

Pubblicato il 01/02/2021

N. 00234/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00791/2020 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 791 del 2020, proposto da Teknoappalti S.r.l., Ing. Giuseppe Chiappetta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Nocera non costituito in giudizio;
Comune di Francavilla Marittima, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Gualtieri, Mauro Fortunato Magnelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Lpp Sciaben S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Luigi Pingitore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina n. 86 e reg. area n. 18 dell'1.06.2020 del responsabile della Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Francavilla Marittima, Cerchiara di Calabria, Plataci, San Lorenzo Bellizzi, Nocara, Rocca Imperiale, Villapiana;
 - della nota datata 1.06.2020;
 - della determinazione del responsabile della Centrale di Committenza n. 16 e reg. gen. n. 82 del 26.05.2020;
- nonché per la condanna dell'amministrazione resistente, in esito alla declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto in favore della Lpp Sciaben, ad aggiudicare la gara in favore del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese A.T.I. Teknoappalti s.r.l./Ing. Giuseppe Chiappetta s.r.l.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Francavilla Marittima e di Lpp Sciaben S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 convertito in legge n. 176 del 2020, il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 – Parte ricorrente aveva partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori di “*Messa in sicurezza del territorio urbano – località Centro e Silva*”, bandita dalla Centrale Unica di Committenza costituita dai Comuni di Francavilla Marittima, Cerchiara di Calabria, Plataci, San Lorenzo Bellizzi, Nocara, Rocca Imperiale e Villapiana previa previa determinazione dirigenziale n. 280 (n. 485 R.G.) del 15.10.2019 Comune di

Francavilla Marittima, da aggiudicarsi mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2 - All'esito della procedura risultava aggiudicataria provvisoria la LPP Sciaben s.r.l., con un punteggio complessivo di 96.315, seguita in graduatoria dalla ricorrente, con un punteggio di 92.797 (come da verbale di gara n. 4 del 19.05.2020).

3 - Con successiva determinazione dell'1.6.2020 (n. 86 Reg. Gen. n. 18 Reg. Area) il Responsabile della Centrale Unica di Committenza ha aggiudicato la procedura di gara in questione in favore della predetta LPP Sciaben s.r.l.

4 - Avverso tale provvedimento, con atto ritualmente notificato l'1.7.2020 e quindi depositato il 14.7.2020 è stato proposto ricorso per i seguenti motivi di diritto:

I) Violazione ed erronea applicazione dell'art. 95, del vigente codice degli appalti. Violazione del bando e del disciplinare di gara – violazione della par condicio dei concorrenti – violazione dei principi di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa – eccesso di potere per difetto di motivazione e presupposto erroneo. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria. Travisamento. Sviamento. Violazione dei principi di buona fede, correttezza, trasparenza. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

II) Violazione del bando e del disciplinare di gara – violazione della par condicio dei concorrenti – violazione dei principi di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa – eccesso di potere per difetto di motivazione e presupposto erroneo. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria. Travisamento. Sviamento. Violazione dei principi di buona fede, correttezza, trasparenza. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

III) Violazione ed erronea applicazione dell'art. 95, comma 1, del d.lgs. 18/04/2016, n. 50 – Violazione della par condicio dei concorrenti – violazione del bando e del disciplinare di gara – violazione dei principi di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa – eccesso di potere per difetto di motivazione e presupposto erroneo. Illogicità manifesta. Difetto di istruttoria. Travisamento. Sviamento. Violazione dei principi di buona fede, correttezza, trasparenza. Violazione dell'art. 97 della costituzione.

5 - Con atto depositato il 27.7.2020 si è costituita l'aggiudicataria controinteressata LPP Sciaben s.r.l., chiedendo il rigetto del gravame, poiché infondato in fatto ed in diritto.

6 - Con ordinanza n. 430/2020, pubblicata il 31.7.2020, è stata rigettata l'istanza cautelare.

7 - A seguito di appello, con ordinanza n. 5683/2020, pubblicata il 25.9.2020, il Consiglio di Stato ha riformato la predetta ordinanza accogliendo l'istanza cautelare.

8 - Con atto depositato il 23.11.2020 si è costituito il Comune di Francavilla Marittima, contestando l'ammissibilità e il fondamento del ricorso, in fatto ed in diritto.

9 - All'udienza pubblica del 13.1.2021 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

10 - Preliminarmente occorre affrontare l'eccezione di inammissibilità, per tardività della notifica del ricorso, formulata dalla controinteressata.

10.1 - Sostiene quest'ultima che la proposta di aggiudicazione della gara reca data 19.5.2020 ed il verbale è stato pubblicato ai sensi dell'art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016 e quindi comunicato via email-pec, di modo che, tenuto conto della natura delle censure formulate, il termine per presentare ricorso decorrerebbe proprio da tale data.

10.2 - L'eccezione è infondata.

10.3 - Osserva la giurisprudenza che *“nell'ambito di una gara pubblica, per i concorrenti non aggiudicatari, la decorrenza del termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione inizia dal momento in cui gli stessi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a) del D.Lgs. 50/2016”* (ex multis, Consiglio di Stato, 15.03.2019, n. 1710).

10.4 - Nel caso controverso, l'avviso di aggiudicazione è dell'1.6.2020 mentre il ricorso è stato notificato in data 1.7.2020, dunque tempestivamente.

11 - Nel merito, il ricorso è fondato, nei termini di seguito esposti.

12 – Coglie nel segno il primo motivo di gravame, con il quale parte ricorrente ha contestato il fatto che, relativamente all'intervento n. 17, consistente nella messa in sicurezza edifici in via Matteotti, l'amministrazione avesse accettato quale soluzione migliorativa la demolizione anche della parte seminterrata e la successiva realizzazione nuova struttura in cemento armato (relativamente agli edifici di cui alle particelle 133 e 135), mentre, al contrario, quanto proposto si sostanzierebbe in una vera e propria variante non ammessa dalla legge di gara.

12.1 - La censura è fondata nei termini di seguito esposti.

12.2 – La gara controversa riguarda un appalto di lavori per la messa in sicurezza del territorio urbano nel Comune di Francavilla Marittima, basata su progetto esecutivo validato dal responsabile del procedimento in contraddittorio con il tecnico progettista.

12.3 - La giurisprudenza in tema di differenza tra soluzioni migliorative e varianti non ammissibili è nel senso che: *“È stato precisato (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che “...in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde 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 preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato,*

V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara si veda: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsioni di varianti non consentite: Cons. di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749)”, così che in definitiva *“le proposte migliorative consistono pertanto 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, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste”*; è stato aggiunto anche che *“...la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258)”* (Consiglio di Stato sez. V, 08/10/2019, n.6793).

12.4 – Venendo alla fattispecie, si rileva che il par. 2 (pag. 2) del disciplinare di gara testualmente disponeva che *“Non sono ammesse offerte in variante oltre i limiti fissati dal presente disciplinare”*.

Sempre il medesimo disciplinare prevedeva (par. 7, pagg. 10-11) esclusivamente le seguenti variazioni migliorative, oggetto di valutazione in sede di disamina dell'offerta tecnica:

a) soluzioni migliorative agli interventi previsti con riferimento specifico al miglioramento del processo realizzativo dei lavori stradali, al fine di aumentarne la durabilità e di ridurre l'usura, i costi di manutenzione e di gestione in esercizio;

b) *Soluzioni migliorative inerenti la dotazione impiantistica dell'impianto al fine di aumentarne la durabilità e di ridurre l'usura, i costi di manutenzione e di gestione in esercizio;*

c) *Soluzioni migliorative atte al miglioramento della rete idrica al fine di aumentarne la durabilità e di ridurre l'usura, i costi di manutenzione e di gestione in esercizio.*

Per completezza, il medesimo paragrafo del disciplinare prevede (sempre pag. 10) che *“Alla Stazione Appaltante è riconosciuta la facoltà di accettare, non accettare o accettare in parte le modifiche ed i miglioramenti tecnici proposti in sede di gara (così come dettagliati dalle relazioni tecniche d'offerta). Qualora le modifiche od i miglioramenti non siano accettati dalla Stazione Appaltante, l'aggiudicatario avrà l'obbligo di ricondurre l'offerta tecnica alla tipologia e/o alle prestazioni previste dal capitolato speciale d'appalto posto a base di gara sulla base degli indirizzi espressi dal D.L.”*

12.5 – Tanto chiarito, nell'offerta tecnica (pagg. 9-10) l'aggiudicataria LPP Sciaben aveva proposto quanto segue: *“Nell'intervento n. 17, in Via Matteotti nel centro storico, a base gara è stato previsto la demolizione di alcuni ruderi, la cui area ricavata verrà riqualificata attraverso la realizzazione di un belvedere, vista la posizione territoriale strategica, quindi la creazione di un centro di aggregazione di particolare importanza. La demolizione interesserà gli edifici distinti in catasto alle Part.lle n. 133 e 135 del foglio n. 8. In particolare a base gara si prevede di demolire la sola parte fuori terra delle strutture lato strada, mantenendo la struttura seminterrata a contenimento ed utilizzando il solaio esistente per la realizzazione della terrazza. Il Concorrente come offerta migliorativa propone di demolire l'intera struttura, quindi anche quella seminterrata e di realizzare una struttura ex novo in c.a., al fine di aumentare la sicurezza per gli utenti. (si veda Tav. AR 020 – proposta dal Concorrente)”*.

12.6 - Dal raffronto tra il disciplinare di gara e la scheda dell'offerta tecnica emerge chiaramente come l'intervento proposto ecceda i limiti alle variazioni migliorative consentite in sede di gara.

12.7 - Difatti, a fronte di una previsione dell'amministrazione limitata a demolire la sola parte fuori terra di alcuni ruderi lato strada, mantenendo la struttura

seminterrata a contenimento ed utilizzando il solaio per ricavarne sopra la realizzazione di una terrazza belvedere, l'offerente aveva proposto di demolire l'intera struttura, comprensiva di quella seminterrata, per realizzarne una *ex novo* in cemento armato, con il fine di conferire maggiore sicurezza per gli utenti.

12.8 - Detta soluzione, però, non è ricondotta né è comunque riconducibile ad alcuna delle tipologie di variazioni migliorative indicate nel disciplinare.

12.8.1 – La stessa, infatti, non è riferibile al succitato criterio di cui alla lettera *a*): ciò si ricava dal fatto che, in primo luogo, le migliorie ivi consentite riguardano il processo di realizzazione dei lavori stradali mentre quanto proposto dall'aggiudicataria si sostanzia nella demolizione di una struttura (peraltro al di fuori delle previsioni progettuali che invece ne prevedevano il mantenimento) senza che sussista, né tantomeno sia stato indicato, alcun nesso con il suddetto processo realizzativo delle strade; in secondo luogo, le finalità sottese a tale proposta (ossia l'aumento della sicurezza degli utenti) esula dai fini per i quali sono consentite le migliorie al processo realizzativo delle strade (le quali attengono, invece, all'aumento della durabilità delle strade stesse e alla riduzione della loro usura e, conseguentemente, del costo di manutenzione e di gestione in esercizio).

Solo per completezza si osserva che la richiamata perimetrazione delle soluzioni migliorative poste dalla legge di gara e l'analisi letterale del succitato criterio di cui alla lettera *a*) rende non convincente la tesi (dedotta dall'amministrazione resistente) per la quale in tale criterio il disciplinare avrebbe voluto ricomprendere genericamente tutte le opere diverse dagli impianti, né è rilevante, sempre in tale ottica, l'eventuale esclusione di una "fetta" dell'offerta tecnica dal punteggio.

12.8.2 – Sempre per completezza, la soluzione proposta non è riferita né è riferibile alla dotazione impiantistica (criterio di cui alla lettera *b*) o al miglioramento della rete idrica (criterio di cui alla lettera *c*), pure suscettibili di soluzioni migliorative, non essendovi evidentemente alcun nesso tra la proposta e detti criteri.

12.9 – La soluzione proposta non può neanche essere considerata, come sostiene la resistente, alla stregua di un'attività di completamento di quanto già previsto in sede di progetto esecutivo a base gara, in quanto tale progetto era in sé completo e prevedeva esclusivamente la demolizione di alcuni ruderi specifici e la riqualificazione dell'area con la realizzazione di un belvedere senza prevedere o ipotizzare le ulteriori attività demolitive proposte.

12.10 – Neanche giova, al fine di poter far rientrare la proposta nell'alveo delle soluzioni migliorative compatibili con la legge di gara, il richiamo al combinato disposto del succitato punto 2 con il successivo punto 4) del disciplinare che, nel prevedere il computo metrico non estimativo, dispone che esso “... dovrà contenere, pertanto, oltre alle lavorazioni del progetto esecutivo che l'impresa riterrà di poter conservare, le ulteriori lavorazioni (migliorative e/o integrative) che l'impresa ha inteso di offrire per consegnare l'opera funzionale e perfetta regola d'arte”.

In disparte il fatto che, non avendo l'amministrazione previsto, in sede progettuale, le attività di demolizione e ricostruzione proposte dall'aggiudicataria, essa ha implicitamente ritenuto non sussistere problemi di affidabilità o stabilità per la realizzazione della terrazza belvedere sul solaio esistente, si osserva, per un verso, che il riferimento alle “ulteriori lavorazioni (migliorativo e/o integrative) che l'impresa ha inteso di offrire” non può che essere circoscritto a quanto espressamente consentito dal disciplinare di gara e, per altro verso, che l'aggiudicataria non ha indicato, in sede di offerta tecnica, la proposta demolizione e ricostruzione in cemento armato come necessaria perché la realizzanda terrazza belvedere possa essere realizzata a regola d'arte o, comunque, dotata della necessaria stabilità e sicurezza (essendo, peraltro, la proposta finalizzata ad un mero aumento della sicurezza degli utenti).

12.11 – Si soggiunge, infine, che la circostanza per cui la soluzione proposta riguardi la demolizione di un bene di proprietà privata, situato in centro storico soggetto a vincoli e i cui interventi sono condizionati ad autorizzazioni settoriali (unitamente

ad ulteriori aspetti quali l'assenza degli elaborati relativi alla fedele ricostruzione in cemento armato) pone evidenti problemi di cantierabilità dell'opera e avvalorata la conclusione della configurabilità dell'intervento alla stregua di variante non consentita piuttosto che come mera miglioria ammissibile.

12.11.1 – Tale conclusione non è scalfita dalle controdeduzioni delle resistenti, in ordine sia alla sussistenza di un procedimento espropriativo in corso per tale sito (non essendo comunque, allo stato, il bene da demolire nella disponibilità del Comune) sia all'assoggettabilità di un intervento di tal fatta a S.C.I.A. e dunque a partire dal giorno di presentazione della domanda (atteso che l'art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001 condiziona comunque l'attuabilità degli interventi mediante S.C.I.A. al previo rilascio delle autorizzazioni previste dalla disciplina di settore).

12.12 – Conseguenze da quanto ora esposto che il giudizio formulato dalla commissione di gara, quantunque intriso di ampia discrezionalità tecnica nei termini (e con i limiti) evidenziati dalla giurisprudenza sopra richiamata, risulti censurabile.

13 – In conclusione, per le ragioni esposte e con assorbimento di ogni altro profilo di censura, il ricorso va accolto, con annullamento degli atti impugnati.

13.1 – Resta impregiudicata, stante comunque la sussistenza di segmenti discrezionali nell'esercizio del potere, la riedizione del potere da parte dell'amministrazione resistente, che effettuerà le competenti valutazioni ricorrendo ad una Commissione di gara in diversa composizione.

14 – Quanto alle conseguenze in ordine al contratto, deve applicarsi l'art. 122 c.p.a., secondo cui *"Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio*

dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Sul punto, il Consiglio di Stato ha precisato che *"in caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita"* (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 26/07/2017, n. 3679).

14.1 – Alla luce di tali elementi di valutazione, il Collegio ritiene sussistere i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto.

14.2 – Difatti, dal bando di gara risulta che il controverso appalto ha una durata di 18 mesi, naturali e consecutivi, decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori.

Ciò posto, si rileva che, sebbene in data 25.8.2020 sia stato stipulato il contratto, dalla documentazione in atti (segnatamente il verbale di sospensione dei lavori, avvenuta il 16.11.2020, a seguito dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n.5683/2020) risulta che la consegna dei lavori sia avvenuta soltanto in data 21.10.2020, ragion per cui può affermarsi che il contratto abbia avuto una esecuzione minima.

A ciò può aggiungersi che non sono né sono state evidenziate dalle resistenti avanzamenti significativi o situazioni di imperiosa urgenza nell'effettuazione degli interventi, idonei ad ostare alla declaratoria di inefficacia.

15 – La peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

-annulla i provvedimenti impugnati nei termini di cui in motivazione;

-dichiara inefficace il contratto *medio tempore* stipulato tra l'amministrazione resistente e la controinteressata aggiudicataria LPP Sciaben s.r.l.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO