Pubblicato il 14/02/2022

N. 01036/2022REG.PROV.COLL.
N. 03119/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3119 del 2021, proposto da

Bruno Serafino S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento con Impresa Guadagno Emilio, Costruzioni di Macrì Rocco, Impresa Italcostruzioni Snc di Domenico e Carmelo Conidi, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Lilli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pizzo, non costituito in giudizio;

nei confronti

Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Attinà, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sezione Prima, 31 marzo 2021, n. 722, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2021 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - L'Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro ha partecipato alla procedura di gara, indetta dal Comune di Pizzo, per l'appalto dei lavori di messa in sicurezza del lungomare tra la Marina e la Seggiola, risultando aggiudicataria.

A seguito di istanza proposta all'ANAC dal raggruppamento temporaneo d'imprese secondo classificato (con mandataria la società Bruno Serafino s.r.1.), ai sensi dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), l'Autorità ha ritenuto erronea l'attribuzione all'aggiudicataria del punteggio per il criterio B1 previsto dal disciplinare di gara (volto a premiare *«Soluzioni migliorative e lavori aggiuntivi (0G7), senza aggravio di costi aggiuntivi per la stazione appaltante, atte al miglioramento delle condizioni di stabilità dell'opera di protezione e di efficientamento alla tracimazione del moto ondoso, con riferimento a tutta l'estensione dell'area oggetto dei lavori»*), sull'assunto che *«la proposta formulata dall'aggiudicatario si riferisca chiaramente ad un'estensione dell'opera in termini esclusivamente quantitativi e che, pertanto, tale proposta debba essere considerata opera aggiuntiva non valutabile ai fini del punteggio»* (cfr. deliberazione ANAC del 4 agosto 2020, n. 703).

2. - Aderendo al parere di precontenzioso, la stazione appaltante ha proceduto alla rinnovazione della fase di attribuzione dei punteggi e con determina del 16 novembre 2020, n. 190, ha annullato d'ufficio l'aggiudicazione all'Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro e ha aggiudicato la gara al raggruppamento temporaneo con mandataria la Bruno Serafino s.r.l.

3. - Il nuovo provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato dalla Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, che lo ha accolto con sentenza 31 marzo 2021, n. 722, sul presupposto che l'offerta della ricorrente non integrasse una variante, ma una miglioria, per la quale le sarebbe spettato quindi il relativo punteggio e la conseguente aggiudicazione.

4. - La società soccombente ha proposto appello con un unico, articolato motivo (rubricato *«Illegittimità della sentenza: carenza di motivazione; omessa e/o erronea valutazione circa un fatto decisivo per la controversia; violazione dell'art. 5, punto B) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 14-bis, d.lgs. 50/16»*), deducendo l'ingiustizia della sentenza per aver ritenuto le opere aggiuntive offerte dall'Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro come soluzioni migliorative meritevoli dell'attribuzione del punteggio previsto dal criterio B1 del disciplinare di gara. Secondo l'appellante, tuttavia, il fatto che i lavori relativi al tratto interessato dalle migliorie non siano previsti nel computo metrico e nel progetto esecutivo dimostrerebbe che non si tratta del completamento di opere già previste nel progetto esecutivo. Tali opere, pertanto, sarebbero da qualificare come nuove e, come tali, da aggiungere a quelle progettate dall'amministrazione appaltante (e non mere soluzioni migliorative). Da ciò la violazione dell'art. 5, criterio B1, del disciplinare di gara (in base al quale sono stati riconosciuti 11 punti all'offerta dell'Impresa Torchia) e dell'art. 95, comma 14 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici).

5. - Si è costituita in giudizio l'Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro, chiedendo che l'appello sia respinto e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., il motivo del ricorso introduttivo non esaminato dal primo giudice, con il quale aveva lamentato l'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore per violazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, per il difetto di motivazione in ordine alla sussistenza

dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e alla valutazione comparativa degli interessi coinvolti.

6. - All'udienza pubblica dell'11 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - L'appello è fondato.

7.1. - Occorre muovere dalla disposizione contenuta nel disciplinare di gara (art. 5 criterio B1), che ha previsto l'attribuzione di 15 punti a fronte di *«Soluzioni migliorative e lavori aggiuntivi (OG7), senza aggravio di costi aggiuntivi per la stazione appaltante, atte al miglioramento delle condizioni di stabilità dell'opera di protezione e di efficientamento della tracimazione del moto ondoso, con riferimento a tutta l'estensione dell'area oggetto dei lavori»*. Il criterio consentiva all'offerente di proporre *«soluzioni migliorative»*, oltre che «lavori aggiuntivi» (limitatamente a quelli che rientrano nella categoria OG7), che – secondo la stessa disposizione – potevano avere come punto di riferimento *«l'estensione dell'area oggetto dei lavori»*, prevedendo in tal modo un limite preciso alla possibilità di integrare la progettazione posta a base di gara ove si tenga conto che nel caso di specie la selezione del contraente si basava sul progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante; progetto con il quale – in conformità alla struttura e alla funzione della progettazione esecutiva secondo le norme che la disciplinano [cfr. artt. 33-43 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, applicabili ai sensi dell'art. 217, comma 1, lett. u)] – l'amministrazione aveva definito *«ogni particolare architettonico, strutturale ed impiantistico* [dell']*intervento da realizzare. Restano esclusi soltanto i piani operativi di cantiere, i piani di approvvigionamenti, nonché i calcoli e i grafici relativi alle opere provvisionali»* (art. 33, comma 1, cit.). Il perimetro della *«estensione dell'area oggetto dei lavori»* era stato quindi precisamente delineato nel progetto esecutivo (nonché, nel computo metrico estimativo allegato al progetto esecutivo).

7.2. - Nel caso di specie l'Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro, con riferimento al criterio B.1, ha proposto *«il completamento dell'intero tratto di progetto per quanto riguarda le opere di protezione (mantellata e muro para spruzzi)»*,

introducendo dei lavori aggiuntivi che fuoriescono dall'ambito di quelli inseriti nella progettazione esecutiva, come emerge agevolmente dal confronto tra la Tavola 11 del progetto esecutivo posto in gara (*«Planimetria particolareggiata e viste fotorealistiche»*), in cui sono indicati i tratti da 1 a 10 del muro di protezione da eseguire; e la planimetria allegata all'offerta tecnica dell'Impresa (cfr. pag. 2), che si sviluppa fino a comprendere un ulteriore tratto (il tratto 11), non contemplato tra le opere da eseguire secondo il progetto esecutivo.

7.3. - Per giungere a ritenere illegittima l'attribuzione del punteggio aggiuntivo che il criterio posto dal bando riservava alle *«soluzioni migliorative»* non occorre addentrarsi, quindi, nella distinzione tra migliorie (di regola ammissibili) e varianti (inammissibili), posto che la delimitazione della ammissibilità si evince direttamente dalla disposizione della *lex specialis* che descrive il criterio, interpretata alla luce della scelte operate dalla stazione appaltante con il progetto esecutivo e della norma contenuta nell'art. 95, comma 14-*bis*, del Codice dei contratti pubblici (secondo cui, anche quando il criterio di aggiudicazione sia costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, *«le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta»*).

8. - L'accoglimento del gravame, cui consegue la riforma della sentenza, ed il rigetto del motivo del ricorso di primo grado esaminato, impone di passare all'esame dell'altro motivo di ricorso proposto in primo grado da Impresa Costruzioni P.E. Torchia Pietro, non esaminato dal primo giudice.

9. - Come anticipato la censura era incentrata sulla violazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, per il difetto di motivazione del provvedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e per l'omessa comparazione tra gli interessi pubblici e privati coinvolti.

9.1. - Il motivo è infondato.

9.2. - Le critiche formulate dalla ricorrente in primo grado non tengono conto dei riflessi, sull'attività amministrativa della stazione appaltante,

derivanti dalla espressione del parere di precontenzioso dell'ANAC, di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016. Secondo la disposizione richiamata, il parere *«obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito»*. Sebbene non risulta che le parti abbiano espresso il loro unanime consenso a vincolarsi al contenuto del parere dell'Anac e pur dovendo considerare il parere espresso dall'Autorità come non vincolante, non si può non tenere conto del fatto che il predetto parere di precontenzioso (che si esprima nel senso della illegittimità dell'atto), in ragione delle funzioni di vigilanza e controllo che la legge conferisce all'Autorità nel settore dei contratti pubblici (art. 213 del Codice dei contratti pubblici), determina l'attenuazione del dovere di motivare sulla sussistenza di un interesse pubblico specifico e concreto all'annullamento d'ufficio. In queste ipotesi, infatti, l'amministrazione appaltante non deve argomentare in maniera diffusa sulla sussistenza di un interesse pubblico a procedere all'autoannullamento, dovendo, anzi, provvedere (sempre) ad annullare gli atti ritenuti illegittimi dall'Autorità, a meno che non emerga un interesse pubblico specifico e concreto a non provvedere all'autoannullamento dell'atto. In altri termini, in questi casi, la valutazione che deve essere effettuata dall'amministrazione si volge non alla ricerca, in positivo, di una ragione di interesse pubblico per annullare in autotutela, ma alla ricerca, in negativo, di una ragione per non annullare. E nel caso di specie, non emergono elementi che avrebbero sorretto una decisione diversa dall'autoannullamento.

9.3. - Conclusione che si dimostra corretta anche sotto il profilo della pretesa tutela dell'affidamento e della mancata comparazione dell'interesse pubblico con l'interesse dell'Impresa Costruzioni P.E. Pietro Torchia al mantenimento dell'atto. Infatti, come riferito in fatto e come risulta dalla documentazione in atti, l'aggiudicazione definitiva è stata oggetto di contestazione quantomeno dalla presentazione dell'istanza di riesame in autotutela proposta dal raggruppamento controinteressato (con mandataria la società Bruno Serafino s.r.l.), datata 3 aprile 2020, cui ha fatto seguito (dopo il rigetto comunicato

dalla stazione appaltante con nota del 21 aprile 2020) l'istanza di parere di precontenzioso del 15 maggio 2020. Pertanto, il particolare e serrato sviluppo che da tempo aveva assunto la vicenda in esame consente di escludere che la controinteressata avesse maturato un affidamento incolpevole.

10. - In conclusione, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza, va rigettato il ricorso di primo grado.

11. - Considerata la peculiarità della vicenda esaminata, possono essere compensate tra le parti le spese giudiziali di entrambi i gradi del giudizio.

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 impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese giudiziali di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO