

MASSIMA – In dipendenza del testo dell’art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 conseguente alle modifiche apportate per effetto dell’art. 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in L. 12 giugno 2011, n. 106, in difetto di un’espressa comminatoria di esclusione è la sola assenza del requisito a comportare l’estromissione dalla gara, nel mentre la mancata formale dichiarazione impone l’attivazione del potere di soccorso istruttorio da parte dell’amministrazione aggiudicatrice (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093, secondo cui nelle procedure di gara pubblica il potere di soccorso si sostanzia nel dovere della stazione appaltante di consentire la regolarizzazione di certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di farli completare in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, essendo in tal senso consentita l’attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla distinta ipotesi dell’introduzione di elementi o fatti nuovi successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte).

In dipendenza del principio di tassatività delle clausole di esclusione dai procedimenti di scelta ad evidenza pubblica del contraente, risultante dall’anzidetta formulazione dell’art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 conseguente alle modifiche ad esso apportate per effetto dell’art. 4, comma 2, lettera d), del D.L. 70 del 2011 convertito con modificazioni in L. 106 del 2011, la previsione del bando di gara contemplante la sanzione dell’esclusione del concorrente non può che essere interpretata come riferita alla sola ipotesi in cui gli elaborati dell’offerta tecnica non risultino sottoscritti dall’impresa incaricata della progettazione esecutiva e non già dei singoli tecnici che all’interno dell’impresa medesima hanno concorso alla materiale redazione del progetto esecutivo: se così non fosse, infatti, la clausola della lex specialis surriportata non potrebbe che essere nulla, secondo quanto espressamente disposto ora dallo stesso art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 proprio in quanto recante una causa di esclusione non prevista dalla legge.

Consiglio di Stato n. 246 del 22/01/2015

N. 00246/2015REG.PROV.COLL.

N. 06920/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6920 del 2014, proposto dalla s.a.s.

Gallo Costruzioni, in proprio e quale Capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Electra Sannio S.r.l. e l’arch. Lucio Mormile, rappresentato e difeso

dall'avv. Antonio Sasso, dall'avv. Francesco Rinaldi, e dall'avv. Antonio Palma, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Foro Traiano, 1/a;

contro

Co.Gest.soc. coop. a r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ceceri e dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma - Studio Bdl, via Bocca di Leone, 78;

nei confronti di

Comune di Aversa (Ce); Stazione unica appaltante della Provincia di Caserta (Ce); Lucio Mormile, Electra Sannio S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania, Napoli, Sez. I, n. 3458 dd. 20 giugno 2014, resa tra le parti e concernente l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di opere relative a lavori di recupero e riqualificazione del parco urbano Salvino Arturo Pozzi, in Aversa.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Co.Gest.Soc. coop. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Gallo Costruzioni S.a.s. l'avv. Antonio Palma e l'avv. Antonio Sasso, nonché per l'intimata Co.Gest. Soc. coop. a r.l. l'avv. Ernesto Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18 febbraio 2013, la Stazione unica appaltante della Provincia di Caserta ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione delle opere di opere relative a lavori di recupero e di riqualificazione del Parco urbano Salvino Arturo Pozzi, ubicato nel centro urbano di Aversa (Ce).

Tale Parco rappresenta la più grande area verde di tale città e si estende per 22.000 metri quadrati.

A suo tempo esso è stato occupato da un ospedale militare e, quindi, da un centro di accoglienza per i profughi giuliano-dalmati e provenienti dagli altri territori ceduti dall'Italia in esito al <trattato di pace del 1947; attualmente comprende un ampio parcheggio, percorsi per jogging e passeggiate, attrezzature in legno per ginnastica/stretching, aree gioco per bambini, un campo di basket, un bocciodromo con 2 campi coperti, nonché un punto di ritrovo e svago per anziani.

L'importo complessivo a base d'asta di tale affidamento risultava pari ad € 2.318.489,53.-, da aggiudicarsi a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un massimo di 45 punti per la qualità dei materiali, di 20 punti per il pregio tecnico delle soluzioni proposte, di 10 punti per il tempo di esecuzione e di 25 punti per il prezzo.

All'esito delle operazioni di gara, il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Gallo Costruzioni S.a.s., quale capogruppo, con la Electra Sannio S.r.l. e l'arch. Lucio Mormile è risultato primo classificato, con 96,46 punti; seconda classificata è risultata la Co.Gest. Soc. coop. .a .r.l. con 93,84 punti.

Dopo essersi proceduto alla verifica di congruità dell'offerta, nella seduta n. 9 del 9 luglio 2013, mediante rinvio alle giustificazioni presentate, con determinazione n. 436 del 1° ottobre 2013 il raggruppamento rappresentato da Gallo Costruzioni è stato dichiarato aggiudicatario provvisorio e, quindi, a seguito degli accertamenti in materia di antimafia e di possesso degli altri requisiti di partecipazione, è stato dichiarato aggiudicatario definitivo con determinazione n. 517 del 20 novembre 2013.

1.2. Co.Gest., peraltro, con ricorso proposto sub R.G. 23 del 2014 innanzi al T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, ha chiesto l'annullamento della anzidetta determinazione della Stazione unica appaltante della Provincia di Caserta n. 517 del 2013, recante l'aggiudicazione definitiva e degli altri atti ad essa conseguenti e presupposti, oltre al risarcimento del danno.

Co. Gest. ha proposto i seguenti sette motivi di ricorso.

I) Con il primo di essi la ricorrente ha rilevato che in sede di giustificazioni l'aggiudicataria non avrebbe indicato i costi di 19 migliorie e lavorazioni aggiuntive per € 213.148,60.- con la conseguenza di aver determinato la totale erosione dell'utile di impresa e l'assorbimento delle spese generali, oltre all'assegnazione a tale concorrente di un ingiustificato punteggio tecnico, risultato, alla fine, decisivo per l'esito del confronto concorrenziale.

Sempre a tale proposito Co.Gest. ha dedotto che Gallo, nell'analisi prezzi presentata in sede di offerta, aveva indicato percentuali di spese generali e di utile nella misura rispettivamente del 15% e 10%, poi ridotta nei giustificativi nella misura del 7% e 5%; nonché ha dedotto che molte schede dell'analisi prezzi presentate in sede di giustificazioni non sarebbero riferibili ai costi dei materiali indicati nel prezzario vigente, ma a quelli contenuti nel prezzario dei lavori pubblici della Regione Campania, con una sottostima del 5%; inoltre, sempre ad avviso di Co.Gest., sarebbe nella specie ravvisabile la violazione dell'art. 32, comma 2, lettere b) e c) del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, laddove segnatamente si dispone che le spese generali e l'utile non possono essere rispettivamente inferiori a valori limite del 13% e 17% le prime, e al 10% il secondo; e – ancora – sempre ad avviso di Co.Gest., talune specifiche voci di lavorazioni sarebbero state sottostimate: in particolare, per le opere di realizzazione di una superficie architettonica a vista adibita a viabilità, recante il numero NP 56, rispetto al preventivo del fornitore, sarebbero state ridotte le quantità di materiale necessario per la lavorazione relativamente a tre prodotti, così da determinare uno scostamento nella misura del 20% rispetto al valore della lavorazione indicato in offerta; inoltre, per la lavorazione PPAV.051, ossia il rivestimento fotoluminescente a basso spessore per superficie fluorescente, non sarebbero stati indicati il costo per manodopera e noli nella misura di € 8.662,22.- pur trattandosi di interventi necessari per la rimozione di materiale; e, infine, la commissione di gara, per difetto di istruttoria, non avrebbe considerato che 18 preventivi di fornitori dell'aggiudicataria presentavano gravi carenze, quali l'omessa sottoscrizione del titolare, la mancata indicazione della scadenza dell'offerta e le modalità di consegna dei materiali.

II) Con il secondo motivo di ricorso, Co.Gest. ha dedotto l'irrazionalità e l'erroneità del punteggio assegnato per l'offerta tecnica, in quanto sarebbe stata omessa la valutazione di talune migliorie presentate dalla ricorrente, mentre eccessivamente valorizzata sarebbe stata la proposta tecnica dell'aggiudicataria.

La ricorrente in primo grado ha in tal senso evidenziato che dei 65 punti disponibili per l'offerta tecnica le sono stati attribuiti 59,166, a fronte dei 63,80 punti assegnati a Gallo, e rileva – al fine di illustrare l'incongruità di tale giudizio – che per l'elemento P1, lett.1.a.), ossia per la "pavimentazione area a verde" all'aggiudicataria, sono stati assegnati 15 punti e ad essa soltanto 13, e ciò pur avendo offerto migliorie non valutate dalla commissione giudicatrice della gara.

Per quanto riguarda all'elemento P.1, lett. 1 b)., ossia "opere d'arte (arredo urbano) ed impiantistica a rete", Co.Gest. ha rilevato che ad essa sono stati attribuiti 13,5 punti a fronte dei 15 assegnati a Gallo senza tener conto anche in questo caso di numerose migliorie da essa offerte.

Per il subelemento di cui alla lett. 1.c.), “pubblica illuminazione”, Co.Gest. censura la circostanza che a Gallo sono stati attribuiti 14,5 punti e ad essa 15, e che – nondimeno – l’offerta di Gallo recherebbe un calcolo dei consumi inverosimile, che il relativo progetto risulterebbe privo di calcoli illuminotecnici, che l’impianto fotovoltaico riuscirebbe a coprire il fabbisogno energetico solo per il 20/22% e non per il 68.8%, come dichiarato, e che nelle giustificazioni sono stati indicati per l’illuminazione del campo sportivo apparecchi di 250 W di potenza, nel mentre nell’offerta la potenza dichiarata era di 400 W, e che anche in tale evenienza sarebbe mancata la valutazione di migliorie da essa proposte.

Per quanto concerne l’elemento P2, “Pregio tecnico delle soluzioni proposte in riferimento alla logistica e cantierizzazione delle aree di cantiere nelle quali è stato suddiviso l’intervento, alle soluzioni individuate per evitare il disagio alla cittadinanza ed alla circolazione stradale, anche proposte di variazione temporanea di viabilità, eventualmente estesa anche ad un’area più vasta” e, segnatamente con riguardo al subelemento di cui alla lett. 2.a.), “organizzazione cantiere” introdotto al fine di valutare la fruibilità del parco durante i lavori, Co.Gest. ha ottenuto 5,833 punti a fronte dei 6,30 punti attribuiti a Gallo: e ciò pur essendo la soluzione della medesima Gallo, ad avviso della ricorrente in primo grado, di difficile realizzazione, a causa dell’impossibilità di creare un accesso carrabile.

Co.Gest. afferma che – per contro – la propria soluzione risulterebbe più articolata e idonea allo scopo, sebbene limitata a taluni settori del Parco.

Da ultimo, con riferimento al subelemento 2.b.) “logistica e soluzioni per evitare disagi”, Co.Gest. rimarca di aver ricevuto 5,833 punti a fronte dei 7 punti attribuiti a Gallo nonostante che – a suo dire - la proposta di quest’ultima sarebbe stata solo virtualmente eseguibile in dipendenza della già dianzi rilevata difficoltà di apertura di un accesso carrabile.

III) Con la terza censura, Co.Gest. ha dedotto l’esistenza di un collegamento sostanziale ai sensi dell’art. 38 comma primo, m quater) del D.L.vo 163 del 2006 tra la cooperativa MI.RU, partecipante alla gara ed esclusa per carenze nella documentazione amministrativa, e la mandante Electra Sannio S.r.l., nonché la mandataria Gallo Costruzioni s.a.s.; in particolare la MI.RU sarebbe collegata alla Electra Sannio s.r.l., mandante di Gallo: collegamento rappresentato dall’amministratore di quest’ultima, il quale risulterebbe amministratore anche di una società di cui è proprietaria MI.RU.

Inoltre, sempre secondo la prospettazione di Co.Gest., un ulteriore vincolo tra Electra Sannio e MI.RU sussisterebbe attraverso la figura di Michele Russo, vero dominus della seconda società, a sua volta poi collegata alla mandataria Gallo attraverso Angelo Giovanni Gallo, suo direttore tecnico e socio accomandante, oltreché sindaco di MI.RU fino al 2005.

Ulteriore elemento indiziante in tal senso è ricavato da Co.Gest. nella circostanza che i plichi rispettivamente recanti le offerte di Gallo e di M.I.R.U sarebbero stati spediti a mano nell'ordine progressivo del medesimo stesso giorno.

Secondo Co.Gest. la mancata dichiarazione di tale situazione ostativa avrebbe dovuto determinare l'estromissione dalla gara del raggruppamento temporaneo di imprese rappresentato da Gallo.

IV) Con il quarto motivo di ricorso, Co.Gest. ha censurato l'omessa esclusione dalla gara di Gallo per ragioni connesse alla cauzione provvisoria, in quanto rilasciata al contraente (obbligato principale) "a.t.i. costituenda" e non invece dei tre soggetti che l'avrebbero costituita, ossia Gallo Costruzioni s.a.s., Electra Sannio s.r.l. e Architetto Lucio Mormile; secondo la prospettazione di Co.Gest. costoro sarebbero stati indicati con finalità esclusivamente descrittive e non anche di assunzione di impegno.

Inoltre, sarebbe mancata la sottoscrizione di tutti gli offerenti, essendovi sulla polizza il solo timbro della Gallo Costruzioni s.a.s.

V) Con il quinto motivo di ricorso, è stata dedotta la circostanza che nel progetto esecutivo non sarebbe stato indicato il nominativo del coordinatore della sicurezza, come viceversa previsto dal bando di gara; né il progettista, ove avesse inteso indicare se stesso, aveva allegato l'attestazione di abilitazione a' sensi del D.L.vo 9 aprile 2008, n. 81.

VI) Con il sesto motivo di ricorso, è stata viceversa dedotta la circostanza che Gallo non avrebbe allegato i contratti di collaborazione degli ultimi tre anni relativi alle quattro unità di personale tecnico che avrebbe utilizzato il progettista.

VII) Da ultimo, con il settimo motivo di ricorso Co.Gest. ha dedotto l'avvenuta violazione del principio di imparzialità nel trattamento dei concorrenti, allegando la circostanza che il presidente della commissione giudicatrice della gara era l'ing. Alessandro Diana, tutor di un architetto, Carla Mormile, che stava svolgendo uno stage presso l'Ufficio Tecnico Comunale di Aversa e che aveva collaborato alla stesura della proposta tecnica migliorativa del raggruppamento aggiudicatario.

1.3. Co.Gest. ha – altresì - contestualmente proposto innanzi allo stesso giudice di primo grado una domanda di risarcimento dei danni causati dagli atti impugnati.

1.4. Si sono costituiti in tale primo grado di giudizio la Gallo Costruzioni S.a.s. , la Electra Sannio s.r.l. e l'architetto Lucio Mormile, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

1.6. Si è costituito in giudizio anche il Comune di Aversa, rassegnando analoghe conclusioni

1.7. Gallo Costruzioni e Electra Sannio hanno peraltro proposto nello stesso giudizio anche un ricorso incidentale, articolato in tre motivi e finalizzato ad ottenere l'esclusione di Co.Gest. dalla gara.

I) Con il primo motivo di tale impugnativa è stato rilevato che le varianti al progetto posto a base di gara contenute nella proposta tecnica di Co.Gest. ne avrebbero determinato un vero e proprio stravolgimento, trasformando il recupero e la riqualificazione del Parco nella realizzazione di un vero e proprio "parco dei divertimenti", ossia di una realizzazione del tutto diversa da quella oggetto di affidamento.

Le ricorrenti incidentali si sono in particolare riferite alla proposta di allineamento dei viali del parco urbano, alla delocalizzazione dei campi di bocce, posti ora in posizione affiancata, alla creazione di dune verdi sulle aiuole e al percorso paesaggistico pavimentato in pietra; altra censura ha riguardato l'idoneità dell'impianto di illuminazione, il cui vantaggio costituito nell'inesistenza di un impianto di messa a terra, non sarebbe che un mero palliativo in termini di aumento della sicurezza.

II) Con il secondo motivo di impugnazione incidentale, è stato dedotto che nella documentazione di gara della ricorrente l'amministratore unico di Co.Gest., Della Gatta Luigi, avrebbe due diverse residenze; sarebbe poi mancata la dichiarazione di cui al requisito previsto dall'art. 38, primo comma, lettera m quater) del d.D.L.vo 163 del 2006 da parte dei signori Della Gatta Antonio e Della Gatta Fabrizio, direttori tecnici della consorziata Ing. Della Gatta S.p.a., individuata come esecutrice dei lavori, sebbene costoro fossero direttori tecnici di Co.Gerst., il secondo dei quali cessato da tale carica; e, sempre secondo i ricorrenti incidentali, la necessità della dichiarazione sarebbe stata corroborata anche dalla circostanza nella propria dichiarazione che la s.p.a. Della Gatta nella sua dichiarazione aveva depennato il caso riferito ai consorzi.

Inoltre, i ricorrenti incidentali hanno dedotto nel medesimo motivo l'esistenza di altri sei profili di carenza nella documentazione del raggruppamento di progettisti di Co.Gest.

In particolare, secondo i ricorrenti incidentali sarebbe mancata la compilazione dei modelli B, sezioni prima, seconda e terza da parte dell'amministratore unico e di due procuratori speciali della C.S.I. S.r.l., società di ingegneria componente mandataria del raggruppamento temporaneo di professionisti; inoltre, sarebbe mancata la copia delle procure speciali; in terzo luogo, mancherebbe la dichiarazione sostitutiva della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato; non sarebbe poi stata rinvenuta la dichiarazione di cui al punto G, pag. 19 del bando concorsuale, da rendersi da parte dei progettisti; similmente, sarebbe carente la dichiarazione resa da costoro ai

sensi del successivo punto H; infine, sarebbe mancata anche la dichiarazione di cui al punto R. del bando medesimo.

III) Con il terzo motivo di ricorso incidentale è stato dedotto che gli atti tecnici di Co.Gest. sarebbero privi delle firme del professionista incaricato delle integrazioni delle prestazioni, dell'incaricato della parte architettonica, dell'incaricato della parte impianti e del coordinatore della sicurezza; inoltre, l'analisi prezzi delle migliorie recherebbe un prezzo unico, senza distinguere i costi per le lavorazioni ed i materiali, e ciò in violazione dell'art. 32 del D.P.R. 207 del 2010; sussisterebbero – altresì - difformità rispetto ai prezzi NPM Arr02, NPM Arr03, NPM Arr04, NPM Arr05, NPM Arr06, NPM Arr07, NPM Arr08, NPM Arr09; per la voce NPM Arr10, pista da skateboard, il prezzo sarebbe incompleto; per l'elemento NPM Arr12, struttura coperta campo bocce, invece, i prezzi dei materiali non sarebbero conformi alla disciplina vigente in materia; nella voce NPM ed01, pavimentazione in blocchi di tufo, non sarebbero stati contabilizzati i listelli in pietrarsa; per la voce NPM ed03, pavimentazione antitrauma area giochi, le misure indicate in contabilità non sarebbero congruenti; per l'elemento NPM ed04, non sarebbe comprensibile l'uso della sabbia lavata, mentre per l'elemento NPM imp01 non risulterebbe chiaro se le telecamere sono volanti o meno; della voce NPM imp11, quadro elettrico, sarebbe stato indicato solo il prezzo, ma non le specifiche tecniche; nella voce NPM V.02, 03 e 04 e 05, sarebbe mancante l'indicazione del costo di trasporto, degli operai e degli oneri di smaltimento; illegittima sarebbe anche la l'indicazione del solo costo a corpo della voce NPM irr02, ossia ricondizionamento pozzo e modifica adduzione idrica, per € 45.087,00.-; sarebbe poi eccedente la stima dei costi di materiali e noli per la voce NPM irr03, relativa alla realizzazione di una vasca di accumulo; risulterebbe mancata la contabilizzazione di opere pari a €180.000,00, segnatamente il playground acquatico, pavimentazione dell'area a servizio del chiosco, una barriera antirumore, la pavimentazione dell'area gioco e l'area gioco per i cani.

Infine, sarebbe state indicate spese generali pari al 13% , con un utile d'impresa nella misura del 5%, in violazione delle percentuali previste dal prezzario delle Opere pubbliche della Regione Campania.

2. Con sentenza n. 3458 dd. 20 giugno 2014, la Sezione I dell'adito T.A.R. ha respinto il ricorso incidentale, ha accolto il ricorso principale e ha respinto la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente principale.

Lo stesso giudice ha quindi condannato il raggruppamento temporaneo rappresentato da Gallo e il Comune di Aversa al pagamento delle spese di tale primo grado di giudizio a favore di Co.Gest., liquidandole nella complessiva misura di € 5.000,00- (cinquemila/00), da dividersi tra le parti soccombenti in quote uguali.

3.1. Con l'appello in epigrafe, Gallo chiede ora la riforma di tale sentenza, deducendo in ordine all'avvenuto accoglimento del primo motivo di ricorso principale, error in procedendo e in iudicando, violazione e falsa applicazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. e del principio di insindacabilità del merito amministrativo, erroneità della sentenza per erronea interpretazione degli

atti di gara, nonché per violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 2 del D.L.vo 163 del 2006, con la conseguente affermazione della congruità dell'offerta di Gallo; difetto di motivazione e omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante.

Per quanto attiene ai motivi di rigetto del ricorso incidentale, Gallo ha viceversa dedotto i seguenti ordini di censure.

I) Error in procedendo e in iudicando, erroneità della sentenza impugnata per erronea interpretazione degli atti di gara, per violazione e falsa applicazione delle prescrizioni del disciplinare di gara, punto XI, 3, spec. P.. 23, lett. a), b) e c), punto II; violazione e falsa applicazione dell'art. 76, comma 2, del D.L.vo 163 del 2006 e succ. modd., del parere favorevole della Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici, storici, artistici e etnoantropologici di Caserta (Prot. n. 0017954 MBAC-SBAPSAE-CE dd. 7 agosto 2012; Prot. n. 23713 CI.34.19.04/11.23 dd. 9 agosto 2012); eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento; travisamento dei fatti di causa; illogicità; difetto di motivazione; difetto di istruttoria; errata valutazione dell'offerta tecnica di Co.Gest. per inidoneità del progetto; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante.

II) Error in procedendo e in iudicando, erroneità della sentenza impugnata per erronea interpretazione degli atti di gara, per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater) e comma 2 del D.L.vo 163 del 2006; dell'art. 2359 cod. civ.; delle prescrizioni del disciplinare di gara, punto N del bando, XI, 3, spec. p. 21 in relazione alla lett. e) del bando medesimo, p. 19, punto H e R del bando stesso; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento; travisamento dei fatti; illogicità; difetto di motivazione; difetto di istruttoria; errata valutazione delle dichiarazioni rese da parte ricorrente, in maniera incompleta; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante.

III) Error in procedendo e in iudicando, erroneità della sentenza impugnata per erronea interpretazione degli atti di gara, per violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 e delle prescrizioni del disciplinare di gara, punto O, Sezione XI.2.2. del bando di gara in materia di garanzia; violazione e falsa applicazione delle disposizioni della lex specialis in materia di presentazione della busta n. 2 offerta tecnica, busta n. 3 offerta tempo e busta n. 4 offerta economica, spec. Punto XI.3, p. 23; punto XI.4, p. 24, punto XI.5 p.25; violazione e falsa applicazione dell'art. 90 del D.L.vo 163 del 2006; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento; travisamento dei fatti; illogicità; difetto di motivazione; difetto di istruttoria; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; omessa motivazione dell'esame di censure rilevanti.

L'appellante ha inoltre riproposto le proprie eccezioni circa l'infondatezza e l'inammissibilità del ricorso principale proposto da Co.Gest. in primo grado e rimasti assorbiti nella sentenza impugnata, così articolandole:

IV) Error in procedendo e in iudicando; violazione di legge; legittimità e correttezza dell'attribuzione dei punteggi alla propria offerta tecnica; difetto di motivazione; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante;

V) Error in procedendo e in iudicando, violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett.m-quater) e comma 2 del D.L.vo 163 del 2006, nonché dell'art. 2359 cod. civ.; insussistenza di fenomeni di controllo rilevante tra imprese; difetto di motivazione; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante;

VI) Error in procedendo e in iudicando; violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006; validità della propria garanzia provvisoria; difetto di motivazione; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante;

VII) Error in procedendo e in iudicando, violazione e falsa applicazione del D.L.vo 14 agosto1994, n. 96, e del D.L.vo 81 del 2008 da parte dell'arch. Lucio Mormile; difetto di motivazione; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante;

VIII) Error in procedendo e in iudicando; violazione e falsa applicazione di legge – unità del personale tecnico utilizzato; difetto di motivazione; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante;

IX) Error in procedendo e in iudicando; violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del D.L.vo 163 del 2006; imparzialità e terzietà dei componenti la commissione giudicatrice della gara; difetto di motivazione; omessa motivazione dell'esame di una censura rilevante.

2.2. Si è costituita anche nel presente grado di giudizio Co.Gest., replicando ai motivi d'appello avversari, riproponendo le censure del ricorso principale proposto in primo grado rimaste assorbite nella sentenza impugnata e concludendo per la reiezione del ricorso.

2.3. Non si è, per contro, costituito nel presente grado di giudizio il Comune di Aversa.

3. Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Il Collegio rimarca che correttamente il giudice di primo grado ha disaminato in via preliminare il contenuto del ricorso incidentale ivi proposto da Gallo in quanto nella specie si ravvisano in quest'ultimo censure formulate avverso la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, dell'offerta presentata dalla ricorrente principale con conseguente 'effetto paralizzante' del ricorso da quest'ultima presentata (cfr. sul punto, ex plurimis e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V. 2 ottobre 2014, n. 4929).

In dipendenza di ciò, pertanto, anche in questa sede occorre esaminare innanzitutto le censure di tale impugnazione incidentale.

4.2. A ragione il T.A.R. ha respinto il ricorso incidentale di Gallo; e i pur dettagliati e argomentati motivi dedotti nel presente grado di giudizio dall'appellante non possono intaccare la fondatezza del complessivo ragionamento svolto al riguardo dal giudice di prime cure.

4.3. Il Collegio concorda, innanzitutto, con le puntuali notazioni del T.A.R. riguardanti il primo motivo del ricorso incidentale.

In effetti, a' sensi dell'art. 76 del D.L.vo 163 del 2006 la stazione appaltante aveva specificato che le variazioni progettuali - a ragione definite dallo stesso giudice di primo grado "momento fisiologico del confronto concorrenziale" (cfr. pag. 12 della sentenza impugnata), avuto riguardo alla complessiva impostazione della lex specialis di gara - avrebbero dovuto essere predisposte sulla base delle indicazioni e previsioni progettuali, senza peraltro stravolgere la natura e le finalità dell'intervento che il Comune si era prefissato.

Posto ciò, il T.A.R. ha correttamente affermato che "il criterio fondante il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, sia pura che tecnica, è costituito dalla parametrizzazione del comportamento o decisione amministrativa sub giudice ad un modello dato, la cui determinazione non rientra nella funzione propria del giudicare, con la sola eccezione del sindacato di merito, non implicato nel caso in esame" (cfr. ibidem, pag. 13).

Per l'appunto, la ricorrente incidentale non ha proposto "alcuno di tali ineludibili riferimenti" (cfr. ibidem), ma si è limitata ad una mera elencazione e descrizione delle specifiche soluzioni progettuali di Co.Gest. che essa reputa eccedenti o incongruenti con la progettazione preliminare, "senza tuttavia nulla rilevare in ordine al "dover essere", in termini di contenuti minimi, di una proposta progettuale che possa essere ritenuta ammissibile" (cfr. ibidem).

Pertanto, "l'effetto di stravolgimento della natura e finalità dell'intervento, espressione che implica il quasi totale capovolgimento delle prospettive originarie e il decisivo allontanamento

dall'interesse pubblico specifico dedotto nella soluzione progettuale di base, resta sul piano di una mera opinione personale, senza alcuna oggettiva verificabilità” (cfr. ibidem).

Correttamente, quindi, il giudice di primo grado ha ricondotto le censure dedotte da Gallo in sede di ricorso incidentale a mere ‘proposizioni di merito’, che postulano che il giudicante possa effettuare un giudizio sostitutivo – di per sé inammissibile - rispetto alle valutazioni esclusivamente riservate alla commissione giudicatrice della gara; né – comunque – le soluzioni proposte da Co.Gest. evidenziano profili funzionali o strutturali tali da stravolgere il contenuto di fondo della progettazione preliminare, trattandosi di mere variazioni di posizionamento o, comunque, di migliorie liberamente valutabili dalla commissione giudicatrice della gara e che e non sono contrastanti le finalità di riqualificazione del Parco urbano perseguite dal Comune, ovvero con il parere espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici, storici, artistici e etnoantropologici di Caserta.

“Analogamente è a dirsi per l'impianto di illuminazione le cui modifiche dalla stessa ricorrente incidentale sono state ritenute come un palliativo in termini di sicurezza, a riprova dell'intensità di certo non stravolgente della soluzione tecnica” proposta dalla stessa Co.Gest. (cfr. ibidem).

4.4.1. Per quanto attiene al secondo motivo del ricorso incidentale, il Collegio concorda innanzitutto sul giudizio di irrilevanza espresso dal T.A.R. circa la diversa residenza dell'amministratore unico di Co.Gest., trattandosi al più di un mero errore materiale contenuto nella documentazione di gara, di per sé emendabile e comunque non incidente sull'identificazione di tale persona, comunque avvenuta.

4.4.2. Parimenti infondata, inoltre, è l'ulteriore censura riguardante la mancata dichiarazione di una condizione di controllo o collegamento tra la Co.Gest Soc. coop. a r.l. e la Ing. Della Gatta S.p.a.

Tale ultima impresa è stata invero indicata come consorziata incaricata dell'esecuzione dei lavori: ma – a ben vedere - il requisito generale contemplato dall'art. 38, primo comma, lettera m – quater) del D.L.vo 163 del 2006 si riferisce essenzialmente a rapporti tra il concorrente ed altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, ossia ad un'ipotesi diversa da quella afferente alla relazione tra consorzio e società consorziata indicata come esecutrice.

Tra consorzio e società consorziata, infatti, non si determina alcun rapporto di concorrenza in gara, e – soprattutto – va denotato che nella specie l'offerta rimane unica e si identifica con quella che è presentata dal solo consorzio.

4.4.3. Né sussistono carenze formali nella documentazione presentata dalla C.S.I. S.r.l., mandataria di Cogest, tali da invalidare l'offerta di quest'ultima.

Infatti, con riferimento alla mancata compilazione del modello B da parte di due procuratori speciali di C.S.I., ossia l'ing. Patrizio Fusco e l'arch. Andrea Maria Palmieri, va rilevato che il relativo adempimento deve ritenersi limitato per costoro alla sola sezione seconda riferita all'assenza delle cause ostative di cui alle lettere b) e c) del D.L.vo 163 del 2006; né – comunque – va sottaciuto che, in dipendenza del testo dell'art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 conseguente alle modifiche apportate per effetto dell'art. 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in L. 12 giugno 2011, n. 106, in difetto di un'espressa comminatoria di esclusione è la sola assenza del requisito a comportare l'estromissione dalla gara, nel mentre la mancata formale dichiarazione impone l'attivazione del potere di soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093, secondo cui nelle procedure di gara pubblica il potere di soccorso si sostanzia nel dovere della stazione appaltante di consentire la regolarizzazione di certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di farli completare in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, essendo in tal senso consentita l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla distinta ipotesi – qui, per l'appunto, non ricorrente, dell'introduzione di elementi o fatti nuovi successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte).

4.4.4. Parimenti inaccoglibile è la censura avente ad oggetto la mancata allegazione delle procure speciali di cui al punto XI 2.2.) lettera N) del bando, trattandosi di adempimento imposto nel caso in cui l'offerta economica, da redigersi sul modello C, sia presentata da procuratore o institore, mentre il caso di specie attiene a soggetti operanti nel raggruppamento di progettisti di Co.Gest.

Infondato è inoltre il rilievo di Gallo riguardante la dichiarazione sostitutiva della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato: tale adempimento – come correttamente rilevato dallo stesso T.A.R. - risulta infatti assolto dal sig. Gennaro D'Ettore, amministratore di C.S.I. al primo punto nella dichiarazione generale del 2 aprile 2013 depositata agli atti di gara e di cui al punto 33) della produzione della ricorrente incidentale depositata nel primo grado di giudizio il 27 gennaio 2014.

4.4.5. Anche per quanto poi attiene alle censure riguardanti le dichiarazioni rese dal raggruppamento di Co.Gest. di cui ai punti G), H) ed R), risulta comunque assorbente, anche al di là dell'intrinseca genericità delle censure medesime, l'anzidetta notazione secondo la quale, trattandosi di adempimenti formali non sanzionati espressamente con l'esclusione, eventuali incertezze o carenze andavano superate con il potere di soccorso istruttorio.

4.5.1. Per quanto attiene al terzo motivo di ricorso incidentale, la censura relativa alla garanzia prestata da Co.Gest è stata dichiarata dal giudice di primo grado inammissibile per genericità, attesa la sua generica formulazione; e, in effetti, in primo grado Gallo non ha indicato le ragioni per le quali la garanzia medesima risulterebbe inidonea nel suo contenuto formale, ovvero invalida in quanto difforme rispetto alla disciplina normativa vigente o alla lex specialis di gara (cfr. al riguardo il tenore letterale della censura, così come formulato a pag. 14 del ricorso incidentale

proposto in primo grado da Gallo. “La garanzia presentata in gara da Co.Gest. appare inidonea nel suo contenuto formale è così in contrasto con le prescrizioni di legge e di bando di riferimento”.

Soltanto nel presente grado di giudizio Gallo afferma che la polizza assicurativa in questione sarebbe invalida, in quanto recante un'appendice alla stessa scritta su carta intestata e non riportante né il numero della polizza a cui è riferito, né il timbro di congiunzione tra la polizza e l'appendice medesima.

Il contenuto di tale censura risulta peraltro del tutto nuovo, proprio in quanto non dedotto nel precedente grado di giudizio, e non può pertanto che essere dichiarato inammissibile a' sensi di quanto disposto dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm. (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4988), essendo evidente che la inammissibilità della censura proposta innanzi al T.A.R. non può essere ovviata dall'appellante mediante la materiale sostituzione del contenuto della medesima in sede di impugnazione della sentenza resa in primo grado.

4.5.2. Gallo, con lo stesso motivo, ha pure dedotto la circostanza della mancata sottoscrizione degli elaborati progettuali anche da parte dei singoli tecnici abilitati per le specifiche competenze, di cui alla Sezione XI.3, pagina 24 del bando.

A tale riguardo il giudice di primo grado ha rilevato che, “sebbene apparentemente posta a pena di esclusione, alla luce della disciplina di settore giammai potrebbe giustificare l'estromissione della concorrente; invero, nessuna specifica norma del Codice, del regolamento o altra fonte normativa qualifica espressamente la violazione di tale adempimento come fattispecie di estromissione; inoltre, ove intese tali sottoscrizioni come requisiti formali la cui mancanza potrebbe ingenerare dubbi in ordine alla paternità e provenienza dell'offerta, è sufficiente rilevare che la presenza degli elaborati progettuali nella documentazione prodotta in gara dalla Co.Gest s.c.a.r.l., nonché la sottoscrizione su di essi apposta dal legale rappresentante del consorzio, nonché dai professionisti che rappresentano il RTP, ossia il legale rappresentante della mandataria C.S.I. s.r.l. e il mandante, Ingegnere Rocco Melchionna, sono elementi sufficienti ed idonei a superare ogni possibile dubbio in proposito. Diversamente opinando, la clausola de qua non sfuggirebbe ad una qualificazione in termini di nullità ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto recante una causa di esclusione non espressamente comminata dalla legge” (così, testualmente, a pag. 16 e ss. della sentenza impugnata).

Il Collegio concorda con tali considerazioni.

In effetti, il bando di gara dispone alla Sezione X.3 che “gli elaborati dell'offerta tecnica, a pena d'esclusione, dovranno essere sottoscritti dal legale rappresentante in ogni pagina in segno di accettazione, nonché dai tecnici abilitati per le specifiche competenze”.

In dipendenza del principio di tassatività delle clausole di esclusione dai procedimenti di scelta ad evidenza pubblica del contraente, risultante dall'anzidetta formulazione dell'art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 conseguente alle modifiche ad esso apportate per effetto dell'art. 4, comma 2, lettera d), del D.L. 70 del 2011 convertito con modificazioni in L. 106 del 2011, la surriportata previsione del bando di gara contemplante la sanzione dell'esclusione del concorrente non può che essere interpretata come riferita alla sola ipotesi in cui gli elaborati dell'offerta tecnica non risultino sottoscritti dall'impresa incaricata della progettazione esecutiva e non già dei singoli tecnici che all'interno dell'impresa medesima hanno concorso alla materiale redazione del progetto esecutivo: se così non fosse, infatti, la clausola della *lex specialis* surriportata non potrebbe che essere nulla, secondo quanto espressamente disposto ora dallo stesso art. 46 del D.L.vo 163 del 2006 proprio in quanto recante una causa di esclusione non prevista dalla legge.

Né può reputarsi che la mancata sottoscrizione degli elaborati progettuali da parte dei singoli tecnici partecipanti alla redazione di una specifica parte della progettazione esecutiva possa determinare quell'incertezza "assoluta" in ordine alla provenienza dell'offerta da parte della stessa Co.Gest. che lo stesso art. 46 ora richiede al fine della legittimità dell'esclusione del concorrente: e ciò proprio in quanto – si ribadisce – gli elaborati in questione sono stati sottoscritti sia dall'amministratore unico di Co.Gest., sia dai rappresentanti del raggruppamento temporaneo incaricato della progettazione esecutiva, ossia – rispettivamente – dall'ing. Rocco Melchionna e dall'ing. Patrizio Fusco.

4.5.3. Per quanto attiene alle contestazioni di Gallo relative all'analisi dei prezzi delle migliori offerte da Co.Gest., il giudice di primo grado ha reputato che le censure di incompletezza, incongruità e oscurità delle specifiche lavorazioni "non sono comunque idonee ad incidere sulla validità dell'offerta dal punto di vista del merito tecnico, aspetto tipico connotante il momento del confronto concorrenziale, avendo riferimento piuttosto alla verificabilità della congruità dell'offerta rispetto a se stessa, in altre parole ad un tempo e ad un luogo procedurali che sottendono, ai fini della sindacabilità giurisdizionale, l'avvenuto esercizio sia del potere di verifica dell'eventuale anomalia, sia quello, successivo, di concludere il procedimento con una (nuova) aggiudicazione definitiva in favore della Co.Gest. s.c.a.r.l.; al riguardo, costituisce principio fondamentale dell'ordinamento processuale amministrativo, applicabile anche ai mezzi di tutela incidentale, quello per cui il giudice non può sindacare e pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (art. 34, secondo comma cod. proc. amm.). Pertanto, solo nell'ipotesi in cui la Co.Gest. soc. coop. a r.l. dovesse essere assoggettata a verifica di anomalia ed all'esito dichiarata aggiudicataria definitiva, sarebbe consentito al giudice di sindacare le valutazioni espresse al riguardo dalla stazione appaltante ed entro i limiti di contestazioni ritualmente introdotte, dal momento che, altrimenti, la funzione giurisdizionale si risolverebbe in un inammissibile accertamento sostitutivo diretto della serietà dell'offerta. Il motivo sotto tale profilo va dunque dichiarato inammissibile" (così a pag. 17 e ss. della sentenza impugnata).

Questo Collegio, a sua volta, non può che concordare con i surriportati e del tutto fondati rilievi del giudice di primo grado, il quale ha esattamente con ciò evidenziato che solo allorquando la stazione appaltante avrà concluso lo specifico procedimento di cui all'art. 88 e ss. del D.L.vo 163 del 2006 per l'eventuale contestazione dell'anomalia dell'offerta presentata da Co.Gest. sussisterà in capo ai soggetti a ciò legittimati la possibilità di proporre al riguardo in sede giudiziale le proprie censure, le quali altrimenti non possono che essere inammissibili proprio in quanto, a' sensi dell'anzidetto

art. 34 cod. proc. amm., essenzialmente attengono a poteri nella specie non ancora esercitati dall'amministrazione aggiudicatrice.

6.1. A questo punto, può essere esaminato il contenuto del ricorso principale proposto in primo grado da Co.Gest.

6.2. Il T.A.R. ha reputato al riguardo “meritevole di accoglimento il primo motivo di impugnazione, con cui è stata dedotta l’illegittima aggiudicazione della gara in favore di parte controinteressata, essendo mancata una corretta verifica della congruità della sua offerta e presentando la stessa profili di sostanziale inaffidabilità. E’ noto che il subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta costituisce una fase di gara funzionalmente volta al perseguimento dell’interesse pubblico di assicurare alla parte pubblica, futura contraente, che la proposta contrattuale del concorrente sia economicamente e tecnicamente sostenibile, avuto riguardo all’esigenza di perseguire il concreto obiettivo negoziale, nonché alla salvaguardia della par condicio, esposta al rischio di presentazione di offerte solo apparentemente competitive, in quanto calibrate al solo fine di superare il confronto concorrenziale, ma in sé inaffidabili. L’attuale attenzione dedicata all’istituto dal legislatore europeo e, di conseguenza, da quello interno ne ha determinato un’articolazione procedimentale più complessa, a cui s’accompagna la necessità di una particolare cura nella raccolta degli elementi tecnico-organizzativi ed economici da valutare al fine di esprimere un corretto giudizio di congruità. Il favor presente nella disciplina di settore volto alla tendenziale conservazione di offerte astrattamente vantaggiose per la parte pubblica, tra cui figura anche il principio di non immediata ricusabilità di quelle che si presentino meramente anomale, trova un suo punto di equilibrio nell’esigenza che la verifica avvenga scrupolosamente, sia da parte della concorrente, sia da parte della stazione appaltante; e se è vero che l’oggetto dell’accertamento è pur sempre una mera proposta contrattuale, come tale destinata a rivelarsi nella sua effettiva serietà solo in fase di esecuzione, è anche vero che la finalità propria dell’accertamento di congruità resta quella di verificare la compatibilità tra livello qualitativo delle prestazioni offerte ed elementi di costo e di remuneratività, il tutto da intendersi in termini di progetto di contratto.

A tal fine, è onere della concorrente illustrare tutto quanto necessario per dimostrare che la proposta sia effettivamente realizzabile, in questo assistita, dal punto di vista partecipativo, dall’iniziativa istruttoria della stazione appaltante, che si compie attraverso passaggi procedimentali specifici, quali la richiesta di giustificazioni, chiarimenti successivi e contraddittorio orale.

Il potere di verifica di congruità dell’offerta è di natura tecnico-discrezionale, sebbene il relativo giudizio resti pur sempre volto a verificare la concreta realizzabilità dell’interesse pubblico finale di cui il contratto costituisce mero strumento di attuazione; dal punto di vista della motivazione, in giurisprudenza prevale l’orientamento secondo cui tale onere è adeguatamente assolto mediante rinvio per relationem alle giustificazioni di parte, insistendo, di conseguenza, il sindacato del giudice di legittimità sulla persuasività di quanto allegato e rappresentato dal concorrente; è anche principio affermato in giurisprudenza quello per cui è giudizio corretto di congruità quello che si esprime in merito all’affidabilità dell’offerta complessivamente intesa, senza che l’indagine si debba risolvere in termini di ricerca puntuale di specifici aspetti che, sebbene connotati da criticità, non siano tali da infirmarne la sostanziale coerenza.

Osserva ancora il Collegio che mentre i dati contenuti nell'offerta, sia economica che tecnica, assumono una funzione di tipo descrittivo degli elementi costitutivi delle prestazioni e del loro valore, le giustificazioni hanno finalità esplicativa, ossia sono utili a motivarne la ragione qualitativa e la dimensione tecnica e valoriale, con solo ristrettissimi margini di aggiustamento, pena la modificazione dell'offerta e vulnus della par condicio. Tali aspetti, sebbene funzionalmente distinti, finiscono per essere complementari, anzi lo sono a tal punto che la verifica di congruità si risolve essenzialmente nella ricerca di una relazione di compatibilità tra i valori che esse separatamente esprimono; compatibilità che deve rintracciarsi attraverso una verifica di tipo esterno, ossia parametrando gli elementi tecnici ed economici dell'offerta a valori ritraibili dal mercato di riferimento, e di tipo interno, in termini di coerenza tra quanto rappresentato dalla stessa impresa offerente. Nel caso in esame, la Co.Gest s.c.a.r.l. ha illustrato l'esistenza di anomalie e profili di inaffidabilità di 19 lavorazioni presenti nell'offerta della controinteressata, traendo la conclusione della sua sostanziale incongruità, aspetto che non sarebbe stato accertato dalla stazione appaltante. Sul presupposto che ai fini del corretto esercizio del sindacato giurisdizionale non è necessario che tutte le criticità evidenziate dalla Co.Gest s.c.a.r.l. debbano trovare positivo riscontro, ritiene il Collegio di prescindere dall'esame di quegli aspetti relativi a lavorazioni in cui più forte è il margine di opinabilità del criterio di giudizio avuto come riferimento, dovendosi dedicare piuttosto maggiore attenzione ad aspetti di più oggettiva ed immediata percepibilità. Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità del motivo di impugnazione in esame, fondata sul fatto che la censura riguarderebbe un giudizio di natura discrezionale, come tale insindacabile in sede giurisdizionale; invero, non vi è dubbio alcuno che anche la correttezza del giudizio di congruità possa essere inficiata da profili di eccesso di potere per errore di fatto, illogicità manifesta e carenza di istruttoria e motivazione, come dedotto nel caso di specie, aspetti senz'altro ricadenti entro i limiti esterni della giurisdizione amministrativa di legittimità.

Rileva il Collegio che relativamente alla lavorazione NP56 (pavimentazione in chromofibre VBA), sussiste contraddittorietà tra i dati della scheda tecnica del fornitore e le modalità di esecuzione, incidenti sulla quantità di materiale da utilizzare, con mancata giustificazione di costi per € 45.711,35.-; il riferimento è alle indicazioni di cui alla scheda tecnica in ordine alle capacità di uso del materiale e la sua messa in opera e l'impiego assolutamente insufficiente che nella sua offerta la controinteressata ha inteso proporre, in termini di una prima passata di calcestruzzo di appena 2 cm. Né l'assunto risulta in qualche modo superato dalle argomentazioni difensive che si sono limitate a ribadire il prospettato impiego di materiale in quantità di molto inferiori rispetto a quelle necessarie, risultanti dai dati offerti dal fornitore.

Anche le voci U.05.020.080 (massicciata stradale) e quella complementare E.01.060.020f (smaltimento a discarica materiale) risentono incontestabilmente di omesse contabilizzazioni di costi in misura significativa, tali da alterare il significato economico originario dell'offerta, adducendo opzioni di esecuzione che avrebbero piuttosto dovuto trovare collocazione una volta per tutte in sede progettuale e non anche, a valle, nelle giustificazioni; in tal modo, è come se l'offerta si consolidasse progressivamente attraverso due distinti fasi costitutive; l'una, in cui si esalta l'aspetto qualitativo, propria della fase concorrenziale, l'altra, in cui le qualità promesse si attenuano o si adattano - e ciò al di fuori della fase propria del confronto - al fine di assicurare la compatibilità tra qualità prestazionale e sostenibilità dei costi; ed è evidente che siffatta concezione urta clamorosamente con i fondamentali principi di trasparenza e par condicio in materia di evidenza pubblica.

Altro aspetto di sostanziale modifica dell'offerta riguarda la voce U.07.10.370, ossia potatura di esemplari arborei, in cui dai 183 individui indicati nell'offerta, l'attività alla fine viene contabilizzata per soli 69 esemplari, di fatto arbitrariamente modificando o il contenuto della prestazione sostanziale o il valore economico proposto, anche qui in violazione del principio di coerenza tra valori descritti in offerta e loro esplicazione nelle giustificazioni. Relativamente alla voce MIGL 01, impermeabilizzazione di copertura con pannello ISOPAN da 6 cm per palazzina servizi igienici, è stato ammesso dalla stessa parte controinteressata che la relativa contabilizzazione ha riguardato la diversa coibentazione termica con pannelli di polistirene espanso isolante per uno spessore di 6 cm; non risulta, quindi, calcolato il costo del pannello Isopan, a nulla rilevando ai fini della congruità dell'offerta quanto dedotto a pagina 11 della memoria dell'a.t.i. Gallo depositata il 27 gennaio 2014, circa l'effettivo futuro montaggio di tale elemento.

Riguardo alla lavorazione MIGL06, impermeabilizzazione fontana con resina, non è contestato nella citata memoria tecnica di controparte quanto dedotta dalla Co.Gest s.c.a.r.l. in ordine alla mancata contabilizzazione anche del costo di tale lavorazione. In sintesi, osserva il Collegio che, senza che sia necessario soffermarsi su ulteriori aspetti di difformità ed omissioni pur denunciate nel ricorso principale, le giustificazioni offerte dalla aggiudicataria in sede di verifica di congruità, di fatto, hanno presupposto una sostanziale modificazione della qualità e quantità di alcune importanti lavorazioni, in tal modo o modificando contenuto e valore delle prestazioni offerte o prospettandone costi di gran lunga inferiori a quelli da sostenersi per assicurare le condizioni promesse; e la non indifferente quantità delle lavorazioni interessate da tali accorgimenti modificativi, nonché il loro alto valore finale di incidenza, confermano l'esistenza di una grave disarmonia sostanziale tra offerta e giustificazioni che avrebbe dovuto essere evidenziata e valutata dalla stazione appaltante ai fini della permanenza in gara della aggiudicataria e dell'aggiudicazione definitiva disposta in suo favore. Va aggiunto che non di carenza di motivazione si è trattato, quanto di motivazione illogica, insufficiente ed erronea, essendo stata definita positivamente la fase di verifica dell'anomalia attraverso un rinvio per relationem alle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria; ne discende che l'accoglimento del motivo e l'annullamento dell'aggiudicazione, non giustifica in fase di riedizione del potere la rinnovazione di un giudizio di congruità che comunque ha avuto luogo e si è concluso motivatamente; la stazione appaltante dovrà rinnovare parzialmente il procedimento e concluderlo, piuttosto partendo dall'esclusione della controinteressata, la mancata dimostrazione di congruità della cui offerta, non ne giustifica più l'utile presenza tra i concorrenti" (così a pag. 18 e ss. la sentenza impugnata).

6.3. Questo Collegio - pur concordando con le enunciazioni di principio del giudice di primo grado circa le finalità complessivamente assolte dal procedimento di verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta di cui all'art. 88 e ss. del D.L.vo 163 del 2006 - dissente dalle conclusioni tratte dal giudice medesimo per il caso di specie, in forza delle quali - come ora rilevato - sussisterebbe "una sostanziale modificazione della qualità e quantità di alcune importanti lavorazioni, in tal modo o modificando contenuto e valore delle prestazioni offerte o prospettandone costi di gran lunga inferiori a quelli da sostenersi per assicurare le condizioni promesse", posto che "la non indifferente quantità delle lavorazioni interessate da tali accorgimenti modificativi, nonché il loro alto valore finale di incidenza" confermerebbero "l'esistenza di una grave disarmonia sostanziale tra offerta e giustificazioni che avrebbe dovuto essere evidenziata e valutata dalla stazione appaltante ai fini della permanenza in gara della aggiudicataria e dell'aggiudicazione definitiva disposta in suo favore".

Anche di recente questa stessa Sezione ha ribadito l'ormai del tutto unanime giurisprudenza secondo la quale il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta espresso dalla stazione appaltante costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. al riguardo, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2014, n. 4516), potendo quindi il giudice amministrativo sindacare tali valutazioni sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma senza procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, posto che ciò costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (cfr. ibidem).

Ma, posto ciò, va denotato che il giudice di primo grado, pur formalmente aderendo a tali principi, è pervenuto sulla base di considerazioni non corrette alla conclusione circa la sussistenza nella specie della surriferita "grave disarmonia sostanziale tra offerta e giustificazioni", pretesamente indotta da "una sostanziale modificazione della qualità e quantità di alcune importanti lavorazioni", repute dal giudice medesimo di sicura incidenza sull'entità complessiva dell'offerta.

Come precisato dallo stesso T.A.R., Co.Gest. ha quantificato nel proprio ricorso proposto in primo grado l'importo corrispondente a 19 voci di lavorazioni che a suo avviso renderebbero incerta e incongrua l'offerta di Gallo, tanto da renderla economicamente non sostenibile a fronte del ribasso da essa proposto, nonché con riguardo all'utile d'impresa e alle spese generali indicate nelle giustificazioni prodotte.

Il giudice di primo grado ha accolto tale prospettazione di Co.Gest. in via assorbente con riferimento alla sola lavorazione NP 56 – "Pavimentazione in chromofibre VBA", limitandosi per il resto ad evidenziare un'incongruenza tra il progetto di Gallo e i relativi costi.

Al riguardo va anche qui ribadito che la verifica dell'anomalia dell'offerta deve avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, e che va ritenuto in sé ingiustificabile solo un utile inesistente, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere non solo dalla prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, ma anche dalla qualificazione, dalla pubblicità e dal curriculum discendenti per un'impresa dall'essersi aggiudicata e dall'aver poi portato a termine un appalto pubblico (così, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3785).

6.4.1. Orbene, per quanto attiene all'anzidetta lavorazione NP56, il T.A.R. ha rilevato una contraddittorietà tra i dati della scheda tecnica del fornitore e le modalità di esecuzione incidenti sulla quantità di materiale da utilizzare con asseritamente mancata giustificazione di costi per un importo di € 45.711,35.-, con la testuale precisazione che "il riferimento è alla scheda tecnica in ordine alla capacità di uso del materiale e la sua messa in opera e l'impiego insufficiente che nella sua offerta economica "Gallo "ha inteso proporre, in termini di una prima passata di calcestruzzo di appena 2 cm.", non potendo a tale rilievo ragionevolmente opporsi, da parte di quest'ultima

impresa, “l’impiego di materiale in quantità di molto inferiori rispetto a quelle necessarie, risultanti dai dati offerti dal fornitore”.

L’esame della documentazione presente nel fascicolo processuale di primo grado smentisce, peraltro, l’assunto del T.A.R.

Nella descrizione dell’offerta relativa alla lavorazione NP.56, si ricava che Gallo ha affermato che essa sarà “eseguita mediante l’impiego di c.l.s. con RcK 250, durabile, colorato, ghiaia a vista gettato in opera, di spessore minimo cm. 8, previa realizzazione di sottofondo (da computarsi a parte) e successivo posizionamento dei giunti di dilatazione; trattamento protettivo di cordoli, zoccolature ed ogni altro elemento architettonico che potrebbe sporcarsi durante il getto della pavimentazione, da realizzarsi mediante applicazione con pennellata di specifico prodotto tipo “pieri VBA protector” o equivalente. Successivo confezionamento del c.l.s. con l’aggiunta di un premiscelato multifunzione in polvere tipo “pieri chromofibre i B neutro” o equivalente appositamente studiato per la realizzazione di pavimentazioni con ghiaia a vista. Compreso ogni onere per dare il lavoro finito a perfetta regola d’arte, per un costo di euro (quarantacinque/90) al mq.”

Nella relativa scheda tecnica è quindi indicato lo spessore della pavimentazione per cm. 8, con la precisazione che “lo spessore globale della pavimentazione, così come la classe di resistenza e quella di esposizione, dovranno essere indicate dal progettista, a secondo della destinazione d’uso della pavimentazione; lo spessore minimo consigliato del calcestruzzo Pieri® Chromofibre 1B, eseguito fresco su fresco, deve essere di cm. 8”.

Gallo nella propria offerta prevede la messa in opera di un massetto per altezza complessiva di cm. 10, con una miglioria di cm. 2, e non già – come erroneamente ritenuto da T.A.R. – con una riduzione dell’altezza anzidetta.

Ne è comprova che al punto 2.04 dell’analisi il calcestruzzo è stato considerato per una quantità di cm 10 a metro quadro 2.01 l’additivo è stato considerato per un’altezza di cm 8, ossia una quantità di kg. 2.00 a metro quadro, poiché nella lavorazione, come anche indicato nella scheda tecnica anzidetta, è possibile eseguire un primo getto di calcestruzzo per una determinata altezza e dopo rifinire il masso per le altezze predisposte e stabilite a fresco su fresco: ossia, Gallo ha previsto un getto di calcestruzzo per cm 2 a fresco e, dopo aggiunto al calcestruzzo in autobetoniera la quantità di additivo prescritta per il getto, ha previsto l’apposizione del secondo strato di cm 8 del masso per dare così l’opera finita per cm 10.

Se così è, deve pertanto concludersi nel senso che la sequenza della lavorazione, così come descritta, è sicuramente una miglioria con l’impiego di materiale in quantità superiori rispetto a quelle previste nel progetto preliminare, da riferirsi alla durata del materiale stesso, in quanto il

primo getto serve per una maggiore aderenza del masso al piano di posa, poiché lo stesso assorbe le polveri e che, quindi, ancora umido rappresenta il giusto allettamento del successivo getto da cm. 8.

Deve pertanto con ciò smentirsi la sussistenza del sovrapprezzo di € 45.711,35.- indicato al riguardo da Co.Gest.

6.4.2. Per quanto attiene all'ulteriore assunto del giudice di primo grado secondo il quale anche le voci U.05.020.080 (massciata stradale) e quella complementare E.01.060.020f (smaltimento a discarica materiale) risulterebbero prive di contabilizzazioni di costi in misura significativa, va evidenziata la piena plausibilità delle giustificazioni rese da Gallo per quanto attiene al recupero del materiale rimosso per almeno una sua metà al fine della realizzazione delle nuove opere.

6.4.4. Ad analoga conclusione si perviene anche per la voce U.07.10.370, per la quale il giudice di primo grado ha reputato che, dai 183 esemplari arborei indicati nell'offerta, l'attività alla fine sarebbe contabilizzata per soli 69 esemplari, "di fatto arbitrariamente modificando o il contenuto della prestazione sostanziale o il valore economico proposto, anche qui in violazione del principio di coerenza tra valori descritti in offerta e loro esplicitazione nelle giustificazioni".

Sul punto non emerge una specifica ragione ragione per cui – apoditticamente – il giudice di primo grado non abbia acceduto alla considerazione di Gallo per cui la specie arborea *Quercus Ilex*, per l'appunto presente nel Parco nel numero di 69 esemplari, effettivamente necessita di consistenti spese derivanti dall'utilizzo di particolari attrezzature e di tecniche più complesse, nel mentre i 114 esemplari di *Pinus Pinea* richiedono una potatura alquanto più semplice, meno invasiva e con costo di fatto non particolarmente rilevante, essendo sufficiente al riguardo provvedere alla riduzione degli eventuali rami nella parte più bassa di tali piante, relativi al primo giro (2 -3): la stessa Gallo ha puntualmente quantificato il costo in € 1.250,00.-, corrispondente alla sommatoria di € 250,00.- per gasolio e altri materiali di consumo per 5 giorni e di € 1.000,00.- ossia € 100,00.- al giorno) per l'assunzione di un operaio nel regime contemplato dalla L. 29 dicembre 1990, n. 407.

6.4.5. Per quanto attiene alla voce MIGL 01, va parimenti concluso nel senso della congruità della giustificazione fornita da Gallo, secondo la quale il costo del pannello Isopan è stato comunque da essa considerato.

Infatti, nel computo giustificativo NP49 da essa presentato, segnatamente riguardante la palazzina sei servizi igienici, nelle voci E.10.040030.a e E.10.040.030.b è stata contabilizzata la coibentazione termica con pannelli di polistirene espanso ed isolante con spessore di cm. 6, ossia dello stesso spessore del pannello Isopan.

A tale riguardo Gallo ha puntualizzato che tali voci rientrano nella vigente Tariffa OO.PP. della Regione Campania e sono state utilizzate proprio in quanto presenti nel progetto preliminare, e ciò in modo tale da evitare di formulare un nuovo e diverso prezzo connesso all'utilizzo del materiale di tipo Isopan.

6.4.6. Per quanto attiene alla lavorazione MIGL06, consistente nell'impermeabilizzazione della fontana con resina, risulta congrua la giustificazione di Gallo secondo la quale l'impermeabilizzazione di cui trattasi non è stata contabilizzata in quanto opera che, in base al computo giustificativo NP14 presentato dalla stessa Gallo, è riassunto nelle voci E.12.060.070.a, E.12.060.080.a, E.12.060.090.a, E.12.060.010.a e E.12.060.100.a, con ciò proponendo un intervento migliorativo di impermeabilizzazione, protezione, rinforzo strutture, protezione impermeabile e giunto bentonico per un importo complessivo di € 5.166,53.-, con costo superiore di € 638,26 pari a quello dello strato dei 5 millimetri di resina a ciò necessaria.

6.4.7. Da ultimo, per quanto segnatamente attiene alla voce U.05.010.020.a –Demolizione di sottofondo stradale, il giudice di primo grado non ha tenuto conto di quanto evidenziato da Gallo circa il suo prezzo, pari ad € 21.895,90, che risulta competitivo proprio in dipendenza della circostanza che tale lavoro sarebbe eseguito dall'impresa con mezzi propri, residuando soltanto il costo dei materiali di consumo e dell'addetto, quantificato – quest'ultimo – nella misura di € 3.000,00.-

7.1. Da tutto quanto sopra discende, quindi, la reiezione del primo motivo di ricorso proposto in primo grado da Co.Gest.

Peraltro, l'effetto devolutivo proprio dell'appello impone a questo stesso giudice di pronunciarsi anche sui motivi di impugnazione proposti in primo grado, rimasti assorbiti nella sentenza resa dal T.A.R. e qui riproposti (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 4974) dall'appellata Co.Gest.

7.2. A tale proposito, vanno pertanto disaminate le residue censure contenute nel primo motivo di ricorso proposto in primo grado e sulle quali il T.A.R. non ha statuito.

Il Collegio reputa l'insieme di tali censure inammissibili, poiché, avuto con ciò riguardo allo stesso principio al quale si è attenuto il giudice di primo grado, le censure medesime non risultano comunque riferibili a scostamenti tali da poter inficiare nella sua globalità la serietà e l'affidabilità dell'offerta presentata da Gallo.

7.3.1. Per i restanti motivi dedotti in primo grado, è qui sufficiente denotare quanto segue.

7.3.2. Per quanto attiene al secondo ordine di motivi, va evidenziato che – anche al di là della sua non specificità, così come dedotto innanzi al T.A.R. – dalle letture del processo verbale n. 6 della commissione giudicatrice della gara consta che essa ha attribuito i punteggi alle imprese concorrenti nel rispetto di quanto disposto dalla *lex specialis* della gara e che, comunque, il motivo medesimo è palesemente inammissibile, in quanto impinge nello stretto merito della valutazione resa dalla commissione medesima.

Anche di recente, infatti, questa stessa Sezione ha già avuto modo di affermare che nel procedimento avente ad oggetto l'esito di gare pubbliche le censure volte a prospettare una diversa valutazione delle offerte rispetto a quella seguita dalla commissione aggiudicatrice si traducono in un inammissibile sindacato sul merito delle opzioni attinte, riservato alle commissioni giudicatrici delle gare medesime quale espressione della discrezionalità tecnica che informa la procedura, con conseguente insindacabilità nel merito delle relative valutazioni ove non inficiate da palesi profili di erroneità, illogicità o sviamento (cfr. al riguardo, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4382), nella specie non ravvisabili.

7.3.3. Parimenti infondate risultano le prospettazioni di Co.Gest. secondo le quali sussisterebbero nella specie situazioni di controllo tra la mandante di Gallo, Electra Sannio e la cooperativa MI.RU, nonché tra quest'ultima e la stessa Gallo.

Va premesso che non può dirsi accertato *in re ipsa* che un collegamento tra imprese, ancorché dimostrato a livello strutturale, abbia poi avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento delle imprese medesime nell'ambito della gara con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 1120).

Del resto, l'ipotesi di cui all'art. 2359 c.c. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi del collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1091); tali elementi – giova ribadire – “plurimi” possono essere costituiti, oltre che da intrecci personali tra gli assetti societari delle imprese, anche dalla predisposizione di buste identiche contenenti offerte, documenti redatti in modo identico, delle certificazioni ottenute il medesimo giorno, fidejussioni rilasciate dalla medesima banca e autenticate con numero progressivo dallo stesso notaio, nonché dalla spedizione con lo stesso corriere (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 8 maggio 2012, n. 2657).

E, soprattutto, grava sulla stazione appaltante- e, a fortiori, su chi ne allega l'esistenza in sede di giudizio - l'onere di provare in concreto l'esistenza di tali elementi oggettivi concordanti, tali da

ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2012, n. 4189).

Orbene, nel caso in esame rileva la circostanza che MI.RU. è stata esclusa dalla gara per irregolarità formale delle proprie offerte tecniche, non sottoscritte (cfr. verbale di gara n. 2 dd. 16 aprile 2013), il che è avvenuto prima che fosse aperta e valutata la sua offerta economica, con la conseguenza che l'affidabilità complessiva della gara non è stata comunque compromessa dalla partecipazione di tale società.

Infatti, la circostanza che il sig. Ang. Gio. Gal., socio accomandante e direttore tecnico di Gallo Costruzioni, sia stato sino al 2005 – ossia in epoca alquanto risalente – presidente del collegio sindacale di M.RU., non può ragionevolmente ricondursi ad un'attuale collegamento sostanziale tra MI.RU. e Gallo Costruzioni; né – altrettanto ragionevolmente – può affermarsi che un collegamento sostanziale tra le anzidette due società sussista in forza della circostanza che lo stesso Gal. abbia operato unitamente al Sig. Mic. Rus., consigliere di amministrazione di MI.RU., quale liquidatore della Azimut Soc. coop. a r.l., trattandosi di incarichi esauriti entrambi nell'ancor più risalente 2002.

Per quanto attiene alla Electra Sannio S.r.l., mandante della Gallo Costruzione nella presente gara, Co.Gest. invero allega la circostanza che il suo amministratore unico e direttore tecnico, sig. Ger. Alf., è pure amministratore unico di un'altra società, segnatamente denominata Electra Sannio Pugliano S.r.l., attiva per il Codice Ateco 2007 (96.03) nell'ambito dei "Servizi di pompe funebri e attività connesse", e il cui capitale risulterebbe attualmente detenuto per la metà circa da MI.RU.

Il Collegio conclusivamente non reputa, in dipendenza di tutto ciò e nell'assodata circostanza che Electra Sannio Pugliano S.r.l. non ha partecipato alla gara per cui è causa, che sussistano nella specie collegamenti ostativi alla partecipazione alla gara medesima del raggruppamento rappresentato nella specie da Gallo.

Né, nello stesso contesto, può assumere rilievo la circostanza dell'asserita concomitanza di consegna del plico recante i documenti di gara di Gallo e di MI.RU.

Le due consegne, secondo l'allegazione di Gallo, risultano in effetti avvenute a pochi minuti di differenza l'una dall'altra, ossia alle 10.53 e alle 10.56 dello stesso giorno, ma con protocollo differente di tre unità (0066233-0 e 0066236): circostanza, questa, che consente dunque di escludere, in difetto di una prova contraria, che una stessa persona abbia consegnato i due plichi.

7.3.4. Diversamente da quanto sostenuto da Co.Gest., dagli atti di gara consta il possesso da parte dell'arch. Lucio Mormile del requisito dell'abilitazione per la sicurezza contemplato dal D.L.vo 494 del 1996 e dal D.L.vo 81 del 2008

Questo professionista ha inoltre individuato se stesso come incaricato di coordinare la sicurezza in fase di progettazione esecutiva, come stabilito dalla lex specialis di gara.

7.3.5. Co.Gest. ha dedotto in primo grado la circostanza che il progettista associato, ossia il medesimo arch. Mormile, avrebbe dichiarato - conformemente alla disciplina contenuta nella lex specialis di gara - le unità di personale tecnico utilizzato nel corso dell'ultimo triennio nel numero di quattro senza peraltro produrre i relativi contratti, con conseguente violazione degli artt. 11, comma 8, e 48 del D.L.vo 163 del 2006.

Va peraltro rilevato che con nota Prot. n. 897/SAUP dd. 2 aprile 2013 la stazione appaltante ha diramato l'avviso pubblico di chiarimenti n. 2, dal quale consta, per quanto qui segnatamente interessa, che "con riferimento al requisito relativo al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni, è sufficiente indicare il numero del predetto personale".

7.3.6. Co.Gest. ha da ultimo dedotto la mancanza di imparzialità e di terzietà dei componenti della commissione giudicatrice della gara, per essere "l'arch. Maria Carla Mormile, che ha collaborato alla stesura della proposta tecnica migliorativa presentata dall'ATI aggiudicataria ..."stagista presso l'UTC di Aversa" ed essendo suo tutor nello stage medesimo "l'ing. Alessandro Diana, presidente commissione di gara" (cfr. pag. 32 dell'atto introduttivo del ricorso proposto in primo grado).

Orbene, va innanzitutto denotato che la ricorrente in primo grado non indica il grado di parentela esistente tra l'arch. Lucio Mormile e l'arch. Maria Carla Mormile, per cui l'elemento "contaminante" risulterebbe costituito dalla sola circostanza - nondimeno, implicante la necessità di un'attenta valutazione da parte de Collegio - che quest'ultima ha collaborato alla stesura della proposta di Gallo.

In tal senso la difesa di Gallo ha evidenziato che l'arch. Maria Carla Mormile ha iniziato la propria attività gratuita di stagista presso l'Ufficio tecnico comunale in data 17 giugno 2013, ossia dopo un mese dall'apertura delle buste da parte della commissione giudicatrice della gara, avvenuta il 17 maggio 2013

Ma, se è pur vero che l'arch. Maria Carla Mormile ha presentato al Comune in data 15 maggio 2013 (ossia due giorni prima della data di apertura delle buste anzidette) la propria domanda di accesso allo stage gratuito, ciò ragionevolmente non può configurarsi quale condizionamento per la scelta operata dalla commissione di gara, non essendo provato dalla ricorrente in primo grado che al momento dell'apertura delle buste e della conseguente collocazione di Gallo al primo posto della graduatoria finale l'arch. Maria Carla Mormile fosse stata già sicura di essere prescelta per la frequenza dello stage e, soprattutto, che il suo tutor sarebbe stato in tale evenienza l'ing. Diana.

Il Collegio, peraltro, neppure può sottrarsi dal considerare l'ulteriore circostanza in fatto per cui con processo verbale n. 10 dd. 9 luglio 2013 la medesima commissione giudicatrice della gara, presieduta sempre dall'ing. Diana, ha concluso il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta di Gallo con esito favorevole, e che in dipendenza di ciò nella susseguente seduta pubblica del 16 luglio 2013 (cfr. processo verbale n. 11) la commissione stessa, ancora presieduta dall'ing. Diana, ha dichiarato il raggruppamento rappresentato da Gallo aggiudicatario provvisorio della gara

Tali due ultime sedute della commissione si sono pertanto tenute quando da un mese circa era iniziato lo stage dell'arch. Maria Carla Mormile presso l'Ufficio tecnico comunale di Aversa.

A tale riguardo il Collegio rileva che a' sensi dell'art. 84, comma 7, del D.L.vo 163 del 2006 "si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'articolo 51 cod. proc. civ.", il quale - a sua volta - contempla, nel suo primo comma, l'obbligo di astenersi nelle seguenti ipotesi:

- 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;

- 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;

- 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;

- 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro [810] o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;

- 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

Nel secondo comma dello stesso art. 51 cod. proc. civ. si dispone, viceversa, che "in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi".

Orbene, la circostanza della presenza temporanea presso il Comune quale stagista a titolo gratuito di una persona che aveva collaborato alla redazione di un progetto che è concomitantemente valutato da parte di una commissione di gara presieduta dal tutor della stagista medesima non può, nella specie, di per sé, ricondursi alla sussistenza, a' sensi dell'anzidetto n. 1, di un personale "interesse" del presidente ovvero del membro dell'organo collegiale nei riguardi del progetto medesimo; né, ancora, la posizione di tutor dello stesso ing. Diana può di per sé essere ricondotta, a' sensi del susseguente n. 5, a quelle proprie di "tutore" (figura, questa, assodatamente non coincidente con la nozione anglo-sassone del tutor, ma a quello civilistico di cui all'art. 345 e ss. e 424 e ss. cod. civ.), ovvero di "curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro" della "parte".

Sotto lo stretto profilo dell'operatività della disciplina – di per sé tassativa – dell'art. 51 cod. proc. civ., così come recepita ope legis nel contesto dell'art. 84, comma 7, del D.L.vo 163 del 2006, non è dunque sostenibile l'esistenza di un obbligo per l'ing. Diana di astensione dopo l'avvenuto inizio dello stage da parte dell'arch. Mormile.

Sebbene, infatti, l'ing. Diana abbia seguito a disaminare il progetto in questione sotto il profilo dell'eventuale sussistenza di un'anomalia dell'offerta, neppure può – a rigore - affermarsi che l'arch. Mormile, quale stagista presso il Comune, potesse concomitantemente configurarsi quale "parte" assoggettata al giudizio tecnico-discrezionale dello stesso ing. Diana al momento della verifica dell'anomalia dell'offerta, avendo presumibilmente la stessa Mormile cessato (in difetto di una contraria allegazione probatoria da parte della ricorrente in primo grado), con la consegna del progetto allo scadere del termine di presentazione fissato dal bando, ogni suo apporto collaborativo al riguardo con il raggruppamento Gallo, e neppure risultando - tra l'altro - tale professionista membro del raggruppamento medesimo, ma mero collaboratore dello studio dell'arch. Lucio Mormile.

Va data dunque una lettura inevitabilmente formale del dato normativo discendente dall'art. 84, comma 7, del D.L.vo 163 del 2006 per quanto attiene alle circostanze che impongono l'astensione dei membri delle commissioni giudicatrici delle gare pubbliche (lettura, questa, derivante anche dal precedente giurisprudenziale di Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1011, che - al fine del riconoscimento della sussistenza dell'obbligo di astensione in capo al membro di una commissione di gara - parimenti considera, al fine di pervenire alla conclusione dell'inesistenza di una causa di incompatibilità, sia i tempi di svolgimento della gara rispetto alla situazione di incompatibilità, sia la materiale natura del rapporto che si intende ricondurre ad un'ipotesi di incompatibilità tra le due funzioni).

Il Collegio osserva che è di per sé comunque ragionevole il rilievo dell'attuale appellata secondo il quale "anche la sola comunanza di interessi di vita – e non solo quindi veri o e propri interessi economici – purché di intensità tale da far ingenerare il sospetto che il candidato sia stato giudicato non in base alle risultanze oggettive del procedimento, ma in virtù della conoscenza personale con il componente della Commissione, può essere causa di incompatibilità" (così, puntualmente, a pag. 68 del controricorso proposto da Co.Gest. nel presente grado di giudizio).

Al riguardo, però, va precisato che una tale situazione fa nascere un "sospetto" che "può", ma non "deve" imporre di per sé l'astensione, proprio perché, in quanto tale, di per sé non compreso nelle presunzioni iuris et de iure di cui all'art. 51 c.p.c.

Nella specie, l'ing. Diana avrebbe potuto esercitare la facoltà di astensione dai lavori della Commissione dopo l'inizio dell'attività di tutor, così come l'arch. Morbile avrebbe potuto chiedere di posticipare o rinunciare allo stage presso il Comune.

Tali scelte, rimesse alle personali valutazioni delle due persone coinvolte, non sono ovviamente sindacabili - in quanto tali - in sede giurisdizionale, proprio in quanto non attengono all'adempimento di loro obblighi; soltanto in presenza di ulteriori, rigorose e puntuali circostanze di fatto, ulteriori rispetto al mero "sospetto", si sarebbe potuto ravvisare un obbligo di astensione.

8. In conclusione, l'appello in epigrafe va accolto e – per l'effetto – in riforma della sentenza impugnata va respinto il ricorso incidentale proposto in primo grado da Gallo, ma va parimenti respinto il ricorso principale proposto sempre in primo grado da Co.Gest.

9. Le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio seguono la soccombenza di lite e sono liquidati nel dispositivo, fermo – altresì – restando che per quanto attiene alla posizione del Comune di Aversa, che non è stato parte del presente grado di giudizio, va compensata per il primo grado di giudizio ogni ragione di lite tra di esso e la Co.Gest.

Vanno – altresì – poste a carico della parte soccombente gli importi corrisposti in entrambi i gradi di giudizio a titolo di contributo unificato, a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie (ricorso: R.G. 6920 del 2014) e, per l'effetto in riforma della sentenza impugnata respinge il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Gallo Costruzioni S.a.s. e respinge il ricorso principale proposto sempre in primo grado dalla Co.Gest. Soc. coop. a r.l.

Condanna la Co.Gest. Soc. coop. a r.l. al pagamento a favore della Gallo Costruzioni S.a.s. delle spese e degli onorari di entrambi i gradi di giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 7.000,00.- (settemila/00), oltre ad I.V.A. e C.P.A.

Compensa ogni ragione di lite tra la Co.Gest. Soc. coop. a r.l. il Comune di Aversa nel procedimento di primo grado.

Pone a carico della medesima Co.Gest. Soc. coop. a r.l. gli importi corrisposti in entrambi i gradi di giudizio a titolo di contributo unificato, a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2015

IL SEGRETARIO

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