oculi* infondato è il 5° motivo: la commissione ha aperto e valutato le offerte tecniche in seduta riservata come imposto dalle

norme vigenti e dai principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. fra le tante Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6759).

13.4. Il 6° motivo lamenta l'incongruità e la mancata sottoposizione dell'offerta aggiudicataria al vaglio di anomalia.

Il mezzo è infondato.

In diritto la sezione premette che il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; invece la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione per *relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. St., sez. V, n. 12 febbraio 2010 n. 741).

Ne discende che le lamentate censure sono inammissibili nella parte in cui impingono il merito delle valutazioni tecniche riservate alla stazione appaltante.

In ogni caso non sussistevano a monte le condizioni per sottoporre l'offerta aggiudicataria al sub procedimento di anomalia in quanto:

a) non si sono verificate le condizioni previste dall'art. 86, co. 2, codice appalti;

b) il bando di gara, dopo aver richiamato genericamente le modalità applicative degli artt. 86 – 89 codice appalti nel paragrafo 14 – Informazioni – è stato superato dal disciplinare (*in parte qua* non impugnato), che in modo più puntuale ha rimesso alla valutazione della commissione ogni decisione sul sospetto di incongruità dell'offerta, al cui preventivo riscontro ha subordinato la concreta attivazione del procedimento di anomalia.

13.5. Palesemente infondato è il 7° motivo: l'amministrazione ha fornito adeguate spiegazioni del perché ha dovuto far ricorso a professionalità esterne per comporre la commissione di valutazione delle offerte in relazione all'oggettiva esiguità dell'organico ed alla mancanza assoluta di adeguate professionalità interne, compendiate nella sintetica motivazione posta a base della delibera n. 59 del 2008.

13.6. Parimenti infondati risultano l'8° e 9° motivo.

Giova osservare in fatto che:

- a) le previsioni del bando sono state arricchite dalle prescrizioni del disciplinare;
- b) l'inserimento paesaggistico e le caratteristiche ambientali del progetto costituiscono una endiadi;
- c) la commissione di gara si è ben guardata dall'integrare i parametri di valutazione previsti dalla *lex specialis* e, conformandosi al quadro delle regole europee, ha espresso le sue valutazioni facendo applicazione diretta della *lex specialis*;
- d) l'asserita errata applicazione del metodo aggregatore –

compensatore si risolve in una generica ed apodittica doglianza.

In diritto è sufficiente osservare che la fissazione di sub pesi e sub criteri da parte del bando è solo eventuale (art. 83, co. 4, codice appalti) ed è rimessa alla insindacabile valutazione tecnica della stazione appaltante.

13.7. Certamente infondato è il 10° motivo.

Bene ha fatto la commissione a non fissare i criteri motivazionali conformandosi, per altro obbligatoriamente, al quadro delle regole e dei principi europei; tale opzione è stata poi fatta propria dal legislatore nazionale che con il terzo correttivo al codice ha novellato l'art. 83, co. 4, cit., abrogandone l'ultimo periodo che consentiva alla commissione di individuare i criteri motivazionali.

13.8. Nell'11° motivo si deduce la caducazione automatica del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante.

Il motivo è inammissibile in quanto meramente ipotetico e comunque infondato atteso il rigetto di tutte le censure sostanziali.

13.9. Il 15° e 17° motivo (che possono essere unitariamente considerati sollevando questioni connesse) sono destituiti di fondamento perché:

a) l'art. 14, lett. k) e l) del bando non disciplina i costi delle opere a verde;

b) le censure introducono, inammissibilmente, una congettura, presuppongono, *in parte qua*, una inesistente sanzione di esclusione, confondono fra le <<categorie di lavori>> con la descrizione delle

singole voci che le compongono;

c) dall'esame della documentazione di gara della Cogepri non emerge che la stessa abbia presentato un'offerta in parte a corpo ed in parte a misura.

13.10. Il 16° e 19° motivo (che possono essere unitariamente considerati sollevando questioni connesse) sono *ictu oculi* inaccoglibili atteso che:

a) si fondano sull'errato presupposto che la base di calcolo per il ribasso offerto in sede di gara non debba essere depurata dagli oneri di sicurezza (*ex lege* non soggetti a ribasso);

b) non riescono a dimostrare che il computo metrico estimativo presentato dall'aggiudicataria sia difforme dalla legge di gara.

13.11. Neppure merita ingresso il 18° motivo: non risulta che le imprese componenti dell'a.t.i. aggiudicataria abbiano reso dichiarazioni discordanti in tema di sub appalto.

14. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere gli appelli della Cogepri e del comune e dichiarare irricevibile l'appello della Molisana.

15. Vista la nota dell'architetto Eduardo Schiattarella, depositata in data 11 gennaio 2011, in cui si lamenta il mancato pagamento, da parte della società Molisana, del compenso liquidato con la precedente ordinanza n. 187 del 2010, si ribadisce la condanna di quest'ultima al pagamento della somma complessiva di euro 5.000/00 (cinquemila).

Le spese di ambedue i gradi di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

Rimane *ex lege* a carico della Molisana il pagamento del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- a) accoglie l'appello principale - proposto da s.r.l. CO.GE.PRI., mandataria dell'a.t.i. costituita con la s.r.l. Ridolfi Idio e Figli, e l'ingegnere Pierantonio Cascioli - e l'appello incidentale, proposto dal comune di Gioia dei Marsi e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, rigetta *in toto* il ricorso principale di primo grado e i connessi motivi aggiunti;
- b) dichiara irricevibile l'appello incidentale proposto dall'Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con la De Francesco Costruzioni s.a.s., nonché dalla De Francesco Costruzioni s.a.s., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. costituita con la Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l.;
- c) condanna, in solido fra loro, l' Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con la De Francesco Costruzioni s.a.s., nonché la De Francesco Costruzioni s.a.s., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. costituita con l'Impresa

Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l. a rifondere in favore della s.r.l. CO.GE.PRI., mandataria dell'a.t.i. costituita con la s.r.l. Ridolfi Idio e Figli e l'ingegnere Pierantonio Cascioli, nonché del comune di Gioia dei Marsi, le spese, le competenze e gli onorari di ambedue i gradi di giudizio che liquida in complessivi euro 10.000/00 (diecimila/00) oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte;

d) condanna in solido fra loro, l' Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con la De Francesco Costruzioni s.a.s., nonché la De Francesco Costruzioni s.a.s., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. costituita con l'Impresa Societa' Cooperativa Edile Molisana a r.l., a pagare, in favore dell'architetto Eduardo Schiattarella, la complessiva somma di euro 5.000/00 (cinquemila/00).

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)