

Publicato il 10/01/2022

N. 00167/2022REG.PROV.COLL.
N. 05130/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5130 del 2021, proposto da Modimar s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con mandanti Dott. Geol. Nicola Tullo e Ing. Myrta Castellino, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco De Santis e Marco Petitto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Iencon s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con mandanti Ing. Fabio Linguiti, Ing. Antonio Giuseppe Volpe, Ing. Massimo Ambrosini, Ing. Maurizio De Vincenzi, Geol. Giuseppe Giannascoli, Archeologo Salvatore Agizza, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Ing. Giuseppe Nicola Bernabeo, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Giangiacomo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Regione Abruzzo, non costituita in giudizio;

Azienda Regionale Attività Produttive, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marina D'Orsogna, Pierangelo Guidobaldi e Giovanni Ciccone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Nicola Tullo, Myrta Castellino, Fabio Linguiti, Antonio Giuseppe Volpe, Massimiliano Ambrosini, Maurizio De Vincenzi, Giuseppe Giannascoli, Salvatore Agizza, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara (Sezione prima) n. 129/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'appello incidentale di Iencon s.c.a.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Regionale Attività Produttive;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Giuseppe Nicola Bernabeo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 21 ottobre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Petitto, De Santis, D'Orsogna, Di Pardo e Giangiacomo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I. L'Azienda Regionale Attività Produttive (di seguito, ARAP) indiceva il 15 marzo 2019 una procedura aperta, retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per *“l'affidamento dei servizi di progettazione, definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e direzione operativa dei lavori per l'intervento denominato Completamento interventi sul*

porto di Ortona. Approfondimento dragaggio e prolungamento diga sud”, con importo complessivo a base d’asta di € 1.194.908,58.

Il raggruppamento temporaneo con mandataria capogruppo Iencon s.c.a.r.l. e mandanti i professionisti ingegneri Fabio Linguiti, Antonio Giuseppe Volpe, Massimo Ambrosini, Maurizio De Vincenzi, geologo Giuseppe Giannascoli e archeologo Salvatore Agizza (di seguito, Iencon), partecipava alla gara e si collocava al primo posto della graduatoria di merito, venendo poi esclusa dalla procedura all’esito della verifica *ex art. 97 d.lgs. 50/2016*, effettuata dal responsabile unico del procedimento, ingegner Giuseppe Nicola Bernabeo (di seguito, RUP), che, dopo due richieste istruttorie adempiute dall’interessata e l’acquisizione di un parere della commissione valutatrice, concludeva per l’anomalia della sua offerta.

La gara era indi aggiudicata al raggruppamento secondo classificato con capogruppo mandataria Modimar s.r.l. e mandanti i professionisti geologo Nicola Tullo e ingegnere Myrta Castellino (di seguito, Modimar), la cui offerta aveva positivamente superato la verifica di congruità.

Iencon impugnava il provvedimento espulsivo, l’aggiudicazione e tutti gli atti di gara innanzi al Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo.

La ricorrente lamentava in via principale: l’incompatibilità del RUP ai sensi dell’art. 31 del d.lgs. 52/2016 e del punto 9 delle Linee guida ANAC 3/2017, per aver egli progettato e redatto il Piano di fattibilità tecnico economica posto a base di gara; l’illegittimità del negativo giudizio di congruità, per essersi questo esteso agli aspetti tecnici dell’offerta, travalicando l’oggetto proprio della verifica di congruità, per la commissione di errori macroscopici quanto al restante e per irregolarità relative alla fase della richiesta di parere avanzata alla commissione giudicatrice; l’illogicità dell’esito positivo della verifica di congruità dell’offerta di Modimar. In via subordinata, deduceva l’illegittimità dell’intera procedura di gara, per violazione del principio della libera concorrenza, stante la pregressa acquisizione di elementi geotecnici rilevanti ai fini della predisposizione dell’offerta da parte di Modimar, quale

affidataria delle attività di progettazione definitiva ed esecutiva della diga nord dello stesso porto di Ortona. Domandava, in via principale, l'annullamento del gravato atto di esclusione, la riammissione in gara, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e il subentro nello stesso, anche previa nuova valutazione di congruità; in via subordinata, l'annullamento integrale della gara e il risarcimento del danno per equivalente. Modimar si costituiva in resistenza. Esponeva l'infondatezza dei motivi del ricorso di Iencon e formulava ricorso incidentale, sostenendo che Iencon avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per: dichiarazioni fuorvianti e false, *ex art. 80 comma 5 lettere c) e f-ter)* d.lgs. 50/2016; incompletezza dell'offerta; sviamento del giudizio della commissione valutatrice; indeterminatezza dell'offerta, caratterizzata da soluzioni alternative; presenza nel raggruppamento di un archeologo, privo di laurea in ingegneria o architettura. Concludeva per la conferma dell'esclusione di Iencon dalla gara, e in via subordinata per la reiezione del ricorso principale.

Successivamente, Iencon, avuta conoscenza degli atti relativi, formulava motivi aggiunti avverso il parere reso dalla commissione valutatrice nell'ambito della verifica di congruità, deducendo gli stessi vizi già rilevati nei riguardi dell'istruttoria e del giudizio finale del RUP.

Si costituivano in giudizio la Regione Abruzzo, con mera memoria di stile, l'ARAP, che difendeva la correttezza del proprio operato rispetto alle censure di entrambi i ricorsi di Iencon e di Modimar, e il RUP, che rappresentava di non versare in alcuna situazione di incompatibilità o di conflitto di interessi e confutava tutte le censure di Iencon. In rito, le parti resistenti eccepivano la tardività dei mezzi aggiunti di Iencon.

II. L'Adito Tribunale definiva la causa con sentenza della Sezione staccata di Pescara (Sezione prima) n. 129/2021, che, in estrema sintesi:

a) respingeva il ricorso incidentale. Osservava che le dichiarazioni asseritamente false e fuorvianti denunciate da Modimar, nonché le soluzioni alternative dalla medesima riscontrate nell'offerta di Iencon, da cui la sua

dedotta indeterminatezza, attenevano non a dichiarazioni personali o a requisiti rilevanti in sede di ammissione, bensì a risposte fornite in sede di giustificazione, rientranti quindi nella dialettica propria del giudizio di anomalia, ovvero a elementi che avrebbero potuto causare al più la riduzione del punteggio;

b) passando all'esame del ricorso principale, escludeva l'incompatibilità del RUP per aver rivestito il ruolo di co-progettista del progetto di fattibilità tecnico economica posto a base di gara. Sul punto, riteneva che, diversamente da quanto dedotto da Iencon, l'oggetto della gara fosse da ricondursi non al punto 9 delle citate Linee guida ANAC 3/2017, bensì al successivo punto 10; osservava quindi che, trattandosi nella specie di un appalto di servizi, era esclusa in radice l'incompatibilità tra le figure del RUP e del progettista, salvi i casi specificamente previsti, non sussistenti nella fattispecie. Escludeva altresì l'incompatibilità *ex art. 77 d.lgs. 50/2016*, perché riguardante i componenti della commissione esaminatrice, mentre il RUP nel caso di specie aveva fatto parte solo del seggio di gara, svolgendo operazioni scevre da discrezionalità tecnica. Escludeva infine la sussistenza di una incompatibilità per conflitto di interesse *ex art. 6 l. 241/1990*, osservando come la verifica di anomalia effettuata dal RUP, per le sue caratteristiche, non postulasse la terzietà dell'organo valutante;

c) accoglieva, invece, il secondo motivo del ricorso principale di Iencon, e disponeva, per l'effetto, assorbita ogni altra questione, l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del giudizio di anomalia, rilevando che detto giudizio, che alla luce della legge di gara riguardava un'offerta concretante una proposta e non un progetto, aveva travalicato l'alveo tipico della verifica di conformità *ex art. 97 d.lgs. 50/2016*, per assumere i connotati di una valutazione di conformità del progetto, non ancora definito, ai sensi dell'art. 26 comma 2 d.lgs. 50/2016, nonché di sostenibilità e di meritevolezza dell'idea progettuale, su aspetti per i quali non poteva peraltro neanche predicarsi una diretta ricaduta sul costo del servizio di progettazione oggetto

di gara. Riteneva inoltre che le osservazioni con cui il RUP aveva più propriamente contestato la congruità dell'offerta di Iencon non potessero giustificare il giudizio di anomalia reso in finale;

d) compensava tra le parti le spese del giudizio.

III. Modimar ha appellato la predetta sentenza, avverso cui ha dedotto: 1) Sulla valutazione della congruità dell'offerta di Iencon espletata dal RUP *ex art. 97 d.lgs. 50/2016: error in iudicando ed error in procedendo*; difetto di motivazione; ingiustizia manifesta; eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, irrazionalità e carenza di istruttoria; violazione e falsa applicazione degli artt. 59 comma 3 lett. c) e 97 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara, artt. 18 e 22; violazione del principio di buon andamento e imparzialità; violazione degli artt. 3, 41 e 97 Costituzione; violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; 2) Sul ricorso incidentale presentato da Modimar: *error in iudicando ed error in procedendo*; difetto di motivazione; ingiustizia manifesta; eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, irrazionalità e carenza di istruttoria; violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c-bis) [già lett. c)] e f-bis) d.lgs. n. 50/2016 nonché dell'art. 97 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione e falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara, art. 18; violazione del principio di buon andamento e imparzialità; violazione degli artt. 3, 41 e 97 Costituzione; violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Ha concluso per la riforma integrale della sentenza impugnata e per la conferma dell'aggiudicazione della gara in suo favore.

IV. Iencon si è costituita in giudizio. Ha sostenuto l'infondatezza dell'appello di Modimar e interposto appello incidentale avverso il capo della sentenza che ha respinto il primo motivo del suo ricorso principale, deducendo: 1) *Error in iudicando ed in procedendo*; erroneità della sentenza per aver ritenuto infondata la violazione e falsa applicazione art. 31 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione Linee guida n. 3 ANAC; violazione e falsa applicazione delle

regole e dei principi in materia di trasparenza dell'azione amministrativa, separazione e terzietà; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere. Ha inoltre riproposto, *ex art.* 101 comma 2 Cod. proc. amm., i mezzi di gravame proposti in primo grado con il ricorso e i motivi aggiunti e assorbiti dal Tar [2) Violazione e falsa applicazione artt. 68 e 97 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione; violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta; difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso e sviamento di potere; 3) Violazione e falsa applicazione art. 20 e 22 del disciplinare; violazione e falsa applicazione artt. 68 e 97 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione; violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta; incompetenza; difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso e sviamento di potere; 4) Violazione e falsa applicazione *lex specialis* di gara; violazione e falsa applicazione artt. 19 e 22 d.lgs. 152/2006; violazione e falsa applicazione artt. 97, 24, 30, 31, 42, 67, 80 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della direttiva 2014/24/UE; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 l. 241/90; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 Costituzione; violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di pari opportunità nella formulazione delle offerte, di trasparenza, di imparzialità dell'azione amministrativa, di tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, di proporzionalità e di ragionevolezza; difetto di istruttoria; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; 5) In via subordinata, violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 30, 31, 42, 67, 80 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 direttiva 2014/24/UE; violazione e falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 6 l. 241/90; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 Costituzione; violazione e falsa applicazione delle regole e dei

principi in materia di pari opportunità nella formulazione delle offerte, di trasparenza, di imparzialità dell'azione amministrativa, di tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, di proporzionalità e di ragionevolezza; difetto di istruttoria; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza].

Ha concluso, previa eventuale istruttoria volta all'acquisizione di documentazione in possesso della stazione appaltante: per la reiezione dell'appello principale e per la conferma della sentenza gravata anche in accoglimento dell'appello incidentale o dei motivi assorbiti riproposti, con conseguente annullamento della sua esclusione dalla gara e riammissione alla procedura, per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more con Modimar e suo subentro; in via subordinata, per l'annullamento integrale della gara e il risarcimento del danno per equivalente.

V. ARAP si è costituita in giudizio, concludendo per la reiezione integrale dell'appello incidentale di Iencon e per la reiezione dell'appello principale di Modimar *in parte qua*, laddove ha riproposto le censure del ricorso incidentale di primo grado respinte dal Tar.

VI. Alla camera di consiglio del 21 luglio 2021, all'uopo fissata, la trattazione della domanda cautelare formulata nell'appello principale è stata abbinata al merito.

Nel prosieguo, si è costituito in giudizio il RUP, concludendo per la reiezione degli appelli principale e incidentale, ad eccezione del motivo di appello di Modimar attinente alla statuizione della sentenza impugnata riguardante la dichiarata illegittimità del subprocedimento di valutazione dell'offerta di Iencon e della sua conseguente esclusione.

Tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive. In tale ambito, nessuna delle parti ha fatto constare l'avvenuta stipula del contratto.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 ottobre 2021.

DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha ritenuto l'illegittimità del giudizio di anomalia di cui all'art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, reso dal RUP sull'offerta presentata da Iencon nella procedura di gara di cui in fatto (affidamento dei servizi di progettazione, definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e direzione operativa dei lavori per l'intervento denominato "*Completamento interventi sul porto di Ortona. Approfondimento dragaggio e prolungamento diga sud*"), sotto un duplice aspetto:

- a) per essersi il giudizio connotato quale verifica di merito di un progetto o meglio di una idea progettuale non costituente oggetto di offerta, fondata su aspetti non aventi ricaduta sul suo costo;
- b) per insufficienza delle motivazioni propriamente riconducibili al giudizio ad attestare l'insostenibilità dell'offerta.

2. Modimar, originaria controinteressata e appellante incidentale, odierna appellante principale, sostiene con il primo motivo del ricorso in esame l'erroneità delle argomentazioni con cui il primo giudice è pervenuto a tali conclusioni.

2.1. Tenuto conto dell'oggetto dell'indagine, è opportuno richiamare l'orientamento consolidato in giurisprudenza amministrativa, invocato anche da Modimar, secondo cui la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (*ex multis*, Cons. Stato, V, 31 agosto 2021, n. 6126; 2 agosto 2021, n. 5644; III, 19 ottobre 2020, n. 6317; V, 16 aprile 2019, n. 2496). Trattandosi quindi di valutare l'offerta nel suo

complesso, il giudizio di anomalia non ha a oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, mirando piuttosto ad accertare se essa in concreto sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità, come detto globale e sintetica, non deve concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra tante, Cons. Stato, V, 19 aprile 2021, n. 3169); con il che vuol dirsi che, se anche singole voci di prezzo o, per meglio dire, singoli costi, non abbiano trovato immediata e diretta giustificazione, non per questo l'offerta va ritenuta inattendibile, dovendosi, invece, tener conto della loro incidenza sul costo complessivo del servizio per poter arrivare ad affermare che tali carenze siano in grado di rendere dubbia la corrispettività proposta dall'offerente e validata dalla stazione appaltante (Cons. Stato, V, 21 luglio 2021, n. 5483).

2.2. Ciò posto, si rileva che Modimar sostiene nel motivo in trattazione, contro la sentenza appellata, che il RUP nella verifica di anomalia di cui trattasi si sia attenuto al perimetro del suo ruolo, come di recente delineato da questa Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 9 marzo 2020, n. 1655, in continuità con la decisione dell'Adunanza plenaria 19 novembre 2012, n. 36, e tanto esprimendo il giudizio tecnico incentrato sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta, richiesto dal citato art. 97 d.lgs. 50/2016, che solo secondariamente, e in stretta e necessaria correlazione con il portato dell'offerta economica, ha riguardato anche gli aspetti tecnici dell'offerta, cosa legittima ai sensi del comma 4 del ridetto art. 97, che stabilisce che le richieste che la stazione appaltante è facoltizzata ad avanzare nell'ambito di verifica dell'anomalia possano riguardare anche tali aspetti. Evidenza come la stessa possibilità fosse stata del resto prevista anche nel disciplinare di gara (art. 22), che ha correlato la verifica in parola all'offerta nel suo complesso, secondo un approccio coerente con la sua finalità, che è quella di garantire e tutelare l'interesse pubblico identificando il miglior contraente possibile per l'esecuzione dell'oggetto della procedura di gara.

Si tratta, sin qui, di considerazioni corrette, ma che non centrano la questione controversa.

La sentenza impugnata non ha infatti posto in dubbio né il ruolo centrale del RUP nelle procedure pubbliche né il fatto che egli possa provvedere direttamente alla verifica di anomalia.

La sentenza impugnata non ha neanche stigmatizzato il contenuto delle richieste istruttorie che nello specifico il RUP ha avanzato a Iencon, ai sensi dell'art. 97 comma 4 d.lgs. 50/2016, che, a tenore della norma, bene possono riguardare: *“a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente”*: invero, per quanto Iencon si sia dolta nel suo ricorso principale di primo grado (e si dolga oggi nelle difese proposte in questa sede) della portata di tali richieste, i rilievi negativi svolti dal primo giudice non hanno affrontato tale aspetto, essendosi concentrati esclusivamente sulle conclusioni che il RUP ha rassegnato all'esito della verifica, sulla cui sottoponibilità al sindacato giurisdizionale, con i limiti sopra tracciati, non sussistono dubbi.

Piuttosto, la sentenza impugnata ha osservato che nella procedura in parola l'offerta tecnica era costituita non da un progetto, bensì da una mera proposta.

Ed è bene immediatamente chiarire che il punto non è controverso: non è infatti in discussione che l'art. 16 del disciplinare di gara, in coerenza con i previsti criteri di valutazione, abbia ragguagliato l'offerta tecnica a una relazione contenente l'illustrazione di una proposta con le seguenti caratteristiche *“- Precisione, esaustività ed efficacia della descrizione delle tematiche principali e della relativa metodologia di approccio. Con riferimento ai vari aspetti della prestazione in relazione all'articolazione delle varie fasi, alle azioni e soluzioni proposte per le specifiche problematiche degli interventi ed all'interazione con la committenza nelle varie fasi; - Rispondenza alle esigenze della committenza e al generale contesto territoriale e*

ambientale delle eventuali proposte migliorative rispetto alle previsioni del livello progettuale a base di gara; - Coerenza ed adeguatezza, con la concezione progettuale, del gruppo di lavoro offerto anche in relazione all'eventuale presenza di risorse specialistiche per singoli aspetti di progettazione marittima ed ambientale (S.I.A.); - Precisione ed esaustività della proposta di incardinamento del direttore operativo nell'ufficio di direzione lavori della stazione appaltante. Efficacia delle modalità di esecuzione del servizio, frequenza garantita in cantiere. Descrizione delle modalità previste per lo svolgimento del servizio di coordinamento della sicurezza in esecuzione e sinergia con l'ufficio di direzione lavori; - Efficacia e funzionalità degli strumenti informatici messi a disposizione per lo sviluppo e gestione del progetto: progettazione BIM della fase esecutiva”.

Ciò posto, il primo giudice ha rilevato come il RUP abbia illegittimamente effettuato la verifica di congruità dell'offerta di Iencon come se la stessa riguardasse una scelta progettuale già compiuta e definita ed esprimendo in tale percorso considerazioni di competenza della commissione valutatrice, slegate da ogni questione avente riflesso sugli aspetti economici dell'offerta stessa. Ha indi ritenuto di limitare il sindacato giudiziale sulla verifica “*agli aspetti che rivestono un riflesso diretto sulla quantificazione dei corrispettivi posti a base di gara*”, ritenendola illegittima anche sotto tale profilo.

Tali conclusioni, e le sottese ragioni, vanno condivise, non essendo superate dalle più specifiche doglianze formulate da Modimar nel motivo in trattazione.

2.3. Il primo aspetto che viene in rilievo è quello relativo alla mantellata esterna del molo, per il quale lo studio di fattibilità posto a base di gara ha previsto l'utilizzo di massi artificiali tipo “accropode”.

Sul punto, l'offerta di Iencon si è incentrata sullo studio di soluzioni alternative fondate sull'utilizzo di massi naturali, ritenuti, alla luce delle articolate ragioni espresse nella proposta presentata in gara, caratterizzati da pari sicurezza, stabilità idraulica e geotecnica, ma da costi manutentivi e realizzativi inferiori, nonché meglio inseribili nel contesto paesaggistico di riferimento e a impatto ambientale più ridotto.

Al riguardo, il RUP, nella propria relazione finale, ha rilevato che:

- “L’offerta del concorrente ha costituito immediatamente fonte di dubbio con conseguente richiesta di chiarimenti. Gli stessi sono inconsistenti, genericamente riferiti a citazioni bibliografiche, privi di elementi di valutazione concreti che il Concorrente avrebbe potuto imbastire con poche ore di adeguata applicazione sui temi posti. Se, in sede di gara, l’ipotesi formulata dal Concorrente può porsi come migliore, in sede di verifica di congruità è lecito approfondire la sostenibilità dei concetti tecnici espressi per misurare adeguatamente il valore di quanto offerto e la credibilità del concorrente che poi sarà chiamato a progettare un’opera di così elevato valore. Le giustificazioni sono completamente inadeguate”;

- “Il Concorrente ben sa che l’uso dei massi naturali per la costituzione dello strato esterno della mantellata (soluzione prioritaria ipotizzata in offerta) di un’opera a gettata è limitato ad elementi il cui peso non deve superare le 10 tonnellate a causa delle dimensioni ciclopiche che tali massi assumerebbero, della conseguente difficoltà di reperimento del materiale da una cava idonea, del conseguente oneroso trasporto, del forte impatto ambientale determinato dalla grande quantità di materiale lapideo necessario, della difficoltà di posa in opera e della potenziale sottomissione dei tempi di esecuzione dell’opera a quelli di fornitura del materiale di cava. Il Concorrente ben sa che la stabilità dell’opera si lega alla bontà di un ‘coefficiente di stabilità K_d ’ per il quale lo stesso concorrente invoca il ricorso alla cosiddetta ‘disposizione speciale’ della tabella di Hudson (1984); Potendo così accedere a valori maggiori del coefficiente si ottiene una massa inferiore dell’elemento lapideo da approvvigionare, fornire e porre in opera. Vi è quindi proporzionalità inversa.

Al contrario, il parametro di calcolo definito ‘altezza d’onda significativa’ H_s è direttamente proporzionale alla massa dell’elemento costitutivo della mantellata. Ambedue queste grandezze sono state mal valutate o addirittura neppure prese in considerazione dal Concorrente per le seguenti ragioni?” (seguono ragioni tecniche);

- “Conseguenza di queste due osservazioni, eseguendo verifiche speditive che il concorrente, dichiaratamente in possesso di ogni software necessario, avrebbe potuto svolgere in breve tempo e senza particolare aggravio di costi, è che, pur ipotizzando una pendenza del paramento della mantellata inferiore, il peso dei massi naturali oscilla tra le 25 t e le 19 t a seconda che la scarpa della mantellata sia rispettivamente pari a 1,5 oppure a 2 (all. sub.

g). In entrambe le configurazioni pertanto si hanno masse fuori taglia e sagome progettuali ben maggiori di quella a base di gara. Tali considerazioni si aggravano poi per il tratto di 'testata' del molo";

- "Come dimostrato dal tenore delle giustificazioni fornite, il Concorrente ha offerto solo dissertazioni teoriche ma non ha risposto mai in termini concreti, neppure con verifiche di semplice predimensionamento che pure avrebbe dovuto accennare prima dell'offerta con la finalità di evitare proposte incongrue basate su soluzioni ipotetiche poi non sostenibili in fase di contraddittorio. È facile poi verificare come nella seconda serie di giustificazioni il Concorrente non citi più i massi naturali ma i blocchi in calcestruzzo di forma parallelepipedica. Anche questa ipotesi risulta non sorretta da nessuna verifica, anche di semplice predimensionamento. L'esecuzione delle stesse porterebbe ancora una volta alla presa d'atto che la soluzione prospettata si presenta come meno efficace rispetto a quella del progetto di fattibilità tecnico economica che, beninteso, non è da considerarsi una proposta 'chiusa' ma al contrario certamente migliorabile nelle successive fasi progettuali. Certo è che le affermazioni del Concorrente devono necessariamente essere supportate da considerazioni credibili e sostenibili sotto vari profili durante il sub procedimento di verifica della congruità. La predilezione per l'uso prioritario dei massi naturali non trova, nel caso di specie, alcuna giustificazione di natura tecnica, economica, di impatto ambientale e di tempi di esecuzione e mina in modo evidente la credibilità stessa dell'offerta. Le spiegazioni tecniche richieste sono ancor più necessarie se si osserva che lungo il Mare Adriatico, da Venezia fino a Bari, non vi è alcun molo realizzato - su fondali che raggiungono anche i 10-11 m - secondo le modalità prioritariamente proposte in sede di offerta".

Nell'esaminare tali conclusioni, la sentenza impugnata ha in primo luogo specificato l'effettivo contenuto, sul punto, dell'offerta di Iencon: e va chiarito che si è trattato di una puntualizzazione necessaria, data la contraddittorietà che caratterizza le sopra esposte argomentazioni quanto alla individuazione della valenza da attribuire alla proposta di Iencon quanto ai massi naturali, dal RUP considerata, nell'ordine, come visto: una "miglioria"; una "soluzione ipotetica"; una "scelta prioritaria".

In tale percorso il primo giudice ha osservato che le conclusioni del RUP si sono sostanzialmente fondate sull'asserita preferenza di Iencon per detta soluzione, che non ha riscontrato nell'offerta, avendo rilevato che la caratteristica della sua parte propositiva era quella di esprimere la possibilità di soluzioni diverse da quelle considerate dallo studio di fattibilità posto a base di gara, nonché la volontà dell'offerente di concordare con la stazione appaltante tale specifico aspetto del futuro progetto, tanto da avere individuato un referente dell'impresa per la "interfaccia" con la committenza, volta a coordinare con la presenza di questa e con l'accesso a una specifica piattaforma dedicata, le verifiche e i riesami dell'idea progettuale.

Su tale base, il primo giudice ha concluso che Iencon avesse offerto una miglioria, consistente non nella proposta di utilizzare i massi naturali, bensì nella disponibilità a effettuare riunioni di confronto e condivisione con la stazione appaltante, volte a confrontare le esigenze progettuali con i risultati dei rilievi effettuati, al fine dell'individuazione delle soluzioni più idonee ed efficaci.

In forza di detto presupposto, il primo giudice ha rilevato che siffatta miglioria, i cui approdi erano destinati a incidere, sotto il profilo economico, solo sulla fase successiva dei lavori, non poteva avere alcuna ricaduta sui costi dell'offerta, atteso che, a prescindere dalla soluzione prescelta, si sarebbe trattato, in ogni caso, dello sviluppo in contraddittorio, senza alcun vincolo economico, di una idea progettuale. Ha inoltre rilevato che su tale idea progettuale il RUP, travalicando il proprio ruolo, ha espresso un giudizio di "meritevolezza".

Tale conclusione, anche considerando che, come espressamente affermato dallo stesso RUP nelle conclusioni soprariportate, la *lex specialis* "non conteneva una proposta 'chiusa' ma al contrario certamente migliorabile", resiste alle censure formulate nell'appello di Modimar, che:

- conferma che la miglioria proposta da Iencon va individuata nella realizzazione di uno studio comparativo tra la soluzione in "accropode" e una

diversa soluzione basata sull'uso dei massi naturali (pagina 13);

- prosegue nell'errore in cui è incorso il RUP, affermando la correttezza delle ragioni che deporrebbero per l'utilizzo esclusivo dei massi artificiali (soluzione che come detto neppure la *lex specialis* della procedura ha ritenuto necessaria), e soprattutto nulla dice quanto alla questione qui di specifico rilievo, costituita dall'affermazione del Tar che la migliore costituita dal proposto approfondimento dell'utilizzo in alternativa dei massi naturali non poteva avere alcuna ricaduta sui costi dell'offerta di Iencon, tenendo conto dell'oggetto dell'offerta, siccome conformato dai termini stabiliti dalla *lex specialis*;

- sostiene, sempre sul presupposto dell'utilizzo necessitato dei massi "acropode", che l'offerta di Iencon sia "fuorviante", in tal modo introducendo una limitazione che avrebbe dovuto essere contenuta nella legge di gara (che come sopra non l'ha prevista), o quanto meno riflettersi nei punteggi attribuiti dalla commissione valutatrice (che hanno invece premiato tale offerta attribuendole il massimo punteggio tecnico), non potendo certo derivare dalle considerazioni rese del RUP in una fase procedimentale, che se ammette l'apprezzamento delle caratteristiche dell'offerta tecnica, sicuramente non tollera che esso refluisca in considerazioni non coerenti con la *lex specialis* e con quanto proposto dal concorrente che si sia attenuto al suo ambito obbligatorio, nonché estranee all'aspetto economico: la verifica *ex art. 97 d.lgs. 50/2016* è fondata infatti su un giudizio che ha a oggetto la "*congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta*", ma che si fonda sulle "*spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte*" (comma 1);

-sostiene che Iencon non avesse contezza del tipo di proposta progettuale concretamente da offrire, questione che parimenti esula dal campo di indagine della verifica di anomalia, per attenersi ai profili di ritualità dell'offerta, sulla quale la commissione esaminatrice nulla ha obiettato.

2.4. Con altra censura del motivo in trattazione Modimar afferma l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha sostenuto che l'assenza nell'offerta di

Iencon dei costi relativi alla sottoposizione del progetto alla valutazione ambientale non poteva confluire nella verifica di congruità.

Al riguardo, si osserva che il primo giudice nel giungere a tale conclusione ha rilevato, in sintesi, che: la valutazione di impatto ambientale non era prevista nell'offerta tecnica di Iencon, che si era limitata a considerare lo Studio di impatto ambientale o di fattibilità ambientale ai fini della VIA; che tale scelta era coerente con il disciplinare di gara, che, quanto alle caratteristiche metodologiche dell'offerta e alla "eventuale" presenza di risorse specialistiche per singoli aspetti della progettazione marittima e ambientale, indicava tra parentesi lo Studio di impatto ambientale e non la VIA; che, anche volendo ritenere l'imprescindibilità della VIA, la sua carenza non era stata rilevata dalla commissione valutatrice, da cui l'incoerenza della richiesta del RUP di giustificare nell'ambito della verifica di congruità i costi di una prestazione non inclusa nell'offerta tecnica, della quale non erano peraltro chiari né l'essenzialità, né tantomeno il soggetto che dovesse, nel caso, sopportarne i costi, rilievo quest'ultimo correlato al fatto che la stazione appaltante, nelle difese svolte in giudizio, aveva rappresentato di aver avviato tutte le indagini necessarie ai fini della redazione dello Studio di impatto ambientale da produrre in ambito VIA.

Si tratta di argomentazioni che, sia singolarmente che nel loro complesso, risultano esaustive e coerenti, e rispetto alle quali i rilievi di Modimar non risultano decisivi.

In particolare, Modimar, nel confermare che la gara prevedesse la sola redazione dello Studio di impatto ambientale, anche con riferimento alla composizione dell'organico offerto, e che l'offerta di Iencon ha rispettato tali previsioni (pagine 15-16 dell'appello), rappresenta in sostanza l'inutilità dello Studio previsto da Iencon, perché esso era stato già avviato dalla stazione appaltante: ma si tratta di una notazione che non fa altro che confermare che, come correttamente considerato dal primo giudice, la *lex specialis* non imponeva alle concorrenti, tanto meno a pena di esclusione, la VIA, e le

implicazioni di tale scelta non rilevano nella presente disamina, che ha oggetto la legittimità dell'esclusione dell'offerta di Iencon, e non la coerenza e l'efficacia della legge di gara.

Per le stesse ragioni, nulla muta considerando che, come rappresentato da Modimar, la VIA nazionale per l'opera in esame sia stata prevista come obbligatoria da un decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare che Iencon non poteva non conoscere, prescrizione che non solo è rimasta del tutto estranea alla legge di gara (essendo peraltro a essa posteriore: la gara è stata bandita il 15 marzo 2019, mentre il decreto è datato 2 maggio 2019), ma che, *ex se*, neanche permette di individuare, come pure osservato dal primo giudice, il soggetto tenuto a sopportare i costi del relativo adempimento.

2.5. Con il gruppo finale di censure del primo motivo Modimar sostiene:

a) che il Tar, contro le osservazioni formulate dal RUP fondate sulla corretta suddivisione dei compiti alle varie figure professionali, abbia erroneamente sostenuto l'irrilevanza, nella valutazione di sostenibilità economica dell'offerta di Iencon, della formulazione dell'organigramma di cantiere e dell'attribuzione alla direzione lavori di compiti di spettanza del RUP;

b) che il Tar non si sarebbe avveduto che l'offerta di Iencon ha incardinato nel gruppo di lavoro preposto alla direzione lavori, articolato in tre unità (segreteria tecnico-amministrativa; attività esecutiva di cantiere; rendicontazione, spesa e contenzioso), le complesse attività di contabilità di cantiere, alle varianti in corso d'opera, alla gestione dei contenziosi e alla loro definizione bonaria, alla rendicontazione delle spese, prevedendo che dette unità siano composte da 7 professionisti presenti in cantiere "con continuità e ogni giorno", ciò che deporrebbe per la sottostima dei costi relativi, anche considerando che le giustificazioni presentate hanno attribuito agli stessi professionisti anche nuovi compiti;

c) che per quanto sopra, Iencon, in sede di verifica di anomalia, avrebbe rimodulato la propria offerta, e ciò anche mediante l'espunzione delle voci

affidenti allo Studio di impatto ambientale, agli studi e alle indagini biologici, sedimentologici, geologici e batimetrici, al personale per i direttori operativi e gli ispettori di cantiere, insostenibili alla luce dell'elevato ribasso offerto (53,16%);

d) che alla fattispecie come sopra delineata, anche per via del predetto ribasso, non si attaglierebbe il principio giurisprudenziale richiamato dal primo giudice, secondo cui in sede di verifica *ex art. 97 d.lgs. 50/2016* la sottostima di alcune voci di costo non è *ex se* sintomatica di anomalia, fintanto che la commessa presenti comunque margini di guadagno, anche minimi, per l'offerente, trattandosi di sottostima che, come rilevato dal RUP, ha riguardato anche l'attività di progettazione, incidente solo nella percentuale dello 0,5% (€ 152.787,50) dell'importo dei lavori da realizzare;

e) che sarebbe priva di fondamento l'affermazione del Tar che la *lex specialis* non imponesse lo Studio di impatto ambientale;

f) che, alla luce dei contenuti dell'offerta di Iencon, sarebbe corretta l'anomalia rilevata dal RUP in merito all'organizzazione del gruppo di lavoro, i cui costi non corrisponderebbero alla presenza giornaliera di ciascuno dei previsti direttori operativi, non compatibile neanche con le risibili spese di trasferta considerate;

g) che lo stesso Tar, utilizzando affermazioni contraddittorie e confuse, avrebbe confermato che Iencon ha integrato l'offerta tecnica in sede di giustificazioni, alterando l'equilibrio economico della sua offerta e la *par condicio* tra i concorrenti, secondo quanto rilevato dal RUP nella sua valutazione globale.

Tutte tali censure non hanno pregio.

Quanto al rilievo *sub a)* Modimar muove le sue critiche a una sola parte dell'affermazione della sentenza impugnata, conferendole un rilievo assoluto che essa non possiede: il primo giudice ha infatti osservato che la formulazione dell'organigramma di cantiere e l'attribuzione alla direzione lavori di compiti di spettanza del RUP sono circostanze che rilevano non *ex*

se, come concluso dal RUP, bensì solo “*nei limiti della differente valutazione del ribasso percentuale offerto rispetto agli orari di cantiere*”.

Nell'affrontare poi il tema dei costi del personale (3 direttori operativi; 1 coordinatore della sicurezza; 3 ispettori), il primo giudice ha ritenuto irrilevante, ai fini della correttezza del conteggio della retribuzione oraria dei direttori e degli ispettori, la circostanza che nell'offerta fosse stata prevista una visita al giorno di ogni direttore operativo e la presenza quotidiana degli ispettori, mentre nelle giustificazioni sono state poi conteggiati 3 mesi su 26 per i 2 direttori operativi e 10 mesi su 26 per ciascuno degli ispettori. Ciò escludendo che il cronoprogramma individuale di ognuna di tali figure dovesse corrispondere ai 26 mesi di durata del cantiere, in quanto “*Se difatti si impone come necessaria e doverosa la presenza del Coordinatore della Sicurezza all'interno del cantiere per tutta la durata stimata dell'appalto, come anche del Direttore operativo, ciò non equivale a ritenere necessaria la contestuale presenza giornaliera dei tre direttori inseriti nell'organigramma, trattandosi di professionisti cui erano attribuite mansioni amministrative e contabili estranee alla Direzione dei lavori. Allo stesso modo non si comprende per quale ragione il R.u.p. abbia ritenuto necessaria la presenza contestuale dei tre Ispettori di cantiere ben potendo essi coprire nel reciproco avvicendamento tutta la durata del contratto fino ad un tempo di trenta mesi. Seppure le giustificazioni abbiano costituito nella specie specificazione integrativa di quanto previsto in via generale nell'offerta tecnica, la rettifica sul punto operata in sede di verifica dell'anomalia, non può ritenersi a priori esclusa, poiché ciò che rileva è che resti ferma l'entità dell'offerta economica nella sua impostazione originaria, il che avviene laddove le giustificazioni non si traducano in una violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta (cfr Cons. St. sez. V 26 giugno 2019 n.44000; id. 8 gennaio 2019 n.171). Allo stesso modo non possono ritenersi determinanti nell'economia del contratto le spese di trasferta laddove si è in presenza di distanze non rilevanti in termini chilometrici rispetto al luogo di residenza dei professionisti, e le spese possano essere rimodulate in relazione alle circostanze, tramite soluzioni alternative, e comunque possano ritenersi coperte anche nell'ambito della voce spese generali*”.

Si tratta di argomentazioni la cui logica non è minimamente scalfita dai rilievi sopra riportati *sub* b) ed f), costituenti in sostanza mere asserzioni, né refluiscano nell'accertamento della avvenuta modifica da parte di Iencon della sua offerta tecnica in sede di giustificazioni, come sostenuto nell'ambito del rilievo *sub* g). Quanto a quest'ultimo punto, si osserva che il primo giudice ha richiamato, senza incorrere in alcuna ambiguità, il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui in sede di verifica dell'anomalia è consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, per sopravvenienze di fatto o normative ovvero al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica in ossequio alla regola dell'immodificabilità dell'offerta (tra tante, Cons. Stato, V, 18 ottobre 2021, n. 6957; 26 giugno 2019, n. 4400; 8 gennaio 2019, n. 171; 10 ottobre 2017, n. 4680; VI, 15 giugno 2010, n. 3759): e le censure in esame, al di là di quanto affermato, non danno alcuna contezza che, nel caso di specie, tale limite sia stato travalicato.

Anche il rilievo *sub* c), secondo cui Iencon, sempre in sede di verifica di anomalia, avrebbe espunto alcune voci di costo afferenti a studi tecnici, si rivela una mera affermazione, non costituente una reale critica all'accertamento del primo giudice, che ha osservato (capo 3.3., ultimo periodo) come le stesse voci fossero state debitamente giustificate nella prima risposta alle richieste del RUP, e ciò senza comportare alcuna modificazione dell'offerta.

Il rilievo *sub* e) è poi totalmente erroneo, atteso che la sentenza impugnata non ha mai affermato che la *lex specialis* non imponesse lo Studio di impatto ambientale, avendo il primo giudice anzi indicato, come sopra già rilevato, che esso era menzionato nell'art. 36 del disciplinare (capo 3.4.), e che l'offerente lo ha debitamente presentato (capo 4.3).

Infine, è infondato anche il rilievo *sub* d). Secondo Modimar, l'entità nella fattispecie della sottostima dell'attività di progettazione da parte di Iencon,

anche considerato il forte ribasso da questa offerto, non permetterebbe di applicare il principio giurisprudenziale richiamato dal primo giudice, secondo cui in sede di verifica *ex art. 97 d.lgs. 50/2016* la sottostima di alcune voci di costo non è *ex se* sintomatica di anomalia, fintanto che la commessa presenti comunque margini di guadagno, anche minimi, per l'offerente.

La questione è stata infatti adeguatamente esaminata nella sentenza impugnata, che non trova nella censura in esame una reale confutazione, tenendo conto del fatto che il primo giudice, anche al di là della richiamata giurisprudenza relativa a un principio pacifico, di cui si contesta qui l'applicazione:

- ha osservato che la percentuale di ribasso offerto è stata giustificata da Iencon in considerazione della natura intellettuale delle prestazioni, della “grande capienza” dell'importo posto a base d'asta, dell'operato accantonamento del 15% per spese generali e impreviste, della disponibilità di software, hardware e strumentazioni completamente ammortizzati e tali da garantire ulteriori economie, dell'inesistenza di costi per il personale, della facoltà riconosciuta dalla giurisprudenza ai professionisti di ridurre i propri compensi grazie all'utilità spendibile in altre commesse, ed ancora stante la possibilità di operare compensazioni tra sovrastime e sottostime;

- ha ritenuto che valutazione del RUP in ordine alla sottostima della prestazione professionale di progettazione definitiva ed esecutiva non potesse refluire automaticamente nell'anomalia dell'offerta, considerato che la natura intellettuale delle prestazioni oggetto di gara, l'elevato importo posto a base d'asta e la disponibilità delle attrezzature utili per la predisposizione del progetto già ammortizzate fossero elementi deponenti per un sicuro margine di remuneratività della commessa, e che, del resto, la stazione appaltante non aveva dimostrato che i costi non considerati o non giustificati potessero erodere il seppur minimo margine di guadagno stimato.

2.6. Per tutto quanto precede, il primo motivo dell'appello principale deve essere respinto.

3. Con il secondo motivo dell'appello principale Modimar torna a sostenere che Iencon avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, e sottopone a critica il capo di sentenza impugnata che ha respinto il suo ricorso incidentale di primo grado, che tanto affermava.

3.1. Il motivo è infondato.

3.2. Non convincono le argomentazioni con le quali Modimar sostiene che l'offerta tecnica di Iencon avrebbe dovuto essere esclusa perché, come emerso nella verifica *ex art. 97 d.lgs. 50/2016*, indeterminata, ambigua e contenente soluzioni alternative.

Il primo giudice - oltre a rilevare l'assoluta improprietà del rinvenimento di cause di esclusione nell'ambito della dialettica tipica della fase in parola, caratterizzata anche da valutazioni di natura tecnica opinabili - ha bene al riguardo chiarito, come già riferito al precedente capo 2.3., che la caratteristica dell'offerta tecnica di Iencon cui Modimar riconduce la causa di esclusione era una miglioria, consistente non nella proposta di utilizzare i massi naturali, bensì nella disponibilità a effettuare riunioni di confronto e condivisione con la stazione appaltante, volte a confrontare le esigenze progettuali con i risultati dei rilievi effettuati, al fine dell'individuazione delle soluzioni progettuali più idonee ed efficaci.

Secondo Modimar, per essere effettivamente tale, la predetta miglioria avrebbe dovuto essere corredata dagli esiti di uno studio comparativo, da effettuarsi prima della presentazione dell'offerta: ma il rilievo non trova rispondenza né nell'invocato criterio B di valutazione delle offerte tecniche di cui al disciplinare di gara né si attaglia alla caratteristica propria della miglioria in parola: non può infatti dirsi che essa non sia stata illustrata, come richiesto dal criterio, atteso che il suo contenuto non era, come sopra chiarito, l'utilizzo dei massi naturali al posto degli "acropode" (che Iencon non aveva escluso di impiegare), bensì l'approfondimento della soluzione progettuale più adeguata in stretta collaborazione con la stazione appaltante, di cui l'offerta non ha mancato di chiarire i termini. E l'effetto negativo che Modimar annette a tale

miglioria, ovvero la condizione della stazione appaltante di dovere pur dopo la gara effettuare approfondimenti e scelte in ordine al tipo di soluzione progettuale da attuare, non costituisce altro che il *proprium* della miglioria, secondo un'ottica che l'art. 16 del disciplinare di gara sopra illustrato non solo non ha in alcun modo impedito, ma che sembra anzi aver privilegiato, dal momento che, nel delineare il contenuto delle offerte tecniche, e nel prevedere eventuali migliorie “rispetto alle previsioni del livello progettuale a base di gara”, lo ragguglia a una proposta, da sottoporre a “interazione con la committenza nelle varie fasi”.

Alla luce di quanto sopra, e posta in particolare l'ampiezza delle scelte che la predetta norma consentiva alle offerte tecniche di tutti i concorrenti, va escluso sia che l'offerta di Iencon abbia potuto costituire un *vulnus* alla libera concorrenza tra gli operatori economici, da sanzionare con l'esclusione dalla procedura, sia la correttezza della tesi, spesa da Modimar anche nel motivo in esame e già sopra respinta, secondo cui il tipo di soluzione progettuale più adeguata (“accropode”) fosse stato già compiuto nella *lex specialis*.

Non è poi ravvisabile la pure denunciata carenza di motivazione sul punto della sentenza appellata, avendo il primo giudice compiutamente illustrato le ragioni che lo hanno condotto a escludere l'irritualità dell'offerta tecnica di Iencon, e ciò anche in riferimento alla condotta della commissione valutatrice, che non ha rilevato tale indeterminatezza, attribuendo a detta offerta tecnica un punteggio di merito, che, come detto, è risultato il più alto (78,33/80).

Infine, non rilevano ai fini perseguiti da Modimar neanche la rilevata disomogeneità delle giustificazioni presentate da Iencon nell'ambito della verifica di congruità, dal momento che le stesse, come correttamente rilevato dal primo giudice, si spiegano con il carattere dialettico della fase, conseguente al contraddittorio che la informa, e non risultano aver determinato una modifica dell'offerta.

3.3. Quanto alle argomentazioni con cui Modimar afferma che Iencon avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza nell'offerta tecnica delle

attività inerenti la procedura di VIA, per ritenerne l'infondatezza si rimanda a quanto già rilevato al precedente capo 2.4., ove si dà conto, tra altro, delle argomentazioni al riguardo spese dal primo giudice, che fanno palesemente escludere che la sentenza impugnata, sul punto, possa ritenersi carente di motivazione, come pure afferma Modimar.

3.4. Modimar dedica articolate argomentazioni alla esposizione della tesi che Iencon andava esclusa dalla gara *ex art. 80 comma 5 lett.c-bis)* [già lett. c] e *f-bis)* d.lgs. 50/2016, per avere reso informazioni false e fuorvianti, atte a influenzare l'andamento della gara, e dichiarazioni false o non veritiere.

Tali sarebbero, secondo la deducente, tutte le dichiarazioni o informazioni spese da Iencon nell'offerta tecnica e fatte oggetto in sede di verifica di anomalia prima di richiesta di giustificazioni, poi di giudizio negativo, e precisamente: gli studi o attività di natura tecnica; la praticabilità e la convenienza della soluzione progettuale dei massi naturali rispetto agli "accropode"; l'organigramma di cantiere.

La censura è infondata.

Sul punto, anche a prescindere da quanto sin qui rilevato in ordine all'illegittimità delle conclusioni cui il RUP è pervenuto su ognuno di tali argomenti, il Collegio può limitarsi a richiamare quanto al riguardo statuito dal primo giudice, che ha osservato, in estrema sintesi, come, alla luce della decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 28 agosto 2020, n. 16, le informazioni false o fuorvianti rilevanti ai fini dell'esclusione riguardano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati *ex lege*, ogni altra circostanza che sia idonea ad incidere sulla valutazione di integrità e di affidabilità del concorrente, laddove invece, gli elementi di cui sopra afferiscono a incongruenze e anomalie contestate nel corso della verifica di congruità dell'offerta, secondo la dialettica e il contraddittorio che le è proprio, e attinenti "*a valutazioni di natura tecnica opinabili suscettibili e necessitanti di approfondimento e di verifica*".

Tale motivazione non costituisce oggetto di reale contestazione da parte di Modimar, che si limita ad affermarne l'erroneità, evidenziando come i ridetti elementi emergessero dalle offerte tecniche ed economiche di Iencon, ciò che nulla aggiunge a quanto rilevato dal Tar, atteso che è evidente che il giudizio di anomalia non può che avere a oggetto quanto complessivamente offerto dal concorrente.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi con riferimento a uno dei tre servizi dichiarati da Iencon ai sensi dell'art. 18 del disciplinare di gara, relativo alla progettazione del Porto di Castellammare del Golfo, che, come sottolineato da Modimar, non può essere "integralmente imputabile" a Iencon, trattandosi di appalto integrato, restando sostanzialmente insuperata l'affermazione del primo giudice secondo cui, non trattandosi di un servizio integrante i requisiti obbligatori di qualificazione, *"la circostanza di aver effettuato una prestazione in parte differente da quella per cui il disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione di un determinato punteggio graduabile fino ad una certa misura, poteva semmai giustificare la riduzione del punteggio attribuito, ma non l'esclusione della ditta dal confronto competitivo"*.

3.5. Anche il secondo e ultimo motivo dell'appello principale di Modimar deve essere pertanto respinto.

4. Alle rassegnate conclusioni consegue la reiezione dell'appello principale, e, per l'effetto, la conferma della sentenza impugnata e dell'annullamento del giudizio di anomalia impugnato in primo grado.

5. Passando all'appello incidentale, rileva il Collegio che:

- l'appena disposta conferma della sentenza impugnata determina la carenza di interesse di Iencon alla disamina delle doglianze da questa formulate in primo grado (nel ricorso e nei motivi aggiunti), sia in via principale che in via subordinata, assorbite da primo giudice, e qui riproposte ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.;

- residua invece l'interesse all'esame del primo motivo dell'appello incidentale, con cui Iencon ha contestato il capo della sentenza impugnata che ha respinto

la doglianza del suo ricorso principale di primo grado, volta a sostenere l'incompatibilità del RUP: invero, in caso di annullamento dell'esclusione dalla gara per illegittimità del giudizio di incongruità dell'offerta, l'effetto conformativo comporta la riammissione alla procedura e la regressione di questa a un nuovo subprocedimento di verifica, dovendo l'offerta comunque essere vagliata sotto il profilo di anomalia (tra tante, Cons. Stato, V, 29 luglio 2021, n. 5609), sicchè, essendo stata nel caso di specie la predetta verifica rimessa al RUP, la sua posizione non può non formare oggetto del predetto accertamento, in vista dei futuri adempimenti che, allo stato, e salva ogni diversa valutazione al riguardo della stazione appaltante, gli sono commessi.

6. Iencon ha sostenuto nel ricorso a suo tempo proposto e sostiene tutt'ora l'incompatibilità del RUP per avere egli rivestito il ruolo di co-progettista del progetto di fattibilità posto a base di gara.

Il Tar ha escluso l'incompatibilità alla luce di tutte le norme invocate dal deducente.

La conclusione merita conferma.

6.1. Iencon ha invocato in primo grado il divieto di cumulo delle funzioni di RUP, progettista e direttore lavori, ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 siccome attuato dal punto 9 delle Linee guida ANAC n. 3/2017.

Il primo giudice, rilevato che il ridetto punto 9 stabilisce che le funzioni di RUP e di progettista e direttore dei lavori non possono coincidere nel caso di "lavori" di speciale complessità, o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico, nonché nel caso di progetti integrali ovvero di interventi di importo superiore a € 1.500.000,00, ne ha escluso l'applicazione nel caso di specie, trattandosi di affidamento di servizi e non di lavori.

Iencon obietta che l'oggetto della progettazione consiste in un'opera complessa del valore di oltre 30 milioni di euro, la cui prestazione principale è relativa a opere di idraulica, e sostiene che l'applicazione del divieto non può

essere risolta in modo meccanicistico (cioè sulla base della mera distinzione tra opere e servizi), come sostiene abbia fatto il Tar.

L'obiezione non è persuasiva, atteso che, al di là dei futuri lavori, non vi è dubbio che si tratti, a oggi, dell'affidamento di servizi, e che le Linee guida in parola normano in maniera diversa le categorie di "lavori", cui è dedicato il punto 9, e di "servizi e forniture", cui è dedicato il successivo punto 10 (che esclude ordinariamente l'incompatibilità tra le figure del RUP e del progettista, salvi casi qui non sussistenti), sicchè la pretesa di Iencon di applicare alle seconde le disposizioni previste per le prime è priva di qualsiasi fondamento: anche il riferimento qui invocato alla speciale complessità attiene infatti alla categoria dei lavori.

E nulla muta considerando, come fa Iencon, che le stesse Linee guida differenziano le capacità richieste per ricoprire l'incarico di RUP in base all'oggetto della progettazione, lavori o servizi, e che l'incarico è stato conferito nella specie a un soggetto in possesso della laurea in ingegneria, requisito che, ai sensi dei punti 4 e 7 delle stesse Linee Guida, è proprio del RUP delle gare di lavori e non delle gare di servizi/forniture.

Invero, anche in disparte ogni considerazione fondata sulla diversità prospettica della disciplina dei requisiti rispetto a quella delle incompatibilità, l'argomentazione, per quanto suggestiva, finisce pur sempre per ipotizzare l'applicazione alla fattispecie di una regola per la quale essa non è stata prevista, né la particolare qualificazione di cui è in possesso il RUP nominato nella fattispecie può determinare, sol perché non ordinariamente prevista per la tipologia di gara di cui trattasi (ma neanche esclusa), una evidente inversione dei termini della questione comportante l'indebito tramutamento dell'oggetto della gara.

Del resto, proprio per aver nominato nel caso di specie come RUP un laureato in ingegneria, la stazione appaltante non è neanche incorsa nel pericolo, astrattamente paventato da Iencon in rapporto all'importanza dell'opera da progettare, dell'affidamento di tale funzione a un soggetto che,

pur essendo in possesso delle capacità di cui al ridetto punto 7, che non prevedono detta laurea, sia di fatto sprovvisto dei requisiti a tanto concretamente indispensabili.

6.2. Il primo giudice ha escluso l'incompatibilità del RUP *ex art. 77 comma 4 d.lgs. 50/2016*, sia perché tale disposizione riguarda la commissione giudicatrice e non il RUP, che nella specie ha fatto parte del solo seggio di gara, sia perché le funzioni di RUP non contemplano, diversamente da quelle della commissione giudicatrice, attività di tipo squisitamente discrezionale.

Iencon obietta che il RUP nel caso di specie ha svolto l'intero procedimento di verifica di anomalia, giudicando anomala la sua offerta proprio per effetto delle valutazioni discrezionali effettate.

La tesi non convince.

Il fondamento della causa di incompatibilità di cui trattasi, precedentemente normata dall'art. 84 comma 4 del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006, e dettata come detto in relazione alla commissione di gara, va rinvenuto nell'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio e in coerenza con le cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi. Detta *ratio* è dunque quella per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti a una decisione adottata da un organo terzo e imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. In altre parole, il rimedio è volto a evitare la partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti, interni o esterni, alla stazione appaltante che abbiano avuto un ruolo significativo, tecnico o amministrativo, nella predisposizione degli atti di gara

(Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13; V, 17 aprile 2020, n. 2471; 5 novembre 2019, n. 7557; 27 febbraio 2019, n. 1387).

Ciò posto, nel caso di specie, in applicazione delle predette coordinate ermeneutiche, l'incompatibilità in parola non è ravvisabile: la verifica *ex art.* 97 d.lgs. 50/2017, che peraltro il RUP ha effettuato anche mediante l'ausilio della commissione valutatrice, comporta l'esercizio di una discrezionalità ben diversa da quella che presiede all'attività volta alla valutazione e alla graduazione delle offerte, cui la norma in esame espressamente si riferisce.

6.3. Va infine esclusa, in uno con il primo giudice, anche l'incompatibilità *sub specie* di conflitto di interessi *ex art.* 6-*bis* l. 241/1990.

Il Collegio, sul punto, può limitarsi a rilevare la conformità delle considerazioni al riguardo rese dal primo giudice al principio espresso dalla Sezione secondo cui *“il giudizio compiuto dal RUP in sede di valutazione dell'anomalia di un'offerta riguarda solo tale offerta; non già la validità del progetto di base da esso a suo tempo elaborato (validità che, essendo quel progetto posto a base di gara, è data per acquisita); il suo giudizio, cioè, si limita alle soluzioni proposte dai vari offerenti, che con tale progetto di base devono risultare coerenti. L'incompatibilità attiene ad un rischio di crisi nella posizione di terzietà di soggetti: ma la terzietà qui non viene in discussione, dal momento che il RUP (progettista o meno che sia) non è chiamato a valutare la bontà del progetto posto a base di gara, bensì la rispondenza delle altrui offerte ai parametri ivi formulati”* (Cons. Stato, V, 24 luglio 2017, n. 3646).

6.4. In definitiva, anche l'appello incidentale va respinto.

7. Per tutto quanto precede, gli appelli principale e incidentale in esame devono essere respinti.

Le spese del grado possono essere compensate tra le parti, in ragione della reciproca soccombenza e della complessità e del numero delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe, respinge sia l'appello principale

che l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO