

**APPALTI: Declaratoria di illegittimità dell'aggiudicazione di un appalto di lavori - Variante migliorativa non consentita - Contestuale statuizione di riedizione del potere della P.A. appaltante - Nuova valutazione offerta tecnica - Commissione di gara - Diversa composizione - Legittimità.**

**Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7218**

*“[...] la conseguenza dell'inammissibilità della proposta migliorativa (perché integrante una variante non consentita) non può che essere la preclusione, in capo alla commissione di gara, di prenderla in considerazione ai fini del detto incremento di punteggio. In sintesi, la valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata deve procedere come se la proposta migliorativa non ammessa non fosse stata affatto presentata in sede di gara.*

*Non potendo farsi luogo all'esclusione della controinteressata dalla gara, una volta accertata l'erronea ammissione e valutazione da parte della commissione di gara di una variante non consentita, limitata ad una delle diverse proposte migliorative dei diversi interventi oggetto di appalto, l'effetto della decisione di annullamento è quello di riedizione del potere di valutazione dell'offerta tecnica da parte dell'amministrazione resistente, così come disposto dalla sentenza appellata [...]”.*

**FATTO e DIRITTO**

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria ha accolto il ricorso proposto dalla Teknoappalti s.r.l. e dalla società Ing. Giuseppe Chiappetta s.r.l. contro il Comune di Francavilla Marittima e la C.U.C. costituita dai comuni indicati in epigrafe, nonché nei confronti della controinteressata LPP Sciaben s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della gara per l'affidamento dei lavori di “*Messa in sicurezza del territorio urbano – località Centro e Silva*” nel Comune di Francavilla Marittima.

1.1. La sentenza – dato atto dei motivi di impugnazione e respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dalla controinteressata – ha accolto il primo motivo, col quale parte ricorrente aveva contestato il fatto che, relativamente all'intervento n. 17, consistente nella messa in sicurezza di edifici in via Matteotti, l'amministrazione avesse accettato quale soluzione migliorativa la demolizione anche della parte seminterrata e la successiva nuova struttura in cemento armato (relativamente agli edifici di cui alle particelle 133 e 135), mentre, al contrario, quanto proposto si sarebbe sostanziato in una vera e propria variante non ammessa dalla legge di gara.

Avendo il primo giudice ritenuto che effettivamente l'intervento proposto dalla controinteressata fosse eccedente i limiti alle variazioni migliorative consentite in sede di gara e che il giudizio formulato dalla commissione di gara, quantunque intriso di ampia discrezionalità tecnica, fosse

censurabile per le ragioni esposte in motivazione (cui è qui sufficiente fare rinvio), il ricorso è stato accolto e, con assorbimento dei restanti motivi di censura, gli atti impugnati sono stati annullati.

1.2. La sentenza ha tuttavia lasciato *“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”*.

Il contratto stipulato in data 25 agosto 2020 è stato dichiarato inefficace, per avere avuto *“una esecuzione minima”* e per non essere stati evidenziati dalle resistenti *“avanzamenti significativi o situazioni di imperiosa urgenza nell’effettuazione degli interventi, idonei ad ostare alla declaratoria di inefficacia”*.

1.3. Le spese di lite sono state compensate.

2. Avverso la sentenza le società Teknoappalti s.r.l. e ing. Giuseppe Chiappetta s.r.l. hanno avanzato appello con tre motivi, riproponendo i motivi assorbiti in primo grado.

2.1. Il Comune di Francavilla Marittima si è costituito per resistere all’appello.

2.2. All’esito dell’udienza in camera di consiglio del 6 maggio 2021, con ordinanza n. 2364 del 7 maggio 2021, è stata respinta l’istanza di sospensione dell’esecutività della sentenza.

2.3. All’udienza del 30 settembre 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di documenti da parte del Comune e di replica delle appellanti.

3. Col primo motivo è censurata la sentenza perché, ad avviso delle appellanti, pur essendo stata accertata l’illegittimità dell’azione amministrativa, non sarebbe stata assicurata alle società ricorrenti *“una piena ed adeguata soddisfazione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio”*.

Viene in particolare criticata la statuizione che ha disposto la riedizione del potere da parte dell’amministrazione resistente, mediante nuova valutazione dell’offerta tecnica della LPP Sciaben da parte di una commissione di gara in diversa composizione.

3.1. Le appellanti sostengono che, invece, la presentazione di un’offerta in variante avrebbe dovuto comportare l’esclusione della controinteressata e la conseguente aggiudicazione dell’appalto al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese delle società ricorrenti, secondo graduato.

3.2. Il motivo è infondato.

L’offerta tecnica della controinteressata è stata accertata contraria alla legge di gara limitatamente ad una singola proposta migliorativa riguardante, peraltro, soltanto uno (n.17 “Messa in sicurezza edifici in via Matteotti”) di ben diciotto interventi di messa in sicurezza del territorio oggetto dell’appalto in questione. Inoltre, risulta dagli atti che la proposta migliorativa della LLP Sciaben

non si esaurisce nel solo intervento censurato, ma, in riferimento al medesimo criterio sub a) di valutazione dell'offerta tecnica, la società aggiudicataria ha proposto sei interventi migliorativi.

Orbene – in disparte il fatto che la giurisprudenza richiamata dall'appellante è riferita all'appalto di *forniture e servizi* (in quanto concernente la difformità dei beni o servizi offerti dalla *caratteristiche tecniche* previste nel capitolato tecnico, ritenute elementi essenziali dell'offerta al fine di soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione: Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565 ed altre, richiamate in ricorso) – per l'appalto di *lavori*, quale quello in oggetto, l'effetto espulsivo preteso dall'appellante può conseguire soltanto quando l'offerta tecnica contenga varianti non ammesse incidenti su elementi essenziali del progetto base (cfr. già Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655).

In particolare, nell'appalto di lavori è sanzionabile con l'esclusione soltanto l'offerta tecnica che, contenendo un progetto in variante inammissibile, presupponga un'opera intrinsecamente e radicalmente diversa da quella richiesta dalla stazione appaltante, tanto da dare luogo ad un *aliud* rispetto all'opera complessivamente prefigurata dall'amministrazione, ovvero da impedirne la fattibilità tecnica (cfr. Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749).

Nel caso di specie si tratta della soluzione migliorativa di un'offerta tecnica avente ad oggetto, non un'opera pubblica, ma *diversi interventi di messa in sicurezza del territorio urbano*, sulla base di un progetto esecutivo redatto dalla stazione appaltante, e presentata al fine di ottenere un incremento di punteggio relativamente ad uno dei criteri di valutazione dell'offerta.

Non è stato nemmeno prefigurato dalle ricorrenti, e comunque è oggettivamente smentito dalla tipologia e dal numero dei lavori oggetto di appalto, che la mancata esecuzione della (sola) proposta migliorativa *sub iudice* impedisca la realizzazione dei lavori progettati dalla stazione appaltante o ne comporti modificazioni sostanziali, tanto da stravolgere il progetto esecutivo nella sua interezza od in parti cospicue od essenziali.

Allora, la conseguenza dell'inammissibilità della proposta migliorativa (perché integrante una variante non consentita) non può che essere la preclusione, in capo alla commissione di gara, di prenderla in considerazione ai fini del detto incremento di punteggio. In sintesi, la valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata deve procedere come se la proposta migliorativa non ammessa non fosse stata affatto presentata in sede di gara.

Non potendo farsi luogo all'esclusione della controinteressata dalla gara, una volta accertata l'erronea ammissione e valutazione da parte della commissione di gara di una variante non consentita, limitata ad una delle diverse proposte migliorative dei diversi interventi oggetto di appalto, l'effetto della decisione di annullamento è quello di riedizione del potere di valutazione

dell'offerta tecnica da parte dell'amministrazione resistente, così come disposto dalla sentenza appellata.

Il primo motivo di appello va quindi respinto.

4. Col secondo e terzo motivo si critica la decisione di assorbimento dei restanti due motivi, i quali, ad avviso delle appellanti, ove accolti avrebbero comportato l'aggiudicazione diretta della gara in favore delle società Teknoappalti e ing. Giuseppe Chiappetta.

4.1. Viene perciò riproposto il secondo motivo del ricorso introduttivo, col quale si sostiene che la società LLP Sciaben avrebbe disatteso quanto prescritto a pagina 10 del disciplinare, che richiedeva, quale contenuto della "busta tecnica", la produzione di "*Computo metrico comparativo e non estimativo relativo a tutte le voci di spesa contenute nella proposta progettuale*", nonché "*altri elaborati*" ritenuti dal concorrente opportuni o necessari per illustrare le proposte.

Le appellanti espongono che il computo metrico non estimativo dovrebbe essere redatto con un grado di dettaglio pari a quello previsto dal legislatore per la progettazione esecutiva, come peraltro richiesto, nell'appalto in oggetto, anche da apposite prescrizioni della *lex specialis* (riportate alla pagina 16 del ricorso).

Secondo le ricorrenti, si tratterebbe di produzione essenziale per la stazione appaltante, tanto è vero che era prevista, in caso di mancata allegazione, l'attribuzione da parte della commissione di gara di un "*punteggio pari a zero del corrispondente criterio di valutazione nell'ambito dei parametri dell'offerta economicamente più vantaggiosa*".

Si denuncia quindi che l'elaborato prodotto dalla società aggiudicataria non avrebbe il contenuto richiesto per il computo metrico non estimativo dalla normativa e dalla legge di gara, considerati il numero esiguo di pagine e le carenze individuabili per numerose lavorazioni.

Le appellanti concludono che "*in assenza del computo metrico non estimativo*" la società LPP Sciaben avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (perché sarebbe impedito alla commissione di gara anche il riesame della proposta migliorativa) o, quanto meno, avrebbe dovuto essere sanzionata con l'attribuzione di un punteggio pari a zero, anche per uno solo dei tre criteri per i quali la controinteressata ha indicato le proposte migliorative (di modo che verrebbe colmato il divario di punteggio, pari a tre punti, che separa l'ATI ricorrente dalla LPP Sciaben, consentendole di divenire aggiudicataria).

4.2. Col terzo motivo di appello è riproposto il terzo motivo del ricorso introduttivo, basato sulla denuncia di "*erronea, travisante, illogica e manifestamente sviante valutazione, fatta dalla commissione di gara, delle offerte tecniche*".

In sintesi, si sostiene che le valutazioni dell'offerta tecnica di LPP Sciaben sarebbero state viziate da palese inattendibilità ed evidente inesattezza, in comparazione a quelle dell'offerta tecnica del costituendo raggruppamento appellante.

Le “*macroscopiche incongruenze nell'assegnazione dei relativi punteggi*” sarebbero riscontrabili in particolare nelle valutazioni del criterio a), riferito alle “*Soluzioni migliorative degli 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*” (punti max 60), sotto tre distinti profili (a- incoerenza delle migliorie proposte dall'aggiudicataria rispetto al criterio; b- proposta, invece, da parte delle ricorrenti di numerose soluzioni migliorative specifiche e rispondenti a quanto richiesto; c- proposta da parte della ricorrente di opere propedeutiche aggiuntive in numero decisamente superiore a quelle proposte dall'aggiudicataria) e del criterio c), riferito alle “*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*” (punti max 20), sotto un unico articolato profilo (attinente al confronto tra le soluzioni integrative proposte dalle due concorrenti).

5. Va condivisa la critica alla decisione di assorbimento, in sé considerata.

Infatti, se l'uno o l'altro o entrambi i detti motivi fossero stati accolti, secondo le richieste formulate in via principale dalle ricorrenti, ne sarebbe derivata l'esclusione della società controinteressata e sarebbe stata possibile l'aggiudicazione dell'appalto alle stesse ricorrenti, in conseguenza della dichiarazione di inefficacia del contratto espressamente richiesta, e peraltro accordata già dal giudice di primo grado ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm.

Di qui l'impossibilità di configurare una situazione processuale di assorbimento c.d. proprio che si ha soltanto quando la decisione sulla domanda assorbita diviene superflua per sopravvenuto difetto di interesse della parte che, con la pronuncia sulla domanda assorbente, ha conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno (cfr., tra le tante, anche per la distinzione con l'assorbimento c.d. improprio, non ricorrente nel caso di specie, essendo la sentenza di accoglimento, Cass., sez. III, ord. 19 dicembre 2019, n. 33764, con principio applicabile anche al processo amministrativo).

I motivi riproposti vanno perciò esaminati nel merito, secondo quanto appresso.

5.1. Il secondo motivo di ricorso è in parte infondato ed in parte inammissibile.

Il motivo è infondato laddove denuncia la *mancata produzione* del computo metrico non estimativo (e del quadro comparativo) da parte della controinteressata.

Infatti quest'ultima, costituendosi nel giudizio di primo grado, ha prodotto tutti i computi metrici richiesti dalla legge di gara (computo metrico comparativo, estimativo e non estimativo: cfr.

allegato 8 del fascicolo di primo grado). Poiché gli elaborati prodotti riguardano sia l'offerta tecnica che l'offerta economica non si configura alcuna situazione di materiale mancata produzione dei computi metrici richiesti.

Peraltro, le doglianze delle ricorrenti, più che alla *materiale produzione* del documento, attengono al *contenuto* del computo metrico non estimativo e degli elaborati allegati.

Sotto tale profilo è fondata l'eccezione – avanzata dal Comune di Francavilla Marittima – di inammissibilità del motivo per violazione del principio di specificità e quindi per genericità della censura.

A tale ragione di inammissibilità si accompagna quella, rilevabile d'ufficio, dell'esorbitanza delle censure delle ricorrenti dai limiti della giurisdizione di legittimità.

5.1.1. In primo luogo, infatti, nel ricorso introduttivo si faceva riferimento a “numerose lavorazioni” indicate nell'offerta tecnica per le quali la controinteressata avrebbe fornito una descrizione soltanto sintetica e non supportata dai necessari chiarimenti ed elaborati; il ricorso conteneva la specificazione soltanto di tre delle voci oggetto del computo metrico in contestazione.

La precisazione delle ricorrenti che tale specificazione era fatta “*a titolo esemplificativo*”, mentre le critiche si sarebbero dovute reputare estese a tutte le voci contenute nel documento, non è utile a salvare il motivo di ricorso dalla censura di genericità. L'indicazione dei motivi specifici su cui il ricorso si fonda (ex art. 40 Cod. proc. amm.) è requisito da parametrare al caso concreto, essendo finalizzato non solo a delimitare il *thema decidendum* ma anche a consentire alla parte resistente il compiuto esercizio del diritto di difesa in giudizio. Va perciò condiviso il rilievo della resistente amministrazione comunale che, in assenza della specifica indicazione delle voci dei computi metrici mancanti di specificità, non è assicurata, né alla stessa amministrazione né alla controinteressata, un'effettiva possibilità di difesa.

Inammissibile è, poi, da reputarsi l'integrazione sia in corso di giudizio di primo grado che in occasione del ricorso in appello.

5.1.2. Con riferimento, poi, alle tre voci di spesa indicate in ricorso (la voce relativa alla demolizione e ricostruzione del seminterrato, la voce relativa al telecontrollo della rete idrica e la voce relativa alla mappatura geo-riferita delle condotte idriche, c.d. VO.7, VO.5 e VO.6), le critiche delle ricorrenti sono volte a sottolinearne l'inserimento dei costi a corpo o comunque senza le descrizioni od i supporti documentali necessari a consentire una corretta valutazione delle relative proposte migliorative.

Al riguardo, è sufficiente osservare che l'assunto delle ricorrenti secondo cui la mancanza di dettaglio avrebbe impedito la valutabilità delle soluzioni proposte è smentito dalla valutazione

effettuata dalla commissione di gara, la quale è da reputarsi estesa anche alla completezza dei dati contenuti nei computi metrici e dei documenti di supporto, nonché alla congruenza degli elaborati grafici e delle relazioni descrittive con i lavori migliorativi oggetto dell'offerta tecnica.

Dato ciò, non sono meritevoli di accoglimento le argomentazioni contrarie delle appellanti, atteso che non evidenziano profili di manifesta irragionevolezza delle valutazioni riservate alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante.

5.2. Anche terzo motivo di ricorso è inammissibile.

Per come fatto palese dal contenuto della censura sopra esposto, essa attiene alle valutazioni discrezionali della commissione di gara e comporterebbe un sindacato di merito su tali valutazioni non consentito al giudice amministrativo.

In particolare, non si tratta di esercitare il sindacato giurisdizionale sui criteri di valutazione dell'offerta tecnica elaborati dalla stazione appaltante, né di valutare *ab extrinseco* la congruità della riconduzione delle proposte migliorative ai criteri della legge di gara, come operata dalla commissione di gara, ma di entrare nel giudizio tecnico espresso mediante l'attribuzione dei punteggi per ciascun criterio.

Al riguardo non può che essere ribadito che la valutazione dell'efficienza e della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante delle soluzioni migliorative offerte costituisce espressione di ampia discrezionalità tecnica (cfr. Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853) ed è pertanto insindacabile nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione di gara, a meno che non risultino viziati da errori di fatto, illogicità o irragionevolezza manifesta (cfr., tra le tante, Cons. Stato, III, 14 novembre 2017, n. 5258).

Escluso nel caso di specie qualsivoglia errore o travisamento di fatto, i motivi di irragionevolezza del giudizio tecnico della commissione adottati dalle appellanti si basano sul mero confronto tra le proposte. Si sostiene, in sintesi, che sarebbe stata sopravvalutata l'offerta della controinteressata e, nel contempo, che sarebbe stata sottovalutata l'offerta delle ricorrenti, con censure che non evidenziano alcun profilo di oggettiva e manifesta illogicità, ma che consistono piuttosto in critiche del tutto soggettive od attinenti all'ambito di fisiologica opinabilità della valutazione tecnica.

6. In conclusione, l'appello va respinto.

6.1. Le ragioni della decisione – per le quali si è ritenuta l'omessa pronuncia su due dei tre motivi di impugnazione in primo grado – consentono di compensare per giusti motivi le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO