

N. 01210/2011 REG.PROV.COLL.
N. 07421/2009 REG.RIC.
N. 01725/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7421 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Edile Fico Giuseppe, in persona del legale rappresentante p.t. Sig. Giuseppe Fico, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Parisi e Marcello Russo, presso i quali ha eletto domicilio in Napoli, via S. Aspreno, 13;

contro

Comune di Afragola, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Luisa Errichiello, Luigi Schiavone e Antonio Di Maso, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R.;

nei confronti di

Castaldo s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con Consorzio Pubblici Appalti a r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Giuliana Vosa e Paolo Vosa, presso i quali hanno eletto domicilio in Napoli, via G. Fiorelli, 14;
Dott. Biagio Dezio Costruzioni s.r.l., Ing. Antonio Calabrese s.r.l., in

persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Carlo Iaccarino e Rita Iaccarino, presso i quali hanno eletto domicilio in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia, 55;

Finseco Costruzioni s.p.a., non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1725 del 2010, proposto da:

Dott. Biagio Dezio Costruzioni s.r.l., Ing. Antonio Calabrese s.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Carlo Iaccarino e Rita Iaccarino, presso i quali hanno eletto domicilio in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia, 55;

contro

Comune di Afragola, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Luisa Errichiello, Luigi Schiavone e Antonio Di Maso, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R.;

nei confronti di

Castaldo s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con Consorzio Pubblici Appalti a r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Giuliana Vosa e Paolo Vosa, presso i quali hanno eletto domicilio in Napoli, via G. Fiorelli, 14;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 7421 del 2009:

I) con il ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 30 ottobre 2009 con cui, in seguito alla valutazione delle offerte tecnico – organizzative ed economiche, è stata formulata la graduatoria delle imprese concorrenti ed è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto integrato indetto dal Comune di Afragola per la progettazione esecutiva e la realizzazione del Parco Urbano nell'area di riqualificazione urbanistica ed ambientale di Corso Napoli via Oberdan in favore dell'a.t.i. Castaldo;

- del punto 15 del disciplinare di gara relativo alla definizione dei sottocriteri di aggiudicazione;
- del verbale della commissione recante riammissione in gara delle società controinteressate, nonché di quelli con cui si è proceduto alla valutazione preliminare della documentazione prodotta dalle concorrenti nella busta B (offerta tecnica);
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

II) con i motivi aggiunti depositati il 20 gennaio 2010:

- della determinazione n. 171 del 7 dicembre 2009 recante approvazione degli atti di gara e aggiudicazione provvisoria della gara in favore dell'a.t.i. Castaldo;
- della nota n. 15197 del 10 giugno 2009 recante comunicazione di riammissione delle controinteressate;

III) con i motivi aggiunti depositati il 25 febbraio 2010:

- dei verbali della commissione giudicatrice del 16 e 23 aprile nonché del 9 e 29 giugno, del 7, 10 e 14 luglio, dell'11, 15, 16, 17, 22 e 24 settembre 2009;

IV) con i motivi aggiunti depositati il 5 marzo 2010:

- del verbale del 16 e 18 febbraio 2009, del 30 ottobre 2009 nonché della determinazione del 7 dicembre 2009.

B) quanto al ricorso n. 1725 del 2010:

I) con il ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 30 ottobre 2009 e del conseguente provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Castaldo;
- di tutti gli altri atti connessi, preordinati e conseguenti, ivi compreso il verbale del 9 giugno 2009 della Commissione in seduta riservata, nella parte in cui riammette in gara l'a.t.i. Castaldo, esclusa con verbale del 16 aprile 2009 per carenze documentali.

II) con i motivi aggiunti:

- della determinazione del 7 dicembre 2009 recante approvazione degli atti di gara ed aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Castaldo;
- dei verbali del 9 e 29 giugno 2009, del 7, 10, 14 luglio 2009, dell'11, 15, 16, 17, 22, 24 settembre 2009;

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Afragola;

Visti gli atti di costituzione di Castaldo s.p.a., Consorzio Pubblici Appalti a r.l., Dott. Biagio Dezio Costruzioni s.r.l., Ing. Antonio Calabrese s.r.l.,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 486 del 27 gennaio 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con i ricorsi in esame l'Impresa Edile Fico Giuseppe (quarta classificata) ed il raggruppamento temporaneo di imprese composto da Dott. Biagio Dezio Costruzioni s.r.l. e Ing. Antonio Calabrese s.r.l. (secondo graduato) impugnano il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Castaldo s.p.a. e gli altri atti meglio specificati in epigrafe relativi alla procedura indetta dal Comune di Afragola per l'affidamento dei lavori di progettazione esecutiva e di realizzazione del Parco Urbano nell'area di riqualificazione urbanistica ed ambientale di Corso Napoli – Via Oberdan, con importo a base d'asta pari ad Euro 3.520.000,00.

In particolare, con il primo dei ricorsi in esame, iscritto al numero di registro generale 7421 del 2009, l'Impresa Edile Fico Giuseppe deduce i profili di illegittimità di seguito rubricati:

- 1) falsa interpretazione ed applicazione del combinato disposto dell'art. 83

D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'allegato B del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, violazione dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241, eccesso di potere, carenza di istruttoria, omessa motivazione, irragionevolezza, illogicità manifesta;

2) violazione del giusto procedimento, violazione dei principi di imparzialità e trasparenza della Pubblica Amministrazione, violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione dell'art. 1 L. 7 agosto 1990 n. 241 e del principio di pubblicità dell'azione amministrativa, violazione dell'art. 27 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione della lex specialis di gara, eccesso di potere;

3) violazione dell'art. 86 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, eccesso di potere, sviamento, falsità della causa, difetto di istruttoria;

4) falsa interpretazione ed applicazione dell'art. 83 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione del bando di gara, eccesso di potere, carenza di istruttoria, irragionevolezza, illogicità manifesta.

Con successivi atti di motivi aggiunti, depositati rispettivamente il 20 gennaio 2010, il 25 febbraio 2010 ed il 5 marzo 2010 l'impresa Fico deduce ulteriori profili di illegittimità avverso la determinazione n. 171 del 7 dicembre 2009 recante aggiudicazione provvisoria, impugnando altresì la mancata esclusione delle prime tre partecipanti graduate (a.t.i. Castaldo, a.t.i. Biagio Dezio e Finseco Costruzioni) e gli altri provvedimenti indicati in epigrafe, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili.

Conclude con la richiesta di esclusione delle prime tre partecipanti e, in subordine, di annullamento della procedura concorsuale e di risarcimento dei danni.

La ricorrente ha proposto inoltre istanza di accesso alla documentazione di gara ai sensi dell'art. 25 della L. 7 agosto 1990 n. 241 (come modificato dall'art. 17 della L. 11 febbraio 2005 n. 15), con particolare riferimento alla

produzione depositata dalle prime tre classificate.

Alla camera di consiglio del 10 marzo 2010, fissata per l'esame della domanda di accesso, la difesa di parte ricorrente ha dichiarato che è venuta meno la materia del contendere relativamente all'istanza ex art. 25 L. 241/90 e, per l'effetto, il Tribunale, con ordinanza n. 216/2010. ha dichiarato non luogo a provvedere in ordine alla richiesta di accesso.

Si è costituito in giudizio il raggruppamento di imprese costituito da Castaldo s.p.a. e Consorzio Pubblici Appalti a r.l. che replica alle censure di parte ricorrente e propone inoltre ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara dell'Impresa Fico Giuseppe per violazione ed errata applicazione del disciplinare di gara e dell'art. 76 del codice degli appalti pubblici, eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di istruttoria ed illogicità manifesta, violazione della par condicio tra i concorrenti.

Resistono altresì in giudizio il Comune di Afragola e le società Biagio Dezio Costruzioni e Ing. Antonio Calabrese che concludono per la reiezione del gravame.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, iscritto al numero di registro generale 1725 del 2010, le società Biagio Dezio Costruzioni s.r.l. e la Ing. Antonio Calabrese s.r.l. (associate nel raggruppamento temporaneo che si è classificato al secondo posto nella procedura in esame), impugnano il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Castaldo ed affidano il gravame ai seguenti motivi di diritto: violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, della L. 7 agosto 1990 n. 241, degli artt. 3 e 97 della Costituzione, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, errore nei presupposti.

Concludono con la richiesta di annullamento degli atti impugnati e di risarcimento dei danni.

Si sono costituiti nel giudizio in questione il Comune di Afragola e le società Castaldo s.p.a. e Consorzio Pubblici Appalti a r.l. che eccepiscono

in rito l'inammissibilità ed irricevibilità del ricorso per tardività e ne contestano il dedotto nel merito.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2011 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione, anticipata con dispositivo di sentenza n. 486 del 27 gennaio 2011.

DIRITTO

Attesa la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva, i ricorsi in esame vengono riuniti per essere decisi con un'unica sentenza ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm..

Per la migliore intelligenza delle questioni dedotte in giudizio, occorre ripercorrere in sintesi lo sviluppo della procedura concorsuale.

Il Comune di Afragola ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di progettazione esecutiva e di realizzazione del Parco Urbano nell'area di riqualificazione urbanistica ed ambientale di Corso Napoli – Via Oberdan, con importo a base d'asta pari ad Euro 3.520.000,00.

I lavori da realizzare consistevano nella riqualificazione di immobili preesistenti e nella realizzazione di opere esterne nell'ambito del Parco Urbano da eseguire in conformità al progetto definitivo redatto ed approvato dall'amministrazione, con possibilità per i partecipanti di presentare soluzioni migliorative.

Il criterio di aggiudicazione dell'appalto veniva individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, tenuto conto dei seguenti elementi di valutazione:

1. Ribasso sul prezzo a base di gara: 30 punti;
2. Valore tecnico ed estetico delle soluzioni migliorative e delle integrazioni tecniche: massimo 50 punti, così ripartiti: 2.1.) “soluzioni costruttive di dettaglio architettoniche, strutturali ed impiantistiche che garantiscono l'inserimento e l'integrazione edificio – impianto per l'installazione degli impianti con soluzioni ed energie alternative; individuazione di modalità

esecutive finalizzate ad una ottimizzazione dell'organismo strutturale ed alla riduzione delle lavorazioni in cantiere e dei tempi di realizzazione", 10 punti; 2.2.) "finiture in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi (infissi interni, infissi esterni, controsoffiti, pavimenti, divisori, interni corpi illuminanti), 10 punti; 2.3.) "finiture di natura tecnica, isolamenti termici ed acustici", 5 punti; 2.4.) "soluzioni di contenimento di consumi energetici termici ed elettrici per la climatizzazione integrale con dimostrazione e valutazione di costi gestionali per fabbisogni energetici globali e proiezioni di costi di gestione e manutenzione", 25 punti;

3. Organizzazione e qualità della struttura operativa per lo svolgimento delle prestazioni ed organizzazione del cantiere: punti 5, così suddivisi: 3.1.) "curriculum dei tecnici componenti la struttura tecnica ed organizzativa", 1 punto; 3.2.) "organizzazione di cantiere", 2 punti; 3.3.) "piano di controllo qualità dei materiali ed esecuzione dei lavori", 2 punti;

4. Costo di utilizzazione e manutenzione: punti 10, così articolati: 4.1.) "economia di gestione", 3 punti, 4.2.) "risparmi energetici", 4 punti; 4.3.) "economia di manutenzione ordinaria e straordinaria", 3 punti;

5. Offerta temporale: punti 5.

Nel corso della procedura, con verbale del 16 aprile 2009, la commissione disponeva l'esclusione (oltre che della società CO.GE.DI. s.r.l.):

- dell'a.t.i. Castaldo, per mancanza del documento prescritto dal disciplinare di gara al punto 9.2.1. (*"relazioni descrittive, elaborati grafici, schemi W.B.S. 'Work Breakdown Structure', diagrammi di Pert e Gantt che illustrino la concezione organizzativa e la struttura tecnico organizzativa ed i tempi complessivi che il concorrente impiegherà per la realizzazione dell'opera"*);

- dell'a.t.i. Dezio per omessa produzione, tra l'altro, dell'elenco riassuntivo delle soluzioni migliorative e delle integrazioni tecniche proposte (prescritto dal punto 9.2.3. del disciplinare) e dell'elenco dei materiali, componenti e apparecchiature delle lavorazioni riguardanti le soluzioni migliorative (di cui

al punto 9.2.6. del disciplinare).

In seguito all'esame delle osservazioni inoltrate dai raggruppamenti esclusi (che assumevano l'eshaustività della documentazione prodotta), nella successiva seduta del 9 giugno 2009 il seggio di gara riammetteva le partecipanti estromesse.

Nella seduta del 29 giugno 2009 ed in altre successive, la commissione di gara, riunita in seduta riservata, procedeva all'esame delle offerte tecniche presentate dalle partecipanti e, in seguito, alla valutazione delle offerte economiche e temporali.

All'esito, la commissione stilava la graduatoria che vedeva al primo posto l'a.t.i. Castaldo (punti 70,154) e, in seconda a terza posizione, l'a.t.i. Dezio Costruzioni (punti 63,777) e la società Finseco Costruzioni (punti 63,669); infine, come quarta classificata, si classificava la Impresa Edile Fico Giuseppe (punti 50,093).

Pertanto, con determinazione dirigenziale n. 171 del 7 dicembre 2009, il Comune di Afragola disponeva l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Castaldo.

Il primo gravame, iscritto al numero di registro generale 7421 del 2009, è proposto dall'Impresa Edile Fico Giuseppe.

In limine litis, deve essere esaminato il ricorso incidentale con cui le società controinteressate Castaldo s.p.a. e Consorzio Pubblici Appalti a r.l. lamentano la mancata esclusione della ricorrente.

Tanto si impone tenuto conto del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'esame del ricorso incidentale (per il necessario rispetto del principio della sua valenza preliminare) deve precedere quello del gravame principale, ogni volta che, con il primo (nella prospettiva di un effetto paralizzante), vengano affrontate questioni capaci di incidere sulla sussistenza stessa dell'interesse a ricorrere in capo al ricorrente principale (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2008 n.

4686).

Infatti, in caso di accoglimento dell'impugnazione incidentale, la ricorrente principale non potrebbe più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non potrebbe quindi conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, (trattandosi di procedura con n. 8 concorrenti) l'amministrazione non potrebbe che prendere in considerazione le offerte presentate dalle altre imprese ammesse. Per l'effetto, il ricorso principale diventerebbe improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità (Adunanza Plenaria, 10 novembre 2008 n. 11).

Orbene, le ricorrenti incidentali lamentano che la stazione appaltante ha erroneamente ritenuto ammissibile l'offerta tecnica formulata dalla Impresa Fico che, anziché presentare soluzioni finalizzate al miglioramento del fabbricato esistente nell'area oggetto di intervento, ne ha proposto l'integrale demolizione e ricostruzione. Tale proposta tecnica violerebbe quindi il disciplinare di gara (che, a pagina 8, prevede che *“Le soluzioni migliorative e le integrazioni tecniche ... non dovranno comunque alterare la natura e la destinazione delle singole parti dell'opera ...”*) ed, altresì, l'art. 76 del codice degli appalti pubblici, secondo cui *“Le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate”*, trattandosi di variante non ammessa.

La difesa dell'Impresa Fico eccepisce la irricevibilità per tardività e la inammissibilità dell'impugnazione incidentale, siccome notificata presso il domicilio reale del Comune di Afragola e non già presso relativi i procuratori costituiti in giudizio.

Il motivo di diritto è privo di pregio, con conseguente superfluità dell'esame delle eccezioni in rito.

Giova in proposito rammentare che, contrariamente a quanto sostenuto nel

gravame incidentale, la *lex specialis* non impediva la presentazione di soluzioni progettuali migliorative che incidessero anche sugli aspetti strutturali degli immobili oggetto dei lavori, considerato che a pagina 8 del disciplinare si legge che *“le soluzioni migliorative e le integrazioni tecniche potranno riguardare (...) approfondimenti finalizzati alla individuazione di soluzioni costruttive di dettaglio architettoniche, strutturali ed impiantistiche..”*.

In altri termini, alla stregua di una interpretazione sistematica e improntata a buona fede, la possibilità di apportare varianti al progetto esecutivo posto a base di gara non era da ritenersi preclusa in radice dalla disciplina dettata dalla *lex specialis*, ma era da questa riconosciuta, sia pure a condizione che dette varianti (che ben potevano avere ad oggetto soluzioni “strutturali”) assumessero contenuto “migliorativo”. Per convincersene, basti considerare che, come dedotto dall’amministrazione intimata (cfr. memoria depositata il 3 febbraio 2010) la stessa relazione tecnica acclusa al progetto definitivo posto dalla stazione appaltante a base di gara prevedeva una parziale demolizione del fabbricato esistente.

Inoltre, è dirimente la considerazione che la prescrizione asseritamene violata non era assistita da espressa comminatoria di esclusione, secondo il principio generale della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella *lex specialis* dell'appalto (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 marzo 2010 n. 1331).

Difatti, il disciplinare prescriveva (pag. 8) che, in presenza di eventuali soluzioni migliorative ritenute “non accettabili”, *“non si procederà alla esclusione del concorrente dalla gara ma se ne terrà debitamente conto nell’assegnazione dei coefficienti ed il suddetto concorrente, in caso di aggiudicazione, dovrà eseguire l’intervento, per quanto riguarda le dette proposte inaccettabili, nel rispetto delle indicazioni e prescrizioni del progetto definitivo posto a base di gara”*.

Neppure è condivisibile l’argomentazione svolta dalle ricorrenti incidentali, secondo cui, trattandosi di proposta progettuale che non perseguiva le

finalità migliorative della stazione appaltante e non rispettava le prescrizioni del disciplinare, la commissione avrebbe dovuto attribuire un punteggio pari a zero.

Premesso che tale doglianza non presenterebbe alcun effetto escludente e, quindi, “paralizzante” sul ricorso principale proposto dall’Impresa Fico (in quanto l’eventuale accoglimento non darebbe luogo alla relativa estromissione ma inciderebbe solo sul punteggio riportato in gara), essa si infrange contro il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui le censure che attengono alla valutazione della commissione giudicatrice involgono un sindacato che sconfinava nel merito amministrativo, preclusa al giudice.

Difatti, tale attività valutativa è espressione di un potere di natura tecnico discrezionale di per sé insindacabile in sede di legittimità se non per aspetti di eccesso di potere per manifesta illogicità, insufficiente motivazione o errori di fatto (Consiglio di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7262, 23 febbraio 2010 n. 1040 e 29 ottobre 2009 n. 6688; T.A.R. Puglia Bari, 6 ottobre 2010 n. 3532).

La reiezione del gravame incidentale consente dunque di passare all’esame del ricorso proposto dall’Impresa Fico.

Preliminarmente, è necessario prendere atto che, con il gravame introduttivo ed i successivi motivi aggiunti, la ricorrente articola diverse censure delle quali:

- alcune sono volte ad ottenere la declaratoria di illegittimità dell’aggiudicazione in favore della prima graduata (di cui si contesta la riammissione in gara dopo l’iniziale provvedimento di esclusione disposto dalla commissione) e della mancata esclusione delle prime tre classificate nonché a contestare il punteggio attribuito dal seggio di gara;
- altre sono dirette a travolgere singole fasi procedurali (omessa esplicitazione in sede pubblica dei punteggi conseguiti dai concorrenti per

ciascun criterio e apertura in seduta riservata delle buste contenenti l'offerta tecnica, mancata valutazione di anomalia dell'offerta c.d. facoltativa);

- ulteriori doglianze sono volte infine alla demolizione integrale dell'intera procedura (contestazione dei criteri e sub-criteri di valutazione fissati nella lex specialis di gara per il peso eccessivo attribuito al c.d. merito "ecologico", assenza di criteri motivazionali con riguardo all'attribuzione del punteggio derivante dal ribasso praticato nell'offerta economica, cantierabilità del progetto posto a base di gara).

Ebbene, in presenza di rilievi diversamente articolati, non si può prescindere dal principio dispositivo che regola anche il processo amministrativo secondo cui è necessario esaminare con priorità quelle doglianze dalle quali deriva un effetto pienamente soddisfacente della pretesa del ricorrente (Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2009 n. 375; Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213).

Pertanto, l'ordine di esame dei motivi di diritto seguirà il criterio della maggiore intensità e pienezza della pretesa azionata in giudizio: quindi, verranno scrutinate dapprima le doglianze che attengono alla mancata esclusione delle prime tre graduate e alla mancata attribuzione all'Impresa Fico del massimo punteggio disponibile previsto per l'offerta tecnica (con motivi di diritto che, ove accolti, condurrebbero all'aggiudicazione in favore dell'Impresa Fico) e, in seguito, dovranno essere esaminati i profili di illegittimità che, ove accolti, porterebbero alla rinnovazione di singole operazioni concorsuali ovvero dell'intera procedura selettiva.

Tali considerazioni consentono inoltre di respingere l'eccezione sollevata in rito dall'a.t.i. Castaldo e dal Comune di Afragola che oppongono l'inammissibilità delle censure proposte dall'Impresa Fico avverso il provvedimento di aggiudicazione in quanto, secondo le resistenti, l'eventuale accoglimento non consentirebbe in ogni caso alla ricorrente di conseguire il bene della vita, costituito dall'aggiudicazione dell'appalto

(considerato che la stessa riveste la quarta posizione in graduatoria).

L'eccezione è infondata tenuto conto che, come si è visto, l'Impresa Fico (con i motivi aggiunti) ha impugnato la mancata esclusione delle prime tre graduate (l'a.t.i. Castaldo, a.t.i. Dezio Costruzioni e società Finseco) e l'eventuale accoglimento potrebbe portare all'aggiudicazione della procedura in proprio favore.

Inoltre, si è visto che la ricorrente articola in via subordinata ulteriori censure con intento demolitorio della selezione concorsuale e, pertanto, deve riconoscersi alla medesima l'interesse strumentale ad impugnare gli atti di gara, trattandosi di deduzioni tali da determinare, in caso di riconoscimento giudiziale, l'utilità strumentale della rinnovazione parziale o integrale della procedura (Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 maggio 2010 n. 2077 e Sez. V, 14 gennaio 2009 n. 101).

Dopo aver vagliato la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del ricorso e prendendo atto dei diversi capi di impugnazione svolti dalla Impresa Fico avverso atti e documentazione riferiti alle società che la precedono in graduatoria, conviene, ai fini della decisione, anteporre l'esame dei presunti vizi riferiti alla terza graduata Finseco e quelli che attengono al punteggio attribuito alle concorrenti, al fine di poter accertare l'eventuale mancato superamento della c.d. "prova di resistenza" e, quindi, la carenza di interesse a ricorrere della Impresa Fico.

Orbene, con i motivi aggiunti depositati il 25 febbraio 2010, la ricorrente lamenta, tra l'altro:

- la mancata esclusione della Finseco per inadeguatezza del relativo progetto presentato in sede di gara in quanto, secondo la esponente, dall'esame degli elaborati non sarebbe possibile configurare un'offerta economica certa e determinata poiché essa "sostanzialmente demanda la cantierabilità del progetto ad una verifica strutturale della porzione di fabbricato non demolita": in sintesi, la terza classificata avrebbe rinviato

ogni approfondimento ad una successiva perizia di variante suppletiva da effettuare in corso d'opera e non avrebbe proposto l'unica soluzione progettuale ritenuta idonea dalla ditta Fico (demolizione integrale e successiva ricostruzione del fabbricato): inoltre, la Finseco avrebbe apportato una variante non consentita dal disciplinare, in violazione dell'art. 76 del D.Lgs. 163/2006, in quanto la relativa proposta progettuale prevede la realizzazione di un fabbricato con un'altezza diversa del manufatto da ristrutturare, con conseguente modifica della sagoma rispetto al progetto posto a base di gara dalla stazione appaltante;

- la mancata assegnazione in proprio favore del punteggio massimo previsto, quantomeno con riferimento alle voci 2.4. ("soluzioni di contenimento di consumi energetici termici ed elettrici"), 4.2. ("risparmi energetici") e 4.3. ("economia di manutenzione ordinaria e straordinaria"), in considerazione del pregio della proposta presentata, consistente nella demolizione e successiva ricostruzione dell'edificio che costituiva oggetto dell'appalto, che le avrebbe consentito di porsi come prima graduata, con conseguente aggiudicazione dell'appalto.

Le deduzioni sono prive di pregio, alla luce delle considerazioni svolte circa i limiti del sindacato del giudice amministrativo in materia di valutazione delle offerte tecniche presentate dalle società partecipanti ad una gara d'appalto.

Difatti, si è visto che costituisce ius receptum quello secondo cui l'attività valutativa della commissione è espressione di un potere di natura tecnico discrezionale di per sé insindacabile in sede di legittimità se non per aspetti di eccesso di potere per manifesta illogicità, insufficiente motivazione o errori di fatto (Consiglio di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7262, 23 febbraio 2010 n. 1040 e 29 ottobre 2009 n. 6688; T.A.R. Puglia Bari, 6 ottobre 2010 n. 3532).

Tale argomentazione (che non consente quindi di accogliere la doglianza

articolata avverso la mancata attribuzione del punteggio massimo in favore dell'Impresa Fico) deve essere viepiù ribadita con riferimento alla censura relativa alla mancata esclusione della Finseco con cui la ricorrente, quasi sostituendosi alla stazione appaltante, perviene alla individuazione della migliore soluzione progettuale per l'esecuzione dell'opera appaltata (quella demolitoria, con ricostruzione del fabbricato previsto nel progetto con la medesima altezza e sagoma), contestando la differente proposta formulata dalla Finseco nel quadro della propria autonomia imprenditoriale.

Tale argomentazione non appare tuttavia condivisibile in quanto essa si risolve nella mera contrapposizione della valutazione svolta dalla ricorrente alla verifica effettuata dalla commissione di gara, senza che vengano concretamente individuati elementi oggettivi dai quali desumere in maniera indubitabile l'illogicità o l'incoerenza della scelta svolta dal seggio (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 8 luglio 2010 n. 23768).

Ciò vale anche per la contestazione che attiene alla presentazione, da parte della Finseco, di un progetto di fabbricato diverso rispetto a quello che costituisce oggetto dei lavori appaltati, i cui concreti profili di difformità (diversa altezza, sagoma, etc.) non vengono puntualmente specificati né nel ricorso né nella relazione tecnica a firma dell'Ing. Patriciello allegata al ricorso (nella quale si evidenzia in modo generico e non documentato che nella proposta avanzata dalla terza classificata *“si ha una diversa altezza della ricostruzione del fabbricato”*).

Ne consegue che il ricorso si appalesa in parte qua infondato.

Il rigetto della censura articolata nei confronti della Finseco conduce inoltre alla improcedibilità per carenza di interesse (in relazione alla c.d. “prova di resistenza”) delle ulteriori doglianze svolte avverso l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'a.t.i. Castaldo e la mancata esclusione dell'a.t.i. Dezio.

Difatti, la ricorrente non trarrebbe alcun vantaggio dall'eventuale

accoglimento dei relativi motivi di diritto poiché, in ogni caso, non potrebbe conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in quanto preceduta in graduatoria dalla Finseco la cui ammissione in gara, per le ragioni illustrate, sfugge agli scrutinati rilievi di illegittimità.

Occorre quindi passare all'esame delle doglianze sviluppate con intento demolitorio nel ricorso introduttivo al fine di conseguire la rinnovazione di singole fasi della procedura concorsuale.

Con una prima censura, la Impresa Fico lamenta l'illegittimità della gara in ragione della mancata esplicitazione in sede pubblica dei punteggi conseguiti dai singoli concorrenti per ciascun criterio e sub-criterio previsto dal disciplinare di gara. Secondo la prospettazione di parte ricorrente, tale condotta integra violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 L. 241/1990, dell'art. 83 D.Lgs. 163/2006 e dell'allegato B del D.P.R. 554/1999 poiché, avendo adottato come metodo di giudizio il c.d. confronto a coppie (nel quale ogni elemento qualitativo delle diverse proposte formulate viene valutato attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ciascun concorrente sono individuate e, per ciascun elemento, confrontate due a due), andava declinato in seduta pubblica il punteggio assegnato da ogni commissario per ciascun parametro di valutazione.

La deduzione è priva di pregio, alla luce dell'assorbente considerazione che nessuna disposizione di gara imponeva la lettura in seduta pubblica dei singoli punteggi riportati dai partecipanti in ordine a ciascun criterio e sub-criterio previsto dal disciplinare di gara.

Viceversa, il disciplinare di gara prevedeva che la valutazione delle offerte tecniche e l'assegnazione dei relativi punteggi sarebbe avvenuta in seduta riservata. L'art. 15 disponeva infatti che *“la commissione di gara procede, in una o più sedute riservate, sulla base della documentazione contenuta nelle buste ‘B – Offerta tecnica – organizzativa’ ed ai sensi del metodo aggregativo – compensatore di*

valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'allegato B del DPR 554/99 (...) alla valutazione delle proposte progettuali in variante o migliorative del progetto posto a base di gara presentate dai concorrenti sulla base di quanto richiesto negli atti di gara e nei documenti di progetto; alla valutazione delle proposte in ordine agli eventuali altri elementi di natura qualitativa presentate dai concorrenti sulla base di quanto richiesto negli atti di gara e nei documenti di progetto; all'assegnazione dei relativi punteggi”.

Neppure è condivisibile la doglianza che attiene alla violazione dell'obbligo di motivazione, fondata sulla mancata ponderazione e valutazione dei singoli criteri e sotto-criteri di valutazione.

L'argomentazione è destituita di fondamento alla luce della documentazione versata agli atti di causa, dalla quale, viceversa, emerge che la commissione ha partitamente proceduto all'assegnazione dei punti per i singoli criteri relativi all'offerta tecnica, atteso che:

- nelle sedute del 7 luglio 2009, del 10 luglio 2009, del 14 luglio 2009, dell'11 settembre 2009 ha esaminato, con il criterio del confronto a coppie, il criterio “Valore tecnico ed estetico delle soluzioni migliorative e delle integrazioni tecniche” ed i singoli sub-criteri 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4;
- nelle sedute del 15 settembre 2009 e del 16 settembre 2009 il seggio di gara ha scrutinato il criterio “Organizzazione e qualità della struttura operativa per lo svolgimento delle prestazioni ed organizzazione del cantiere” ed i relativi sotto-criteri 3.1, 3.2 e 3.3;
- nelle sedute del 17 settembre 2009, del 22 settembre 2009 e del 24 settembre 2009, la commissione ha ponderato il criterio “Costo di utilizzazione e manutenzione” ed i relativi sotto-criteri 4.1, 4.2, e 4.3.

Con il secondo motivo del ricorso introduttivo, la ricorrente censura la condotta del seggio di gara che ha proceduto in seduta riservata all'apertura della busta ‘B’ relativa all'offerta tecnico – organizzativa e all'esame della relativa documentazione, deducendo la violazione della *lex specialis* di gara

nonché dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, lamentando peraltro che proprio nel corso di tali sedute riservate il seggio aveva statuito la riammissione delle prime due graduate, precedentemente escluse per la mancanza di documenti prescritti dalla *lex specialis*.

La doglianza coglie nel segno.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale, tra i propri principi cardine, contempla proprio quelli di adeguata pubblicità e trasparenza, che si elevano, quindi, a principi generali di tutti i contratti pubblici (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1).

Quindi, deve ritenersi principio generale in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica e quella economica.

Tale principio impone, pertanto, che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica di integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2010 n. 8006; Sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856, 18 dicembre 2006, n. 7578; Sez. IV, 11 ottobre 2007 n. 5354).

Peraltro, non vi è dubbio che, nel caso in esame, tale modalità pubblica di verifica del contenuto delle offerte tecniche fosse espressamente prevista dal disciplinare di gara (art. 15), secondo cui *“La commissione di gara, il giorno fissato (...) per l'apertura delle offerte, in seduta pubblica, sulla base della*

documentazione contenuta nelle offerte presentate, procede a verificare la correttezza formale e sostanziale delle offerte e della documentazione presentata dai concorrenti ed in caso negativo ad escludere dalla gara i concorrenti cui esse di riferiscono”.

Alla luce della indicata prescrizione, coerente con i principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, propri delle gare ad evidenza pubblica, il ritiro della commissione in seduta riservata doveva quindi riguardare la sola valutazione delle offerte tecniche e non, invece, l'apertura dei relativi plichi, come è avvenuto nel caso in esame.

Invero, è ammessa una seduta riservata della commissione giudicatrice limitatamente alla fase di valutazione tecnico-discrezionale delle offerte tecniche, onde evitare influenze esterne sui membri della commissione, con riaffermazione a contrario del principio secondo cui deve, invece, avvenire in seduta pubblica la verifica dell'integrità e dell'apertura delle buste.

Ne consegue che il mancato rispetto del principio di pubblicità delle sedute integra un vizio del procedimento e comporta l'invalidità derivata degli atti di gara conseguenti, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'a.t.i. Castaldo.

Restano pertanto assorbite le ulteriori censure dedotte dalla ricorrente.

Deve viceversa essere respinta, in quanto genericamente formulata, la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente, tenuto anche conto che l'effetto dell'accoglimento dell'impugnazione consiste nella rinnovazione della procedura selettiva a partire dalla fase incisa dalla pronuncia di annullamento, con la conseguenza che la Impresa Fico potrà far valere nel proseguimento della gara la propria *chance* di aggiudicazione.

Per l'effetto, deve essere dichiarata altresì l'improcedibilità del distinto ricorso iscritto al numero di registro generale 1725 del 2010, proposto da Dott. Biagio Dezio Costruzioni s.r.l. e Ing. Antonio Calabrese s.r.l. (secondo raggruppamento classificato) proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore dell'a.t.i. Castaldo.

Difatti, è evidente che la caducazione della fase concorsuale conseguente all'accoglimento, nei termini descritti, del ricorso R.G. 7421/2009, travolgendo l'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata, determina il sopravvenuto difetto di interesse da parte dell'a.t.i. Dezio a coltivare il proprio mezzo di gravame, visto che alcuna utilità potrebbe discendere dal suo eventuale accoglimento.

Spese ed onorari di giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti, in considerazione della complessità delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previa loro riunione, così provvede:

I) con riguardo al ricorso iscritto al numero di registro generale 7421 del 2009:

- respinge il ricorso incidentale proposto da Castaldo s.p.a. e Consorzio Pubblici Appalti a r.l.;
- dichiara il ricorso proposto dall'Impresa Edile Fico Giuseppe in parte infondato, in parte improcedibile ed in parte lo accoglie nei sensi di cui in motivazione;

II) per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso iscritto al numero di registro generale 1725 del 2010 proposto da Dott. Biagio Dezio Costruzioni s.r.l. e Ing. Antonio Calabrese s.r.l.;

III) compensa integralmente tra le parti costituite le spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2011

IL SEGRETARIO

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