



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 2627 del 2021, proposto da Fga S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonietta Centomiglia, Aristide De Vivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Calabritto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Caliendo, Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Base House S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'impugnazione della Determina del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del

Comune di Calabritto n. -OMISSIS- del 11 agosto 2020, con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione dei Lavori di Realizzazione degli Impianti di depurazione e relativi collettori per Calabritto Capoluogo e Frazione Quaglietta in favore dell'operatore economico Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L. con sede in Bologna alla via Galleria Ugo Bassi n. 1 – Consorzio Designata -OMISSIS- con sede in -OMISSIS-s.n.c.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Calabritto e di Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022 il Cons. Diana Caminiti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 8 marzo 2021 e depositato il successivo 20 Marzo FGA S.R.L. ha impugnato la sentenza del Tar Campania, Salerno, (Sezione Prima) n. -OMISSIS- nella parte in cui aveva rigettato il ricorso da essa proposto avverso la Determina del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Calabritto n. -OMISSIS- del 11 agosto 2020, con la quale sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione dei Lavori di Realizzazione degli Impianti di depurazione e relativi collettori per Calabritto Capoluogo e Frazione Quaglietta in favore dell'operatore economico Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L. con sede in Bologna alla via Galleria Ugo Bassi n. 1 – -OMISSIS-.

1.1. Dagli atti di causa emerge in sintesi quanto di seguito indicato.

1.2. Il Comune di Calabritto, con determina n. 79/2019, ha indetto procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori di realizzazione degli impianti di depurazione e relativi collettori per Calabritto Capoluogo e Frazione di Quaglietta.

L'importo complessivo a base di gara era di € 4.200.371,09.

Il criterio di aggiudicazione era quello della offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di una pluralità di elementi di natura qualitativa e di prezzo.

1.3.L' odierna appellante FGA S.R.L. (d'ora in poi per brevità F.G.A.) ha preso parte alla procedura de qua insieme ad altre numerose imprese.

1.4. La Commissione, in data 15.6.2020, ha disposto l'esclusione di Base House S.r.l. (d'ora in poi per brevità Base House) per non aver formulato il ribasso sulla offerta tempo in conformità con la disciplina di gara.

Tale esclusione ha formato oggetto di ricorso davanti al Tar Campania, sez. distaccata di Salerno (R.g. n. 894/2020) che, con Decreto Presidenziale n. 419/2020, ha accolto la misura cautelare monocratica, disponendo la riammissione del RTI Base House in gara.

1.5. La Commissione, quindi, ha esaminato tutte le offerte (tecniche ed economiche) ed ha redatto graduatoria finale in cui il Consorzio Fenix S.C.A.R.L. (d'ora in poi per brevità Consorzio Fenix) è risultato collocato con punti 86,687 al primo posto; il RTI Base House, al secondo posto, invece, con punti 85,907 e la Società FGA s.r.l., al terzo, con punti 85,495.

1.6 .Il Rup, esperita favorevolmente la verifica di anomalia (verbale del 9.7.2020), con determina del Responsabile dei Lavori Pubblici n. -OMISSIS-/2020, ha approvato gli esiti di gara ed ha disposto l'aggiudicazione in favore del Consorzio Fenix.

1.7. Tale aggiudicazione, tuttavia, ha generato un vasto contenzioso innanzi al Tar Campania, sede distaccata di Salerno, che può riassumersi come segue:

- con un primo ricorso (R.G. n. 892/2020), Base House ha impugnato la sua esclusione per non aver formulato ribasso sull'offerta tempo in conformità con la "*lex specialis*";

- con successivo ricorso (R.G. n. 1126/2020), tale Società, riammessa in gara, con il Decreto Presidenziale n. 419/2020, collocata al secondo posto della graduatoria, ha contestato l'aggiudicazione in favore del Consorzio Fenix, deducendo presunti profili di invalidità dell'offerta dell'aggiudicataria;

- con un terzo ricorso (R.G. n. 1167/2020), la Società FGA, terza graduata, ha impugnato gli esiti di gara, deducendo presunti profili di invalidità dell'offerta

dell'aggiudicataria e del RTI Base House, secondo in graduatoria.

1.8. Segnatamente in primo grado l'odierna appellante FGA ha proposto le seguenti censure avverso il provvedimento di aggiudicazione, contestando la stessa ammissione in gara del Consorzio Fenix:

Mancata esclusione del Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. A e F bis del D.Lgs. 50/2016, a causa dell'asserita falsa dichiarazione della -OMISSIS- resa per conto del direttore tecnico cessato dalla carica, il quale avrebbe riportato due condanne penali non dichiarate per reati in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro; violazione del divieto di commistione dell'offerta tecnica con quella economica con riguardo alla indicazione del prezzo nella voce 76 NP 7 M; violazione del bando e del disciplinare di gara con riferimento alla natura ed alle caratteristiche delle modifiche progettuali proposte quali miglioramenti; inattendibilità delle giustificazioni fornite da Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. rispetto alla congruità dei prezzi offerti, e mancata sottoscrizione del legale rappresentante sulle giustificazioni. Ha inoltre richiesto la declaratoria del suo diritto, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, lett. d), n. 1 C.P.A., all'aggiudicazione dell'appalto oggetto di gara, previa declaratoria di inefficacia del contratto che nelle more fosse stato eventualmente stipulato

2. Il Tar Campania Salerno, con la sentenza n. -OMISSIS-, odiernamente appellata, riuniti i giudizi, ha respinto tutte le impugnative proposte, confermando l'aggiudicazione disposta dal Comune di Calabritto in favore del Consorzio Fenix.

3. Il Tar si è pronunciato nel merito dei ricorsi, soprassedendo sull'eccezione di inammissibilità proposta dal Comune e dall'aggiudicataria affermando che *“Preliminarmente, occorre esaminare l'eccezione di “inammissibilità/improcedibilità” formulata in tutti i tre giudizi dal Comune di Calabritto, secondo cui in nessuno dei ricorsi è stata impugnata la successiva determina dirigenziale n. -OMISSIS- del 15.9.2020, con la quale il Comune di Calabritto ai sensi dell'art. 32 c. 7 D.Lgs. 50/2016 ha favorevolmente definito il subprocedimento di verifica dei requisiti del Consorzio Fenix, dichiarando la efficacia della aggiudicazione dell'11 agosto 2020 e soprattutto riesaminando con ampia motivazione le questioni controverse nei presenti giudizi riuniti specie sotto il profilo di asseriti motivi di esclusione del Consorzio ai sensi dell'art. 80 c. 5 D.Lgs. 50/2016, per cui la mancata*

impugnazione di tale atto, non meramente ricognitivo ma contenente valutazioni discrezionali e quindi autonomamente lesive, determina il difetto di interesse delle ricorrenti alla definizione dei rispettivi giudizi. Il Collegio ha osservato come pur ritenendo che l'eccezione, per come formulata dal Comune di Calabritto, appaia condivisibile (essendo stata effettuata, con la determina dirigenziale n. -OMISSIS- del 15.9.2020, una nuova, autonoma, valutazione discrezionale dell'assenza di cause di esclusione e della sussistenza dei requisiti di partecipazione, secondo le indicazioni dell'Adunanza Plenaria n. -OMISSIS-, puntualmente del resto richiamata nella determina in questione), ha ritenuto comunque di poter prescindere dalla conseguente declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei tre ricorsi proposti, stante la loro infondatezza nel merito”.

4. F.G.A. ha impugnato l'indicata sentenza, osservando preliminarmente che *“tenuto conto dell'esito del giudizio di primo grado, che ha ritenuto legittima l'esclusione del R.T.I. Base House S.r.l. - Veolia Acque Servizi S.r.l., di fatto collocando l'appellante al secondo posto della graduatoria, conservano interesse - ai fini del presente appello - i motivi relativi alla posizione di FENIX CONSORZIO STABILE SCARL proposti con il ricorso Nrg.1167/2020, che qui di seguito integralmente si ripropongono”.*

5. Ha quindi censurato la sentenza di *prime cure*, formulando avverso la stessa, in quattro motivi di appello, le seguenti censure:

I) Insussistenza di una autonoma lesività della determina dirigenziale n. -OMISSIS- del 15 settembre 2020 e sulla affermata - seppur quale *“obiter dictum”* - sopravvenuta carenza di interesse al ricorso dell'esponente - *Error in iudicando et in procedendo*;

II) *Error in iudicando et in procedendo* - Violazione e falsa applicazione di legge (art. 80, comma 5, lettere a) ed f bis) d. lgs. n. 50/2016) - Violazione del bando di gara e del disciplinare laddove gli stessi richiamano espressamente quale causa di esclusione la presenza di condizioni ostative ex art. 80 d. lgs n. 50/2016;

III) *Error in iudicando et in procedendo* - Violazione del disciplinare di gara nella parte in cui lo stesso, a pena di esclusione, prevede che *“la documentazione amministrativa e tecnica deve essere priva di qualsiasi indicazione diretta o indiretta di carattere economico relativa all'offerta presentata”* - Violazione della *par condicio* tra concorrenti;

IV) *Error in Iudicando et in procedendo* - Violazione del bando e del disciplinare di gara con riferimento alla natura e caratteristiche delle modifiche progettuali proposte quali migliorie - Eccesso di potere per difetto di istruttoria - Sviamento dall'interesse pubblico e dalla causa attributiva del potere.

V) *Error in iudicando et in procedendo* - Eccesso di potere per carenza istruttoria - inattendibilità delle 38 giustificazioni fornite dalla Fenix consorzio stabile s.c.a.r.l. rispetto alla congruità dei prezzi offerti.

L'appellante ha inoltre formulato istanza istruttoria relativa all'acquisizione del parere reso dal supporto al R.U.P., Avv. Dario Gioia, di data 25 Novembre 2019, nonché richiesto ogni accertamento istruttorio utile ad accertare la presenza nell'offerta migliorativa del Consorzio Fenix del c.d. "Ramo T", la sua collocazione rispetto alla sorgente Quaglietta e le eventuali ricadute della sua eliminazione in sede esecutiva sul piano della complessiva eseguibilità del progetto siccome proposto in gara.

6. Si è costituito il Comune di Calabritto, instando in via preliminare per l'inammissibilità dell'appello, sulla base del rilievo che, come dedotto *in prime cure*, con determina n. -OMISSIS- del 15.9.2020, non oggetto di impugnativa, si era provveduto alla favorevole definizione del subprocedimento di verifica dei requisiti del Consorzio Fenix, per l'effetto dichiarando l'efficacia dell'aggiudicazione.

7. Si è del pari costituito nei termini di rito l'intimato Consorzio Fenix che ha del pari eccepito l'inammissibilità dell'appello per mancata impugnazione dell'indicata determina dirigenziale n. -OMISSIS-/2020 - con cui a suo dire il Comune di Calabritto aveva riesaminato e rivalutato tutti gli aspetti controversi della vicenda, concludendo inoltre il subprocedimento di verifica dei requisiti in favore del Consorzio Fenix - e riproposto, ex art. 101 c.p.c., le domande ed i motivi formulati in primo grado con il ricorso incidentale ed assorbiti dalla pronuncia di *prime cure*, stante il rigetto del ricorso principale.

7.1. Segnatamente con il ricorso incidentale il Consorzio Fenix richiedeva l'esclusione di F.G.A. per i seguenti motivi:

I - Violazione di legge art. 89 del codice appalti - artt. 1325 e 1418 c.c. – Nullità del contratto di avvalimento - Eccesso di potere – Difetto di istruttoria – Carenza

assoluta del presupposto.

L'ATI FGA Srl – SIGE Srl, doveva essere esclusa dalla procedura per carenza dei requisiti di ordine speciale, richiesti dal disciplinare di gara relativi al possesso dei prescritti requisiti SOA, stante la nullità sotto distinti profili, dei contratti di avvalimento stipulati con la SAVI Sas (avente ad oggetto la Categoria OG 3 – Class. I e la OG 6 – Class. III bis) e Società OPSA (avente ad oggetto la Categoria OG6 Class III).

II. Violazione di legge (artt. 76 e 77 d.p.r. 207/2010 – art. 83 d.lgs. 50/2016) – Violazione del bando di gara - Eccesso di potere (difetto del presupposto – di istruttoria – erroneità manifesta – travisamento – arbitrarietà).

L'ATI ricorrente principale doveva essere esclusa dalla procedura anche per intervenuta soluzione di continuità con riferimento al requisito di ordine speciale relativo all'Attestazione SOA dell'ausiliaria OPSA Costruzioni, oggetto del contratto di avvalimento.

III. Violazione di legge art. 79 co II codice appalti - punto 6.2.2. - 3.1.3 e bando di gara – Eccesso di potere per sviamento, travisamento del fatto, difetto del presupposto – manifesta ingiustizia – arbitrarietà – illogicità ed irragionevolezza.

L'Ati ricorrente andava esclusa anche sotto un diverso profilo, in quanto non aveva (validamente) assolto all'obbligo di sopralluogo prescritto a pena di esclusione dal Disciplinare di gara al punto 6.2.

8. Parte appellante ha depositato documenti relativi alla parziale esecuzione dell'appalto *de quo*.

9. Il Consorzio Fenix con memoria difensiva depositata in data 11 gennaio 2022 ha sollevato diversi profili di improcedibilità ed inammissibilità dell'appello e di singoli motivi, instando comunque nel merito per il rigetto del gravame.

10. Il Comune di Calabritto, con memoria depositata in pari data, ha insistito per la declaratoria di inammissibilità del ricorso di *prime cure* ed in ogni caso per l'infondatezza dell'appello.

11. F.G.A., dal canto suo, con memoria di discussione depositata in data 14 gennaio 2022 ha concluso per l'accoglimento dell'appello avuto riguardo in particolare al quarto motivo.

12. Disposto il rinvio della trattazione dell'appello per l'udienza del 21 aprile 2022, il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito di tale udienza pubblica, sulla base dei soli scritti difensivi.

DIRITTO

13. *In limine litis*, va precisato che, nonostante l'intimato Consorzio Fenix, aggiudicatario della procedura *de qua agitur*, abbia riproposto in questa sede, con la memoria di costituzione, ex art. 101 c.p.a., i motivi del ricorso incidentale di *prime cure*, tendenti all'esclusione dell'odierna appellante, verrà comunque prioritariamente esaminato l'appello, volto alla contestazione della sentenza di *prime cure* riferita all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

13.1. E' infatti noto come la possibilità di utilizzare il ricorso incidentale quale strumento per paralizzare l'azione proposta dal ricorrente principale sia stata progressivamente circoscritta dal giudice eurounitario, il quale ha dapprima affermato che, laddove due concorrenti all'affidamento di un contratto pubblico presentino impugnative incrociate intese alla reciproca esclusione, l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso principale, quantomeno nell'ipotesi in cui vi siano due sole offerte in gara e queste siano afflitte dal medesimo ordine di vizi (Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 "Fastweb"); per poi estendere il principio all'ipotesi in cui le imprese partecipanti alla gara, come nella fattispecie de qua, siano più di due, anche se soltanto due fra loro hanno proposto ricorso, precisando che "*il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico [...], così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb*" (Corte giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13 "Puligienica").

Ne discende l'obbligo del giudice nazionale di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione del ricorrente principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente. Principio che è stato ritenuto applicabile anche al caso in cui altri offerenti abbiano presentato offerte

nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino tali offerte, classificatesi alle spalle di quelle che costituiscono l'oggetto dei ricorsi volti alla reciproca esclusione: così il più recente arresto in materia della Corte di Giustizia (sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18 "Lombardi S.r.l."), secondo la quale "*la ricevibilità del ricorso principale non può - a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 - essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari. Tale ricevibilità non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente*".

Laddove la controversia riguardi posizioni giuridiche che trovano tutela nel diritto europeo, al ricorso incidentale non può pertanto ulteriormente riconoscersi alcuna idoneità a paralizzare l'azione promossa dal ricorrente principale, dovendosi perciò ritenere superato il tentativo (A.P. n. 9/2014, cit.) di conciliare la prospettiva sovranazionale con le tradizionali caratteristiche del sistema processuale amministrativo italiano.

Assodato, in tal modo, che la trattazione dell'appello è ineludibile, quale che sia la situazione determinatasi nell'ambito della procedura di affidamento, non vi sono ragioni che impongano la trattazione prioritaria del ricorso incidentale non esaminato *in prime cure* e riproposto in questa sede ex art. 101 c.p.a. dal Consorzio Fenix, ancorché diretto a far valere una causa di esclusione a carico dell'appellante, già ricorrente principale in *prime cure*. Il rigetto dell'appello comporterebbe infatti l'assenza di interesse, anche solo strumentale, dell'impresa aggiudicataria intimata in giudizio alla decisione del ricorso incidentale, il cui esame - in ossequio al principio di economia processuale - sarà pertanto condotto nella sola ipotesi di accoglimento del ricorso principale.

14. Sempre in *limine litis* va esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello, formulata da Fenix Consorzio Stabile con la memoria difensiva depositata in data 11 gennaio 2022, fondata sul rilievo che l'odierna appellante non avrebbe richiesto il subentro nel contratto, neppure a suo dire richiesto *in prime cure*, né tantomeno la

declaratoria di inefficacia del contratto che, seppure rimessa alla valutazione del G.A., era stata richiesta innanzi al Tar.

14.1. La stessa va disattesa potendo l'annullamento dell'aggiudicazione, in relazione ad un rapporto ancora non esaurito (risultando dagli atti di causa che i lavori non sono stati ancora completati) avere ancora rilievo in relazione non solo all'eventuale provvedimento di autotutela dell'Amministrazione, (seppure non coercibile con l'azione di ottemperanza) che potrebbe ritenersi viepiù necessario in ipotesi di ritenuta fondatezza della censura relativa alla non realizzabilità del progetto proposto da parte del Consorzio Fenix, di cui al quarto motivo di appello, così come proposto in gara, ma anche in relazione all'azione risarcitoria che la parte potrà esperire (anche) in sede di ottemperanza.

Al riguardo può infatti richiamarsi l'orientamento espresso con sentenza di questa Sezione, resa in sede di ottemperanza, 26.01.2021, n. 788 relativa a fattispecie in cui in sede di appello, in mancanza di riformulazione della domanda di subentro previa declaratoria di inefficacia del contratto formulata in prime cure, la statuizione aveva riguardato il semplice annullamento dell'aggiudicazione, senza alcuna statuizione sulle sorti del contratto.

In sede di ottemperanza la parte vittoriosa pertanto aveva richiesto in via principale il subentro nel contratto ed in via subordinata il risarcimento del danno.

Questa Sezione, con l'indicata sentenza, ha accolto la domanda subordinata - riducendo peraltro l'ammontare del danno risarcibile - rigettando quella principale sulla base dei seguenti rilievi: *“si condivide l'orientamento giurisprudenziale espresso da questa Sezione V, con la sentenza n. 5500/2019, della quale il ricorso per ottemperanza riporta diversi passaggi motivazionali;*

- in particolare, si intende ribadire che: va escluso che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto (cfr. anche Cons. Stato, V, 29 ottobre 2018, n. 6131 e id., V, ord. 19 marzo 2020, n. 1964); la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e

dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento;

- nel caso in cui il giudice della cognizione non si pronunci sulla sorte del contratto e l'amministrazione rimanga inerte, la parte vittoriosa nel giudizio di annullamento ha a disposizione lo strumento processuale dell'ottemperanza per conseguire piena tutela, per le ragioni tutte esposte nella sentenza n.5500/2019, alla cui motivazione è qui sufficiente fare rinvio;*
- va però sottolineato che la ratio di tale approdo giurisprudenziale è da rinvenire nell'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (ex art. 1 cod. proc. amm.) nei confronti dell'operatore economico vincitore del giudizio, al quale, in alternativa all'esecuzione in forma specifica, in caso di inerzia della stazione appaltante, spetterebbe soltanto il risarcimento del danno, che è rimedio sussidiario;*
- ebbene, proprio in ragione di ciò, nonché in ragione della necessità di apposita pronuncia giurisdizionale che regoli le sorti del contratto, il subentro nel contratto (la quale è statuizione idonea a produrre effetti sull'atto ma anche sui rapporti tra le parti) è possibile solo se vi sia stata apposita, espressa domanda di parte (cfr., oltre alle sentenze su citate, anche Cons. Stato, V, 17 ottobre 2016, n.4272 e id., V, 24 maggio 2017, n. 2445, nonché id., V, 29 ottobre 2018, n. 6131);*
- non solo, infatti, in subiecta materia, non vi sono ragioni per derogare al principio della domanda, che opera in via generale nel processo amministrativo, ma il rispetto del principio nonché del corollario della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato è imposto specificamente dall'art. 122 cod. proc. amm.;*
- quest'ultimo individua quale requisito indefettibile perché il giudice che annulla l'aggiudicazione si pronunci sulla sorte del contratto, la proposizione da parte del ricorrente della domanda di subentrare nel contratto;*
- fa da pendant all'art. 122 cod. proc. amm., la disposizione dell'art. 124 cod. proc. amm. che, al primo comma, riconosce al ricorrente vittorioso nell'esercizio dell'azione di caducazione la tutela in forma specifica, nel presupposto che abbia avanzato la "domanda per conseguire l'aggiudicazione e il contratto", pur se condizionata alla dichiarazione di inefficacia; se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto (non solo a seguito della valutazione degli elementi dell'art. 122 cod. proc. amm. ma anche) perché la parte ricorrente non ha avanzato la domanda di*

subentro, residua, ai sensi dell'ultimo inciso dello stesso art. 124, comma 1, soltanto il risarcimento del danno per equivalente;

- per di più, anche siffatta tutela risarcitoria per equivalente è ridimensionata proprio nel caso in cui la parte, senza giustificato motivo non abbia proposto la domanda di subentro (o non si è resa disponibile a subentrare) nel contratto (art. 124, comma 2);

- consegue sia ai su richiamati principi generali che alle norme specificamente dettate dal c.p.a. in tema di inefficacia del contratto, che, mancando la domanda di parte volta a conseguire il subentro nel contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione rileva soltanto a fini risarcitori (arg. ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm.);

- ciò perché, permanendo efficace il contratto con l'originario aggiudicatario, l'unica utilità che il ricorrente potrà conseguire è quella del risarcimento per equivalente (eventualmente ridotto ai sensi dell'art. 124, comma 2, cod. proc. amm.);

- la domanda di risarcimento per equivalente potrà pertanto essere avanzata anche in separato giudizio, ai sensi dell'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. per i danni già prodotti dalla mancata illegittima aggiudicazione, ovvero ai sensi dell'art. 112, comma 3, cod. proc. amm., per i danni che si assumano prodotti da atti successivi dell'amministrazione violativi o elusivi del giudicato;

- non altrettanto può dirsi però per la domanda di tutela in forma specifica, atteso che gli art. 30, comma 5, e 112, comma 3, cod. proc. amm. si riferiscono all'azione di risarcimento per equivalente e che gli artt. 122 e 124 dello stesso Codice dettano una disciplina speciale, quanto al rito applicabile alle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture: questa disciplina processuale non consente di scindere la domanda di inefficacia e di subentro nel contratto da quella di annullamento dell'aggiudicazione, non ammettendo la proposizione della prima né in separato giudizio né nel giudizio di ottemperanza della sentenza che ha sancito l'illegittimità dell'aggiudicazione;

- in sintesi, la sorte del contratto, quando non si debba rinnovare la gara, è legata dall'art. 122 cod. proc. amm. alla scelta del ricorrente, che, impugnando l'aggiudicazione, può domandare il risarcimento in forma specifica cioè agire in giudizio per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il conseguente subentro (cfr. Cons. Stato, V., n. 6131/18 cit.);

- ricostruito così il sistema di tutela assicurato dal rito speciale, non vi è alcuna ragione di distinguere la situazione processuale in cui la domanda di subentro non sia stata mai proposta da quella in cui, proposta in primo grado, e non accolta, non sia stata riproposta in appello, e sia

perciò da intendersi implicitamente rinunciata ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm., ovvero sia stata espressamente rinunciata, in primo grado o in appello;

- se è vero, infatti, che, di regola, la rinuncia alla domanda, quando si configuri come rinuncia agli atti (e non alla pretesa sostanziale), non preclude la sua riproposizione in separato giudizio, purché venga rispettato il termine di decadenza (Cons. Stato, III, 22 agosto 2018, n. 5014 e id., IV, 4 maggio 2018, n. 2666), tale principio è derogato nel caso della domanda di subentro nel contratto, per le ragioni sopra esposte;

- peraltro, la rinuncia alla domanda manifesta vieppiù il disinteresse del ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, che fa venire meno le ragioni di effettività della tutela poste a fondamento della soluzione accolta dalla sentenza n. 5500/2019;

- analoga conclusione è stata raggiunta dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 1, aprile 2016, n. 1308, richiamata dalla Regione Calabria, con la quale si è, tra l'altro, evidenziato come la mancata proposizione della domanda di dichiarazione di inefficacia e di subentro nel contratto consente di ricondurre l'interesse (della parte) alla decisione del solo aspetto risarcitorio (cfr., nello stesso senso anche Cons. Stato, V, 18 ottobre 2017, n. 4812), senza conseguenze sulla sorte del contratto, di modo che le domande non proposte (o rinunciate) nel giudizio di annullamento non potrebbero essere proposte (o riproposte) in un nuovo giudizio”.

15. L'appello va pertanto esaminato nel merito; ciò in disparte dai profili di inammissibilità di singole censure – pure eccepiti dalle parti – e dalle necessità di vagliare la fondatezza dell'appello (anche) ai fini della decisione delle spese del doppio grado di giudizio, espressamente richieste con il ricorso in appello. Ed invero l'accertamento della soccombenza (anche virtuale) è rilevante pure in ipotesi di decisione di compensazione delle spese, quanto meno ai fini della debenza del (rilevante) contributo unificato del doppio grado di giudizio, gravante *ope legis* sulla parte soccombente.

16. Prima di procedere alla disamina dei primi due motivi di appello occorre peraltro esaminare le eccezioni di inammissibilità dell'appello formulate dal Comune di Calabritto e dal Consorzio Stabile per inammissibilità (e comunque per improcedibilità) del ricorso di *prime cure*, fondate sul rilievo che parte appellante non ha impugnato la determina dirigenziale n. -OMISSIS- del 15.9.2020, successiva al provvedimento di aggiudicazione, con la quale il Comune di

Calabritto ai sensi dell'art. 32 c. 7 D.Lgs. 50/2016 ha favorevolmente definito il subprocedimento di verifica dei requisiti del Consorzio Fenix, dichiarando l'efficacia dell'aggiudicazione dell'11 agosto 2020.

16.1. Con la sentenza gravata il giudice di *prime cure* si è pronunciato solo *incidenter tantum* sull'eccezione, in quanto pur ritenendola fondata, ha rigettato nel merito il ricorso.

16.2. Con il primo motivo di appello F.G.A. critica la sentenza nella parte in cui, sia, pure *incidenter tantum*, avrebbe affermato la fondatezza dell'eccezione, mentre con il secondo motivo deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui avrebbe disatteso la censura fondata sul rilievo che il Consorzio Fenix doveva essere escluso per difetto dei requisiti generali di partecipazione.

16.3. L'eccezione, reiterata in questa sede anche *sub specie* di inammissibilità dell'appello, è peraltro in grado di destituire di fondatezza il (solo) primo motivo di appello e di comportare il difetto di interesse allo scrutinio del secondo motivo, afferendo la determina n. -OMISSIS- del 15.9.2020 - successiva al provvedimento di aggiudicazione - non gravata dalla parte, alla verifica del possesso dei (soli) requisiti di partecipazione di ordine generale, ex art. 80 d.lgs. 50/2016, con conseguente irrilevanza della stessa in relazione agli ulteriori motivi di appello, riferiti ai capi motivazionali della sentenza che avevano rigettato le restanti censure di cui agli odierni terzo, quarto e quinto motivo di appello.

16.4. L'eccezione, così limitatane la rilevanza, è fondata.

Ed invero con tale determina la stazione appaltante ha provveduto, in conformità ai principi enucleati dal noto pronunciamento dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, n. 16 del 2020, alla rivalutazione dell'affidabilità della concorrente - potendo solo la stazione appaltante valutare il punto di rottura di detta affidabilità in riferimento ad asserite carenze dichiarative di precedenti illeciti professionali (peraltro nell'ipotesi di specie riferiti a fattispecie di reato commesse da un cessato dalla carica e non comportanti l'obbligatorietà di esclusione) - con atto di natura provvedimentoale in quanto di conferma in senso proprio e non meramente confermativo.

La natura di atto di conferma in senso proprio si evince *claris verbis* dalla motivazione della citata delibera, che, sia pure in modo sintetico, esprime l'avvenuto compimento della valutazione di carattere discrezionale in ordine alla persistente affidabilità della concorrente aggiudicataria.

Ed invero in essa si afferma *expressis verbis* “*CONSIDERATO che nella richiamata determinazione n. -OMISSIS-/140 è stato precisato che l'aggiudicazione sarebbe diventata efficace ai sensi e per gli effetti dell'art. 32 comma 7 del D.Igs. n. 50/2016 solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo all'aggiudicatario e che, quindi, l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva del servizio in oggetto sarebbe avvenuta con successiva determinazione solo in esito alla suddetta verifica.*

RILEVATO, in considerazione degli esiti emersi dalle verifiche, che le dichiarazioni rese in sede di gara dall'aggiudicatario appaiono confermate e ritenuto che l'aggiudicazione disposta con determinazione n. -OMISSIS-/140 dell'i 1/08/2020, ai sensi del comma 7 dell'art. 32 del Digs. 50/2016 e ss.mm.ii., debba considerarsi efficace.

RILEVATO, in particolare, che per il cessato dalla carica direttore tecnico della consorzata esecutrice -OMISSIS-..., l'aggiudicatario ha ampiamente chiarito, in linea con i recenti orientamenti dell'Ad. Plen. n. 16 del 2020, con note del 07.09.2020 e 09.09.2020 depositate in atti, che la dichiarazione resa in merito all'ad. 80, comma 5, del D.Igs. n. 50 del 2016 al più integra un "falso inutile" ai fini del giudizio di affidabilità del concorrente, avendo ad oggetto reati che non integrano le fattispecie contemplate dai commi 1 e 2 dell'art. 80, le quali costituiscono l'unico obbligo dichiarativo del cessato dalla carica”.

16.4.1. Pertanto essendo la delibera *de qua* espressiva *in parte qua* di una nuova istruttoria e di una nuova valutazione, la stessa va qualificata quale conferma in senso proprio, alla luce della costante giurisprudenza in materia, secondo cui l'atto di conferma in senso proprio è quello adottato all'esito di una nuova istruttoria e di una rinnovata ponderazione degli interessi, e pertanto connotato anche da una nuova motivazione, per cui non può considerarsi "*meramente confermativo*" di un precedente provvedimento l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al primo provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che

caratterizzano la fase considerata, può condurre a un atto "*propriamente confermativo*", in grado, come tale, di dare vita a un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione (ex multis da ultimo Cons. Stato Sez. VI, 12/01/2022, n. 204).

16.5. Alla luce di tali rilievi, il primo motivo di appello appare infondato in quanto correttamente il giudice di *prime cure* ha ritenuto l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità fondata, sia pure *incidenter tantum*, riferendone peraltro, ad un'attenta lettura, la rilevanza ai soli requisiti generali di partecipazione. Il secondo motivo è per contro inammissibile per difetto di interesse, atteso che i capi motivazionali della sentenza con essa gravati devono intendersi riferiti ad asseriti vizi del provvedimento di aggiudicazione, in *parte qua* superato dalla citata delibera che, in quanto di conferma in senso proprio e pertanto di carattere provvedimentale, avrebbe dovuto essere impugnata dalla parte, con conseguente inammissibilità e comunque improcedibilità *in parte qua* (anche) del ricorso di *prime cure*, invero notificato dopo l'adozione della citata delibera; peraltro tale delibera non è stata neanche impugnata, nonostante la pendenza dei relativi termini alla data di introduzione del ricorso innanzi al Tar, a mezzo di ricorso per motivi aggiunti.

17. Il terzo motivo di appello va invece disatteso.

17.1. Con esso F.G.A. critica la sentenza di *prime cure* per avere rigettato la censura riferita alla violazione del principio di separazione tra l'offerta tecnica ed economica.

L'appellante, a fondamento di tale censura, aveva fatto riferimento alla scheda tecnica riportante il prezzo di listino di un prodotto.

17.2. La contestata scheda tecnica, tuttavia come dedotto dal Consorzio Fenix ed emergente *ex actis*:

- riporta solo il prezzo di listino di un prodotto, ovvero di un tubo;
- non contiene pertanto il prezzo della lavorazione voce 76 NP 7 M.

17.2.1. Nell'odierno appalto, le concorrenti non erano invero chiamate alla mera fornitura di tubi, bensì dovevano offrire la fornitura e posa in opera di tubi e raccordi, ovverosia la lavorazione voce 76 NP 7 M. La commissione di gara

peraltro, come evincibile dal verbale n. 16 del 2/5/2020, prodotto in prime cure dal Comune di Calabritto, ha ritenuto che rispetto a tale profilo, segnalato dal RUP con nota prot. 1636 del 30.04.2020, non risultasse *“violato il principio che vieta la commistione fra l'offerta tecnica e l'offerta economica, principio posto a garanzia della segretezza dell'offerta economica prima dell'attribuzione del punteggio tecnico, in quanto:*

- il computo metrico non estimativo redatto dall'O.E. è costituito da n. 100 voci, nessuna delle quali risulta valorizzata;

- il riferimento al prezzo indicato a pag. 15 dell'elaborato "Schede tecniche" non indica il prezzo offerto ma il prezzo di listino del prodotto, valore a libera conoscenza di chiunque ne abbia interesse ed agevolmente rinvenibile sia in rete che presso i rivenditori specializzati”.

17.3. La valutazione compiuta dalla commissione giudicatrice risulta al riguardo corretta, dovendo richiamarsi la consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo formatasi in relazione al *principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica.*

Detto principio, che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale, trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione *di carattere automatico* possano influenzare la valutazione degli elementi *discrezionali*: costituisce, con ciò, presidio all'attuazione dei principi di *imparzialità* e *buon andamento* dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'*iter* che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il principio si declina in una triplice regola, per cui: *a)* la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere *necessariamente inserite in buste separate* e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la ridetta commistione; *b)* è precluso ai concorrenti l'inserimento di *elementi economico-quantitativi* all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa); *c)* l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica. Invero, la conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, che precede quella di valutazione

dell'offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della Commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione stessa.

Nondimeno, per consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio e le relative regole operative trovano applicazione, *propter tenorem rationis*, nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade, appunto, solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) e, dunque, soltanto allorché il criterio di aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia – come nella specie – quello della «*offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*» (art. 95, 2° comma, d.lgs. n. 50 del 2016): la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone, in effetti, che la tutela si estenda a coprire non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo.

Il divieto in parola, peraltro, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara; in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167): è, perciò, ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi

economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica o purché non venga anticipatamente reso noto il «prezzo» dell'appalto.

Con ciò, in definitiva, il divieto di commistione non va inteso né *in senso assoluto*, né *in senso formalistico*, ben potendo nell'offerta tecnica essere contenuti *“elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica”* (Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 273; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., III, 12 luglio 2018, n. 4284; Id., III, 3 aprile 2017 n. 1530).

In tali termini si è espressa di recente questa sezione, con sentenza 2 agosto 2021, n. 5645, rigettando analoga censura riferita a fattispecie in cui il valore riportato nel computo metrico non estimativo delle migliorie non rappresentava il costo realmente sostenuto dall'appellante per la miglioria considerata (“impianto fotovoltaico”), ma solo il “Prezzo Unitario rif. Listino OO.PP. Puglia 2019 = $5400/3 = 1800$ euro”, cioè a dire la mera descrizione della “voce EA.002.031”, riportata nel prezziario della Regione Puglia.

17.4. Applicando tali coordinate ermeneutiche risulta pertanto sul punto del tutto corretta in *parte qua* la sentenza di *prime cure* laddove ha affermato che *“Il Collegio ritiene che il motivo di ricorso sia infondato, dovendosi condividere le conclusioni della Stazione appaltante, in quanto: il prezzo in esame è riferito non alla lavorazione finale, ma solo a un componente, avente peraltro valore di listino reperibile facilmente anche in rete; accanto al prezzo di listino non sono indicati gli sconti che può ottenere l'operatore dal fornitore; il computo metrico estimativo redatto dall'operatore economico è costituito da 100 voci, per cui a maggior ragione dall'offerta tecnica non sarebbe possibile risalire al contenuto dell'offerta economica”*.

18. Avuto riguardo al rilievo che la disamina del quarto motivo di appello comporta la necessità di esperimento di istruttoria – peraltro richiesta dalla medesima appellante - deve previamente procedersi alla disamina, quale ragione più liquida, del quinto ed ultimo motivo di appello.

18.1. Con tale motivo F.G.A. critica la sentenza gravata nella parte in cui aveva disatteso le censure del ricorso riferite all'eccesso di potere e difetto di istruttoria

per inattendibilità delle giustificazioni fornite dal Consorzio Fenix rispetto alla congruità dei prezzi offerti, fondate anche sul rilievo che le (seconde) giustificazioni successivamente inviate non recavano la sottoscrizione del legale rappresentante del medesimo Consorzio Fenix e neppure quelle del legale rappresentante dell'Impresa Designata e, cioè, dell'OMISSIS-.

In particolare l'appellante, nel reiterare il motivo di ricorso, si duole del fatto che il T.A.R., nella sentenza gravata, si sarebbe limitato ad affermare che quello della verifica di congruità, sarebbe un ambito sottratto a sindacato giurisdizionale, se non in ipotesi di manifesta abnormità o illogicità, trattandosi di un ambito ricompreso in quello di c.d. discrezionalità tecnica.

A dire di parte appellante, ammesso e non concesso, con riferimento ai limiti del sindacato giurisdizionale, che la questione sia nei termini indicati dal T.A.R., la sentenza non avrebbe in alcun modo affrontato un aspetto, pure evidenziato rispetto allo specifico motivo di ricorso, e, cioè, che a giustificazione della sostenibilità economica dell'offerta sarebbero stati portati dei semplici preventivi, in un caso addirittura di sei mesi successivo alla data di scadenza del bando: in altri termini non si tratterebbe di entrare nell'ambito delle scelte discrezionali afferenti la sostenibilità economica dell'offerta, quanto piuttosto di valutare e sindacare la proposta stessa sul piano della sua serietà.

18.2. Il motivo va disatteso.

Va al riguardo premesso che, come più volte affermato dalla giurisprudenza, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra le tante, Cons. di Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; III, 29 gennaio 2019, n.726; V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978). L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e

insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico. D'altro canto va anche rammentato che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e per contro sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. di Stato, V, 2018, 3480). Pertanto la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, Cons. Stato, V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; III, 18 settembre 2018 n. 5444; V, 23 gennaio 2018, n.230).

18.3. Si è inoltre affermato che la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio *per relationem* alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa. La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430).

Inoltre in sede di procedimento di verifica dell'anomalia è pacificamente ammessa la progressiva ripermetrore, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (C.d.S., V, sent. n. 1874/2020; C.d.S., V, n. 4400/2019; C.d.S., V, 4680/2017).

18.4. Si è altresì affermato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e

serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui può certamente tenersi conto di sopravvenienze sia fattuali che normative che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta.

In tale contesto deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo” anche in relazione a “sopravvenienze di fatto o normative”, (C.d.S., V, n. 4400/2019), potendosi sempre valorizzare “economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto” (C.d.S., V, 1874/2020; V, 3502/2019; in senso analogo V, 4272/2020 secondo cui è *“ammissibile non solo la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, sia in correlazione a sopravvenienze di fatto o normative, sia per porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400); ma anche la rimodulazione degli elementi economici dell'offerta in sede di giustificazioni sull'anomalia, con il solo limite di non alterarne il quantum iniziale o l'equilibrio economico e purché si accerti in concreto, sulla base di un apprezzamento globale e sintetico, che la proposta economica risulti nel suo complesso affidabile e attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1071)”*).

Ancora di recente questa Sezione ha al riguardo evidenziato, nel solco dell'indicato indirizzo giurisprudenziale: *“Premesso che lo scopo essenziale cui si conforma il giudizio sull'anomalia dell'offerta va individuato nella verifica della complessiva affidabilità dell'offerta sotto il profilo economico, in vista della esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'aggiudicatario, appare del tutto logico che detta verifica si svolga avendo come parametri di valutazione il livello dei costi al tempo in cui è effettuata la verifica. In altri termini, se la finalità (indiscussa) del procedimento in questione è la verifica della attuale attendibilità economica dell'offerta è del tutto coerente con tale finalità la scelta di fare riferimento a parametri economici attualizzati”* (Cons. Stato Sez. V, Sent., 20 gennaio 2021, n. 593).

18.5. La sentenza di *prime cure* pertanto appare sul punto immune dalle contestate censure, essendo del tutto in linea con gli indicati indirizzi giurisprudenziali,

vieppiù applicabili non avendo la parte addotto alcuna significativa ragione in ordine alla complessiva inattendibile e inaffidabilità dell'offerta in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, né specificatamente contestato il giudizio di ritenuta congruità dell'offerta da intendersi motivato (anche) per *relationem* con riferimento a tutte le giustificazioni prodotte in sede di gara, ivi comprese le seconde, che seppure non firmate dal legale rappresentante dell'impresa, erano state dallo stesso confermate in sede di chiarimenti resi in sede di contraddittorio orale.

Ed invero la sentenza gravata ha precisato, quanto al ricorso proposto da F.G.A. odierna appellante, *“che i descritti motivi di ricorso riferiti alla posizione di Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. sono del tutto sovrapponibili a quelli proposti da Base House S.r.L. nel ricorso principale nell'ambito del giudizio riunito sub RG 1126/20; quindi tali motivi di ricorso principale relativi alla posizione di Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. devono essere rigettati per le medesime ragioni (a cui si rinvia) per le quali è respinto il ricorso di Base House S.r.L. proposto nel giudizio riunito sub RG 1126/20”*.

Il motivo di ricorso proposto da Base House, avverso la valutazione del giudizio di congruità dell'offerta - ritenuto sovrapponibile a quello proposto da F.G.A. - è stato poi disatteso sulla base dei seguenti condivisibile rilievi: *“In primo luogo non ha pregio l'argomento secondo cui le giustifiche rese non sarebbero firmate dal legale rappresentante di Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. e quindi non sarebbero riferibili all'operatore economico. Infatti, a parte il rilievo che non può seriamente dubitarsi che le giustifiche sulla congruità dell'offerta provengano da Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l., occorre evidenziare che poi in sede di contraddittorio verbale il legale rappresentante del Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. ha ripercorso e nuovamente illustrato tutte le giustifiche, e all'esito ha sottoscritto il verbale, per cui l'eventuale difetto di sottoscrizione delle giustifiche sarebbe superato e ratificato dalla firma in calce al verbale di contraddittorio orale. Il motivo di ricorso è infondato anche nel merito. Sulla valutazione di congruità, conclusa positivamente dal RUP, il Giudice Amministrativo può esercitare un controllo nei limiti del sindacato sulla discrezionalità tecnica. Nel caso in esame, le censure non disvelano abnormità della valutazione, o illogicità, o manifesto travisamento di fatti; anzi la valutazione del RUP è ampiamente e congruamente motivata. In particolare, nessun vizio di illogicità, travisamento o abnormità è enucleabile dalla congrua e analitica motivazione*

del RUP, con riferimento a: il costo del lavoro, che è stato ritenuto giustificato sulla base della produzione delle tabelle ministeriali vigenti per i profili e le categorie degli operatori impiegati; i costi dei materiali, che sono stati ritenuti giustificati e congrui in ragione dei preventivi depositati validi per tutta la durata dell'appalto e delle schede tecniche; il costo dei noli e dei trasporti, ritenuto congruo in ragione dei chiarimenti di Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l., il quale ha rappresentato di possedere un adeguato parco macchine, per cui, nella redazione dell'analisi prezzi, i noli (con costi risultanti dai prezzi regionali) sono stati quantificati solo per le opere per le quali l'impresa non possiede adeguate attrezzature e macchinari; i costi generali, ritenuti giustificati e congrui, tra l'altro, per essere documentato il valore indicato nel 7%, considerando che la spesa fissa per la sede è solo una delle varie voci oggetto di analisi; l'utile d'impresa, ritenuto congruo nella misura del 5%, rispondendo ad una scelta discrezionale dell'imprenditore; le voci costituenti i costi della sicurezza aziendale, considerate congrue sulla base della tabella riepilogativa predisposta dall'operatore economico; i costi di ammortamento delle attrezzature, ritenuti congrui in virtù dell'elenco completo del parco mezzi ed attrezzature riportante le quote di ammortamento. Alla luce di tali chiarimenti e dell'istruttoria articolata svolta, il RUP ha dunque motivatamente ritenuto che l'offerta economico-temporale presentata dal Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. risulti congrua e attendibile nel suo complesso, non emergendo nessun profilo di vizio di illogicità, abnormità o travisamento dei fatti”.

Il motivo di appello pertanto non è meritevole di accoglimento non essendo in alcun modo in grado di inficiare la correttezza del giudizio di valutazione della congruità dell'offerta, da effettuarsi anche in termini “attualizzati” secondo quanto in precedenza indicato, avuto riguardo altresì a quanto controdedotto con la memoria difensiva del Consorzio Fenix dell'11 gennaio 2022, non oggetto al riguardo di alcuna contestazione, secondo cui “Nelle giustificiche sono allegati plurimi preventivi, la presenza di un preventivo avente data successiva alla gara è stato inviato a conferma della permanenza dell'offerta da parte di quello specifico fornitore, alla base dell'offerta di gara. I preventivi, inoltre, aventi data antecedente alla scadenza della gara, sono stati puntualmente e tempestivamente inviati alla Stazione Appaltante entro il termine da costei stabilito. 5.5 I preventivi versati nelle seconde giustificiche hanno tutti data antecedente alla scadenza del bando, con dettaglio dei prodotti e dei relativi prezzi. Tutti i preventivi riportano la dicitura rispettivamente: validi per tutto l'appalto; fino a fine cantiere, fino a fine lavori. 5.6 La proposta

dei fornitori, infine, avente data antecedente alla scadenza del bando, è espressamente ferma e valida: per tutto l'appalto; fino a fine cantiere, fino a fine lavori; in tal senso ai sensi ed agli effetti dell'art. 1329 c.c...".

19. Prima di esaminare il quarto motivo di appello, occorre previamente delibare l'eccezione al riguardo formulata dal Consorzio Fenix con la memoria difensiva prodotta in data 11 gennaio 2022, secondo cui parte appellante avrebbe modificato la censura al riguardo formulata in primo grado, riferita alla sola attribuzione del punteggio, richiedendo solo con il presente gravame la sua esclusione, in violazione del divieto dei nova ex art. 104 c.p.a.

19.1. L'eccezione al riguardo va disattesa, in quanto, pur avendo la sentenza di *prime cure* ritenuto la censura al riguardo formulata da F.G.A. del tutto sovrapponibile a quella articolata da Base House, che aveva contestato la congruità dei punteggi assegnati all'offerta tecnica, l'odierna appellante aveva per contro specificatamente riferito la censura - vieppiù argomentata con le memorie difensive - anche alla necessità di esclusione di F.G.A. , non circoscrivendola alla sola congruità del punteggio attribuito, come *claris verbis* evincibile anche dalla relativa rubrica, con sui si deduceva la violazione del bando e del disciplinare di gara con riferimento alla natura ed alle caratteristiche delle modifiche progettuali proposte quali miglioramenti e dalla circostanza che tutti i motivi di ricorso riferiti al Consorzio Fenix siano stati inseriti nella macrorubrica "A) MOTIVI DI ESCLUSIONE DALLA PARTECIPAZIONE ALLA GARA RIFERITI AL CONSORZIO STABILE FENIX S.C.A.R.L."

Ed invero in prime cure F.G.A. aveva espressamente lamentato che "Il disciplinare di gara (pag. 29/49) ha previsto che "Le proposte progettuali migliorative devono essere predisposte sulla base delle indicazioni e prescrizioni contenute nei documenti di progetto e non potranno in ogni caso stravolgerne natura e finalità". Nel caso che ci occupa è accaduto che, fra le proposte migliorative proposte dalla FENIX CONSORZIO STABILE S.C.A.R.L.e valorizzate dalla Stazione Appaltante in sede di attribuzione dei punteggi, ve ne sia una, denominata "Ramo T", che come peraltro segnalato dal R.U.P., si pone in aperto contrasto con il parere reso dall'ASIS (prot. n. -OMISSIS- del 28 Gennaio 2015). Strano ad immaginarsi, ma vero anche in questo caso, è accaduto che, andando in diverso avviso rispetto al R.U.P., che segnalava come la

proposta della FENIX CONSORZIO STABILE S.C.A.R.L. finisse con il collocare le condotte fognarie ad una distanza troppo vicina alla Sorgente di Quaglietta, in contrasto peraltro con il parere dell'ASIS, il Seggio di gara, nel verbale n. 16 del 2 Maggio 2020, si sia così espresso: "Rispetto all'osservazione riportata sub b), l'offerta tecnica presentata dall'O.E. primo classificato è stata valutata nel suo complesso e non è possibile stabilire ex post se e quanto abbia inciso nella valutazione una singola miglioria. In particolare la realizzazione del "Ramo T" che il RUP asserisce ricadere in zona vincolata ed in interferenza con le infrastrutture a servizio della Sorgente Quaglietta. Solo per completezza di informazione si fa notare che la Commissione né in fase di gara né all'attualità, ha potuto accertare". In conclusione, il Seggio di gara ha valutato un progetto e gli ha attribuito un punteggio tralasciando di considerare che esso, stante il contrasto con la normativa ambientale recepita anche nel parere reso dall'ASIS, non potrà essere eseguito. Ovviamente se non a costo di realizzare un'opera che per le sue concrete caratteristiche si caratterizzerebbe come contra legem. Strano, ma vero, quanto si è appena considerato è quanto emerge anche dal verbale n. 10 del 6 Dicembre 2019 all'interno del quale il Seggio di gara prende atto del parere legale richiesto dal R.U.P. all'Avv. Dario Gioia il quale così si esprime: "ad avviso dello scrivente le varianti migliorative che determinano la alterazione di caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis non sono ammissibili e valutabili". In questi presupposti attribuire un punteggio di 35 su 35 appare veramente illogico, se non gravemente sviato".

19.2. Deve pertanto ritenersi, sulla base della complessiva lettura del motivo di ricorso, che la parte non si sia limitata a lamentare la mera attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, ma deducendo l'impossibilità di esecuzione della proposta migliorativa riferita al ramo T, in quanto in contrasto con il parere reso dall'ASIS, abbia sostanzialmente lamentato l'impossibilità di esecuzione nel complesso dell'offerta tecnica, così come prodotta in gara, richiedendo sul punto anche l'acquisizione del parere reso al riguardo reso dal supporto al R.U.P., Avv. Dario Gioia, di data 25 Novembre 2019.

20. F.G.A. peraltro al riguardo deduce che l'indicazione nella sua offerta tecnica del "Ramo T", in coincidenza con le Sorgenti di Quaglietta, rappresentava solo un rifiuto, dipendente dalla non chiara formulazione degli atti di gara e pertanto eventualmente suscettibile di soccorso istruttorio.

21. Il collegio al riguardo, stante l'intrinseca natura tecnica sottesa alla valutazione dei presupposti di fatto posti a base delle deduzioni delle parti, ritiene che al riguardo sia necessario un approfondimento istruttorio.

22. Pertanto la stazione appaltante dovrà in primo luogo produrre, entro il termine di venti giorni dalla comunicazione della presente sentenza parziale, il parere reso dal supporto al R.U.P., Avv. Dario Gioia, in data 25 Novembre 2019.

23. In secondo luogo si ritiene di dovere disporre verifica.

23.1. Il verificatore letti gli atti e i documenti di causa e valutando al riguardo anche quanto evincibile dal verbale di consegna dei lavori in cui si afferma: *“Come prescritto nell'autorizzazione alla consegna prot. 1247 del 1.04.2021 rilasciata dal Responsabile Unico del Procedimento ai sensi dell'art. 5 del D.M. 49/08, con riferimento al progetto esecutivo post gara, trasmesso dall'appaltatore in data 10.09.2020 ed acquisito agli atti comunali con Prot. n. 3429, essendo le opere identificate come “Ramo T” riportate planimetricamente in modo non corrispondente agli elaborati grafici d'appalto, si dispone la momentanea non esecuzione delle stesse, rimandando a successive analisi e verifiche della stazione appaltante le determinazioni definitive”*, dovrà al riguardo accertare:

a) se fosse facilmente evincibile da parte di un operatore esperto del settore, sulla base degli atti di gara ed in particolare dei progetti e dei relativi elaborati, la motivazione per cui nel progetto esecutivo posto a base di gara era contemplata l'eliminazione del tratto fognario già esistente (impattante con le aree di salvaguardia delle sorgenti);

b) se il tracciato del c.d. “Ramo T”, posto a base dell'offerta tecnica del Consorzio Fenix , indicato quale proposta migliorativa, ricadeva esattamente all'interno delle aree di salvaguardia delle sorgenti di Quaglietta;

c) le eventuali ricadute della sua eliminazione in sede esecutiva sul piano della complessiva eseguibilità del progetto siccome proposto in gara.

23.2. L'organo incaricato della verifica è il Preposto al Dipartimento di ingegneria civile, edile e ambientale dell'Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Ingegneria, con possibilità di delega ad altro Ingegnere inserito nel medesimo Dipartimento.

23.3. La verifica dovrà essere espletata nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della presente sentenza parziale.

24. Alla stregua dei precedenti rilievi, il ricorso in appello in epigrafe indicato va in parte dichiarato inammissibile (secondo motivo), in parte rigettato (primo, terzo e quinto motivo), mentre in relazione al quarto motivo va disposta l'istruttoria di cui ai precedenti paragrafi 22 e 23.

25. Per il prosieguo della trattazione si rinvia all'udienza pubblica del 26 gennaio 2023.

26. Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile (secondo motivo), in parte lo rigetta (primo, terzo e quinto motivo) ed in parte (quarto motivo) dispone l'istruttoria di cui in motivazione.

Spese al definitivo.

Fissa per il prosieguo della trattazione l'udienza pubblica del 26 gennaio 2023.

Manda alla segreteria per le comunicazioni di rito alle parti ed all'organo incaricato della verifica (Preposto al Dipartimento di ingegneria civile, edile e ambientale dell'Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Ingegneria).

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la -OMISSIS- ed il suo direttore tecnico.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.