

**APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Appalti di lavori – Offerta che prevede interventi su aree di PP.AA. differenti dall’Ente locale procedente – Esclusione automatica per tale motivo – Non può essere disposta – Ragioni.**

**Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2023, n. 6644**

*“[...] l’eventuale offerta che preveda interventi su aree di altre amministrazioni non potrebbe mai comportare l’esclusione del concorrente in quanto circostanza che attiene alla fase esecutiva del rapporto, potendo determinare l’inadempimento dell’aggiudicatario solo nel caso in cui i necessari permessi, assensi o autorizzazioni dei legittimi proprietari, pubblici o privati, non intervengano [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Santa Marina e di Lombardi S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale di Lombardi S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Notti, Gioia su delega di Feola, Ingrosso su delega di Melucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

S2 Costruzioni S.r.l. ha impugnato la Det. Dir. 225 del 6.6.2022 n. 353 RG del 14.6.2022 di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione definitiva a Lombardi S.r.l. della procedura aperta avente ad oggetto l’esecuzione su progetto esecutivo dei lavori di messa in sicurezza degli insediamenti e delle infrastrutture, mediante interventi integrati di mitigazione del rischio idraulico nell’abitato di Policastro Bussentino e riqualificazione ambientale del Basso corso fiume Bussento, CIG 9058449497, chiedendo, altresì, l’inefficacia del contratto stipulato e la condanna dell’amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica mediante l’aggiudicazione dei lavori ed il subentro nel contratto ovvero, in subordine, per il risarcimento dei danni per equivalente.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, ha respinto il ricorso e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto da Lombardi S.r.l. con sentenza n. 3202 del 2022, appellata da S2 Costruzioni per il seguente motivo di diritto:

I) violazione artt. 55 e 120 c.p.a.; violazione e falsa applicazione del bando, del disciplinare, del P.r.a.e. Campania del 07.06.2006, degli artt. 97 Cost., 7 l. n. 241/1990 e s.m.i., 95 d.lgs. n. 50/2016, 96 R.d. n. 523/1904, R.d. n. 1921 n. 1688, d.lgs. n. 275/93, l. n. 54/1985, R.d. n. 1443 del 1927, l. n. 183 del 1989,

e s.m.i.; violazione d.P.R. n. 120/2017; violazione del principio di buona fede e correttezza; eccesso di potere e violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara; errata attribuzione del punteggio tecnico – eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, illogicità e ingiustizia manifesta, contraddittorietà, carenza di motivazione e travisamento dei presupposti di fatto e diritto.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Comune di Santa Marina e Lombardi S.r.l., che ha proposto, altresì, appello incidentale.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 22 giugno 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da S2 Costruzioni S.r.l. per la riforma della sentenza del Tar Campania, sezione staccata di Salerno, n. 3202 del 2022, che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata della procedura aperta avente ad oggetto l'esecuzione su progetto esecutivo dei lavori di messa in sicurezza degli insediamenti e delle infrastrutture, mediante interventi integrati di mitigazione del rischio idraulico nell'abitato di Policastro Bussentino e riqualificazione ambientale del Basso corso fiume Bussento, CIG 9058449497. Il Tar ha, altresì, dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Lombardi S.r.l.

Lombardi ha riproposto con appello incidentale gli stessi motivi del ricorso incidentale.

Il Comune appellato ha stipulato con la controinteressata il contratto l'1 dicembre 2022 e ha disposto la consegna dei lavori il 7 dicembre successivo.

Con un unico motivo di gravame, sostanzialmente, l'appellante contesta l'attribuzione alla controinteressata del punteggio massimo di 80 per l'offerta tecnica in relazione alle varianti migliorative presentate, che in realtà non erano attuabili o per la necessità di autorizzazioni di diversi enti e amministrazioni, o perché ricadenti su aree aventi interesse naturalistico o in proprietà di privati terzi, o perché costituivano stravolgimento del progetto.

Alla luce delle esposte argomentazioni tecniche, l'appellante chiede, altresì, la verifica tecnica dell'operato della commissione di gara, essendo palesi, a suo dire, le violazioni delle regole dell'arte e le oggettive quanto inspiegabili valutazioni tecniche.

La controinteressata, invece, assumendo l'infondatezza dell'appello unitamente all'amministrazione appellata, contesta con appello incidentale la mancata esclusione di S2, tra l'altro, per invalidità dell'avvalimento e per incongruità dell'offerta.

La sentenza appellata ha ritenuto proprie della fase esecutiva le problematiche connesse al mancato conseguimento di autorizzazioni/pareri/nulla osta sulle migliorie presentate dal concorrente nella gara e ha ritenuto, altresì, irrilevante che gli interventi proposti da Lombardi ricadano in parte in aree anche di proprietà privata, esterne ai limiti delle aree indicate dal RUP.

Il Collegio ritiene condivisibili le motivazioni della sentenza appellata alla luce dei consolidati precedenti della Sezione per i quali l'eventuale offerta che preveda interventi su aree di altre amministrazioni non potrebbe mai comportare l'esclusione del concorrente in quanto circostanza che attiene alla fase esecutiva del rapporto, potendo determinare l'inadempimento dell'aggiudicatario solo nel caso in cui i necessari permessi, assensi o autorizzazioni dei legittimi proprietari, pubblici o privati, non intervengano.

Le medesime considerazioni valgono con riferimento alla presunta inammissibilità dell'offerta perché le migliorie richiederebbero l'acquisizione di autorizzazioni/pareri/assensi.

Ed invero: *“Non è infatti da ritenere condizionata l’offerta in cui l’operatore economico si sia impegnato, come nell’odierna fattispecie, immediatamente e senza limiti alla realizzazione dell’opera, anche laddove essa richieda il previo rilascio da parte di altra pubblica amministrazione di titoli abilitativi (Cons. Stato, V, 27 dicembre 2017, n. 6085, che richiama C.G.A.R.S. 8 febbraio 2017, n. 37): ciò, in quanto, il loro rilascio attiene non alla fase della valutazione dell’offerta, bensì alla fase di esecuzione, nel cui ambito, per l’ipotesi che l’aggiudicataria non si renda al riguardo parte diligente, soccorrono i rimedi che la legge riconnette all’inadempimento alle obbligazioni contrattuali”* (Cons. Stato, V, n. 6212 del 2021). *“Alla luce di ciò, gli interventi contestati dall’appellante non si appalesano dunque estranei ed esorbitanti dall’opera prevista, così da implicare sic et simpliciter l’azzeramento del punteggio tecnico assegnato a ... (o l’esclusione di quest’ultima): trattasi invero di interventi che, in quanto relativi ad aree limitrofe a quelle direttamente interessate dall’opera e potenzialmente impattanti anche sull’accesso a queste ultime, ben possono, non irragionevolmente, essere considerati e valutati dalla stazione appaltante sulla base dei suindicati criteri previsti dalla lex specialis, nel perimetro dell’apprezzamento discrezionale rimesso alla stessa stazione appaltante per la valutazione dell’offerta tecnica. In tale contesto, peraltro, la sola natura eventualmente privata dell’area interessata dagli interventi non vale a escludere di per sé, in assenza di diverse evidenze offerte dall’appellante, i propositi benefici per l’opera, e dunque la valutabilità delle migliorie od opere aggiuntive ai fini dell’attribuzione del punteggio tecnico”* (Cons. Stato, V, n. 5510 del 2021).

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello principale va respinto e quello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione. Per l'effetto, a conferma della sentenza appellata, va respinto il ricorso principale di primo grado e va dichiarato improcedibile quello incidentale.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara improcedibile quello incidentale. Per l'effetto, conferma la sentenza appellata di rigetto del ricorso principale di primo grado e di improcedibilità di quello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO