

Pubblicato il 30/11/2021

N. 07957/2021REG.PROV.COLL.
N. 04017/2021 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 numero di registro generale 4017 del 2021, proposto da Barone Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

La Castellese Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rossella Verderosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Taurasi, Asmel Consortile S. C. A R.L., non costituiti in giudizio;
per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00822/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Castellese Costruzioni s.r.l.;

Visto l'appello incidentale proposto da quest'ultima società;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e udito l'avvocato Verderosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione staccata di Salerno, ha accolto uno dei motivi del ricorso principale proposti dalla società La Castellese Costruzioni s.r.l. contro il Comune di Taurasi, nonché nei confronti della controinteressata Barone Costruzioni s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della gara per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di *“bonifica ambientale e messa in sicurezza dell'area dell'ex discarica comunale di c.da Estracine”* e, per l'effetto, ha annullato l'aggiudicazione, previo rigetto del ricorso incidentale della Barone Costruzioni, volto ad ottenere l'esclusione dalla gara della ricorrente principale.

1.1. La sentenza – dato atto dell'acquisizione documentale e del deposito della relazione di verifica oggetto degli incumbenti istruttori disposti in corso di causa – ha respinto i motivi primo, secondo e quarto del ricorso principale, con le motivazioni di cui si dirà trattando di tali motivi, riproposti con appello incidentale dalla società La Castellese Costruzioni.

1.2. E' stato invece accolto il terzo motivo, col quale la ricorrente principale aveva dedotto che, come comprovato anche da apposita perizia, la controinteressata, in violazione delle cogenti prescrizioni della *lex specialis* (che al punto 15 del bando prevedeva che *“tutte le migliori proposte non dovranno in alcun modo modificare la natura del progetto posto a base di gara o condizionare la Stazione Appaltante a richiedere ulteriori autorizzazioni non previste negli stessi atti”* e che *“le proposte contenute nell'offerta tecnica...devono essere sviluppate nel rispetto del progetto definitivo approvato. Si precisa che non sono ammesse varianti”*) aveva proposto, con riferimento al sub-criterio 1-e), due lavorazioni che

configuravano inammissibili varianti o comunque presupponevano l'indispensabile acquisizione di ulteriori autorizzazioni. Si trattava, in particolare dell'allaccio dell'area della discarica: a) alla rete elettrica nazionale: tale intervento, tenuto conto della distanza di oltre 120 metri rispetto all'elettrodotto, avrebbe richiesto la realizzazione di una linea aerea, con conseguente necessità di autorizzazione della Provincia per l'allestimento del cantiere sulla strada provinciale nonché di autorizzazione per lo svincolo idrogeologico; b) alla rete dell'acquedotto, per la cui realizzazione si sarebbe reso necessario acquisire analoga autorizzazione della Provincia per l'allestimento del cantiere oltre all'autorizzazione da parte dell'ente gestore del servizio idrico. L'offerta meritava quindi di essere esclusa o quanto meno penalizzata con l'attribuzione di un punteggio pari a zero.

1.2.1. Il tribunale ha escluso, sulla base dell'esito della verifica disposta allo scopo, che si trattasse di varianti, essendo invece *“mere proposte migliorative finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali (sul piano strutturale, funzionale e tipologico) delle prestazioni richieste in base al progetto a base di gara.”*.

Tuttavia il primo giudice è pervenuto alla conclusione che le proposte migliorative fossero contrarie alla prescrizione del punto 15 del bando, all'esito del seguente percorso motivazionale:

- ha esaminato le risultanze della verifica quanto alla necessità di pareri, constatando che: la verifica, da un lato, aveva concluso per la necessità di concessione provinciale e per la “non scontata” necessità dell'autorizzazione per lo svincolo idrogeologico per la prima miglioria, nonché per la rilevanza di *“autorizzazioni certamente necessarie per la concreta consistenza della seconda miglioria”*; dall'altro, però, aveva ritenuto che *“l'inquadramento sia della prima miglioria (allaccio alla rete elettrica nazionale) che della seconda miglioria (allaccio alla rete idrica pubblica) nell'ambito del mercato regolato dei servizi di rete, con riguardo alle norme procedurali stabilite dall'Autorità di Regolazione (ARERA) in appositi testi integrati (vigenti all'epoca della gara), evidenzia l'assenza di un condizionamento per la Stazione*

Appaltante ad acquisire autorizzazioni, concessioni o altri titoli atteso che di simili procedure sono onerati i distributori o gestori di rete”; precisando poi (nei sottoparagrafi nn. 7.5 e 8.6) che l’onere dell’acquisizione delle autorizzazioni necessarie per la prima e la seconda miglioria, non era in nessun caso posto a carico del richiedente, bensì a carico del locale distributore di rete;

- ha dato conto del fatto che la ricorrente principale aveva contestato le risultanze della verifica, mediante osservazioni del consulente tecnico di parte depositate il 17 febbraio 2021, riguardanti l’autorizzazione allo svincolo idrogeologico, le autorizzazioni provinciali e le autorizzazioni ritenute a carico del gestore delle reti;

- ha disatteso l’interpretazione del punto 15 della legge di gara sostenuta dall’aggiudicataria (su cui si tornerà perché fondante il secondo motivo di appello), sia per la preminenza da riconoscersi alle disposizioni del bando di gara su quelle del capitolato speciale sia perché *“avuto riguardo all’esigenza sostanziale sottesa alla predetta clausola di bando - da individuarsi, ad avviso del Collegio, nella salvaguardia dell’interesse della stazione appaltante alla celere realizzazione del progetto esecutivo senza necessità di richiedere ulteriori autorizzazioni rispetto a quelle già previste, incerte nell’an e nel quando – l’alterità rispetto alla stazione appaltante del soggetto deputato alla formale richiesta delle autorizzazioni, in disparte la condivisibilità delle osservazioni formulate dal verificatore sul punto, non sposta i termini del problema”*;

- ha quindi esposto le criticità del progetto definitivo posto a base di gara dalla stazione appaltante e rilevate dal verificatore, escludendo di poter assumere qualsivoglia statuizione al riguardo e tuttavia precisando che la necessità di una nuova approvazione del progetto, a causa delle incongruenze rilevate dal verificatore, non avrebbe potuto rappresentare una sanatoria per le offerte che presentassero profili di contrasto col disciplinare;

- ha concluso sulla questione oggetto del *thema decidendum* nel senso che *“le proposte migliorative formulate dalla Barone, pur non configurando varianti, si pongano in contrasto con il disciplinare di gara, stante l’acclarata necessità di autorizzazioni (quanto meno da parte della Provincia) al fine della realizzazione delle migliorie offerte”*.

Sulla scorta di tale conclusione ha accolto la prima censura del terzo motivo, ritenendo l'illegittimità degli atti impugnati nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione della Barone Costruzioni, in base al combinato disposto dell'articolo 15 del bando e dell'articolo 6 *a.4* della medesima *lex specialis* (che prevede espressamente l'esclusione - dopo l'apertura della busta interna dell'offerta tecnica - delle offerte “*in contrasto con le indicazioni che la documentazione a base di gara individua come prescrittive oppure ne eccedano i limiti inderogabili*”).

1.2.2. Pur ritenendo perciò assorbita la seconda censura dello stesso terzo motivo, ha motivato in merito alla sua fondatezza perché “*quand'anche alla prescrizione di bando non dovesse riconoscersi effetto escludente (anche in relazione alla modesta incidenza percentuale delle lavorazioni contestate rispetto all'importo totale dei lavori), la stessa avrebbe quanto meno l'effetto di rendere inammissibile la proposta formulata dalla Barone con riferimento allo specifico sub-criterio in considerazione: da tanto discenderebbe comunque l'aggiudica in favore della Castellese che – a seguito della decurtazione alla Barone dei 15 punti attribuiti per il sub-criterio e-1 (cfr. verbale n. 10) – risulterebbe prima graduata.*”.

1.3. Accolto il ricorso principale nei limiti del terzo motivo e respinti i motivi restanti, nonché tutti i motivi del ricorso incidentale, l'aggiudicazione a Barone Costruzioni è stata annullata e le spese di lite sono state compensate, ad eccezione delle spese di verifica che sono state poste a carico del Comune di Taurasi e della Barone Costruzioni nella misura del 50% per ciascuno.

2. Avverso la sentenza la società Barone Costruzioni propone appello con sette motivi.

2.1. La società La Castellese Costruzioni resiste all'appello e propone appello incidentale con tre motivi.

2.2. Il Comune di Taurasi non si è costituito.

2.3. All'udienza del 4 novembre 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria della società La Castellese Costruzioni

e di memoria di replica della società Barone Costruzioni.

2.4. Su richiesta dell'appellante principale è stato pubblicato il dispositivo in data 5 novembre 2021.

3. Dirimente ai fini della decisione sull'appello principale è l'esame del secondo motivo, col quale si censura la decisione di accoglimento del terzo motivo del ricorso principale.

3.1. L'appellante premette che la gara ha ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di bonifica e di messa in sicurezza di una discarica e che il progetto a base di gara prevedeva la realizzazione dell'impianto elettrico, ma senza prevederne l'allacciamento alla rete elettrica nazionale, e di un sistema antincendi, ma senza prevederne l'allacciamento alla rete idrica.

Rilevate tali carenze, la Barone Costruzioni ha proposto di realizzare una linea elettrica interrata e di accollarsi gli oneri dovuti all'Enel per l'allacciamento alla rete elettrica nonché di realizzare le condutture necessarie per l'allacciamento alla rete idrica, in quanto, ad avviso dell'appellante, opere necessarie per colmare carenze del progetto a base di gara, che non avrebbero potuto essere omesse in sede di redazione di un progetto esecutivo.

Dato ciò, l'appellante denuncia la manifesta irragionevolezza della decisione di primo grado e dell'interpretazione del disciplinare di gara che la sorregge, osservando che:

- mentre il progetto a base di gara non prevede affatto l'allacciamento alla rete idrica, enuncia per ben 21 volte che l'impianto fotovoltaico debba essere "*connesso alla rete elettrica di distribuzione*", pur non prevedendo alcunché negli elaborati progettuali e nel quadro economico;
- è manifestamente irragionevole interpretare le clausole di gara escludendo un'offerta che contiene integrazioni del progetto a base di gara, che avrebbero dovuto essere contenute nello stesso progetto preliminare;
- in ogni caso, contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., è rilevante, per escludere la violazione della legge di gara, che l'onere di richiedere le autorizzazioni non debba gravare sull'amministrazione, atteso che: interesse di

questa è realizzare l'opera finita ed utilizzabile; la clausola del disciplinare va interpretata tenendo conto del contenuto complessivo della *lex specialis* e del suo oggetto, consistente anche nella redazione di una progettazione esecutiva; dato ciò, non vi è contrasto tra disciplinare di gara e capitolato speciale di appalto e non si pone, nel caso di specie, la questione del rapporto di gerarchia ritenuto dal tribunale, bensì quella della corretta e razionale interpretazione del disciplinare, il cui contenuto va valutato in relazione all'oggetto della gara ed agli elaborati del progetto posto a base di gara, nonché al tenore dell'art. 16 del capitolato speciale.

3.2. Il motivo è fondato.

Va premesso che, non essendo più in discussione la configurazione di varianti non ammesse, si tratta di interpretare il punto 15 del bando di gara nella sola parte in cui prevede che *“tutte le migliorie proposte non dovranno in alcun modo modificare la natura del progetto posto a base di gara o condizionare la stazione appaltante a richiedere ulteriori autorizzazioni non previste negli stessi atti”*, tenuto conto della successiva previsione che le proposte migliorative *“non dovranno comportare alcun maggior onere, indennizzo, rimborso, adeguamento o altro, a carico della stazione appaltante dell'opera”*.

La modifica della *“natura del progetto posto a base di gara”* è stata esclusa dal verificatore, con argomentazioni non smentite dal tribunale e che integralmente si condividono, in quanto le migliorie proposte (consistenti nell'allaccio dell'area della discarica alla rete elettrica ed alla rete idrica) non incidono affatto sulla struttura e sulla funzione del progetto posto a base di gara e, per di più, hanno modesta incidenza percentuale rispetto al totale dei lavori (come riconosciuto anche in sentenza: cfr. punto 9.8).

La controversia si incentra quindi sulla richiesta del bando di gara di evitare condizionamenti della stazione appaltante *“a richiedere ulteriori autorizzazioni non previste negli stessi atti”* e di evitare a carico della medesima stazione appaltante oneri, anche economici, o adeguamenti dell'opera.

3.2.1. Contrariamente a quanto sostiene l'appellata La Castellese Costruzioni, l'interpretazione del punto 15 del bando non può prescindere dalla considerazione, per un verso, dell'oggetto dell'appalto, che, essendo integrato, comprende la progettazione esecutiva da parte dell'affidatario e, per altro verso, dalle previsioni del capitolato speciale, in particolare di quelle concernenti l'approvazione della progettazione esecutiva.

3.2.2. Siffatti criteri ermeneutici sono riscontrati in diritto della ripetuta affermazione giurisprudenziale che vuole che le clausole del bando e del disciplinare di gara siano intese secondo un criterio di interpretazione sistematica, ossia le une per mezzo delle altre (cfr. Cons. Stato, V, 20 febbraio 2017, n. 741), ed in modo da attribuire loro un significato conforme alla normativa di settore, secondo il criterio di conservazione degli atti, operante anche per i bandi di gara (cfr. Cons. Stato, III, 28 maggio 2020, n. 3374 e id., V, 25 marzo 2020, n. 2090).

3.2.3. In punto di fatto, poi, va condiviso il rilievo dell'appellante principale secondo cui la clausola del bando su riportata non vieta in assoluto le migliorie che comportino la necessità di acquisire autorizzazioni, ma si limita a vietare che queste possano gravare sulla stazione appaltante e ad impedire richieste di autorizzazioni *“non previste negli stessi atti”*.

Tale inciso finale, collegato alla precedente menzione del *“progetto posto a base di gara”*, implica il necessario e coordinato riferimento al contenuto sia di quest'ultimo che del capitolato speciale.

Trattandosi di appalto integrato con affidamento della progettazione esecutiva, tenuto conto dei livelli di progettazione di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 50 del 2016 (che ha sostituito il progetto preliminare col progetto di fattibilità ed, ai commi 7° e 8°, ha disciplinato progetto definitivo e progetto esecutivo), il progetto posto a base di gara dal Comune di Taurasi avrebbe dovuto contenere, in quanto progetto definitivo, *“tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni”* (arg. ex art. 23, comma 7, cit.).

Poiché come osserva l'appellante principale - senza specifica smentita di controparte – il progetto a base di gara prevede la realizzazione dell'impianto elettrico (descrivendo l'impianto fotovoltaico come “*connesso alla rete elettrica di distribuzione*”) ed anche la realizzazione dell'impianto antincendio, avrebbe dovuto prevederne i relativi allacciamenti alle reti pubbliche.

Avendo il Comune posto a base di gara un progetto definitivo, con affidamento in gara della progettazione esecutiva, gli allacciamenti proposti dalla Barone Costruzioni, non solo non sono contrari alla natura del progetto definitivo (come già acclarato), ma ne integrano il contenuto, rendendolo realizzabile in fase esecutiva.

Quanto poi all'ammissibilità di siffatte integrazioni, rispetto al condizionamento della stazione appaltante al rilascio delle autorizzazioni, vietato dal bando di gara, è pertinente il richiamo operato dalla società Barone Costruzioni all'art. 16 del capitolato speciale.

Questo riguarda la “*approvazione della progettazione esecutiva*” ed in esso si fa menzione di pareri, nulla-osta, autorizzazioni o altri atti di assenso, ponendo a carico dell'appaltatore gli oneri, anche economici, relativi.

3.2.4. Nel caso di specie, sia le autorizzazioni provinciali (riguardanti i lavori di bonifica ambientale e messa in sicurezza della discarica e le opere da eseguirsi lungo la viabilità pubblica: come da note della Provincia di Avellino n. 4815 del 17 febbraio 2021 e n. 5026 del 19 febbraio 2021), sia le autorizzazioni per gli allacciamenti alle reti elettrica ed idrica previste dall'Autorità di Regolazione sono necessarie a fini esecutivi del progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante e, rispetto alle migliorie in contestazione, non “condizionano” la stazione appaltante a richiedere “ulteriori autorizzazioni non previste” negli atti di gara.

Gli oneri, anche economici relativi, poi, non risultano essere stati posti a carico del Comune di Taurasi, dato che non è stato affatto dimostrato dalla ricorrente principale, né risulta *per tabulas* dall'offerta di Barone Costruzioni,

che questa abbia riversato sulla stazione appaltante i costi delle migliorie in contestazione.

3.3. In conclusione, il secondo motivo di appello va accolto e va ritenuta la legittimità del giudizio espresso dalla commissione di gara sull'ammissibilità delle proposte migliorative e quindi sulla loro valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio per il sub criterio *1-e*.

3.4. Col terzo motivo l'appellante principale sostiene che il T.a.r. non avrebbe potuto ritenere fondata la censura subordinata riguardante l'attribuzione di punteggio aggiuntivo per le migliorie ritenute inammissibili, facendone conseguire la decurtazione dei 15 punti attribuiti per il sub-criterio *e-1*, ma tutt'al più avrebbe dovuto disporre un nuovo esame dell'offerta tecnica della Barone Costruzioni da parte della commissione di gara.

3.4.1. L'accoglimento del secondo motivo di appello, in quanto ha riconosciuto l'ammissibilità delle migliorie offerte, è pienamente soddisfacente delle ragioni dell'appellante principale e comporta l'assorbimento del terzo motivo.

4. Logicamente pregiudiziale all'esame dei restanti motivi dell'appello principale è l'esame dei motivi dell'appello incidentale.

4.1. Col primo motivo (*Error in iudicando; violazione del regolamento di cui agli art. 51,52 e 54 del RD 23.10.1925 n. 2357; violazione del punto 11.9 del disciplinare di gara*), riproponendo il secondo motivo del ricorso introduttivo, la società La Castellese Costruzioni sostiene che la società Barone Costruzioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché ha indicato per la progettazione esecutiva delle opere strutturali e idrauliche un r.t.p. composto da un ingegnere, mandatario, con una quota di partecipazione e di servizi pari al 32%, e da due architetti, mandanti, con una quota di partecipazione e di servizi complessivamente pari al 64% (col restante 4% affidato, in qualità di mandante, ad un geologo, per il servizio di sua competenza), laddove gli architetti non sono abilitati a progettare lavori di bonifica e messa in sicurezza della discarica, che equivalgono al 100% del progetto posto a base di gara.

L'appellante incidentale deduce inoltre che la sentenza di primo grado ha errato nel porre a fondamento del rigetto la sentenza del Consiglio di Stato n. 5164/2020 resa tra le stesse parti, perché questa non si è occupata della censura concernente l'abilitazione dei progettisti, ma della diversa censura (che ha ritenuto infondata) del mancato possesso, in capo al mandatario del gruppo di progettazione, del requisito di partecipazione della quota maggioritaria prevista dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

4.1.1. La critica alla decisione di primo grado va condivisa quanto alla deduzione dell'irrilevanza della sentenza n. 5164/2020, ma è infondata quanto alla riproposizione della censura di mancanza dei requisiti di abilitazione dei progettisti.

La sentenza passata in giudicato richiamata dal tribunale ha avuto ad oggetto la composizione del raggruppamento temporaneo di professionisti indicato dalla Barone Costruzioni per la progettazione, che il Comune di Taurasi aveva ritenuto rilevante ai fini dell'ammissione alla partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, disponendo perciò l'esclusione della società aggiudicataria per il mancato rispetto della previsione della quota maggioritaria in capo al mandatario.

Con la citata sentenza si è ritenuta inapplicabile la richiamata disposizione del *codice dei contratti pubblici* nei confronti dei progettisti indicati dall'impresa partecipante ad una gara per l'affidamento dell'appalto integrato.

La censura oggetto del motivo in esame non attiene affatto all'applicazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, bensì all'applicazione delle disposizioni regolamentari di cui agli artt. 51, 52 e 54 del r.d. 23 ottobre 1925 n. 2357, nonché del punto 11.9 del disciplinare di gara, concernenti il diverso requisito dell'abilitazione alla progettazione dei professionisti indicati.

Secondo l'appellante incidentale, la progettazione esecutiva di opere strutturali e idrauliche deve essere affidata ad un ingegnere ed il disciplinare di gara consente (al punto 11.9.4) *“la partecipazione anche di altri professionisti tecnici, incardinati o associati al progettista, purché in aggiunta alle professionalità minime*

inderogabili di cui al paragrafo 12.9.1 [n.d.r., rectius 11.9.1]”, ma “fermi restando i limiti alle singole competenze professionali”, sicché non si sarebbe potuto procedere al riparto interno al raggruppamento con affidamento agli architetti di una quota complessivamente pari al 64% della progettazione esecutiva.

Orbene, anche condividendo l'assunto dell'appellante secondo cui l'abilitazione alla professione di architetto non è idonea per la progettazione di opere strutturali e idrauliche, la presenza di un ingegnere nel raggruppamento incaricato della progettazione esecutiva è sufficiente ad escludere la violazione delle richiamate disposizioni.

L'indicazione da parte della Barone Costruzioni di un professionista abilitato alla progettazione esecutiva delle opere strutturali e idrauliche è sufficiente al rispetto sia della normativa sull'ordinamento professionale, sia della legge di gara.

Quanto alla prima, la sottoscrizione del progetto esecutivo da parte del professionista abilitato consente di riferire a quest'ultimo l'assunzione di responsabilità dell'intera progettazione, alla quale è funzionale l'abilitazione professionale richiesta. La collaborazione alla progettazione prestata dai due architetti non riduce né fa venire meno la riferibilità dell'intera progettazione al professionista abilitato sottoscrittore del progetto esecutivo.

Quanto alla legge di gara, va sottolineato che l'offerta della Barone Costruzioni è conforme alla previsione del punto 11.9.1. del disciplinare secondo cui i concorrenti *“devono affidare a pena di esclusione la progettazione esecutiva dell'intervento ad una struttura operativa (gruppo di progettazione) ...con l'indicazione nominativa obbligatoria dei professionisti che firmeranno gli atti oggetto dell'appalto ... ovvero: - un ingegnere per la progettazione ...”*.

La partecipazione degli architetti è poi da ritenere consentita dalla previsione su riportata del punto 11.9.4 del disciplinare, il quale indica come sufficiente che i professionisti *“incardinati o associati al progettista”* siano *“in aggiunta alle professionalità minime inderogabili”*, vale a dire, per quanto qui rileva, *in aggiunta all'ingegnere competente per la progettazione.*

Non colgono nel segno le contrarie argomentazioni dell'appellante incidentale basate sull'entità delle quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di professionisti, che porrebbero l'ingegnere e i due architetti in posizione paritaria (32% ciascuno).

Il relativo riparto interno – già ritenuto irrilevante, con la sentenza n. 5164/2020, ai fini dell'ammissione alla partecipazione – è privo di rilevanza ai fini del rispetto delle competenze professionali, considerato quanto detto sopra sull'assunzione dell'intera responsabilità della progettazione in capo a ciascuno dei sottoscrittori.

Avuto poi riguardo alla legge di gara, siffatta assunzione di responsabilità è da intendersi “*fermi restando i limiti alle singole competenze professionali*” di cui al ridetto punto 11.9.4 del disciplinare, quindi fa capo a ciascun professionista nei limiti della propria abilitazione professionale.

Escluso che, dal punto di vista giuridico, ciascuno dei sottoscrittori assuma una responsabilità corrispondente a quella della quota di partecipazione al raggruppamento, una tale corrispondenza risulta esclusa anche in punto di fatto dalla indicazione dei professionisti resa dalla Barone Costruzioni, in ottemperanza a quanto previsto dal punto 11.9.5 del disciplinare di gara (che richiedeva che i concorrenti dovessero indicare espressamente a pena di esclusione i nominativi dei professionisti che avrebbero svolto le rispettive attività).

La Barone Costruzioni ha infatti indicato la natura del servizio svolto da ciascun professionista come corrispondente alla “*progettazione esecutiva delle opere strutturali ed idrauliche*”, senza specificare le quote di riparto.

Trattandosi di indicazione da intendersi nei limiti delle competenze professionali di ciascuno, è corretta la conclusione raggiunta dalla sentenza gravata secondo cui l'affidamento della progettazione esecutiva delle opere strutturali e idrauliche ad un ingegnere soddisfa i requisiti richiesti per la partecipazione e per la competenza alla progettazione medesima, dovendo

ritenersi priva di “*rilievo ostativo*” la “*compresenza di due architetti, chiamati a collaborare alla progettazione esecutiva*” delle medesime opere.

4.1.2. Il primo motivo dell'appello incidentale va quindi respinto.

4.2. Col secondo motivo (*Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione art. 89 comma 1 d.lvo 50/2016. Eccesso di potere per difetto di presupposti. Sviamento*), riproponendo il primo motivo del ricorso introduttivo, la società La Castellese Costruzioni sostiene che la società Barone Costruzioni avrebbe dovuto essere esclusa perché nella documentazione a corredo dell'offerta non erano stati rinvenuti né il contratto di avvalimento né l'elenco delle risorse allegato alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria, e l'omissione non avrebbe potuto essere sanata col soccorso istruttorio.

L'appellante incidentale deduce inoltre che la sentenza di primo grado sarebbe errata per avere privilegiato il valore probatorio del verbale di gara n. 3 del 21 marzo 2018, in cui in seduta pubblica sarebbe stata verificata la completezza della documentazione amministrativa. La Castellese Costruzioni obietta che nel verbale si sarebbe dato atto semplicemente della correttezza formale e del confezionamento delle buste interne, ma che non vi sarebbe alcuna verbalizzazione in ordine all'esistenza del contratto di avvalimento con l'allegato elenco delle risorse necessarie; inoltre non si sarebbe potuto verificare alcuno smarrimento della documentazione dopo l'apertura delle buste, poiché lo stesso verbale attesta che, subito dopo l'esame, i plichi sono stati sigillati e controfirmati sui lembi di chiusura dai componenti della commissione e consegnati al RUP per la custodia (avendo questi provveduto in data 23 luglio 2019 al controllo dei requisiti auto-dichiarati dall'impresa ed avendo successivamente, alle ore 9.45, il rappresentante della società La Castellese Costruzioni, alla presenza continua del RUP, preso visione della documentazione amministrativa della società Barone Costruzioni, constatando la mancanza dei detti documenti). Infine, non sarebbero rilevanti la nota del RUP del 6 novembre 2019 e la segnalazione dell'accaduto alla competente Procura della Repubblica e si dovrebbe invece ritenere che

l'acquisizione dei documenti effettuata dal RUP il 25 settembre 2020 avrebbe dato luogo ad un inammissibile soccorso istruttorio.

4.2.1. Il motivo è infondato.

Il verbale di gara n. 3 del 21 marzo 2018 attesta che in seduta pubblica la commissione di gara ha verificato la completezza della documentazione amministrativa, dopo aver aperto, alla presenza dei rappresentanti delle imprese concorrenti, tutti i plichi, compresa la busta "A", contenente la documentazione amministrativa richiesta per l'ammissione alla partecipazione. L'asserita incompletezza del controllo effettuato dalla commissione di gara non risulta affatto dal verbale.

La generica verifica della mera integrità dei plichi, sostenuta dall'appellante incidentale, senza il controllo del loro contenuto, non avrebbe consentito alla commissione di gara di attestare il rispetto, da parte dei concorrenti, dei requisiti di partecipazione.

All'opposto, come già specificato in sentenza, il verbale n. 3, oltre ad attestare, con specifico riferimento al plico presentato dalla Barone, *"la correttezza formale e il confezionamento delle buste interne contenenti la Documentazione Amministrativa (Busta "A") [...]"*, dà atto dell'*apertura* della busta "A" e della verifica da parte della commissione di gara della *"adeguatezza della documentazione presentata in relazione ai requisiti necessari alla partecipazione e ad ogni altro adempimento richiesto dal Bando/ disciplinare di gara"*.

Poiché nel presente giudizio non è in discussione la validità del contratto di avvalimento, ma la materiale esistenza del documento, unitamente all'elenco delle risorse allegato alla dichiarazione dell'impresa, se la commissione di gara ne avesse constatato la mancanza all'interno della busta "A" avrebbe dovuto procedere alla relativa verbalizzazione.

Invece, dopo aver verbalizzato che era stata *"esaminata la documentazione presentata"* dalla Barone, la commissione ha dato atto a verbale della richiesta di acquisizione, attraverso la procedura del soccorso istruttorio, della documentazione *"considerata carente"* ed espressamente indicata nello stesso

verbale ai numeri 1) e 2) riguardanti il plico della Barone, senza menzionare il contratto di avvalimento.

Poiché il verbale di gara è atto pubblico, avente fede privilegiata, rispetto alle operazioni compiute e alle attestazioni rese dai commissari di gara, l'affermazione della constatazione della completezza della documentazione amministrativa ivi contenuta, ad eccezione dei due documenti espressamente menzionati, è da presumersi riferita - salvo prova contraria da fornirsi previa querela di falso - all'attività di controllo e valutazione da parte dei commissari della documentazione richiesta per l'ammissione dei concorrenti, compreso il contratto di avvalimento, indispensabile ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ne consegue che - anche prescindendo dalla nota redatta dalla commissione di gara il 23 agosto 2019 e trasmessa al RUP in data 2 settembre 2019 (con cui si conferma che la commissione aveva constatato la presenza dei documenti nella busta amministrativa nella seduta di cui al verbale n.3) - vi è un contrasto tra la verbalizzazione del controllo della documentazione amministrativa e la documentazione effettivamente reperita quando la gara era stata completata, sedici mesi dopo (il 23 luglio 2019).

In caso di contrasto tra quanto emerge dal verbale di gara e la documentazione reperita a gara espletata, va ribadita la preferenza da accordarsi al valore probatorio privilegiato dei verbali di gara in ordine al riscontro della completezza della documentazione presentata dai concorrenti (cfr. Cons. Stato, VI, 2 maggio 2011, n. 2579).

La stazione appaltante non ha esercitato quindi alcun soccorso istruttorio, quando ha consentito la produzione in copia dei documenti mancanti dopo la conclusione della gara, ma che risultavano regolarmente presentati nella fase di ammissione.

4.2.2. Il secondo motivo dell'appello incidentale va respinto.

4.3. Col terzo motivo (*Error in iudicando; violazione del punto 17 del bando di gara; violazione dell'art. 95, comma 10, D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento*),

riproponendo il quarto motivo del ricorso introduttivo, la società La Castellese Costruzioni sostiene che la società Barone Costruzioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché la sua offerta economica non conteneva gli elaborati dei costi aziendali e dei costi per la manodopera.

L'appellante incidentale deduce che la sentenza di primo grado sarebbe errata per aver escluso che la disciplina di gara non contenesse l'obbligo di depositare gli elaborati tecnici contenenti la determinazione analitica degli oneri di sicurezza aziendali e dei costi della manodopera. Il riscontro sarebbe costituito dal fatto che la stazione appaltante ha richiesto –mediante l'allegazione degli elaborati – una verifica analitica della determinazione dei costi dichiarati ed *“è apparso anomalo che i costi relativi alla sicurezza da rischio aziendale ammontino a soli € 6.000,00, pari a circa 0,20% dell'importo globale dei lavori ammontanti ad € 3.051.312,04”*.

4.3.1. Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

Esso è infondato per la ragione, già evidenziata dal tribunale, che la legge di gara non richiedeva la produzione degli elaborati tecnici contenenti l'indicazione dettagliata dei costi, ma soltanto la loro indicazione in conformità alla previsione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Depone in tale senso il testo dell'art. 17 del bando di gara - unica disposizione della *lex specialis* indicata dall'appellante incidentale – che, nel disciplinare il contenuto dell'offerta economica, richiede, per quanto qui rileva, alla lettera b), la *“stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10, del Codice”* e, alla lettera c), la *“stima dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice”*.

Il motivo dell'appello incidentale è peraltro generico, dato che, fatto salvo il richiamo, soltanto nell'epigrafe del punto 17 del bando/disciplinare di gara, non indica specificamente quale sarebbe la possibile interpretazione di questo, che imporrebbe di superare il dato letterale della sufficienza della stima dei costi aziendali relativi alla sicurezza e dei costi della manodopera.

Il riferimento alla “congruità” dei costi della sicurezza rispetto “*all’entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell’appalto*”, contenuto nel punto 17, lett. b) del disciplinare, non sta, di per sé, a significare che i costi della sicurezza avrebbero dovuto essere dettagliati mediante la produzione dei relativi elaborati sin dal momento della presentazione dell’offerta. Piuttosto si tratta di una riserva del relativo giudizio, rimesso alla valutazione della stazione appaltante, nell’apposito sub procedimento di verifica di congruità dell’offerta.

Dato quanto sopra, il motivo di appello incidentale è inammissibile (anche) nella parte in cui si basa su un’asserita incongruenza dei costi per la sicurezza, dal momento che il giudizio di congruità dell’offerta della Barone Costruzioni, effettuato dal r.u.p., non è stato impugnato né col ricorso principale né con motivi aggiunti.

4.4. L’appello incidentale va quindi respinto.

5. L’accoglimento del secondo motivo dell’appello principale, con assorbimento del terzo, ed il rigetto dell’appello incidentale comportano la carenza di interesse all’esame dei motivi primo, quarto, quinto, sesto e settimo dell’appello principale.

5.1. Con questi sono infatti riproposti i motivi del ricorso incidentale, con i quali la Barone Costruzioni aveva lamentato nei confronti della società La Castellese Costruzioni:

1. la perdita dei requisiti del raggruppamento indicato per la progettazione (censura, che, col primo motivo di appello, è riproposta come eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso principale in primo grado per carenza di interesse, perché, secondo l’appellante principale, La Castellese Costruzioni avrebbe perso i requisiti dichiarati in sede di gara e perciò non avrebbe potuto aspirare all’aggiudicazione);
2. la falsità delle sottoscrizioni dei tecnici designati per la progettazione;
3. l’omessa comunicazione delle variazioni della titolarità dei poteri gestori e di rappresentanza legale;

4. l'omessa comunicazione di illeciti professionali ai sensi dell'art.80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016;

5. l'inammissibilità dell'offerta temporale.

5.2. Poiché si tratta di motivi volti ad ottenere, nella prospettazione del primo motivo d'appello, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado e comunque, nella prospettazione degli altri, l'esclusione dalla gara della ricorrente principale, l'accertata infondatezza del ricorso principale in primo grado, col ripristino dell'aggiudicazione già disposta in favore della Barone Costruzioni, fa venire meno l'interesse di quest'ultima in ordine alla decisione sui motivi del ricorso incidentale.

I motivi dell'appello principale diversi dal secondo vanno perciò dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

6. In conclusione, accolto il secondo motivo dell'appello principale, dichiarati improcedibili i restanti e respinto l'appello incidentale, la sentenza di primo grado va riformata e va respinto l'originario ricorso della società La Castellese Costruzioni.

6.1. La riforma della sentenza di primo grado determina, ai sensi dell'art. 336, comma 2, cod. proc. civ., applicabile anche al processo amministrativo, la caducazione di tutti gli atti compiuti dall'amministrazione in esecuzione della sentenza riformata, compresa la determinazione n. 54 del 5 maggio 2021, con cui, dando esecuzione alla sentenza, si è confermato l'annullamento dell'aggiudicazione della gara alla Barone Costruzioni.

A seguito dell'accoglimento dell'appello principale e del rigetto dell'incidentale, resta confermata la legittimità dell'aggiudicazione della gara a quest'ultima società disposta con la determinazione del 16 ottobre 2020, n. 135.

Con la memoria depositata il 25 ottobre 2021 l'appellante principale ha fatto presente che tra il Comune di Taurasi e La Castellese Costruzioni sarebbe stato stipulato il contratto in data 21 ottobre 2021.

Sebbene non risulti agli atti il provvedimento di aggiudicazione in favore della società La Castellese Costruzioni, questo sarebbe comunque caducato in conseguenza della regola del c.d. effetto espansivo esterno di cui al già richiamato art. 336, comma 2, cod. proc. civ. (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n.2).

Va perciò regolata la sorte del contratto, ove effettivamente stipulato il 21 ottobre 2021.

La prossimità della data di stipulazione rispetto all'udienza del 4 novembre 2021, all'esito della quale è stato anticipatamente pubblicato il dispositivo (in data 5 novembre 2021) e l'oggetto dell'appalto, concernente la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, inducono a ritenere che questi non siano ancora iniziati e che perciò lo stato di esecuzione del contratto ne consenta la dichiarazione di inefficacia, senza necessità di ulteriori statuizioni (arg. ex art. 122 Cod. proc. amm.).

6.2. La peculiarità della vicenda processuale rende di giustizia la compensazione delle spese processuali di entrambi i gradi, ad eccezione delle spese di verifica.

Queste, come già liquidate dal giudice di primo grado nell'importo complessivo di € 3.000,00 (tremila/00), vanno regolate secondo il criterio della soccombenza e quindi poste definitivamente a carico della ricorrente principale in primo grado, La Castellese Costruzioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, accoglie il secondo motivo dell'appello principale; dichiara improcedibili i restanti; respinge l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge l'originario ricorso della società La Castellese Costruzioni s.r.l.. Dichiaro inefficace il contratto stipulato il 21 ottobre 2021.

Compensa le spese di entrambi i gradi, ad eccezione delle spese di verifica, regolate come da parte motiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO