

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 2853 del 14 maggio 2018

Conflitto di interesse tra progettista firmatario e consulente dell'impresa – Posizione di oggettivo squilibrio ex art. 42 del D.lgs. 50/2016 – Onere della prova in capo all'aggiudicatario ex art. 24 co. 7 del Codice

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9205 del 2017, proposto da:

..... S.r.l. in proprio. e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con Snc,, S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato in Torino,

nei confronti

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati,, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato ... in Roma, via; ... S.p.A. quale mandante a.t.i., S.p.A. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - SEZIONE UNICA n. 70/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.A e di S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza segnata in epigrafe il Tar della Valle d'Aosta, sezione unica, ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale proposto da Costruzioni Stradali B.G.F. s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le imprese Cogeis S.p.A. e Ivies S.p.A., nei confronti di Bertini Aosta s.r.l., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le imprese Bertini s.r.l., Karl Wieser s.n.c. e Mair Josef & Co. s.a.s., e per l'effetto ha annullato i provvedimenti impugnati nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Bertini, così assorbendo i motivi secondo e terzo del ricorso incidentale; ha quindi respinto il primo motivo del ricorso principale proposto da quest'ultima nei confronti della stazione appaltante Monterosa S.p.A. e dell'aggiudicataria Costruzioni Stradali B.G.F. S.r.l. ed ha dichiarato inammissibile nel resto lo stesso ricorso principale a causa dell'accoglimento del ricorso incidentale; ha compensato le spese di lite.

1.1. La Bertini Aosta s.r.l., in proprio e nella qualità anzidetta, nonché Bertini s.r.l., in proprio, hanno proposto appello per ottenere la riforma della sentenza.

La Monterosa S.p.A. e la Costruzioni Stradali B.G.F. S.r.l., in proprio e nella qualità anzidetta, si sono costituite per resistere al gravame; quest'ultima ha riproposto i motivi del ricorso incidentale dichiarati assorbiti dal giudice di primo grado.

Le parti hanno depositato memorie e repliche.

Alla pubblica udienza del 12 aprile 2018, nel corso della quale i difensori dell'appellante hanno dichiarato di rinunciare alle censure che eventualmente impingessero sulle questioni sottoposte all'Adunanza Plenaria in tema di rapporto tra ricorso incidentale e ricorso incidentale, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. In punto di fatto va premesso che con atto del 16 giugno 2017 la Monterosa S.p.A. ha approvato la proposta di aggiudicazione della procedura aperta - indetta ai sensi degli articoli 60 e 95 del d. lgs. n. 50 del 2016 - avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di realizzazione del bacino di innevamento "Alpe Forca" in Comune di Ayas, località Frachey e della progettazione costruttiva e strutturale di opere civili, a favore dell'a.t.i. avente come capogruppo Costruzioni stradali B.G.F. S.r.l. e come mandanti Cogeis s.p.a. e Ivies s.p.a.

2.1. La Bertini Aosta s.r.l., nella qualità indicata in epigrafe, collocatasi al secondo posto, con una differenza di 5,084 punti dalla prima, e la mandante Bertini s.r.l. hanno impugnato tale provvedimento unitamente al bando di gara, ai verbali di gara, all'atto di consegna anticipata dei lavori, ove disposta, nonché al contratto, ove già stipulato.

2.2. A sua volta la controinteressata Costruzioni stradali B.G.F. S.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso l'approvazione della proposta di aggiudicazione della procedura aperta sopra richiamata e i verbali di gara, nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione dalla gara e dalla relativa graduatoria finale della costituenda a.t.i. con capogruppo mandataria la società Bertini Aosta s.r.l.

2.3. Il Tar ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale (*I. violazione ed erronea applicazione del bando di gara (Paragrafo XIII – Lettera "A"); eccesso di potere per errore e*

difetto di motivazione, vizio del procedimento, violazione della par condicio; illogicità e ingiustizia manifesta), affermandone il carattere escludente in quanto volto a contestare la regolarità della partecipazione alla procedura dell'a.t.i. avente come capogruppo la Bertini Aosta s.r.l. e, dunque, la legittimazione della stessa alla proposizione del ricorso principale.

La sentenza afferma il mancato rispetto, da parte della predetta a.t.i., delle modalità che il bando di gara prescriveva per la presentazione dell'offerta tecnica e, in particolare, della previsione di cui al paragrafo XIII, lettera A, secondo cui *“la relazione del criterio A deve essere composta da un numero massimo di 8 cartelle formato A4, ovvero 4 cartelle formato A3 (escluse copertina iniziale e finale). Una cartella corrisponde a un foglio (A4 o A3) il quale può essere compilato su entrambe le facciate. La relazione stessa può essere corredata di elaborati e schemi grafici di dettaglio e di insieme, schede tecniche, tabelle, flussogrammi, istogrammi, cronogrammi aggiuntivi alle previste cartelle, nel numero massimo di 3 allegati, prescindendo dal formato”*.

Secondo il TAR: non sarebbero conformi a questa previsione né la relazione, né l'allegato 1 alla relazione, avente ad oggetto il “Piano di gestione della commessa”, perché la relazione non sarebbe un documento completo, ma sarebbe strutturata come un *“mero sunto del piano contenuto nell'allegato 1, piano che costituisce non un elemento a corredo della relazione ma la vera e propria relazione”*; così operando l'a.t.i. Bertini avrebbe palesemente aggirato il limite delle 8 cartelle entro il quale avrebbe dovuto essere contenuta la relazione ed avrebbe altresì presentato una relazione *“non autosufficiente”* e *“come tale inidonea a porre il seggio di gara nella condizione di poter valutare l'offerta sulla base della relazione medesima”*; il piano generale della commessa non avrebbe potuto, dunque, essere considerato un mero allegato alla relazione ed, inoltre, stante la pluralità di oggetti trattati, sarebbe privo di quella specificità di contenuto richiesta dalla stazione appaltante quale necessaria conseguenza della previsione, nella legge di gara, del limite massimo di tre soli allegati; dunque non avrebbe potuto essere

oggetto di valutazione, in alcuna sua parte, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti che a quel limite si sono invece attenuti.

Sempre secondo il primo giudice, l'operato della commissione, che aveva invece considerato la relazione e l'allegato, pur attribuendo alla concorrente zero punti per il criterio "A", non sarebbe conforme a quanto previsto dalla legge di gara e si porrebbe in contrasto con il principio di immutabilità dell'offerta, garanzia di *par condicio* tra i concorrenti; piuttosto, la relazione presentata dalla Bertini, non potendo essere integrata dal piano contenuto nell'allegato, avrebbe dovuto essere considerata incompleta nel suo contenuto e *"tutto ciò avrebbe dovuto necessariamente condurre all'esclusione del raggruppamento dalla gara dal momento che le mancanze, incompletezze ed irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica non possono essere oggetto di soccorso istruttorio, così come previsto all'art. 83, c. 9, d.lgs. n. 50/2016"*.

3. La Sezione è dell'avviso che, rispetto a tale decisiva statuizione della sentenza (che ha comportato la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale dell'a.t.i. Bertini) siano dirimenti il secondo ed il terzo motivo d'appello, sì da rendere superfluo l'esame del primo (col quale si deducono *errores in procedendo* circa l'ordine di trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale, da parte del primo giudice), che resta pertanto assorbito.

3.1. Col secondo motivo (*"Inammissibilità del ricorso incidentale per violazione dei limiti al sindacato delle valutazioni tecnico-discrezionali riservate alla Commissione giudicatrice. Eccesso di potere giurisdizionale della sentenza del TAR (art. 111 Cost.), violazione del principio della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.), violazione del principio di non contestazione (art. 64, co. 2. c.p.a.)"*) si censurano le ricordate motivazioni della sentenza, reputando erronee le relative valutazioni perché:

1) implicano una inammissibile valutazione di merito, non consentita al giudice amministrativo; 2) implicano un'indebita trasformazione di un criterio di valutazione

dell'offerta in un requisito di ammissibilità; 3) presuppongono un'illegittima limitazione dell'ambito valutativo della commissione.

3.2. Col terzo motivo (*“Erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che “la Relazione non costituisce un documento completo” ed “autosufficiente”. Omessa e/o insufficiente motivazione”*) si censura la seconda parte della sentenza, nella quale si afferma che *“senza l'integrazione dell'allegato 1, la relazione dell'a.t.i. Bertini non può essere ritenuta un atto completo”*.

L'appellante deduce che la sentenza è viziata per il salto logico con cui è passata dal rilievo dell'incompletezza della relazione all'applicazione della sanzione escludente, nonché per vizio di motivazione sulle ragioni dell'incompletezza e comunque per errore di valutazione in merito all'autosufficienza del documento.

4. Sebbene il terzo motivo sia proposto in via subordinata, esso va esaminato congiuntamente al secondo, in quanto la loro combinazione rende palesi i vizi da cui è affetta la sentenza impugnata sia quanto alla valutazione di conformità dell'offerta tecnica dell'a.t.i. Bertini alla legge di gara, sia quanto al giudizio di completezza dell'offerta, nei limiti in cui questa sia rilevante ai fini dell'applicabilità della sanzione dell'esclusione.

4.1. Il bando di gara prevedeva l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e stabiliva quattro criteri di valutazione dell'offerta, per il primo dei quali -criterio “A” – Piano generale ed organizzazione della commessa (PGC)- era stabilito un punteggio massimo di 20 punti con una soglia del 30%. In riferimento a questo criterio, il bando imponeva *“formato e limiti della documentazione”* nei termini sopra testualmente riportati, senza tuttavia tipizzare situazioni comportanti esclusione per vizi di forma o di indeterminatezza sostanziale dell'offerta tecnica.

Con chiarimenti resi in corso di gara la stazione appaltante aveva precisato che *“Ogni allegato non ha limiti di formato e pagine. Una tavola costituisce un allegato. Un plico rilegato*

costituisce un allegato. Tuttavia ogni allegato deve avere una sua funzionalità, non valendo (per esempio) inserire in un solo plico più documenti che esplicano materie e fattispecie diverse [...]”.

4.2. L’offerta tecnica dell’a.t.i. Bertini, con riferimento al criterio sub “A”, è costituita da una Relazione (Relazione – piano generale ed organizzazione della commessa) composta da 8 cartelle e diciassette pagine (esclusa la copertina) e divisa al suo interno in quattro capitoli e trentuno sotto-capitoli (anche se la numerazione non segue un criterio rigorosamente cronologico), nonché da tre allegati: allegato A.1 (piano generale della commessa), che sviluppa in 457 pagine il contenuto della relazione; allegato A.2 (Gantt), che riproduce graficamente lo sviluppo temporale delle attività di cantiere; Allegato A.3 (cantierizzazione fasi di lavoro), che riproduce per immagini le varie fasi dell’esecuzione dell’appalto.

4.3. La commissione di gara, nella seduta riservata del 16 maggio 2017, ha operato come segue: ha ritenuto che l’allegato A.1 non fosse compatibile, o del tutto compatibile, con le previsioni della *lex specialis* (si legge nel verbale che “*gli allegati non possono costituire strumento per estendere in modo discorsivo e letterario la Relazione medesima*”); perciò, ha valutato la Relazione e gli allegati, eliminando da questi le parti discorsive, quindi limitando la propria valutazione, come risulta dal verbale, alle parti degli allegati “*specificamente indicate nella legge di gara: schemi grafici di dettaglio e di insieme, schede tecniche, tabelle, flusso grammi, istogrammi, crono programmi aggiuntivi*”; in riferimento a questi contenuti ha svolto il confronto a coppie, come da tabella allegata al verbale; all’esito di questa valutazione la commissione ha attribuito all’a.t.i. Bertini per il criterio “A” 5,66 punti e quindi 0 punti, per mancato superamento della soglia del 30% fissata nel bando.

5. Non è in discussione l’ammissibilità formale né della Relazione, né degli allegati A.2 e A.3, in quanto l’una e gli altri rispettosi del formato e dei limiti dimensionali imposti dal bando; questi allegati, inoltre, sono conformi a quanto indicato nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, come sopra riportati.

La sentenza afferma la non conformità della Relazione alla legge di gara soltanto perché ritiene che la Relazione non costituisca un documento completo, tanto da dover essere letta necessariamente in combinazione con l'allegato A.1, che costituirebbe “*non un elemento a corredo della relazione ma una vera e propria relazione*”.

All'affermazione riferita al dato formale della non conformità dell'offerta tecnica presentata dall'a.t.i. Bertini alle prescrizioni dettate dal bando di gara, si sovrappone la conclusione, raggiunta in sentenza, circa l'applicabilità della sanzione dell'esclusione per incompletezza dell'offerta, in quanto “*determinabile unicamente considerando un documento inammissibile secondo la legge di gara*”.

5.1. Prescindendo, per il momento, dalla questione concernente l'ammissibilità di tale documento (Allegato A.1), non può non rilevarsi che la *ratio decidendi* della sentenza finisce per riguardare, non gli aspetti formali, bensì i contenuti tecnici del “Piano generale ed organizzazione della commessa”, vale a dire i contenuti di uno degli elementi dell'offerta tecnica, quale risultante dalla Relazione presentata dall'a.t.i. Bertini.

Il salto logico compiuto dal primo giudice è denunciato col terzo motivo di appello, ma, nel caso di specie, è importante altresì la distinzione, operata dall'appellante col secondo motivo, tra requisito di ammissibilità dell'offerta e criterio di valutazione, per le ragioni di cui appresso.

6. Il bando di gara non prevedeva alcuna clausola escludente in relazione agli elementi dell'offerta, qualificati piuttosto come elementi di valutazione di natura qualitativa, da considerare nel confronto a coppie, con l'assegnazione di un punteggio massimo di 20 punti e soglia del 30%, tenuto conto dei “*sub criteri e percorsi motivazionali*” riferiti a ciascun criterio.

6.1. In mancanza di apposite previsioni della *lex specialis*, per il principio di tassatività delle cause di esclusione -ribadito all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016

(applicabile *ratione temporis*)- va fatto riferimento alle cause di esclusione previste dalla legge.

L'art. 83, comma 9, del codice dei contratti, pur disciplinando congiuntamente gli istituti del soccorso istruttorio e della tassatività delle cause di esclusione che il d.lgs. n. 163 del 2006 teneva distinti, ha sostanzialmente mantenuto la rilevanza attribuita dall'art. 46, co. 1 *bis*, di tale testo di legge al dato sostanziale, laddove, in riferimento allo scrutinio delle offerte tecniche, prevedeva quale causa di esclusione -per quanto qui rileva- l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta per difetto di elementi essenziali. Pertanto, nell'interpretare l'art. 83, comma 9, dell'attuale codice dei contratti, laddove impedisce la sanatoria di carenze documentali che “*non consentono l'individuazione dei contenuti*”, ben può essere utilizzata l'elaborazione giurisprudenziale formatasi in punto di incertezza assoluta dell'offerta, di individuazione dei suoi elementi essenziali e di limiti del sindacato giurisdizionale sulle correlate valutazioni da parte della stazione appaltante.

6.2. Orbene, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601; Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16; Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1928; Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5604; Sez. III, 31 luglio 2013, n. 4038; Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1813), deve ritenersi che:

I) il principio di tassatività delle cause di esclusione esige che le offerte tecniche debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di «incertezza assoluta sul contenuto ... dell'offerta», ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta;

II) la valutazione delle offerte – e dunque anche della loro “incertezza assoluta” – nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che

impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655).

6.3. Pur nelle peculiarità di ciascuno dei casi esaminati, siffatto orientamento giurisprudenziale comporta che l'incompletezza dell'offerta sia sindacabile in sede giurisdizionale quando il relativo giudizio possa prescindere dall'esame di profili tecnico-discrezionali intrinseci al contenuto progettuale e riguardi invece difetti palesi che rendano la scelta tecnica abnorme o gravemente inadeguata ovvero quando riguardi elementi specifici componenti l'offerta, autonomamente valutabili e da ritenersi essenziali. Questi rilevano quando la loro indicazione sia carente od imprecisa, tale quindi da rendere l'offerta oggettivamente mancante di dati indispensabili per la sua valutazione, perciò incerta assolutamente ovvero -secondo l'attuale dizione normativa- tale da non consentire l'individuazione del suo contenuto, tecnico e/o economico; con la precisazione che l'essentialità dell'elemento (carente od impreciso) va giudicata caso per caso, tenendo conto della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche sia del contratto che della gara, così come strutturata dalla stazione appaltante.

6.4. Coerenti con questa impostazione risultano, tra gli altri, i precedenti di cui a:

- Cons. Stato, V, 14 aprile 2016, n. 1494, che ha ritenuto indeterminata l'offerta per la parte relativa ad un progetto esecutivo con gravi lacune tecniche, essendo il progetto esecutivo elemento ovviamente essenziale dell'offerta tecnica nell'appalto integrato;
- Cons. Stato, V, 16 gennaio 2017, n. 95 (citato nella sentenza impugnata), relativo alla mancanza del cronoprogramma, che rendeva assolutamente indeterminata l'offerta quanto ai tempi di esecuzione dell'appalto, elemento essenziale perché rientrante in un'apposita area di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio;

- Cons. Stato, V, 14 novembre 2017, 5245 (citato negli scritti di B.G.F.), relativo all'incertezza assoluta circa un elemento da considerarsi essenziale in relazione a quello specifico appalto (mancata individuazione dell'area di allestimento di cantiere, rimessa ad un successivo accordo con la stazione appaltante);

- Cons. giust. amm. sic., 18 gennaio 2017, n. 23, che, in un caso nel quale l'offerta era mancante dell'indicazione del prezzo completo di aggiudicazione, ha affermato il principio (ripetuto nelle sentenze citate ai punti precedenti e richiamato negli scritti dell'appellata B.G.F.), secondo cui *"posto che l'offerta costituisce l'atto con cui un soggetto propone di obbligarsi ad effettuare determinate prestazioni, e che è fisiologicamente rivolta a provocare un'eventuale accettazione da parte del destinatario (accettazione a sua volta foriera, secondo lo schema logico del "sinallagma", di ulteriori reciproche obbligazioni), non appare revocabile in dubbio che essa debba essere connotata dalla massima precisione espressiva. La precisione del contenuto della proposta costituisce, in altri termini, elemento essenziale di caratterizzazione della offerta. Ne consegue che un'offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico) non può che essere considerata inidonea - siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) - ad adempiere alla sua funzione. Ciò a maggior ragione allorquando l'offerta venga formulata nell'ambito (e nel contesto) di una procedura concorsuale (id est: di una gara), e sia dunque destinata a costituire oggetto di una valutazione comparativa volta alla stesura di una graduatoria di merito"*;

- diversi altri precedenti, prevalentemente riferiti a situazioni di incertezza assoluta sul prezzo offerto (cfr., tra gli altri, Cons. Stato, 15 febbraio 2016, n. 627 e Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 3 maggio 2017 n. 5186, citato nella sentenza impugnata), essendo il prezzo, per definizione, elemento essenziale dell'offerta economica.

7. Nel caso di specie, si ha che:

- il giudice di primo grado ha sovvertito la valutazione della commissione, basandosi sul dato formale ricavabile dal contenuto della “premessa” della Relazione (*“il necessario completo PGC per l'opera viene allegato a questa relazione che ne costituisce –*

necessariamente- un semplice estratto” e “la complessità della materia e le implicazioni tecniche e ambientali dell’opera vengono di seguito ridotte a enunciazioni e sunti, la cui vera operatività e sviluppo vengono trattati compiutamente nell’allegato PGC”) e dai rinvii contenuti nella pag. 7 della Relazione (riguardanti: gestione operativa e logistica e mezzi d’opera; delimitazione delle aree pericolose; viabilità; misure finalizzate a minimizzare l’impatto delle lavorazioni sull’ambiente esterno ai cantieri; riduzione delle vibrazioni);

- né il ricorso incidentale né la sentenza contengono un esame della Relazione che, prescindendo dal dato formale della premessa e dei rinvii appena citati, ne evidenzia un’incompletezza sostanziale, tale cioè da comportare l’assoluta inidoneità della Relazione, in sé e per sé considerata, a consentire alla commissione di gara la valutazione dell’offerta che essa ha invece compiuto;

- per contro, la Relazione (prodotta in primo grado e leggibile in tutte le sue 18 pagine), integrata anche soltanto con gli allegati A.2 e A.3, non presenta macroscopiche lacune o incompletezze, tali da consentire il sindacato del giudice sul giudizio di valutabilità espresso dalla commissione;

- l’elemento dell’offerta tecnica in contestazione è il piano gestionale della commessa, il quale non è affatto mancante; esso è anzi dettagliato nella Relazione; questa, pur sintetica, non appare *prima facie* ed assolutamente carente dell’individuazione degli impegni contrattuali assunti dall’a.t.i. Bertini in ordine a tutti i punti rilevanti della gestione della commessa, quali si desumono dai “*sub criteri e percorsi motivazionali*” indicati nel bando;

- nessuno degli elementi oggetto dei rinvii, in sé considerato, è esplicitamente o implicitamente inserito in detti sub criteri; comunque, i rinvii -per come è dato evincere dalla sola lettura del documento- non sono integrali, ma servono a completare le indicazioni, su ciascun punto, contenute nella Relazione;

- non si addice a quest'ultima la descrizione (di cui alla massima giurisprudenziale sopra riportata) di *“offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico)”* che possa *“essere considerata inidonea - siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) - ad adempiere alla sua funzione”*, dovendosi peraltro tenere conto del progetto posto a base di gara, a portata vincolante;
- le sole indicazioni oggetto dei rinvii all'allegato A1, sui quali si sono soffermati ricorrente incidentale e giudice di primo grado, senza considerare l'integrale contenuto della Relazione, attengono ad aspetti tecnici rimessi alla valutazione tecnico discrezionale della commissione di gara, anche quanto alla maggiore o minore completezza della proposta, rilevante perciò ai soli fini dell'attribuzione del punteggio, non certo dell'esclusione dell'offerta dalla gara.

Conseguentemente, anche considerando soltanto la Relazione, integrata con gli allegati A.2 e A.3, il giudice di primo grado non sarebbe potuto giungere all'affermazione della mancata individuazione di uno o più elementi essenziali dell'intera offerta tecnica, tali da rendere quest'ultima, nel suo complesso, assolutamente indeterminata.

Il terzo motivo di appello è fondato.

7.1. Facendo applicazione dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, avrebbero dovuto essere reputate inammissibili le censure della ricorrente incidentale in primo grado volte a contestare sostanzialmente il merito della valutazione dell'offerta da parte della commissione di gara.

Come dedotto con la prima censura del secondo motivo di appello, il giudizio di incompletezza espresso nella sentenza impugnata, in quanto riferito ad elementi non essenziali dell'offerta tecnica, ne presuppone la valutazione tecnico discrezionale, riservata alla commissione di gara e sottratta al sindacato del giudice amministrativo. Anche il secondo motivo di appello è perciò fondato, quanto alla detta censura.

7.2. Le altre censure dell'appellante sono assorbite.

Giova precisare che, se anche la commissione avesse espresso il giudizio tenendo conto, sia pure in parte, dell'Allegato A.1 (circostanza di fatto che non si desume inequivocabilmente dagli atti di gara, sicché la contraria affermazione della sentenza impugnata è priva di riscontro certo), il dato sarebbe irrilevante e, con riferimento ai primi tre motivi di appello (fatto salvo quanto si dirà a proposito del quarto), è perciò irrilevante la questione dell'ammissibilità o meno del documento (Allegato A.1) dal punto di vista formale.

Infatti, per un verso, si è già detto che non sono emerse lacune tali dell'offerta tecnica dell'a.t.i. Bertini, anche privata di detto Allegato A.1, da dover essere sanzionate con l'esclusione della concorrente dalla gara; per altro verso, il giudizio espresso dalla commissione si è risolto nell'attribuzione di un punteggio pari allo zero per non avere la concorrente superato la soglia di sbarramento del 30% fissata per questo criterio.

In conclusione, la sentenza va riformata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale di B.G.F. e, per l'effetto, questo motivo va respinto.

8. I restanti due motivi dell'originario ricorso incidentale sono stati riproposti in appello da B.G.F..

Essi non meritano di essere accolti, per le ragioni che si stanno per illustrare.

Conseguentemente, viene meno la rilevanza della questione di diritto rimessa alla decisione dell'Adunanza Plenaria con l'ordinanza di questa Sezione n. 5103 del 6 novembre 2017 (*“se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate”*), sulla quale si sono intrattenute le parti nei loro scritti conclusivi.

8.1. L'appellata Costruzioni Stradali B.G.F. S.r.l. riproduce nei seguenti termini il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado: *“Violazione ed erronea applicazione del bando di gara (Paragrafo XIII – Lettera “C”)- Eccesso di potere per errore e difetto di motivazione, vizio del procedimento, violazione della par condicio – Illogicità ed ingiustizia manifesta”*. Premesso che la *lex specialis* non consentiva offerte in variante e prevedeva che la commissione giudicatrice non avrebbe considerato valutabili le offerte che si sarebbero poste in contrasto con la previsione riguardante le migliorie presentate dai concorrenti (prevedendo il bando che: *“Risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le migliori delle singole prescrizioni progettuali, che sia dia prova che la miglioria garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della pubblica amministrazione”*), l'appellata sostiene che queste previsioni configurerebbero *“chiare ipotesi di obbligatoria esclusione dalla gara delle offerte che non dovessero rispettare queste regole fondamentali”*. Deduce quindi che l'a.t.i. Bertini avrebbe proposto nelle “opere aggiuntive” il progetto di un'opera del tutto diversa ed in variante rispetto alle previsioni progettuali della stazione appaltante ed anzi tale da rendere necessarie nuove autorizzazioni di legge, con sostanziale irrealizzabilità dell'intervento nei modi e tempi previsti dalla stazione appaltante (in particolare, quanto: all'ampliamento del volume tecnico posto a servizio del bacino di accumulo; alla progettazione, fornitura e posa in opera di una centralina idroelettrica tipo Francis da 45 KWp; al miglioramento dell'opera di presa di cui al punto 1.11 della relazione C; al recupero dell'edificio esistente di cui al paragrafo 1.17 della stessa relazione). Aggiunge che senza queste opere l'offerta tecnica dell'a.t.i. Bertini sarebbe risultata del tutto indeterminata e perciò avrebbe dovuto essere esclusa.

8.2. Il ricorso incidentale di B.G.F. mira infatti ad ottenere l'esclusione della ricorrente principale, quindi non è volto a contestare l'attribuzione dei punteggi per le proposte migliorative, quanto piuttosto, per un verso, a sostenere che queste

configurerebbero vere e proprie varianti, tali da modificare nelle sue parti essenziali l'opera oggetto di appalto, sì da renderla irrealizzabile così come progettata dalla stazione appaltante, perciò l'offerta sarebbe da escludere ai sensi di legge o delle previsioni del bando di gara; per altro verso, a dimostrare che l'offerta, privata delle proposte migliorative, resterebbe talmente tanto indeterminata da comportare comunque la sanzione escludente.

Il motivo è infondato sotto entrambi i profili.

8.2.1. Quanto al primo, l'impostazione della ricorrente incidentale si scontra con l'elaborazione giurisprudenziale in merito alla differenza tra offerte migliorative e varianti progettuali, per la quale:

- le prime consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni;
- le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante previsione contenuta nel bando di gara ed individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819 e id. 7 luglio 2014, n. 3435, nonché, di recente, Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969).

Ne deriva che possono essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste (cfr., in tal senso, anche Cons. Stato, V, 16 aprile 2014, n. 1923) e che invece non sono ammesse tutte quelle varianti progettuali che, traducendosi in una diversa ideazione dell'oggetto del

contratto, alternativa rispetto al disegno progettuale originario, diano luogo ad uno stravolgimento di quest'ultimo (cfr. Cons. Stato, IV, 7 novembre 2014, n. 5497). Nell'ambito, poi, della gara da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è lasciato ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655), anche quanto alla valutazione delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua efficienza nonché quanto alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

Nel caso di specie il bando vietava le varianti, ma ammetteva proposte migliorative, senza fissare limiti precisi, consentendo anche opere e attività complementari a quelle oggetto di appalto, nonché opere e forniture aggiuntive.

Era stabilito un punteggio particolarmente elevato, fino a 30 punti, e - per quanto rileva - era previsto che le soluzioni migliorative avrebbero dovuto perseguire la finalità di *“completare e rendere funzionale l'intervento nel suo complesso”*.

Quanto alla previsione del punteggio, risulta pertinente il precedente citato negli scritti difensivi dell'a.t.i. Bertini, secondo cui *“<<[...] sarebbe risultata irragionevole la scelta dell'amministrazione di riconoscere alle proposte migliorative un punteggio così elevato se si fosse poi deciso di limitare in radice il contenuto stesso delle possibili migliorie e la loro stessa latitudine applicativa>>”* (così Cons. Stato, V, il 10 gennaio 2017, n. 42).

Quanto alla previsione della finalità, il ricorso incidentale contiene la mera asserzione che, nell'ambito delle “opere aggiuntive”, l'a.t.i. Bertini avrebbe avanzato il progetto di un'opera *“del tutto diversa ed in variante rispetto alle previsioni progettuali della stazione appaltante”*: a questa asserzione non fa tuttavia seguito alcuna significativa e riscontrata deduzione circa il fatto che le proposte migliorative in contestazione stravolgano il progetto posto a base di gara, mutando l'oggetto dell'appalto.

L'aggiudicataria B.G.F. fa leva sull'esigenza dell'a.t.i. Bertini di munirsi di appositi titoli abilitativi o specifiche autorizzazioni, il cui rilascio, secondo la ricorrente incidentale, in parte, sarebbe impedito dalla normativa di settore ed, in gran parte,

comporterebbe ritardi tali da rendere le opere migliorative irrealizzabili o comunque incompatibili con le esigenze della stazione appaltante perché verrebbero dilatati i tempi di realizzazione dell'intervento.

Per confutare gli argomenti posti a base del ricorso incidentale, è sufficiente osservare che:

- la necessità di nuovi titoli abilitativi non è, di per sé, indice di qualificazione dell'intervento in termini di variante (inammissibile) piuttosto che di proposta migliorativa (ammissibile), essendo la differenza fondata, come detto, sulla tipologia della soluzione tecnica proposta, nei termini desumibili dalla richiamata elaborazione giurisprudenziale;
- parimenti, i tempi previsti per il rilascio delle autorizzazioni non incidono sull'ammissibilità della soluzione proposta, che possa essere sindacata da parte del giudice amministrativo, ma, corrispondendo alle esigenze della stazione appaltante, sono oggetto di valutazione a questa riservata;
- infine, non è affatto dimostrato che la proposta migliorativa dell'a.t.i. Bertini avesse a presupposto indispensabile il rilascio di una nuova concessione di derivazione d'acqua per uso idroelettrico, (asseritamente) preclusa dalla D.G.R. n. 1836/16: in proposito, la risposta fornita dall'Assessorato regionale competente della Regione Autonoma Valle d'Aosta (allegato 4 alla relazione tecnica dell'ing. Calza) non è affatto univoca nel senso preteso dalla ricorrente incidentale; comunque, non si desume affatto dalla proposta dell'a.t.i. Bertini che sia previsto l'indispensabile avvio di un'attività di produzione di energia elettrica contestualmente alla realizzazione del bacino di innevamento oggetto dell'appalto; parimenti, è da escludere che la ricorrente incidentale abbia dimostrato che le altre autorizzazioni da richiedersi da parte di a.t.i. Bertini per la realizzazione delle migliorie (in particolare, autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire) non fossero concedibili ovvero altrimenti

precludessero la realizzazione di uno o più degli interventi positivamente valutati dalla commissione di gara come proposte migliorative.

Ne consegue che la commissione di gara non avrebbe certo potuto applicare la clausola del bando che vietava le varianti progettuali (paragrafo XXVII, laddove era detto che “*non sono ammesse offerte in variante*”).

Resta quindi da verificare se, e con quali effetti, dovesse essere applicata l'altra clausola del bando, sulla quale si fondano le ragioni della ricorrente incidentale (paragrafo XIII, punto C, secondo cui “*La commissione giudicatrice non considererà valutabili le offerte che si porranno in contrasto con [...la...] prescrizione*” del bando che dettava i criteri di valutazione e le finalità delle proposte migliorative, sopra riportata).

Al riguardo non è corretta l'interpretazione di B.G.F. che attribuisce a questa clausola il contenuto (implicito) di una causa di esclusione dell'impresa concorrente che avesse presentato soluzioni migliorative non conformi alla prescrizione che prevedeva come “*essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le migliorie delle singole prescrizioni progettuali, che si dia prova che la miglioria garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della pubblica amministrazione*”.

Piuttosto, il riferimento alla “non valutabilità” della proposta tecnica –secondo un'interpretazione letterale e di buona fede, oltre che conforme ai principi di massima partecipazione e di tassatività delle clausole escludenti- va riferito alla mancata o ridotta attribuzione di punteggio.

Pertanto, la commissione non avrebbe potuto escludere a.t.i. Bertini in applicazione della ridetta clausola.

8.2. In merito al secondo degli assunti sottesi al motivo in esame, concernente l'asserita indeterminatezza dell'offerta tecnica di a.t.i. Bertini una volta privata delle

migliorie ritenute non conformi alle prescrizioni ed alle finalità della stazione appaltante, si osserva quanto segue.

Ribadito che, alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale di cui si è detto, le valutazioni nel merito delle proposte tecniche - anche per quanto riguarda l'efficienza e l'efficacia delle migliorie, nonché la loro corrispondenza alle previsioni del bando ed alle esigenze della stazione appaltante - appartengono all'ambito tecnico-discrezionale riservato alla commissione di gara e, pertanto, non sono sindacabili in sede giurisdizionale se non a fronte di macroscopici profili di illegittimità, questi non si desumono affatto dalle deduzioni della ricorrente incidentale.

In particolare, l'operato della commissione di gara, nella parte in cui ha valutato le proposte migliorative qui contestate, non appare manifestamente in contrasto con la previsione della *lex specialis* sopra riportata, né altrimenti viziato, essendo consistito nella validazione di un progetto non comportante modificazioni essenziali dell'opera. Questa è rimasta inalterata nella sua struttura e nelle sue funzioni, essendo stata soltanto modificata in parti giudicate non essenziali dalla stazione appaltante (come la tipologia della presa d'acqua) ovvero integrata con opere aggiuntive giudicate del tutto compatibili col progetto posto a base di gara (come il recupero di edificio esistente e l'adattamento della parte tecnologica e delle opere civili), con un giudizio decisamente sottratto al sindacato giurisdizionale. Non vi è quindi a dibattere della valutabilità dell'offerta di a.t.i. Bertini depurata delle proposte migliorative, poiché di queste legittimamente la stazione appaltante ha tenuto conto. In conclusione, il secondo motivo del ricorso incidentale in primo grado, riproposto in appello, va respinto.

9. Il terzo motivo del ricorso incidentale di primo grado è riprodotto come segue:

“Violazione ed erronea applicazione del Bando di gara (Paragrafo XVIII)- Eccesso di potere per

errore e difetto di motivazione, vizio del procedimento, violazione della par condicio – illogicità e ingiustizia manifesta)”.

Richiamato il paragrafo XVIII del bando di gara (*“La busta “D” deve contenere, pena l’esclusione, il computo metrico estimativo delle migliori proposte con riferimento al criterio C di cui all’art. XIII del presente bando di gara. La valutazione delle migliori deve essere fatta alla stregua dell’elenco prezzi vigente nella Regione Valle d’Aosta o, comunque, secondo prezzi correnti di mercato”*), l’appellante deduce che l’a.t.i. Bertini avrebbe violato la disposizione perché avrebbe riportato, per numerose migliori (che l’appellata qualifica “varianti”) delle valutazioni “a corpo”, senza una descrizione analitica di dettaglio della tipologia/quantità delle opere proposte, con la conseguenza che si sarebbero avute *“quantificazioni economiche discutibili e che appaiono fortemente sottostimate rispetto ai prezzi di mercato, oltre che al prezziario regionale”*.

9.1. Il motivo non è meritevole di favorevole considerazione.

Risulta dalle stesse deduzioni della ricorrente incidentale, e se ne trova riscontro in atti, che il computo metrico presentato dall’a.t.i. Bertini non fosse carente delle indicazioni dei prezzi riferiti alle migliori. L’a.t.i. ha depositato una busta “D” contenente questo computo metrico estimativo.

Le contestazioni della ricorrente incidentale riguardano la modalità con la quale il computo metrico è stato redatto, asseritamente mediante *“valutazioni “a corpo”, senza una descrizione analitica di dettaglio della tipologia/quantità delle opere proposte”* e con sottostima dei prezzi.

Si tratta di contestazioni del tutto irrilevanti ai fini dell’esclusione, poiché questa era prevista come sanzione per il mancato deposito del computo metrico riferito alle migliori, non certo per l’inadeguatezza o l’inattendibilità del suo contenuto (da verificare solo rispetto al primo graduato in sede di verifica dell’anomalia: cfr. art. XI del Disciplinare), a meno che non fossero state tali da renderlo addirittura inesistente; il che non è ravvisabile nel caso di specie.

10. In conclusione, il ricorso incidentale avanzato in primo grado va respinto.

11. Va perciò esaminato l'appello principale per la parte in cui ripropone i motivi del ricorso principale.

12. Tra questi ha portata assorbente – ad avviso della Sezione - la censura di cui al secondo motivo del ricorso in primo grado, quinto motivo di appello (*“Violazione dell’art. 97 Cost.- Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 24, co. 7, 30, 42 e 95 d.lvo 50/16- Violazione/falsa applicazione del bando di gara- violazione dei principi di trasparenza, correttezza, imparzialità – difetto di istruttoria e di motivazione- illogicità – contraddittorietà – ingiustizia manifesta”*).

L'appellante espone che: l'appalto contempla la realizzazione di un bacino idrico per l'innervamento artificiale sulla base di un progetto esecutivo predisposto da parte dell'ing. Marco Fiou per conto di Monterosa s.p.a.; il bando prevede che *“l'esecutore è tenuto a redigere la progettazione costruttiva strutturale delle opere civili, sulla scorta della progettazione esecutiva fornita dalla stazione appaltante”*; ancora, il bando di gara stabilisce che *“le soluzioni progettuali migliorative” saranno “validate in contraddittorio con il progettista dell’opera. Le stesse diverranno fonte di obbligo contrattuale. Ai fini della validazione la stazione appaltante potrà richiedere al concorrente, senza onere aggiuntivo per la stessa committenza, elaborati grafici e tecnici esplicativi delle migliorie proposte nonché approfondimenti e specificazioni delle stesse. L'appaltatore, su richiesta della stazione appaltante, si impegna altresì ad eseguire in sede di esecuzione elaborati di dettaglio, costruttivi e gli as built ritenuti necessari. Il mancato ottemperamento alla presente disposizione costituisce grave inadempimento ai sensi dell’art. 108 del dlgs 50/2016”*; B.G.F. ha indicato quale soggetto *“Responsabile del team di consulenza tecnica”* proprio l'ing. Marco Fiou, delegando al medesimo tutte le mansioni riportate al § 2.3.7 della relazione, fra cui anche la redazione degli elaborati progettuali, ove necessari; la commissione di gara ha rilevato la coincidenza tra il consulente indicato dall'operatore economico ed uno dei progettisti dell'opera, ma

ha ritenuto che non si trattasse di causa di esclusione perché la circostanza non avrebbe inciso sulla formulazione dell'offerta.

L'appellante deduce che questa conclusione è tuttavia erronea e contrastante con l'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto l'ing. Fiou avrebbe potuto svolgere proprio quella funzione di "*ausilio della p.a. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati*" descritta dalla giurisprudenza riportata in ricorso relativa alle cause di incompatibilità riguardanti tale figura professionale; per di più, la commissione avrebbe invertito l'onere della prova contraria, che l'art. 24, comma 7, pone espressamente a carico del concorrente.

Deduce inoltre la violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto la duplice ed antitetica veste dell'ing. Fiou avrebbe posto B.G.F., che si è avvalsa del professionista, in una posizione di oggettivo squilibrio (a se favorevole) nei confronti degli altri concorrenti ed integrante violazione della *par condicio*; ancora, era previsto un considerevole punteggio (30 punti) per le proposte migliorative ed aggiuntive offerte dai concorrenti ed è dato di comune esperienza che il progettista è colui che meglio conosce le esigenze della committenza e gli obiettivi che vorrebbe conseguire con l'esecuzione dell'appalto, sicché non è dubitabile che il concorrente che disponga, fra i propri consulenti (ed a maggior ragione quale responsabile dei consulenti) il professionista che ha redatto il progetto posto a base di gara per conto della stazione appaltante benefici di un indebito vantaggio competitivo rispetto a tutti gli altri concorrenti. Dopo avere esemplificato tale assunto facendo riferimento alla prima parte della relazione generale di progetto di B.G.F. e ad una parte delle migliorie offerte, l'appellante conclude nel senso che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

13. Il motivo è fondato.

13.1. Il comma 7 dell'art. 24 del d.lgs. n. 50 del 2016 riproduce le incompatibilità previste dall'art. 90, comma 8 e 8 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, stabilendo che gli

affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione, e prevedendo che il divieto non si applica *“laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l’esperienza acquisita nell’espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori”*.

Si estende perciò alla norma attualmente vigente l’interpretazione seguita, riguardo alle corrispondenti previsioni del d.lgs. n. 163 del 2006, dalla prevalente giurisprudenza, la quale ha affermato, tra l’altro, che:

- la disciplina è espressione di un principio generale in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione deve essere riconosciuta un’omogenea posizione, *ex se* implicante la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi - propri non soltanto dell’ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario - di libera concorrenza e di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, IV, 23 aprile 2012, n. 2402);

- la *ratio* dell’art. 90, comma 8, va individuata nell’esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all’appaltatore-esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla P. A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati. Se le posizioni di progettista e di appaltatore -esecutore dei lavori coincidessero vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un “progetto su misura” per una impresa alla quale l’autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell’aggiudicazione dell’appalto (cfr. Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656; id., 2 dicembre 2015, n. 5454).

13.2. Nel caso di specie l'appellante assume che rilevi altresì l'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Esso, che non ha un diretto precedente nel d.lgs. n. 163 del 2006, recepisce gli artt. 24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi (cfr. Corte Giust. UE, 12 marzo 2015, C- 538/131).

Sebbene si tratti di una norma di programma, non immediatamente prescrittiva di obblighi e sanzioni, è tuttavia significativo che affidi alle stazioni appaltanti il compito e la responsabilità di prevedere “misure adeguate”, al fine, tra l'altro, di *“prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”*.

Né il legislatore euro-unitario, né quello interno hanno identificato gli strumenti (“misure adeguate”) di cui le stazioni appaltanti si potranno servire: non vi è dubbio che, in linea di massima, si tratterà di strumenti a portata generale e preventiva (piani anticorruzione, regolamenti di condotta e così via); ma è da ritenere che l'eventuale fallimento dello strumento preventivo debba indurre l'amministrazione aggiudicatrice ad adottare misure riparatorie, volte ad impedire che eventuali distorsioni della concorrenza già prodottesi vengano portate ad ulteriori conseguenze con definitiva lesione della parità di trattamento tra i concorrenti.

Il secondo comma definisce il conflitto di interessi rilevante a questi fini (prevedendo, in particolare, che la fattispecie si concretizzi quando il personale di una stazione appaltante che possa influenzare, in qualsiasi modo, il risultato di un'aggiudicazione, *“ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e*

indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione”) ed il quarto comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici.

Secondo le parti appellate si tratterebbe di norma a rilevanza “interna”, non applicabile alla fattispecie qui in considerazione, perché l’ing. Fiou non è mai stato dipendente della Monterosa S.p.A. Siffatta interpretazione non tiene conto dell’estensione che il secondo comma -ricependo la previsione delle direttive che si riferisce anche al prestatore di servizi che interviene per conto dell’amministrazione aggiudicatrice- fa al “prestatore di servizi”: nella previsione normativa certamente rientra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale -per le più varie ragioni- abbia un interesse personale all’aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione. Per questo aspetto, è indubitabile il collegamento tra la norma in commento e l’art. 24, comma 7, del quale si è già detto. Quanto poi al mancato intervento dell’ing. Fiou nella procedura di aggiudicazione -poiché, in effetti, egli non ne ha predisposto alcun atto né ha fatto parte della commissione giudicatrice - viene in rilievo la fattispecie alternativa configurata dall’art. 42, su menzionata, vale a dire la possibilità di “*influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato*”: l’ampia portata della norma consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall’esterno, siano in grado di influenzarne il risultato.

Quanto all’interesse rilevante per l’insorgenza del conflitto, la norma, come rileva l’appellante, va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma

anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415).

Peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto.

Il quarto comma dell'art. 42, infine, impone alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto.

Nel caso di specie, si ha che:

- non può essere in discussione la funzione dell'ing. Fiou di progettista dell'opera, avendo redatto, per conto della Monterosa S.p.A., unitamente al dott. Ceriani (il quale è un dottore forestale) il progetto esecutivo posto a base di gara, e non essendo decisivo che -come sottolinea l'appellata e come indicato nell'art. 1 n. 3 del bando di gara-la progettazione risulti redatta dallo Studio Ceriani di Charvensod (AO);
- l'ing. Fiou è indicato nell'offerta dell'aggiudicataria come "Responsabile del team consulenza tecnica", destinato ad operare nella fase esecutiva dell'appalto;
- l'ing. Fiou non ha predisposto gli atti di gara né ha partecipato alla procedura di aggiudicazione e non risulta aver materialmente redatto o partecipato alla redazione dell'offerta tecnica di B.G.F. ;
- vi è una previsione del bando che demanda al progettista di valutare le soluzioni migliorative proposte dall'aggiudicatario, in caso di richiesta della stazione appaltante.

13.3. Le argomentazioni difensive della Monterosa S.p.A. e della B.G.F. si basano, in primo luogo, sul fatto che l'ing. Fiou non è dipendente di alcuna impresa

partecipante al r.t.i. aggiudicatario e che nell'organigramma dell'offerta tecnica è stato indicato come collaboratore esterno, per la fase esecutiva, non come progettista incaricato o responsabile di un team di progettazione.

Tale argomento non è decisivo per escludere l'applicabilità dell'art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

E' vero che la lettera della norma è nel senso indicato dalle appellate, in quanto stabilisce il divieto per "*gli affidatari degli incarichi di progettazione*" di essere, a loro volta e personalmente, "*affidatari degli appalti*".

E' vero altresì che il testo dell'originario art. 90, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, che ne costituisce l'immediato precedente, prevedeva che gli affidatari degli incarichi di progettazione non potessero "*partecipare agli appalti*" e che venne modificato con l'art. 20, comma 1, della legge n. 161 del 2014 nel testo poi trasfuso nell'attuale art. 24, comma 7.

Tuttavia, a questa vicenda normativa non conseguono affatto né l'irrilevanza dell'elaborazione giurisprudenziale formatasi sul testo precedente, né la necessaria interpretazione restrittiva sostenuta dalle appellate.

L'intento del legislatore del 2014 fu quello di coordinare la previsione del comma 8 con la previsione, contestualmente introdotta, del (nuovo) comma 8 *bis*. Quest'ultima è ora inserita nell'ultimo inciso dell'art. 24, comma 7, e consente al soggetto, che si trovi in una situazione che potrebbe astrattamente dare luogo ad incompatibilità, di fornire la prova contraria dimostrando "*che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori*".

In sostanza, a seguito della procedura di infrazione comunitaria Eu Pilot 4860/13/MARKT il legislatore del 2014 è intervenuto, non al fine di restringere la platea dei destinatari del divieto, ma piuttosto al fine di eliminare l'automatismo dell'originario divieto perché contrastante con i principi del diritto eurounitario,

dando perciò al progettista partecipante alla gara la possibilità di fornire la prova contraria di cui sopra, consentendogli di divenire affidatario dell'incarico.

13.4. L'aggiudicataria B.G.F., nei suoi scritti difensivi, fa leva, oltre che sugli esiti della procedura di infrazione comunitaria anzidetta e su quanto disposto dall'art. 57, comma 4, lett. e), della direttiva 2014/24/UE (che prevede che non si faccia luogo all'esclusione dalla gara dell'operatore economico quando la situazione di conflitto d'interessi in cui versa può essere risolta “*efficacemente con altre misure meno intrusive*” rispetto all'espulsione), sui pareri resi dalle commissioni speciali di questo Consiglio di Stato in data 21 marzo 2016 (sullo schema di decreto legislativo n. 50 del 2016) e 26 ottobre 2016, n. 1773 (laddove è detto, tra l'altro, che <<[...] *secondo quanto previsto dalla disciplina comunitaria della materia [...] ed in base a quanto è possibile desumere dal disposto degli artt. 24, comma 7 e 80, comma 5, lett. d) del codice- le cause di incompatibilità non dovrebbero consistere in divieti assoluti e aprioristici [...] occorrendo viceversa verificare caso per caso la sussistenza di un conflitto di interesse e procedendo all'esclusione solo come extrema ratio, nell'ipotesi in cui il conflitto stesso non sia “diversamente risolvibile”*>>).

Si tratta di argomentazioni che trovano riscontro sia nell'art. 24, comma 7, ult. inciso, sia nell'art. 80, comma 5, lett. d), appunto entrambi citati nel parere, ma che non sono decisive per risolvere la questione di diritto posta, nel caso di specie, dalla prima delle due norme.

13.5. La questione può essere riassunta nel quesito se l'incompatibilità dell'art. 24, comma 7, si ponga soltanto tra affidatario dell'incarico di progettazione ed affidatario dell'appalto di lavori per cui ha svolto progettazione (generalmente in RTI), ovvero si estenda al progettista che, pur non avendo partecipato alla gara quale concorrente o quale soggetto ausiliario o cooptato, sia tuttavia investito, da parte dell'operatore economico aggiudicatario, in forza di un rapporto di dipendenza o di collaborazione intrattenuto con quest'ultimo, di attività inerenti lo svolgimento dei lavori appaltati, indicate nell'offerta tecnica.

Malgrado l'attuale testo di legge non preveda espressamente questa ipotesi, la Sezione è dell'avviso che essa ricada nei divieti ivi contemplati.

In primo luogo, è significativo che i rapporti di dipendenza e di collaborazione rilevino se riferiti al progettista, in quanto i divieti *“sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti”*. Identica *ratio legis* sorregge l'estensione del divieto all'operatore economico affidatario che, avvalendosi dell'apporto del progettista, come dipendente o collaboratore, si conquista una situazione di vantaggio idonea ad alterare la *par condicio* dei concorrenti. Questa conclusione trova riscontro nell'ampia portata della norma sul conflitto di interessi, che, come detto, attribuisce rilevanza ad ogni situazione di interesse, diretto od indiretto, di qualsivoglia natura, nonché a qualsivoglia posizione del soggetto in conflitto di interessi che gli consenta di influenzare il risultato dell'aggiudicazione.

D'altronde si tratta di conclusione coerente con la ragion d'essere del divieto, come delineata dalla giurisprudenza sopra richiamata, dal momento che il divieto si fonda sul peculiare rilievo assunto dalla progettazione nell'esecuzione dei lavori pubblici (in quanto, oltre ad essere fase preliminare e strumentale alla realizzazione delle opere, *“nell'attuale panorama della disciplina pubblicistica dei lavori e della realizzazione delle opere ... , la progettazione costituisce il baricentro dell'attività posta a monte dell'esecuzione dei lavori: determina il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, la fattibilità amministrativa e tecnica; predetermina i costi in relazione ai benefici previsti; descrive le caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare. A livello di progettazione definitiva individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare”*, come efficacemente riassunto da Cons. Stato, V 21 febbraio 2017, n. 772). Da qui il rilievo assunto dal progettista dell'opera, sicché la sua partecipazione, anche per via indiretta, alla procedura dell'affidamento dell'appalto avente ad

oggetto l'opera da lui progettata pone evidente la questione del rispetto della *par condicio* dei concorrenti, essendo la disposizione in commento “ *espressione del principio generale di trasparenza e imparzialità la cui applicazione è necessaria per garantire la parità di trattamento che ha per suo indefettibile presupposto il fatto che i concorrenti ad una procedura ad evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione*” (così Cons. Stato, IV, 12 maggio 2016, n. 1918).

13.6. Né vale, in senso contrario, richiamare, come fa Monterosa S.p.A., la giurisprudenza sull'ammissibilità dell'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva a colui che aveva redatto la progettazione preliminare, poiché è palese la diversità di situazioni (sulla quale è sufficiente fare rinvio, tra le altre, a Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454, laddove, richiamando anche il precedente di Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656, si evidenzia come la *ratio* del divieto di legge consiste “ *nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore-esecutore dei lavori*”, quindi nell'evitare che coincidano le posizioni di progettista e di appaltatore-esecutore dei lavori; rischio, quest'ultimo che non ricorre nei rapporti tra progettazione preliminare e livelli ulteriori di progettazione).

13.7. Giova aggiungere che la mancanza di un legame contrattuale attuale di dipendenza del progettista da una delle imprese del r.t.i. aggiudicatario - su cui pure insiste la Monterosa S.p.A. - è priva di significato, sol che si consideri che la pianificata e, per certi versi, indispensabile attività di consulenza dell'ing. Fiou non potrebbe non comportare un legame di natura contrattuale tra lo stesso r.t.i. aggiudicatario ed il libero professionista obbligato a fornire la propria prestazione d'opera intellettuale secondo quanto indicato già in fase di offerta (che, peraltro, nel caso di specie trova riscontro nella proposta di contratto inviata dall'ing. Fiou a B.G.F. prodotta nel primo grado di giudizio: allegato al doc. 19).

13.8. In conclusione deve riconoscersi che il progettista, già incaricato della stazione appaltante della predisposizione del progetto posto a base di gara, che sia stato

indicato, nell'offerta tecnica di un operatore economico concorrente per l'affidamento dell'appalto dei lavori, quale consulente esterno dell'aggiudicatario, in fase esecutiva, con compiti di natura tecnica, è in posizione di incompatibilità ai sensi dell'art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, anche se non è legato all'aggiudicatario da un rapporto di dipendenza o di subordinazione.

Una diversa lettura finirebbe per rendere più che agevole l'elusione dei divieti di cui all'art. 24, comma 7, mediante la partecipazione alla gara di enti dotati di personalità giuridica distinta da quella dei progettisti o dalla persona fisica dei progettisti, ove fosse consentito attribuire nella sostanza a questi ultimi un ruolo comunque rilevante in fase di esecuzione dei lavori.

13.9. Conseguentemente, spetta all'operatore economico aggiudicatario dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione dal suo consulente esterno non abbia determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori in fase di gara.

Poiché si tratta di applicare direttamente la previsione normativa e non solo di trarre da essa il principio generale del divieto di partecipazione alla gara di chi abbia una posizione di vantaggio, non trova applicazione l'altro principio generale, invocato dalle appellate (mediante il non pertinente richiamo di Cons. Stato, V, 6 ottobre 2015 n. 4651, pronunciata in un caso di appalto di servizi, pacificamente escluso dall'ambito di applicazione diretta della norma), per il quale chi lamenta una violazione della *par condicio* ed attribuisce ad altri di versare in una condizione di indebito vantaggio competitivo deve dimostrare in concreto di quale vantaggio si tratti.

Nel caso di specie, si è invece al cospetto di un'inversione normativa dell'onere della prova.

13.10. Tale prova contraria non può dirsi raggiunta per il solo fatto che la commissione di gara abbia deliberato:

- con riferimento al piano generale e di organizzazione della commessa, che *“l’analisi del contenuto ... non evidenzia che il concorrente abbia ottenuto informazioni tali da falsare la concorrenza (nella logica dell’art. 24, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016)”* (cfr. verbale della seduta riservata n. 1);
- con riferimento alla parte C (migliorie progettuali), che *“la commissione conferma, come indicato in sede di analisi del criterio A, che in relazione al concorrente BGF s.r.l. non emergono elementi tali da far ritenere che il progettista (indicato quale consulente per la fase esecutiva) abbia disvelato informazioni tali da alterare la concorrenza e la par condicio”* (verbale della seduta riservata n.4);
- con riferimento alla fase esecutiva, che sarebbe stato *“onere della stazione appaltante valutare se accettare o meno tale consulente nel novero della compagine di professionisti che accompagnerà l’impresa (qualora aggiudicataria) o se piuttosto non accogliere tale proposta”* (cfr. verbale della seduta riservata n.1).

Indubbiamente, quest’ultima riserva, così come la possibilità - fatta presente dalla difesa della stazione appaltante - di non dare corso alla previsione del bando sulla partecipazione del progettista alla fase di validazione delle migliorie, sono misure atte a prevenire in tale fase ed in fase esecutiva il conflitto di interessi di cui all’art. 42 del codice.

Tuttavia, il vantaggio rilevante ai fini dell’alterazione del meccanismo concorrenziale che la norma dell’art. 24, comma 7, mira ad impedire, è quello che venga speso nell’espletamento della gara, quando il concorrente si sia potuto avvalere dell’apporto di conoscenze e di informazioni del progettista, al fine di predisporre un’offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante.

In tale ottica, i detti deliberati della commissione di gara, in quanto evidentemente finalizzati a rimuovere una conclamata situazione di conflitto di interessi, sono altresì

rivelatori del ruolo determinante da attribuirsi all'operato dell'ing. Fiou, su incarico e per conto della committenza.

13.11. Trattandosi del soggetto deputato a dirigere il team di consulenti dell'aggiudicataria, egli è altresì a pieno titolo coinvolto nell'esecuzione dei lavori da lui stesso progettati, sì da aver potuto mettere a disposizione le conoscenze e le informazioni possedute come progettista anche per la redazione della relazione generale di progetto e per l'ideazione e la predisposizione delle soluzioni migliorative, pur senza aver sottoscritto le diverse parti dell'offerta tecnica; tanto più che sarebbe stato destinato ad assumere un ruolo determinante proprio nell'esecuzione di tali opere migliorative, per previsione della *lex specialis*, destinate ad essere validate dalla stazione appaltante proprio con il suo contributo.

D'altronde, la circostanza, sottolineata dalle appellate, che l'offerta di B.G.F. non prevedesse affatto un team di progettazione (*“anche in considerazione della limitatezza dell'incarico progettuale da svolgere a supporto dell'appalto dei lavori posto a gara”*, come si legge negli scritti di Monterosa S.p.A.) aggrava, piuttosto che alleggerire, la posizione dell'aggiudicataria. Infatti, esclusa la direzione tecnica del cantiere per il controllo e lo sviluppo della progettazione (affidata all'ing. Crenier), risultano viepiù valorizzate -nel contesto delle attività tecniche riservate alla progettazione ed all'esecuzione dell'impresa aggiudicataria- le numerose prestazioni rimesse dalla B.G.F. all'ing. Fiou come da § 2.3.7 della relazione (compresa la redazione di elaborati progettuali, se richiesti), senza che la qualificazione come attività di “consulenza” ne possa sminuire l'oggettiva valenza ai fini dell'espletamento dell'appalto, nonché il pieno coinvolgimento del tecnico quale soggetto direttamente “interessato” all'aggiudicazione dei lavori.

Si è in presenza, se non altro, di indizi gravi, precisi e concordanti di una situazione di incompatibilità, che sarebbe stato onere della stazione appaltante ed, ancor di più,

dell'aggiudicataria confutare, fornendo la prova contraria richiesta dall'art. 24, comma 7, ult. inc.

13.12. Non solo questa prova non è desumibile dai generici deliberati di cui sopra, ma nemmeno è stata fornita in corso di causa.

In particolare, non è utile allo scopo la dichiarazione dello stesso ing. Fiou prodotta da B.G.F. in primo grado (doc. 19), dalla quale, al contrario, si evince che conosceva ogni aspetto del progetto posto a base di gara e le relative problematiche, comprese evidentemente quelle rilevanti ai fini della delibazione delle migliorie, non a caso da validare in concorso col progettista (essendosi egli occupato di *“progettazione preliminare allegata al SLA; progettazione preliminare bacino mitigato; progettazione definitiva – esecutiva; sicurezza in fase di progettazione; studio impatto ambientale; prestazioni geologiche; pratiche di concessione acque; adeguamento al PTA; progetto di fattibilità L. n. 24/92; studio ipotetico collasso”*, nonché di *“diverse integrazioni necessarie per il rinnovo di varie autorizzazioni sino ai primi mesi dell'anno 2017”*).

13.13. Resta da dire della circostanza che, in relazione al criterio C (riguardante le proposte migliorative), l'aggiudicataria ha conseguito un punteggio inferiore rispetto agli altri concorrenti. Questo dato, pur essendo stato ritenuto significativo in altre situazioni (cfr. Cons. Stato, VI, 21 febbraio 2017, n. 772 e id., V, 6 ottobre 2015, n. 4651), non è decisivo nel caso particolare, in cui occorre tenere conto del maggior totale conseguito dall'aggiudicataria in riferimento all'insieme dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

13.14. Tutto quanto sin qui detto comporta che, pur a voler escludere o ritenere evitato il conflitto di interessi in fase esecutiva, mediante gli accorgimenti suggeriti dalla commissione di gara -che necessariamente avrebbero dovuto privare la stazione appaltante dell'apporto del progettista in fase di validazione delle migliorie e di esecuzione dei lavori od, in alternativa, privare l'aggiudicataria dell'apporto del suo “responsabile del team consulenza tecnica” – resta l'incompatibilità dell'art. 24,

comma 7, idonea, anche in ragione di quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. d), a determinare l'esclusione dell'aggiudicataria.

13.15. Il quinto motivo di appello va perciò accolto, con annullamento degli atti impugnati per la parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'aggiudicataria B.G.F.

14. Resta assorbito da tale accoglimento il sesto motivo, proposto in via subordinata rispetto al primo, e riguardante l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

15. Invece, il quarto ed il settimo motivo di appello sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

Infatti, la Monterosa S.p.A., in esito all'ordinanza cautelare di sospensione dell'aggiudicazione in favore di B.G.F., ha proceduto, con propria comunicazione del 13 luglio 2017, ad una nuova convocazione della commissione di gara al fine di appurare se l'esclusione dell'aggiudicataria potesse determinare, nell'ambito del confronto a coppie, il subentro o meno di Bertini Aosta s.r.l. nella posizione di prima graduata, quindi aggiudicataria.

La commissione di gara si è riunita in data 27 luglio 2017 in seduta riservata ed ha concluso le operazioni dando atto che, in caso di esclusione dell'aggiudicataria, all'esito di nuovo confronto a coppie, sarebbe subentrata Bertini Aosta s.r.l. con un punteggio pari 76,960, superiore a quello delle altre concorrenti rimaste in gara (cfr. il verbale della seduta prodotto in primo grado da Monterosa S.p.A.).

Ne discende che l'appellante non ha più interesse alla trattazione dei motivi, con i quali, riproducendo il primo ed il quarto mezzo del ricorso principale, censura l'attribuzione dei punteggi in suo favore.

16. In conclusione, l'appello va accolto limitatamente ai motivi secondo, terzo e quinto del gravame, con assorbimento dei motivi primo e sesto ed improcedibilità dei motivi quarto e settimo.

17. L'annullamento degli atti impugnati da a.t.i. Bertini e la collocazione in graduatoria all'esito della seduta riservata del 27 luglio 2017 comportano che l'aggiudicazione debba essere disposta in favore dell'appellante.

Quest'ultima ha avanzato, già in primo grado, domanda risarcitoria che, negli scritti conclusivi del grado di appello, ha specificato chiedendo il risarcimento dei danni provocati dalla consegna anticipata dei lavori in favore di B.G.F.

In effetti, risulta dagli atti che tale consegna ha avuto luogo in data 20 giugno 2017, ma, a seguito del decreto di sospensione del Presidente del Tribunale amministrativo regionale, il RUP ha disposto la sospensione dei lavori a far data dal 5 luglio 2017; dopodiché non vi è stata ripresa dei lavori, sia perché, nelle more, il Tribunale amministrativo regionale ha accolto l'istanza cautelare dell'a.t.i. Bertini con la citata ordinanza n. 21/17 sia perché, dopo la pronuncia della sentenza qui impugnata, le condizioni climatiche in alta quota non hanno consentito alcuna attività.

L'appellante ha perciò diritto al risarcimento dei danni provocati dal compimento dei lavori -comprovati dalla documentazione fotografica prodotta in primo grado (doc. 24 e 26 di a.t.i. Bertini)- nel ristretto arco temporale che va dal 20 giugno 2017 alla sospensione, disposta dalla stazione appaltante il 5 luglio 2017; i termini della questione non mutano anche a voler ritenere che i lavori in via di fatto si siano protratti per un ulteriore breve periodo, come sostenuto dall'appellante (che adduce a sostegno il carteggio intercorso con la stazione appaltante di cui ai doc. 25, 32, 34, 35).

Monterosa S.p.A. va condannata al risarcimento per equivalente ex art. 2043 cod. civ., sussistendovi tutti i presupposti (illegittimità della consegna anticipata, nesso di causalità, colpa *in re ipsa* trattandosi di appalti pubblici: cfr. Cons. Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5686).

Quanto all'individuazione dei danni risarcibili, si deve decisamente escludere – proprio in ragione del ristretto periodo temporale anzidetto e della portata dei lavori

eseguiti rispetto a quelli da affidare - che si siano prodotti danni c.d. curriculari, all'immagine o al prestigio professionale o danni da perdita di *chance* per la mancata partecipazione ad altre gare, variamente configurati negli scritti dell'appellante.

L'unico danno risarcibile è il danno da lucro cessante.

Per la liquidazione di tale voce di danno da parte della stazione appaltante è possibile fissare i seguenti criteri:

- redazione dello stato di consistenza dei lavori eseguiti dalla precedente aggiudicataria, in contraddittorio tra la stazione appaltante e l'a.t.i. Bertini;
- determinazione del maggior utile che, tenendo conto del ribasso indicato, quest'ultima avrebbe conseguito, qualora avesse potuto eseguire i lavori già realizzati dalla controinteressata a seguito della consegna anticipata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686), senza che, anche in ragione del detto ristretto periodo temporale di riferimento, sia detraibile somma alcuna a titolo di *aliunde perceptum*;
- la somma come sopra liquidata va incrementata degli interessi al tasso legale dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino al saldo, non essendo dovuta rivalutazione poiché i criteri anzidetti comportano la liquidazione del *quantum* già attualizzato.

Ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm., Monterosa S.p.A. deve proporre a favore dell'odierna appellante il pagamento di una somma come sopra determinata entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza.

18. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del presente grado tra tutte le parti, in considerazione della complessità della vicenda oggetto di causa e delle questioni di fatto e di diritto affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Accoglie la domanda risarcitoria nei limiti specificati in motivazione e, per l'effetto, dispone che Monterosa S.p.A. proponga all'odierna appellante il pagamento di una somma come determinata in parte motiva entro il termine di giorni sessanta dalla notificazione della sentenza.

Compensa interamente tra tutte 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 giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO