Pubblicato il 14/07/2017

N. 00815/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00295/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 295 del 2017, proposto dal costituendo RTPS ing. Nicola Di Pierno, ing. Salvatore Ziccardi, Studio Cotecchia & Associati, SIT&A s.r.l., ing. Gianpaolo Orsitto, ing. Silvio Carosielli, arch. Giuseppe Columpsi, ing. Giulio Tricarico, dott. geol. Antonio Raspatelli e dott. geol. Giovanni Scirocco, e dall'ing. Nicola Di Pierno, in proprio e quale capogruppo/mandatario del costituendo RTPS, rappresentati e difesi dagli avvocati Fabio Schirone, Enricomaria Orsitto e Antonio Leonardo Deramo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Leonardo Deramo in Bari, via F. S. Abbrescia, 83/B;

contro

Provincia di Foggia, Comune di Lucera non costituiti in giudizio;

nei confronti di

RPA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pasquale Procacci in Bari, via Nicolai, 29;

per l'annullamento,

previa concessione di idonea misura cautelare,

- della determina n. 202 del 7.2.2017, pubblicata in data 8.2.2017 (ed in pari data comunicata), con la quale la Provincia di Foggia - Settore Appalti e Contratti aggiudicava a RPA s.r.l. l'affidamento dei servizi di «architettura e ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione lavori, misura e contabilità, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di studio geologico ed aggiornamento sondaggi inerenti l'intervento "lavori di consolidamento del versante collinare - zona Castello - 1° stralcio - nel Comune di Lucera"» dell'importo presunto posto a base d'asta di €. 250.000,00;
- del verbale di aggiudicazione provvisoria del 29.12.2016 con la quale la Provincia di Foggia, Settore Appalti e Contratti deliberava di aggiudicare provvisoriamente all'impresa RPA s.r.l. la predetta gara;
- dei verbali di gara con numerazione dall'01/43/2016 al 09/43/2016 rispettivamente delle sedute della Commissione di gara del 4.11.2016, 10.11.2016, 9.12.2016, 13.12.2016, 14.12.2016, 15.12.2016, 16.12.2016, 29.12.2016;
- della determina n. 53/2016 del 4.11.2016 del Dirigente SUA -Settore Appalti, Contratti, con la quale veniva costituita la Commissione giudicatrice per la gara d'appalto di cui trattasi;
- di tutti gli atti ad essi connessi, presupposti e conseguenti;

nonché per la condanna *ex* art. 124 cod. proc. amm. delle Amministrazioni intimate, previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. di inefficacia *ex tunc* del contratto nelle more eventualmente sottoscritto e previo

accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto:

- ad aggiudicare la gara al RTPS ricorrente e a stipulare il relativo contratto secondo l'offerta dallo stesso presentato, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito per effetto dell'illegittimo affidamento dell'appalto alla controinteressata;

- in subordine, al risarcimento del danno per equivalente pecuniario in favore del RTPS ricorrente *ex* art. 30 e 124 cod. proc. amm., con indicazione dei criteri necessari alla sua liquidazione;

in ulteriore subordine, per l'annullamento di tutti gli atti di gara al fine della riedizione delle operazioni di gara, fatto salvo il risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di RPA s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da RPA s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2017 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Con determinazione dirigenziale a contrarre n. 429 del 22.8.2016 il Responsabile del IV Settore del Comune di Lucera stabiliva di procedere all'espletamento di una gara mediante procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 3 dlgs n. 50/2016 finalizzata all'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva, di coordinamento della sicurezza in fase di

progettazione ed esecuzione, di direzione lavori, misura e contabilità, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di studio geologico ed aggiornamento sondaggi inerenti l'intervento "lavori di consolidamento del versante collinare - Zona Castello - 1° Stralcio - nel Comune di Lucera" dell'importo presunto posto a base d'asta di € 250.000,00.

La gara veniva, quindi, bandita dalla Provincia di Foggia - Settore Appalti e Contratti, in qualità di Stazione Unica Appaltante, così specificando i criteri della valutazione delle offerte:

A) Professionalità ed adeguatezza dell'offerta pesi: 25;

B) Caratteristiche metodologiche dell'offerta pesi: 55;

b.1. Modalità di svolgimento dell'attività di progettazione sub pesi: 15;

b.2. Proposte migliorative ritenute possibili dal concorrente sub pesi: 20;

b.3. Azioni che verranno sviluppate in relazione alla vicinanza della Fortezza Svevo-Angioina sub pesi: 15;

b.4. Qualifiche dei professionisti responsabili delle varie parti del servizio in relazione alle principali esperienze maturate, analoghe a quelle oggetto del contratto sub pesi: 5;

C) Ribasso percentuale sul prezzo: pesi 20.

Con determinazione del Responsabile del Settore Appalti e Contratti del SUA n. 53/2016 del 4.11.2016 veniva nominata la Commissione giudicatrice ed era designato quale RUP l'ing. Lucio Barbaro, funzionario del Settore Tecnico del Comune di Lucera.

Alla procedura prendevano parte 11 concorrenti, tra cui il RTPS odierno ricorrente.

Svoltasi la gara, risultava aggiudicataria la società RPA s.r.l., che nella graduatoria di merito conseguiva 95,46 punti, precedendo il RTPS "Di Pierno-Cotecchia ed altri" con 82,21 punti.

Espletata la verifica dei requisiti, la Stazione Unica Appaltante disponeva, con determina n. 202 del 7.2.2017 (comunicata il successivo 8.2.2017), l'aggiudicazione in favore di RPA s.r.l.

Il 17.2.2017 il ricorrente inviava alla SUA richiesta di accesso agli atti di gara (prot. n. 9732) ed il 24.2.2017 veniva consentito l'accesso.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio il RPTS Di Pierno contestava agli atti di gara in epigrafe indicati, invocando tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente.

Deduceva censure così sinteticamente riassumibili:

1) violazione e falsa applicazione di legge (art. XI.1 del disciplinare di gara; art. 32 dlgs n. 50/2016; principi generali in tema di formulazione delle offerte nelle gare pubbliche); violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti: la società RPA avrebbe omesso di presentare la domanda di partecipazione, elemento indefettibile per l'ammissione alla gara (ai sensi della sez. XI.1 del disciplinare che prevede una specifica comminatoria di esclusione) non sanabile con il soccorso istruttorio; la società nella busta n. 1 si sarebbe limitata ad allegare le autodichiarazioni che, secondo l'espressa previsione della *lex specialis*, dovevano costituire allegati della domanda di partecipazione;

2) violazione dell'art. 31, comma 8 dlgs n. 50/2016 nonché delle Linee Guida ANAC n. 1/2016; eccesso di potere per violazione della *lex specialis* di gara ed errore nei presupposti; carente e superficiale istruttoria; malgoverno dei presupposti: l'aggiudicataria, in merito alla prima figura professionale richiesta dal punto III.3.1 del bando e dalla sez. VIII del disciplinare, avrebbe omesso di indicare (violando così una prescrizione escludente) all'interno della busta n. 1 - "Documentazione amministrativa" , il professionista architetto in possesso di laurea tipo A e abilitato all'esercizio della professione con funzioni di professionista incaricato della redazione degli elaborati e dei rapporti con la

Soprintendenza e lo studio del paesaggio; RPA, pur annoverando tra i propri amministratori un architetto, non lo avrebbe indicato nella dichiarazione inserita nella busta n. 1, disattendendo l'onere di esplicitare il soggetto in capo al quale individuare la responsabilità legata a tale qualifica professionale (ribadita dall'art. 31 dlgs n. 50/2016); inoltre, RPA sarebbe dovuta essere estromessa dalla procedura sia perché - in violazione di quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n. 1/2016 - nella busta n. 1 avrebbe omesso di dichiarare il nominativo del geologo in possesso di laurea e abilitato all'esercizio della professione con funzione di responsabile delle problematiche di natura geologica, sia perché non annoverererebbe tra i propri soci, amministratori o direttori tecnici un geologo; non sarebbe rilevante la presenza nel gruppo di lavoro di un geologo (il dott. Stefano Piazzoli), mero dipendente di RPA s.r.l. (e non già socio e/o amministratore e/o direttore tecnico della stessa), come tale non qualificato a rivestire il ruolo richiesto dalla *lex specialis*; le medesime considerazioni dovrebbero operare per il dott. Luigi Porta, qualificato come "Collaboratore su base annua", soggetto che non risulta far parte del personale di RPA s.r.l. e che non compare nella dichiarazione dei cedolini fornita dall'aggiudicataria a corredo della documentazione necessaria a comprovare i requisiti richiesti dalla *lex specialis*; l'illegittima e tardiva indicazione in atti di detti professionisti non potrebbe pertanto legittimare la partecipazione di RPA alla procedura, ma piuttosto si configurerebbe come un subappalto della relazione geologica, espressamente vietato dalla normativa richiamata;

3) violazione e falsa applicazione di legge (art. 80 dlgs n. 50/2016; principi generali in tema di partecipazione alle gare pubbliche e di *par condicio* tra i concorrenti): i suddetti progettisti illegittimamente non indicati da RPA nella domanda di partecipazione hanno evidentemente omesso di presentare le dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 dlgs n. 50/2016;

4) violazione e falsa applicazione di legge (artt. 42, 67 e 80 dlgs n. 50/2016; prf. 2.2. Linee Guida ANAC n. 1/2016; principi generali in tema di formulazione delle offerte nelle gare pubbliche); violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti: RPA avrebbe omesso di dichiarare di aver prestato consulenza gratuita in favore dell'Amministrazione aggiudicatrice, avendo la stessa società formulato in precedenza il progetto preliminare per il consolidamento del versante collinare approvato ed acquisito a titolo gratuito dal Comune di Lucera con delibera di Giunta n. 263 del 22.10.2015 ed avendo trasmesso con nota del 9.2.2016 prot. n. 6713 al Comune di Lucera - sempre a titolo gratuito - il 1° stralcio del predetto progetto, approvato con delibera di G.M. n. 26/2016 per un importo di € 5.546.943,22; RPA avrebbe tratto un indubbio vantaggio dall'aver redatto il progetto preliminare approvato con la delibera n. 263/2015, posto che dall'esame comparato della relazione generale dello studio preliminare con quella allegata al progetto esecutivo del primo stralcio emergerebbe l'identità dei due elaborati; pertanto, la stessa aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa ai sensi degli artt. 67 e 80, comma 5, lett. d) ed e) dlgs n. 50/2016 (in particolare la lett. e contempla tra le cause di esclusione anche una distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura di appalto di cui all'art. 67 dlgs n. 50/2016), non avendo la controinteressata fornito dichiarazione o prova che l'esperienza acquista nello svolgimento dell'incarico non abbia falsato la concorrenza; inoltre, la controinteressata avrebbe omesso di mettere a disposizione degli altri concorrenti le conoscenze acquisite di cui fa menzione nella propria offerta tecnica, nonché tutta la documentazione attinente alla predetta progettazione preliminare generale approvata con delibera di GM n. 263/2015; l'Amministrazione non solo non avrebbe adottato alcuna misura per garantire la concorrenza come previsto dall'art. 67 dlgs n. 50/2016 e dal par. 2.2

delle Linee Guida ANAC n. 1/2016, ma avrebbe altresì omesso di provvedere alla doverosa esclusione di RPA prevista dall'art. 80 dlgs n. 50/2016;

5) violazione e falsa applicazione di legge (sezione XII del disciplinare di gara e principi generali in tema di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; art. 77, comma 1 dlgs n. 50/2016); eccesso di potere per difetto di istruttoria: in via gradata, parte ricorrente rileva che ciascun commissario avrebbe omesso di assegnare autonomamente il proprio punteggio alle offerte in violazione della *lex specialis* di gara; che la mancata attribuzione dei punteggi singoli sarebbe diretta conseguenza della carenza di specifica professionalità in capo ad almeno uno dei componenti; che della Commissione è stata, infatti, chiamata a far parte la sig.ra Rosaria Santangelo, asseritamente priva delle necessaria qualificazione professionale richiesta per la valutazione di offerte connotate da complessità tecnica molto elevata, in violazione della disposizione di cui all'art. 77, comma 1 dlgs n. 50/2016;

6) violazione di legge (artt. 77, comma 1 e 42, comma 2 dlgs n. 50/2016): infine, l'arch. Lucera (Presidente della Commissione) si troverebbe in situazione di incompatibilità *ex* art. 77, comma 4 dlgs n. 50/2016, avendo svolto in precedenza il ruolo di membro della struttura tecnica che ha effettuato la verifica del progetto preliminare donato da RPA ed approvato dal Comune di Lucera con la citata delibera n. 263/2015 ed avendo redatto il progetto di fattibilità del I Stralcio posto a base di gara ed incluso nella documentazione contenente le informazioni necessarie alla redazione dell'offerta tecnica; l'aver svolto plurimi incarichi tecnici con riferimento al progetto in questione condizionerebbe la serenità di giudizio dell'arch. Lucera, a maggior ragione ove si consideri che le migliorie proposte in sede di offerta da RPA s.r.l. e che sono risultate decisive per il conseguimento del maggior punteggio si incentrano proprio sulle specifiche di quel progetto.

2. - Si costituiva la controinteressata RPA s.r.l., resistendo al gravame.

3. - La controinteressata notificava ricorso incidentale avente contenuto "paralizzante", in quanto diretto a contestare l'ammissione alla gara del RTPS ricorrente principale.

4. - Le parti svolgevano difese in vista della pubblica udienza del 14 giugno 2017, nel corso della quale la causa passava in decisione.

5. - Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso principale sia manifestamente infondato, potendosi conseguentemente prescindere dalla disamina delle eccezioni preliminari.

Data la manifesta infondatezza del ricorso principale, è possibile procedere all'esame prioritario dello stesso, pur a fronte della proposizione, da parte della controinteressata RPA s.r.l., di un ricorso incidentale avente contenuto "paralizzante" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

5.1. - Con il primo motivo di ricorso il RTPS ing. Nicola Di Pierno deduce che la controinteressata RPA andava esclusa per non aver presentato la domanda di partecipazione alla gara, come previsto dal punto XI.1 del disciplinare di gara.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Dalla documentazione in atti si desume che RPA ha presentato, conformemente a quanto previsto dalla Sez. XI.1, punto 4 del disciplinare (pag. 14) e dall'art. 85 dlgs n. 50/2016, il documento di gara unico europeo (DGUE) che chiaramente si riferisce alla procedura di gara per cui è causa, documento debitamente sottoscritto in ogni sua pagina dall'amministratore delegato di RPA, ing. Dino Bonadies.

Come evidenziato da Cons. Stato, Sez. IV, n. 744/2014, «… nel caso in cui la domanda di partecipazione si presenti solo come semplice "domanda", …, la volontà di voler partecipare alla gara e la riferibilità all'impresa partecipante di quanto effettivamente presentato, ben possono essere desunti dal complesso della documentazione presentata, nella misura in cui da quest'ultima possa ricavarsi in

modo certo sia la volontà di voler partecipare sia la effettiva identità del partecipante.

In questa ipotesi, dunque, non può accordarsi prevalenza al rilievo meramente formale della mancata presentazione della domanda (ed in tal senso si presenta come illegittima la clausola del bando che prevede l'esclusione). E ciò:

- sia in quanto tale previsione, nell'attribuire irragionevolmente rilevanza all'aspetto formale in luogo della sostanza, finisce per operare una cesura tra clausola e sua funzione teleologicamente orientata alla cura dell'interesse pubblico, posto che non sono in discussione, nella sostanza, le ragioni per le quali la clausola medesima era stata prevista;
- sia in quanto, sacrificandosi in ossequio ad un aspetto meramente formale la partecipazione di un concorrente, si incide sul principio di massima possibile partecipazione alle gara, quale strumento di affermazione della più ampia concorrenza. …».

Nella fattispecie in esame la volontà di RPA di partecipare alla gara e la riferibilità all'impresa partecipante di quanto effettivamente presentato si desumono in modo inequivoco dal DGUE prodotto nel corso della procedura dalla stessa controinteressata, con la conseguenza che se il disciplinare di gara (Sez. XI.1 - pag. 12), nella parte in cui prevede la comminatoria di esclusione in caso di omessa presentazione della documentazione ivi indicata, fosse interpretato nel senso di imporre l'esclusione della impresa laddove abbia presentato un DGUE (nella fattispecie) debitamente sottoscritto in ogni sua pagina da cui desumere la inequivoca volontà di partecipare, ma non la domanda di partecipazione di cui al punto 1 della suddetta Sezione, sarebbe nullo *in parte qua* per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 dlgs n. 50/2016.

Infatti, la domanda di partecipazione è certamente elemento indefettibile per l'ammissione alla gara la cui mancanza non può non comportare l'esclusione della ditta concorrente; tuttavia, è sufficiente la presenza in atti di un singolo documento - come accaduto nel caso di specie - da cui desumere detta volontà di partecipazione riferibile all'impresa, senza necessità di imporre la inutile duplicazione di documenti dal contenuto sostanzialmente analogo.

Pertanto, si deve ritenere che il concorrente abbia assolto alla richiesta della *lex specialis* attraverso l'utilizzo del DGUE.

5.2. - Con il secondo motivo di ricorso viene dedotto che l'aggiudicataria RPA sarebbe dovuta essere esclusa per non aver indicato nella documentazione amministrativa le figure dell'architetto e del geologo previste dal punto III.3.1 del bando e dalla Sez. VIII del disciplinare, in violazione altresì dell'art. 31, comma 8 dlgs n. 50/2016.

Peraltro, con riferimento alla figura del geologo il ricorrente evidenzia altresì la violazione delle Linee Guida ANAC n. 1/2016, dovendo la suddetta figura essere necessariamente un socio, un amministratore o direttore tecnico della società di ingegneria.

Inoltre, la circostanza della indicazione del geologo nel gruppo di lavoro nella persona di un dipendente - secondo la prospettazione di parte ricorrente - configurerebbe una fattispecie di subappalto della relazione geologica, non consentita dalla legge.

Anche dette censure vanno disattese.

Infatti, la controinteressata RPA ha utilizzato i moduli messi a disposizione dalla stazione appaltante, senza che quindi possano venire in rilievo criticità di carattere escludente.

Inoltre, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, RPA ha allegato al DGUE l'elenco del personale della società, nel quale sono contemplate tutte le figure professionali richieste dalla *lex specialis*, ivi compreso il geologo e l'architetto.
Privo di pregio risulta, altresì, l'argomento secondo il quale il geologo dovrebbe essere - alla stregua delle Linee Guida ANAC n. 1/2016 - necessariamente un socio, un amministratore o direttore tecnico della società di ingegneria.
Tuttavia, le Linee Guida ANAC (peraltro non vincolanti, come precisato dal Consiglio di Stato, parere n. 1767 del 2.8.2016, reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016 sullo schema di linee guida) non solo non contengono siffatta affermazione, bensì prevedono, in relazione alle società di ingegneria (come RPA), che il geologo debba avere con queste un rapporto stabile di natura autonoma, subordinata o parasubordinata (punto 3.1, pag. 5 Linee Guida).
Con l'ulteriore conseguenza che non può configurarsi alcuna fattispecie di subappalto nei confronti di un proprio dipendente, contrariamente a quanto dedotto dal raggruppamento ricorrente.
5.3. - Con il terzo motivo il ricorrente deduce che RPA meritava di essere esclusa per aver omesso di presentare le dichiarazioni *ex* art. 80 dlgs n. 50/2016 in relazione a ciascun singolo progettista designato per l'esecuzione dell'appalto.
Il motivo va respinto.
In primis, va evidenziato che il soggetto concorrente è RPA, e non i singoli professionisti presenti nell'organigramma della società, che quindi non sono tenuti, né per legge, né per disposizioni di *lex specialis*, a rendere le dichiarazioni *ex* art. 80 dlgs n. 50/2016.
E' infatti noto che la ragione per cui è posto l'obbligo dichiarativo relativamente ai requisiti di ordine generale risiede nella necessità di verificare la complessiva affidabilità dell'operatore economico con cui la stazione appaltante stipulerà il

contratto oggetto della procedura ad evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777): la disposizione si rivolge, dunque, ad esclusivo interesse della stazione appaltante ed, in ultima analisi, dell'interesse pubblico.

In tale contesto, la posizione dei progettisti dipendenti della società di ingegneria che concorre alla gara non muta con l'assunzione di maggiori responsabilità professionali, non potendo gli stessi essere equiparati all'operatore economico che sottoscriverà l'appalto: "… diversamente opinando, si giungerebbe ad affermare la necessità di sottoscrizione della dichiarazione *ex* art. 38, da parte di ogni singolo dipendente ... con gravi ripercussioni sia in termini di speditezza dell'azione della stazione appaltante, sia di illegittima applicazione analogica di cause di esclusione dalla gara …" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 2048/2015).

In ogni caso, risultano non conferenti i precedenti citati dalla ricorrente principale, relativi (nel caso di Cons. Stato n. 775/2015) a fattispecie d'appalto integrato (nel quale peraltro il progetto definitivo firmato dagli autori costituisce elemento di valutazione dell'offerta; viceversa nella vicenda in esame l'offerta non prevedeva l'elaborazione di progetti, e risulta firmata dal solo legale rappresentante di RPA) o (nel caso del parere ANAC n. 133/2012) ad ipotesi in cui era il disciplinare che prevedeva espressamente l'obbligo dichiarativo in capo ai membri dello staff di progettazione, contrariamente al caso di specie.

5.4. - Con il quarto motivo l'ATI ricorrente deduce che RPA andava esclusa per "distorsione della concorrenza" ai sensi dell'art. 67 dlgs n. 50/2016. A tal riguardo, la ricorrente evidenzia che RPA ha redatto il progetto preliminare fornito gratuitamente al Comune di Lucera, partecipando quindi alla predisposizione della procedura pubblica, senza dichiararlo in gara, e che di tale attività si è pure avvantaggiata, come emerge dalle previsioni dell'offerta tecnica che valorizzano sopralluoghi ed indagini già svolti e le migliorie offerte.

La censura non può trovare accoglimento.

In primo luogo, va fatta chiarezza sulle caratteristiche della competizione per cui è causa.

Come evidenziato trattasi di gara soggetta al nuovo codice dei contratti pubblici (dlgs n. 50/2016), nell'ambito della quale viene in rilievo, in luogo del progetto preliminare, il progetto di fattibilità tecnico - economica.

Il punto III.2 del disciplinare stabilisce al riguardo che:

"La documentazione di gara comprende i seguenti elaborati:

1) Progetto Preliminare approvato con DGM n. 26 del 09/02/2016 costituito:

- Relazione Illustrativa
- Relazione Geologica e geotecnica
- Studio di fattibilità ambientale
- Relazione archeologica
- Prime indicazioni della stesura dei piani di sicurezza
- Piano particellare di esproprio
- Calcolo sommario della spesa e quadro economico di progetto
- Elaborati grafici: - Inquadramento e planimetria catastale zona castello planimetria interventi e particolari costruttivi zona Castello
- Zona Castello sezione stato di fatto e di progetto

2) Monitoraggio dei Fenomeni di dissesto idrogeologico dei versanti collinari del Comune di Lucera - Relazione Finale sui risultati del Monitoraggio datata 29.12.2000 costituito da:

- Relazione Tecnica
- Tavola 1 - Planimetria con ubicazione dei punti di monitoraggio – zona Castello
- Tavola 3 - Graficizzazione delle misure derivate dal monitoraggio topografico – zona Castello

3) Progetto di Fattibilità tecnica ed economica - aggiornamento – progetto preliminare – approvato con DGM n. 26 del 09 febbraio 2016

4) Disciplinare di incarico professionale e Mansionario per le prestazioni professionali con relative schede".

Gli atti indicati *sub* 1) sono di RPA (come risulta dal timbro e dalla firma sugli elaborati).

Gli atti indicati *sub* 2) sono dell'ATI Prof. Ing. Vincenzo Cotecchia (legale rappresentante dello Studio Cotecchia & Associati mandante dell'ATI Di Pierno) - Geo S.p.a. (come risulta dalle firme sugli elaborati).

Gli atti indicati *sub* 3) e 4) sono del Comune di Lucera.

La Sez. III del disciplinare precisa a sua volta che:

«Il progetto preliminare approvato dal Comune di Lucera con Deliberazione di G.M. n. 26 del 09/02/2016, prevede una spesa complessiva pari ad € 5.546.943,22 mentre l'importo ammesso a finanziamento è pari ad € 3.000.000,00. Per quanto sopra, l'importo complessivo dei progetti definitivo ed esecutivo, oggetto del presente disciplinare, dovrà essere pari ad € 3.000.000,00.

Dette progettazioni dovranno pertanto costituire uno stralcio delle opere previste nel suddetto progetto preliminare, dando priorità alle opere riportate nel "Progetto di Fattibilità Tecnica ed Economica" facente parte degli elaborati di gara.».

Gli assunti di parte ricorrente non possono essere condivisi.

Va anzitutto escluso in radice che l'autore del progetto preliminare non possa partecipare alla successiva gara per l'affidamento degli ulteriori step di progettazione.

Infatti, in tal evenienza non sussistono incompatibilità di alcun genere, come più volte confermato dalla giurisprudenza e dall'ANAC (cfr. *ex multis* Cons. Stato n. 3779/2014; Cons. Stato, V, n. 3656/2012; Cons. Stato, VI, n. 561/2004; Tar Piemonte, n. 1510/2008; ANAC parere n. 137/2011).

Detta compatibilità è stata inoltre confermata dall'ANAC nelle Linee Guida n. 1/2016 (punto 2.1): "Un secondo elemento cardine è costituito dall'essere svolte la

progettazione definitiva e quella esecutiva, preferibilmente, dal medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza al processo (art. 23, comma 12). Tenuto conto di tale principio di continuità e del divieto di cui all'art. 24, comma 7, è ammissibile la partecipazione alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva anche del progettista che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica e economica. Risulta, infatti, accentuato il criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, permanendo il solo divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori (art. 24, comma 7)".

A tal proposito, si rammenta che il progetto di fattibilità tecnica e economica sostituisce il progetto preliminare, ai sensi dell'art. 23 dlgs n. 50/2016 e che peraltro nella gara in esame è stato predisposto dal Comune di Lucera.

Inoltre, come evidenziato dall'art. 24, comma 7 dlgs n. 50/2016 (correttamente richiamato dal punto 2.1 delle Linee Guida n. 1/2016), "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, 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.".

Pertanto, l'incompatibilità *ex lege* sussiste unicamente per le gare di lavori e non per quelle di progettazione (ipotesi ricorrente nel caso di specie); ne discende che la delibera n. 263/2015 non rende incompatibile ai sensi degli artt. 67 e 80, comma 5, lett. d) ed e) dlgs n. 50/2016 la partecipazione di RPA alla gara *de qua* avente ad oggetto non già i lavori (per i quali opera appunto l'incompatibilità *ex* art. 24, comma 7 dlgs n. 50/2016), bensì l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva.

Di conseguenza non sussiste alcuna ipotesi di incompatibilità della concorrente RPA, quale autrice di un progetto preliminare che poi il Comune di Lucera ha

utilizzato per predisporre il progetto di fattibilità tecnico economica posto a base di gara.

Inoltre, nemmeno sussistono i dedotti profili di violazione dell'art. 67 dlgs n. 50/2016.

La disposizione in commento non prevede affatto che debbano essere esclusi i soggetti che hanno predisposto un progetto preliminare poi utilizzato per indire una gara.

La stessa stabilisce:

"1. Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso. La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata.

2. Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza.

3. Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 99 del presente codice.".

Come si evince dalla lettura del testo, la norma non opera alcun riferimento alle attività progettuali (analogamente l'art. 66, comma 2 dlgs n. 50/2016).

D'altro canto l'estensione della suddetta norma anche alle attività progettuali si porrebbe in contrasto con il principio di continuità (punto 2.1 delle Linee Guida ANAC n. 1/2016) che presiede le fasi della progettazione e con lo stesso art. 24, comma 7 dlgs n. 50/2016.

In ogni caso, anche a voler opinare diversamente, nella fattispecie per cui è causa la stessa Amministrazione aggiudicatrice ha adottato quelle misure minime adeguate previste dall'art. 67, comma 1 dlgs n. 50/2016 per evitare alterazioni concorrenziali, depositando tra gli atti di gara tutti gli elaborati predisposti da RPA e dal prof. ing. Vincenzo Cotecchia, rendendo pertanto noto a tutti gli offerenti la provenienza degli atti e le attività progettuali sino a quel momento effettuate.

Pertanto, non può comunque configurarsi alcuna alterazione della concorrenza, alla luce del comportamento tenuto dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Né peraltro RPA ha errato nel non dichiarare di aver predisposto il progetto preliminare indicato *sub* 1) del punto III.2 del disciplinare.

Fermo restando che trattasi di circostanza nota e portata a conoscenza di tutti i concorrenti, per quanto sopra detto (con conseguente irrilevanza della indicazione o della mancata indicazione), la carenza di riferimenti negli artt. 66 e 67 dlgs n. 50/2016 alle attività progettuali, in uno con il mancato coinvolgimento nella preparazione della procedura di aggiudicazione, esclude qualsiasi esigenza dichiarativa da parte della controinteressata RPA.

La società RPA si è limitata a presentare un progetto preliminare al Comune di Lucera (dapprima in data 20.10.2015 e poi uno stralcio in data 9.2.2016) ai fini dell'ottenimento di un finanziamento, mentre non ha affatto partecipato alla fase successiva di preparazione della gara.

Si legge, infatti, nella determinazione comunale n. 429 del 22.08.2016, indittiva dalla gara:

- che, successivamente all'approvazione dello stralcio di progetto da parte del Comune, la Regione Puglia con D.G.R. n. 511 del 19.04.2016, pubblicata sul BURP n. 52 del 09/05/2016, ha ritenuto ammissibile a finanziamento l'intervento per un importo di €. 3.000.000,00 a fronte dell'importo del progetto preliminare di €. 5.546.943,22;
- che con nota del 28.04.2016-0001683, acquisita al prot. n. 22355 del 03.05.2016, la Regione Puglia – Sezione Difesa del Suolo e Rischio Sismico – ha comunicato l'ammissione del finanziamento per l'importo di €. 3.000.000,00 in favore del Comune di Lucera, a valere sulle risorse comunitarie relative all'Asse V – Azione 5.1 – P.O.R. Puglia 2014-2020, per la realizzazione dell'intervento infrastrutturale denominato "Consolidamento dei versanti collinari di Lucera – 1° stralcio";
- che l'Amministrazione Comunale di Lucera ha sottoscritto in data 4.5.2016, il Disciplinare regolante i rapporti tra la Regione Puglia e il Comune di Lucera, per la realizzazione dell'intervento infrastrutturale "Consolidamento dei versanti collinari di Lucera – 1° stralcio" per l'importo di €. 3.000.000,00, nell'ambito del programma dei fondi P.O.R. Puglia 2014/2020 – Asse V "Adattamento al cambiamento climatico, prevenzione e gestione dei rischi" – Azione 5.1 "Interventi di riduzione del rischio idrogeologico e di erosione costiera";
- che con determina comunale n. 285 del 03/06/2016 è stata attivata la procedura di gara per i servizi tecnici;
- che si è reso necessario stralciare dal progetto preliminare di €. 5.546.943,22, il lotto funzionale pari ad €. 3.000.000,00 come da finanziamento regionale sottoscritto, per cui è stato elaborato il Progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- che l'opera è stata inserita nel Piano Triennale 2016-2018 regolarmente approvato dall'Amministrazione;

- che è stata demandata alla SUA (Stazione Unica Appaltante) istituita presso la Provincia di Foggia, la redazione di tutti gli atti di gara.

Pertanto, in tutta questa fase, successiva alla presentazione del progetto da parte di RPA al Comune di Lucera, la medesima RPA non è stata in alcun modo coinvolta, nemmeno dalla Provincia di Foggia, alla quale era demandato il compito di redigere tutti gli atti di gara oggetto della procedura nella veste di Stazione Unica Appaltante.

Alla stregua del quadro delineato, e considerato che le attività progettuali svolte da RPA sono di gran lunga antecedenti alla decisione del Comune di attivare una gara d'appalto (esplicitata con determina comunale n. 285 del 3.6.2016), è del tutto evidente che l'operatore economico non sia stato per nulla coinvolto nella preparazione della medesima procedura d'appalto e che quindi non avesse alcun obbligo dichiarativo al riguardo.

Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, RPA non ha beneficiato di qualche vantaggio proveniente dalla redazione del progetto preliminare, con particolare riferimento al bagaglio di conoscenze acquisite durante la redazione del progetto preliminare generale, nonché alle migliorie offerte (con le quali RPA offriva, in aggiunta alla progettazione definitiva ed esecutiva oggetto di gara, la progettazione definitiva ed esecutiva di due ulteriori interventi).

In primis va rilevato che RPA non ha tratto alcun concreto vantaggio dagli elementi valorizzati dal ricorrente RTPS Di Pierno, tenuto conto che la stessa ha avuto punteggi uguali od addirittura inferiori a quelli degli altri concorrenti in relazione ai sub criteri "tecnici":

b.1) Modalità di svolgimento delle attività di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza, studio geologico e aggiornamento sondaggi, alla metodologia di monitoraggio e gestione dei dati, nonché alle problematiche tecniche che si intendono affrontare, anche con riguardo allo sviluppo temporale

delle varie fasi ed all'interazione/integrazione con la committenza. Max 15 punti (RPA ha conseguito 9 punti, come l'ATI Di Pierno ed altri 3 concorrenti);

b.2) Proposte migliorative che il concorrente, in relazione alle esigenze della committenza e al generale contesto territoriale, ritiene possibili rispetto al progetto preliminare posto a base di gara. Max 20 punti (RPA ha conseguito 14 punti, a fronte dei 16 conseguiti da altri due concorrenti);

b.3) Azioni che verranno sviluppate con riferimento ai vincoli esistenti ed all'inserimento ambientale delle opere, anche in relazione alla vicinanza della Fortezza Svevo-Angioina. Max 15 punti (RPA ha conseguito 8 punti, al pari dell'ATI Di Pierno e di altri 2 concorrenti).

Non merita positivo apprezzamento anche il riferimento, operato da parte ricorrente, al "bagaglio di conoscenze acquisite durante la redazione del progetto preliminare generale".

Non è, infatti, possibile che non venga valorizzato il *know-how* acquisito dai professionisti nel corso delle loro pregresse esperienze: del resto anche i membri dell'ATI Di Pierno hanno valorizzato in offerta la previa ed approfondita conoscenza dei luoghi in virtù di precedenti numerosi rapporti d'appalto assunti dai professionisti dell'ATI con il Comune di Lucera.

Di tanto si dà atto nell'offerta tecnica del raggruppamento ricorrente principale (pagg. 9, 25 e 35), nella quale si richiamano gli interventi svolti in precedenza dal prof. ing. Vincenzo Cotecchia, dall'ing. Di Pierno (mandatario) e dall'ing. Ziccardi (mandante), tutti relativi alla progettazione per i lavori di consolidamento dei versanti collinari Ospedale e Castello (come emerge anche dalle dichiarazioni rese dai suddetti soggetti nella documentazione amministrativa, in relazione ai servizi precedentemente svolti).

Del resto risulta che i membri dell'ATI sono stati più volte aggiudicatari di incarichi di progettazione del versante collinare di Lucera.

In particolare:

1998: Servizio di Monitoraggio Versanti Castello ed Ospedale affidato all'ATI Prog. Ing. Cotecchia – GEO spa;

1999: Progettazione e Direzione Lavori 1° lotto interventi "Consolidamento versanti collinari" agli ingg. Di Pierno e Ziccardi;

1999: Progettazione e Direzione Lavori 2° lotto interventi "Consolidamento versanti collinari" agli ingg. Di Pierno e Ziccardi;

2001: Progettazione e Direzione Lavori 3° lotto interventi "Consolidamento versanti collinari" agli ingg. Di Pierno e Ziccardi;

2004: Progettazione e Direzione Lavori 4° lotto interventi "Consolidamento versante Ospedale" agli ingg. Cotecchia, Ziccardi, Di Pierno e Orsitto;

2009: Progettazione e Direzione Lavori 5° lotto interventi "Consolidamento versante Ospedale";

2014: Progettazione definitiva 6° e 7° lotto interventi "Consolidamento Versante zona Ospedale" agli ingg. Cotecchia, Ziccardi, Di Pierno e Orsitto (sulla base di tale progettazione poi RPA ha svolto l'incarico di Direzione Lavori, a seguito di aggiudicazione di apposita gara).

Inoltre, nella documentazione di gara sono inclusi anche elaborati progettuali e relazioni di monitoraggio redatti dal prof. ing. Cotecchia, legale rappresentante della Cotecchia & Associati, mandante dell'ATI Di Pierno.

Quindi in alcun modo possono lamentarsi "asimmetrie" informative nella suddetta gara.

In ogni caso la circostanza è in sé neutra, tenuto conto che tutti gli elaborati predisposti e trasmessi al Comune sono stati allegati dalla Provincia di Foggia alla documentazione di gara e sono stati conosciuti da tutti i concorrenti.

Né vi sono ulteriori dati od informazioni dei quali possa aver beneficiato RPA o che comunque possano aver inciso sulle posizioni "di partenza" dei concorrenti.

Viene, infatti, in rilievo un progetto preliminare ceduto da RPA a titolo gratuito al Comune (ai sensi dell'art. 42, comma 5 del Regolamento comunale), senza che RPA abbia giovato di dati o flussi informativi da parte del Comune o da altri soggetti e senza che vi siano stati rapporti di consulenza sull'oggetto dell'intervento.

In secondo luogo, trattasi per l'appunto di un progetto preliminare: al di là di ricognizioni e sondaggi, tutti riportati nei documenti di gara, non vi sono dati o informazioni "riservate" che un professionista possa acquisire nella fase iniziale di sviluppo della progettazione.

Inoltre, secondo la prospettazione di parte ricorrente RPA avrebbe dovuto far conoscere agli altri concorrenti l'intero progetto preliminare sviluppato, relativo all'intero versante collinare.

Detto assunto non è condivisibile.

Infatti, RPA ha ceduto il progetto al Comune e quindi non poteva disporne; al più era il Comune o la Provincia che dovevano valutare l'opportunità di allegare o meno l'intero progetto nella gara.

Inoltre, il progetto preliminare "completo" non è stato ammesso a finanziamento.

Quindi non è censurabile la decisione dell'Amministrazione di allegare in gara solo la parte di progettazione ammessa a finanziamento.

In conclusione la doglianza in esame non può essere accolta.

Né rileva il precedente citato da parte ricorrente (T.A.R. Lombardia, Brescia n. 485/2016).

Il caso deciso dal T.A.R. Brescia riguarda, infatti, una società, partecipante alla gara, che aveva avuto precedenti rapporti di consulenza con la stazione appaltante in relazione alle attività oggetto di gara, acquisendo dalla stessa stazione appaltante notizie rilevanti e documenti rilevanti, tutti puntualmente individuati, che non erano stati resi noti ai partecipanti alla gara.

Il caso di specie è differente, non avendo avuto RPA rapporti di consulenza con il Comune in relazione all'intervento oggetto d'appalto e non avendo acquisito notizie od informazioni "riservate" da parte dello stesso, mentre tutti gli elaborati all'epoca predisposti sono stati portati dalla stazione appaltante a conoscenza di tutti i concorrenti.

5.5. - Con il quinto motivo, proposto in via subordinata, il ricorrente denuncia che i singoli commissari non avrebbero assegnato autonomamente il proprio punteggio, come invece stabilito dalla Sez. XII del disciplinare e dell'art. 77 dlgs n. 50/2016.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, inoltre, la mancata attribuzione dei punteggi singoli sarebbe diretta conseguenza della carenza di specifica professionalità in capo ad almeno uno dei componenti, la sig.ra Rosaria Santangelo, in violazione dell'art. 77 dlgs n. 50/2016.

Dette doglianze sono infondate.

In primo luogo va rilevata l'assenza di qualsiasi prova di resistenza in ordine all'eventuale pregiudizio subito dal ricorrente, nonché l'assenza di elementi atti ad evidenziare eventuali vizi nelle valutazioni della Commissione.

In ogni caso, i verbali di gara danno conto dei coefficienti e dei punteggi attribuiti a ciascun concorrente, per ciascun sub parametro.

A fronte di tale evidenza, la mera assenza dell'indicazione dei singoli coefficienti attribuiti da ciascun commissario non può comportare alcuna criticità di sorta, trattandosi di attività interne ed intrinseche ai lavori della Commissione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 08/09/2015, n. 4209: "Nelle gare pubbliche non sussiste l'obbligo della specifica indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, trattandosi di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale.").

Inoltre, proprio in relazione alla reiezione di censura analoga a quella formulata da parte ricorrente, il Consiglio di Stato ha altresì richiamato il "… consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il punteggio numerico ben può essere ritenuto sufficiente ex se ad esternare e sostenere il giudizio della commissione sui singoli elementi tecnici, allorquando (come nel caso di specie) la *lex specialis* della gara abbia predeterminato in modo adeguato i parametri di valutazione degli stessi consentendo la ricostruzione dell'iter logico seguito dall'organo tecnico (*ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2015, n. 882; 13 maggio 2014, n. 2444; sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; sez. III, 15 settembre 2014, n. 4698; 1° agosto 2014, n. 4067; 15 aprile 2013, n. 2032; sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3361; 19 marzo 2013, n. 1600; 17 dicembre 2008, n. 6290), tanto più che le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V 26 marzo 2014, n. 1468; sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409) ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Cons. St., sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711), non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire, come già rilevato in precedenza, le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica. …" (cfr. Cons. Stato, V, n. 5218/2015).

Va parimenti disattesa l'ulteriore doglianza con cui si deduce la carenza di professionalità in capo ad un membro della Commissione.

Infatti, la censura è generica, non essendo in alcun modo enucleate le ragioni per le quali la Sig.ra Santangelo sarebbe priva delle competenze necessarie per svolgere il ruolo di commissario di gara.

In ogni caso la censura non considera il pacifico principio giurisprudenziale secondo il quale è sufficiente che la Commissione nel suo complesso garantisca il possesso delle conoscenze tecniche globalmente occorrenti nella singola fattispecie, ben potendo le esigenze di competenza tecnica indicate dalla invocata disposizione di legge (art. 77 dlgs n. 50/2016) ritenersi soddisfatte in concreto, allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce, ed il terzo membro vanti comunque una competenza generale in materia di gare pubbliche (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, n. 1824/2015).

5.6. - Con il sesto motivo di gravame il raggruppamento ricorrente contesta la composizione della Commissione giudicatrice, risultando il presidente arch. Lucera soggetto che aveva già effettuato la verifica del progetto preliminare ceduto da RPA ed approvato dal Comune di Lucera e che ha redatto il progetto di fattibilità posto a base di gara, in asserita violazione del disposto di cui agli artt. 77 e 42 dlgs n. 50/2016.

Il motivo non è suscettibile di positivo apprezzamento.

In primo luogo va evidenziato che le disposizioni di cui all'art. 77 dlgs n. 50/2016 riguardano le modalità di nomina dei commissari di gara individuati nell'Albo dei componenti delle Commissioni giudicatrici tenuto presso l'ANAC.

Non risultando ancora costituito il detto Albo, la norma non può trovare applicazione, ai sensi del comma 12 della medesima disposizione, che prevede che "Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del

contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante" (nello stesso senso anche l'art. 216, comma 12 dlgs n. 50/2016).

In tale contesto sono quindi del tutto legittime le modalità di nomina dei Commissari previste dal regolamento della Provincia di Foggia (peraltro non impugnato da parte ricorrente) che richiamano l'art. 84 dlgs n. 163/2006.

Viene quindi in rilievo la disposizione di cui all'art. 84, comma 4 dlgs n. 163/2006 che limita ai soli commissari diversi dal Presidente il divieto di svolgimento di "altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

Sicché la censura non ha pregio sotto tale profilo.

Non può trovare accoglimento neanche la censura relativa alla asserita violazione dell'art. 42 dlgs n. 50/2016, che riguarda la diversa fattispecie del conflitto di interessi.

Nel caso di specie non vi sono, né sono dedotti in ricorso, interessi finanziari, economici od altri personali che possano essere percepiti come minaccia alla imparzialità ed indipendenza del commissario, né ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 7 d.p.r. n. 62/2013 (decreto avente ad oggetto: il "Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165").

In ogni caso parte ricorrente non fornisce alcun elemento atto a provare effettivi condizionamenti del Presidente della Commissione.

La circostanza che lo stesso abbia redatto il progetto di fattibilità di gara risulta irrilevante, tenuto conto di quanto dedotto in precedenza in ordine alla corretta applicazione *ratione temporis* nel caso di specie dell'art. 84, comma 4 dlgs n. 163/2006.

Né può affermarsi che il condizionamento del membro della commissione sia dimostrato dal maggior punteggio attribuito all'offerta di RPA in relazione alle proposte migliorative.

Infatti, detta circostanza non trova riscontro negli atti di gara, alla luce di quanto evidenziato al punto 5.4 della presente motivazione: RPA non ha affatto ricevuto i punteggi più alti per le migliorie, come invece dedotto da parte ricorrente, tant'è vero che il punteggio più alto per le offerte migliorative (16 punti) è stato attribuito ad altri due concorrenti.

RPA ha potuto conseguire un punteggio elevato per l'offerta tecnica e prevalere sugli altri concorrenti alla luce del miglior punteggio conseguito per il sub criterio A): "Documentazione attestante la professionalità e affidabilità del concorrente, relativa ad un numero massimo di tre servizi riguardanti interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare il servizio sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento", ovvero per un aspetto, quello curriculare, del tutto differente e distinto da quelli inerenti le offerte migliorative o comunque i profili tecnici dell'offerta.

6. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso principale e, conseguentemente, in forza del principio di diritto di cui a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 e Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale proposto da RPA s.r.l.

7. - Essendo stata riscontrata la legittimità dei provvedimenti censurati con l'atto introduttivo, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria (sia in forma specifica, sia per equivalente) azionata dal RTPS ricorrente principale.

8. - In considerazione della complessità e peculiarità della controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, così provvede:

1) respinge il ricorso principale;

2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da RPA s.r.l.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

Viviana Lenzi, Referendario

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Francesco Cocomile	**Francesco Gaudieri**

IL SEGRETARIO