

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Atti e operazioni – Impugnazione in s.g. – Termine decadenziale di 30 giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a. – Non è sospeso e/o interrotto dalla presentazione dell’istanza di parere all’Anac.

Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 2023, n. 7819

“[...] la presentazione dell’istanza di parere all’Anac non sospende o interrompe il termine decadenziale per la proposizione del ricorso innanzi al T.a.r., mancando, nel processo amministrativo, una norma di tenore analogo a quello di cui all’art. 6, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 218 del 1997, per il processo tributario (a mente del quale la presentazione dell’istanza di adesione all’accertamento sospende per novanta giorni il termine per impugnare l’atto davanti al giudice tributario) [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Rufo, dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e di Quagliariello Infrastrutture S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società *Euro Strade Lupo S.r.l.* ha partecipato alla procedura di gara indetta dalla centrale unica di committenza della Comunità Montana Vallo di Diano, nell’interesse del Comune di San Rufo, per l’affidamento dei lavori di «*Messa in sicurezza del patrimonio infrastrutturale esistente. Manutenzione Strade Provinciali (S.P. 307 – S.P. 231 – S.P. 394)*», risultando aggiudicataria. A seguito di un parere precontenzioso reso dall’Anac su iniziativa della seconda classificata (*Quagliariello Infrastrutture S.r.l.*), secondo cui l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la sua offerta tecnica era stata sottoscritta da un architetto e non da un ingegnere (come imposto, in tesi, dalla normativa di settore e in particolare dagli articoli 51, 52 e 54 del regio decreto n. 2537 del 1925, recante il regolamento per le professioni d’ingegnere e di architetto), la stazione appaltante annullava d’ufficio il provvedimento di aggiudicazione.

2. La determinazione di annullamento d’ufficio è stata impugnata da *Euro Strade* con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, che – con sentenza 7 novembre 2022, n. 2962 – ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale della seconda classificata. Secondo il giudice territoriale, posto che i lavori oggetto

dell'appalto riguardano opere viarie (essendo richiesto il possesso della SOA nella categoria OG3), l'offerta tecnica, anche laddove comprendente solo elementi accessori e complementari, deve necessariamente recare la firma di un ingegnere, non essendo sufficiente quella di un architetto.

3. La *Euro Strade Lupo S.r.l.*, rimasta soccombente, ha proposto appello, essenzialmente riproponendo i motivi del ricorso di primo grado in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

4. Resistono in giudizio sia la società *Quagliariello Infrastrutture S.r.l.*, che propone anche appello incidentale con cui reitera i motivi del ricorso incidentale in primo grado, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.; sia il Comune di San Rufo, insistendo per la reiezione dell'appello principale.

La prima eccepisce, inoltre, l'inammissibilità dell'appello per non aver impugnato il capo di sentenza che ha accertato come l'offerta tecnica di Euro Strade Lupo ha proposto lavorazioni migliorative per cui si è resa necessaria un'attività di progettazione e quindi la sottoscrizione di un ingegnere.

5. Si è costituita in giudizio l'Anac, chiedendo in particolare la inammissibilità del ricorso e dell'appello principale nella parte in cui impugna il parere di precontenzioso reso dall'Autorità.

6. All'udienza del 20 aprile 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, l'appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza per aver disatteso i due motivi del ricorso con i quali ha contestato il provvedimento di annullamento d'ufficio (nonché il parere dell'Anac). Ribadisce, pertanto, che la *lex specialis* di gara non richiedeva che l'offerta tecnica fosse sottoscritta necessariamente da un ingegnere; che, d'altronde, lo stesso progetto esecutivo posto a base di gara è stato firmato da un architetto e non da un ingegnere; che, in ogni caso, i lavori oggetto di gara non riguarderebbero opere stradali, ma opere accessorie, per cui –anche sotto questo profilo –non occorrerebbe la sottoscrizione dell'ingegnere.

8. Con il secondo motivo, l'appellante censura la sentenza per non aver esaminato la seconda censura sollevata in primo grado con la quale si deduceva l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio per la lesione del legittimo affidamento riposto dal concorrente nella legittimità degli atti di gara, sia perché il bando di gara nulla prevede circa la necessaria sottoscrizione di un ingegnere, sia perché il progetto a base di gara non era firmato da un ingegnere.

9. In tale contesto, l'appellante ripropone anche il terzo motivo del ricorso di primo grado, concernente la mancata attivazione del soccorso istruttorio sul punto. Il T.a.r. ha respinto la censura nella considerazione che l'ammissione del soccorso istruttorio per consentire la sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di un ingegnere si tradurrebbe in una modifica sostanziale dell'offerta, inammissibile ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

In senso contrario, l'appellante fa rilevare come il soccorso istruttorio si giustificava alla luce dell'affidamento creato dagli atti di gara.

10. I motivi possono essere esaminati congiuntamente, considerato che tutti riguardano la medesima ragione che ha determinato l'adozione dell'annullamento d'ufficio da parte della stazione appaltante.

11. L'appello è fondato.

12. Occorre muovere dal quadro regolatorio prescritto dalla lettera di invito, secondo la quale *«la busta “B – Offerta tecnica” contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti: a) relazione tecnica delle migliorie offerte ovvero una relazione tecnica che illustri[...] ciascuno dei criteri e sub-criteri di valutazione indicati nella tabella di cui al precedente punto 4. Ciascun elemento dell'offerta tecnica deve essere illustrato separatamente e ordinatamente, in modo da individuare in maniera chiara ciascun elemento di valutazione. L'offerta tecnica, pertanto, sarà costituita da un'unica relazione, suddivisa in paragrafi corrispondenti a ciascun criterio di valutazione e sotto-paragrafo corrispondente a ciascun subcriterio[...]. I documenti costituenti l'offerta tecnica, a pena di esclusione, non devono recare alcuna indicazione dei valori degli elementi che attengano l'offerta economica, o che consentano di desumere in tutto o in parte l'offerta del concorrente oggetto di valutazione contenuta nell'offerta economica. All'offerta tecnica è da allegare il COMPUTO METRICO NON ESTIMATIVO (pena l'esclusione) di tutte le migliorie offerte».*

12.1. Le migliorie richiamate nella norma di gara sopra riportata, da illustrare nell'ambito dell'offerta tecnica, hanno come riferimento il progetto esecutivo approvato dall'amministrazione aggiudicatrice e posto a base di gara.

Si osservi, sul punto, che le proposte migliorative degli offerenti comporterebbero, ove accolte e positivamente valutate in sede di gara, una successiva fase di modifica e integrazione del progetto esecutivo e degli elaborati (quali il computo metrico estimativo), che dovrà essere approvato dall'amministrazione aggiudicatrice prima dell'avvio dell'esecuzione dei lavori. Non è dubbio che le modifiche al progetto esecutivo, approvate dall'amministrazione e recepite nel progetto esecutivo dopo l'aggiudicazione, debbano essere sottoscritte da un ingegnere.

12.2. Non è necessario, invece, che l'offerta tecnica contenente la descrizione, anche dettagliata, delle migliorie e la stima dei costi, sia firmata da un professionista con la qualifica di ingegnere, essendo sufficiente che il professionista, competente secondo le norme che disciplinano la professione, intervenga nella fase successiva all'aggiudicazione, in vista della nuova approvazione del progetto esecutivo modificato al fine di accogliere le migliorie offerte dall'aggiudicatario. Le migliorie non configurano un autonomo elaborato progettuale; la loro descrizione, anche dettagliata e precisa sotto il profilo economico, serve unicamente per la valutazione riservata all'organo tecnico dell'amministrazione aggiudicatrice.

Anche con riferimento alla *«stima dei lavori»* (che, quando riguardano *«i lavori relativi alle vie, ai mezzi di comunicazione e di trasporto e alle opere idrauliche»*, l'art. 51 del r.d. n. 2537 del 1925 cit.

riserva esclusivamente agli ingegneri) si può osservare che la regola vale per la redazione dei progetti da approvare (se si tratta di lavori pubblici) ma non nella fase della presentazione delle offerte per la gara, che non prevede l'approvazione o la redazione di progetti (soprattutto quando, come nel caso di specie, la gara affida l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto esecutivo, ma non affida anche la progettazione o parte di essa).

12.3. Né vale sostenere, in senso contrario, che la sottoscrizione di un professionista, anche in fase di gara, sarebbe necessaria per garantire la serietà e sostenibilità delle soluzioni tecniche migliorative e delle relative varianti progettuali proposte.

In tal caso, come esattamente rilevato dall'appellante, la prescrizione doveva essere inserita nella legge di gara, visto che – come detto – essa non deriva direttamente dalla legge. La giurisprudenza ha puntualmente applicato tale principio: si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2021, n. 3833, in un procedimento di gara in cui il disciplinare specificava *«che nell'offerta tecnica deve essere contenuta, tra i vari documenti, a pena di esclusione, la relazione di calcolo sottoscritta da professionista abilitato»* per cui la *«incontestata omessa sottoscrizione da parte di professionista abilitato della relazione di calcolo contenuta nell'offerta tecnica [...] ne imponeva l'esclusione dalla procedura di gara in ragione della violazione della lex specialis»* (cfr. pag. 5 della sentenza).

In questa prospettiva va collocata anche Consiglio di Stato, Sez. V, 11 febbraio 2021, n. 1255, a torto invocata anche nel parere Anac: anche in questo caso, infatti, il *«disciplinare imponeva (al punto VI) la sottoscrizione, a pena di esclusione, degli elaborati tecnici posti a corredo dell'offerta a cura di un "tecnico abilitato", alla luce della vigente normativa»* (cfr. punto 2.1. del diritto).

12.4. Il T.a.r. – sul punto – ha ritenuto che la *lex specialis* sia etero-integrata *«dalle disposizioni speciali in materia di delimitazione delle competenze professionali di geometri, ingegneri e architetti, e in particolare dall'art. 51 del R.D. n. 2537/1925»*, trattandosi di una norma imperativa. Tuttavia, se anche operasse il meccanismo dell'etero-integrazione, esso riguarderebbe l'attività di progettazione non la predisposizione delle offerte tecniche; mentre – come già rilevato – la procedura di gara non ha per oggetto la progettazione ma solo delle proposte che potranno eventualmente confluire nel progetto esecutivo a base di gara, se l'amministrazione le ritenga idonee e funzionali alle sue esigenze.

13. L'accoglimento dell'appello principale impone di passare all'esame dell'appello incidentale proposto da *Quagliarello Infrastrutture*.

14. Preliminarmente, l'appellante principale deduce l'irricevibilità o l'inammissibilità del ricorso incidentale in primo grado e dell'appello incidentale, per aver proposto vizi del provvedimento di aggiudicazione che la *Quagliarello Infrastrutture* (classificatasi seconda nella graduatoria delle migliori offerte) avrebbe dovuto dedurre impugnando tempestivamente il predetto provvedimento in favore di

Euro Strade (poi annullato d'ufficio dalla stazione appaltante). Non potrebbe, quindi, utilizzare lo strumento processuale del ricorso incidentale per contestare l'originaria aggiudicazione.

14.1. L'obiezione in rito sollevata da Euro Strade Lupo è fondata.

14.2. È opportuno precisare che, con determinazione del 23 dicembre 2021, la Centrale Unica di Committenza della Comunità Montana Vallo di Diano ha adottato la proposta di aggiudicazione in favore di *Euro Strade Lupo*, in attesa della verifica dei requisiti. Con istanza del 2 febbraio 2022 la *Quagliarello Infrastrutture* ha chiesto all'Anac il parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

Peraltro, fino alla proposizione del ricorso incidentale nel giudizio aperto dal ricorso principale di *Euro Strade Lupo* avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione (incidentale notificato il 21 giugno 2022), la *Quagliarello Infrastrutture* non aveva proposto alcuna impugnazione giurisdizionale autonoma contro la determinazione del 23 dicembre 2021.

Ne deriva come conseguenza che alla data del 21 giugno 2022, la predetta aggiudicazione è divenuta inoppugnabile per la società seconda classificata.

14.3. Né lo strumento del ricorso incidentale in primo grado può essere utilizzato per operare surrettiziamente una deroga all'effetto di inoppugnabilità ormai prodottosi. È pur vero, e anzi costituisce un principio pacifico, che con il ricorso incidentale si possono impugnare anche atti diversi da quello impugnato in via principale; ma il principio vale se l'interesse a ricorrere sorga esclusivamente dalla proposizione del ricorso principale, non quando – come nel caso di specie – l'interesse a impugnare del ricorrente incidentale nasce prima e autonomamente dalla proposizione del ricorso principale avverso un atto successivo (anche se inserito nella stessa vicenda procedimentale).

14.4. In altri termini, nel caso di specie non è dubbio che l'interesse a contestare il provvedimento di aggiudicazione in favore di *Euro Strade Lupo* si configura – per la *Quagliarello Infrastrutture* – fin dal momento in cui questa ne ha piena conoscenza (momento che al più si può ancorare al 2 febbraio 2022, data in cui ha presentato l'istanza di parere precontenzioso). Per cui, al tempo in cui ha proposto ricorso incidentale nel giudizio di primo grado, l'aggiudicazione era inoppugnabile. Ne deriva come ulteriore conseguenza che la società non poteva dedurre vizi dell'aggiudicazione che avrebbe dovuto proporre con proprio autonomo ricorso.

14.5. Né potrebbe sostenersi che se la seconda in graduatoria avesse impugnato l'aggiudicazione, e successivamente la stazione appaltante l'avesse annullata d'ufficio, il ricorso sarebbe divenuto improcedibile e quindi sostanzialmente posto nel nulla. Come esattamente osservato, si tratterebbe di un ragionamento del tutto astratto, se non altro perché la improcedibilità dell'eventuale ricorso deve essere dichiarata dal giudice: si veda sul punto Consiglio di Stato, Sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619).

14.6. La società evidenzia che, con l'istanza di parere presentata all'Anac nel termine decadenziale di 30 giorni, ha rilevato diverse criticità della gara. Avendo ricevuto un parere favorevole da parte dell'Autorità e l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, non aveva alcun interesse ad impugnare tali atti. Tale interesse, infatti, si è "riespanso" quando la *Euro Strade Lupo* ha proposto ricorso avverso l'annullamento d'ufficio.

Peraltro, in senso contrario, non può non osservarsi come la presentazione dell'istanza di parere all'Anac non sospende o interrompe il termine decadenziale per la proposizione del ricorso innanzi al T.a.r., mancando, nel processo amministrativo, una norma di tenore analogo a quello di cui all'art. 6, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 218 del 1997, per il processo tributario (a mente del quale la presentazione dell'istanza di adesione all'accertamento sospende per novanta giorni il termine per impugnare l'atto davanti al giudice tributario).

15. Pertanto, il ricorso incidentale e l'appello incidentale sono inammissibili nella parte in cui deducono vizi di legittimità della determinazione del 23 dicembre 2021, di aggiudicazione della gara in favore di *Euro Strade Lupo*.

16. In conclusione, l'appello principale, assorbite le ulteriori censure, va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado e annullato il provvedimento impugnato.

L'appello incidentale è inammissibile.

17. Le spese giudiziali per il doppio grado vanno compensate tra le parti, per la novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), 7 novembre 2022, n. 2962, va accolto il ricorso di primo grado e annullato il provvedimento con esso impugnato.

L'appello incidentale è inammissibile.

Compensa tra le parti le spese giudiziali per il doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO