

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 10629 del 7 dicembre 2023

Appalti di lavori – Valutazione offerte tecniche – Esclusione disposta dal RUP dopo valutazione positiva della commissione - Legittimità

Publicato il 07/12/2023

N. 10629/2023REG.PROV.COLL.

N. 05247/2022 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 5247 del 2022, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...)

nei confronti

(...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 685 del 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione (...) e di (...) S.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2023 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

(...) S.r.l. ha impugnato il decreto del dirigente della regione (...) – direzione mobilità, infrastrutture e trasporto pubblico locale n. 19161 del 2 novembre 2021, con cui la Società è stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione della variante alla SRT 71 in comune di Cortona da Sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia – Bettolle per un importo a base d'asta di euro 11.606.725,80 oltre Iva e, contestualmente, la verifica di anomalia dell'offerta di (...) S.p.a., il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara a (...) S.p.a. e, *in parte qua*, il disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che non sono ammissibili proposte che comportino la necessità di una nuova approvazione del progetto esecutivo, laddove si pone in contrasto con i criteri migliorativi previsti al punto B.1.2. (pagg. 21-22 del disciplinare e tabella pag. 31).

Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha respinto il ricorso con sentenza n. 685 del 2022, appellata da (...) S.r.l. per i seguenti motivi di diritto:

I) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione disciplinare di gara (pag. 6, 22 e art. 5.2), violazione dei principi di trasparenza, imparzialità buon andamento dell'azione amministrativa, incompetenza;

II) *error in iudicando*: insussistenza della necessità di procedere con una nuova approvazione del progetto esecutivo;

III) omessa pronuncia: insussistenza della causa di esclusione; illegittimità del disciplinare di gara; contraddittorietà;

IV) *error in iudicando*: difetto di istruttoria e di motivazione.

L'appellante ha formulato, altresì, istanza istruttoria chiedendo una verifica ovvero una consulenza tecnica di ufficio, nonché istanza di risarcimento in forma specifica.

Si sono costituiti per resistere all'appello la regione (...) e (...) S.p.a.

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

All'udienza pubblica del 30 novembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da (...) S.r.l. per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana n. 685 del 2022 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento del decreto del dirigente della regione (...) – direzione mobilità, infrastrutture e trasporto pubblico locale n. 19161 del 2 novembre 2021, con cui la Società è stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione della variante alla SRT 71 in comune di Cortona da Sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia – Bettolle per un importo a base d'asta di euro 11.606.725,80 oltre Iva e, contestualmente, della verifica di anomalia dell'offerta di (...) S.p.a., del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara a (...) S.p.a. e, *in parte qua*, del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che non sono ammissibili proposte che comportino la necessità di una nuova approvazione del progetto

esecutivo, laddove si pone in contrasto con i criteri migliorativi previsti al punto B.1.2. (pagg. 21-22 del disciplinare e tabella pag. 31).

L'appellante si era collocata al primo posto della graduatoria finale (dopo l'esclusione dell'Impresa (...) S.r.l.).

La commissione di gara aveva giudicato ammissibili le migliorie dalla stessa offerte ed aveva anche attribuito il relativo punteggio. Tuttavia, dopo la chiusura delle operazioni di gara, il Rup, nell'ambito delle sue valutazioni discrezionali, ha richiamato:

a) quanto disposto nel disciplinare di gara a proposito dell'elemento dell'offerta tecnica B.1.2 (pag. 21 del disciplinare) che si intitola: *“Modalità operative per la realizzazione del ponte sul torrente Mucchia e dei tratti in terra armata”*; tale criterio prevedeva che l'impresa presentasse *“una proposta della fase di lavoro relativa alla realizzazione del ponte sul Torrente Mucchia e dei tratti in approccio ed uscita dal ponte realizzate con terre armate, illustrata in una specifica relazione, dove vengono esaminate: • le sub-fasi con il loro sviluppo cronologico e durata; • le attività di ogni singola sub-fase e l'interconnessione tra le singole sub-fasi; • le criticità che caratterizzano le sub-fasi individuate; • le attività che si intendono adottare per affrontare le criticità individuate; • numero stimato degli operai previsti in ciascuna sub-fase, specificandone la qualifica ed il numero delle squadre, • le attrezzature, i macchinari e i prodotti che intende utilizzare per ciascuna delle sub-fasi individuate al fine della migliore realizzazione di questa parte dei lavori oggetto dell'affidamento”*;

b) l'art. 5.2, pag. 35, del disciplinare, secondo cui non sono ritenute ammissibili quelle proposte che comportino una nuova approvazione del progetto esecutivo; ed ha concluso nel senso che la proposta di (...), in relazione all'elemento B.1.2, comportasse la necessità di una nuova approvazione del progetto esecutivo, con conseguente esclusione del concorrente.

Secondo la relazione allegata alla determina impugnata (allegato G): *“L'intervento proposto prevede la realizzazione di opere, i dreni verticali, che non sono compresi nel Capitolato Speciale di Appalto e rientrano nella categoria OS21 non presente nei lavori in appalto. Tale*

proposta quindi, comporta una nuova approvazione del progetto esecutivo. Il RUP non procede a richiedere alla Commissione chiarimenti in merito alle proprie valutazioni discrezionali, in quanto i lavori proposti nell'ambito del criterio B.1.2, come sopra specificato, non sono compresi nel Capitolato Speciale di Appalto e tale circostanza comporta necessariamente una nuova approvazione del progetto”.

Per tale ragione il Rup disponeva l'esclusione dell'appellante dalla gara, provvedimento impugnato da (...) unitamente all'aggiudicazione a (...).

Il Tribunale amministrativo regionale ha respinto il ricorso, ritenendo che il disciplinare di gara contenesse una espressa previsione in merito alla possibilità, per il Rup, di poter porre in essere l'attività censurata e, nel merito, che la proposta di (...) rappresentasse una variante progettuale non ammissibile.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza, atteso che il Rup non sarebbe titolato a rivalutare i giudizi espressi dalla commissione di gara il cui compito non è solo quello di operare valutazioni tecniche ed economiche; ferma la competenza del Rup all'adozione del provvedimento finale di esclusione, lo stesso sarebbe, invece, incompetente – per il principio del *contrarius actus* – ad effettuare l'attività istruttoria prodromica all'esclusione.

La censura non merita condivisione.

Ed invero, dall'esame delle complessive previsioni del disciplinare di gara risulta che il Rup dispone della competenza all'adozione dei provvedimenti di esclusione dalla procedura, come del resto ritenuto pacificamente dalla giurisprudenza di questo Consiglio, per la quale: “*Per regola generale (art. 80, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016), il provvedimento di esclusione dalla gara è di pertinenza della stazione appaltante, e non già dell'organo straordinario-Commissione giudicatrice; la documentazione di gara può, comunque, demandare alla Commissione giudicatrice ulteriori compiti, di mero supporto ed ausilio del RUP, ferma rimanendo la competenza della stazione appaltante nello svolgimento dell'attività di amministrazione attiva alla stessa riservata*” (Cons. Stato, VI, 8 novembre 2021, n.7419).

In considerazione del ruolo e delle funzioni attribuite al Rup, la giurisprudenza ha in più di una occasione ribadito che la competenza della commissione giudicatrice in ordine alle offerte tecniche *“non preclude in astratto che l’inidoneità sul piano tecnico dell’offerta possa essere valutata a posteriori dall’amministrazione”*, e *“in questo giudizio l’amministrazione non è condizionata dalla valutazione svolta dalla commissione giudicatrice”* (Cons. Stato, V, 27 novembre 2019, n. 8091).

Nonostante competa, dunque, alla commissione, in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie, l’attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico, tale attività in ogni caso deve essere poi verificata e fatta propria dalla stazione appaltante nella persona del Rup, atteso che, ai sensi dell’art. 31 del d.lgs. n. 50 del 2016, spetta a tale organo curare il corretto e razionale svolgimento delle procedure, in quanto lo stesso continua ad operare anche dopo la nomina della commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1104).

La stazione appaltante disponeva, dunque, senza dubbio del finale potere di determinarsi sulla non conformità dell’offerta al progetto dalla stessa predisposto, anche nell’ipotesi di un preliminare esame positivo da parte della commissione giudicatrice.

Con la seconda censura (...) ha dedotto l’erroneità della sentenza appellata per l’insussistenza della necessità di procedere con una nuova approvazione del progetto esecutivo. Ed invero, per la stessa il sistema dei dreni verticali rappresenterebbe un’opera provvisoria che cessa la sua funzione dopo aver agevolato la compattazione dei terreni, per cui non sarebbe necessaria la riapprovazione del progetto esecutivo; la proposta dei dreni è senza dubbio un elemento di miglioria, ma la stessa avrebbe effetti sulla sola organizzazione del cantiere, pertanto nel pieno rispetto di quanto richiesto dal criterio di valutazione B.1.2; la miglioria offerta non è stata quotata nella documentazione economica, in quanto il suo costo rientrerebbe nelle spese generali di impresa. Il sistema di dreni offerto si configurerebbe, dunque,

quale misura tecnologica di cantiere di natura provvisoria finalizzata a ridurre i tempi necessari affinché i cedimenti si esauriscano e quindi a garantire margini temporali più preziosi per l'efficientamento delle fasi lavorative. Rientrano, infatti, tra le spese generali ai sensi del comma 4, lett. g) dell'art. 32 del d.P.R. n. 207 del 2010 (parte in vigore) *“le spese per attrezzi e opere provvisorie e per quanto altro occorre alla esecuzione piena e perfetta dei lavori”*; l'offerta dell'impresa riguarderebbe un aspetto tecnico organizzativo del cantiere lasciato aperto dal progetto posto a base di gara, finalizzato a ricercare una soluzione per migliorare lo sviluppo dei cedimenti dei terreni di fondazione prima del completamento dell'opera. Più specificamente, la soluzione offerta:

- non migliora le caratteristiche meccaniche e di resistenza dei terreni di fondazione, che restano pertanto invariate rispetto alle previsioni di progetto (non sono in alcun modo assimilabili per tipologia e funzioni ad opere in calcestruzzo armato quali batterie di pali o platee);

- non prosciuga i terreni in quanto non prevede un abbassamento dei livelli di falda ma semplicemente favorisce il movimento/filtrazione dell'acqua negli strati di terreno meno permeabili, a seguito di una riduzione della loro porosità sotto il carico dei rilevati, in tempi più ridotti rispetto a quelli di progetto (non sono in alcun modo assimilabili ai drenaggi del tipo pozzo o batterie di pozzi o tubi fessurati sub-orizzontali con funzione di abbattere l'incidenza della falda sulla stabilità dei pendii).

La soluzione proposta non sarebbe, quindi, in alcun modo classificabile come opera strutturale speciale. Il sistema di dreni offerto si configurerebbe, invece, quale misura tecnologica di cantiere di natura provvisoria finalizzata a ridurre i tempi necessari per la compattazione degli strati di terreno profondi meno permeabili e quindi per migliorare l'efficienza operativa del cantiere.

Con la terza doglianza l'appellante ha lamentato che la sentenza avrebbe omesso di pronunciarsi sul motivo di ricorso con il quale veniva censurato il disciplinare di gara nella parte in cui prevede che non sono ritenute ammissibili quelle proposte che

comportino una nuova approvazione del progetto esecutivo, perché incompatibile con i criteri in forza dei quali doveva essere formulata una proposta in relazione al punto B.1.2. Le cause di esclusione, discrezionalmente inserite dalla stazione appaltante e rispondenti ai canoni della ragionevolezza e della logicità, sono di stretta interpretazione al pari di tutte le altre prescrizioni a contenuto sanzionatorio. Il subcriterio B.1.2 prevede espressamente che sono oggetto di valutazione i seguenti elementi ... *“efficienza dell’organizzazione operativa della fase di realizzazione delle rampe di approccio e uscita dal ponte, tale da consentire maggiori livelli di compattazione/sviluppo dei cedimenti dei rilevati in approccio e uscita dal ponte”*. Il disciplinare di gara prevede che le proposte migliorative debbano andare nella direzione di consentire maggiori livelli di compattazione dei cedimenti dei rilevati. L’utilizzo di un sistema di dreni verticali rappresenterebbe un’opera provvisoria (poiché cessa la sua funzione al termine del compattamento), e sarebbe in linea con le previsioni della *lex specialis* in quanto ha i seguenti vantaggi:

- maggiore garanzia sull’avanzamento dei processi di consolidamento nelle fasi di realizzazione dei rilevati più alti;
- cedimenti nulli dopo il completamento dei rilevati;
- possibilità di una maggiore flessibilità nell’organizzazione del cantiere, soprattutto per quei rilevati che interferiscono con altre lavorazioni, quali ponti, attraversamenti e terre armate.

In tale contesto è del tutto evidente come, nell’ipotesi in cui dovesse ritenersi che l’utilizzo di tale sistema comporti la necessità di una nuova approvazione del progetto esecutivo, vi sarebbe una distonia tra la sanzione espulsiva ed i criteri da prendere in considerazione per le proposte da formulare per il subcriterio B.1.2.

Con il quarto motivo (...) ha dedotto l’erroneità della sentenza appellata per difetto di istruttoria e di motivazione, atteso che non risponderebbe al vero che le opere ricadenti nella categoria OS21 non sono previste nell’ambito di quelle oggetto dell’appalto, come risulterebbe evidente dall’esame della tabella alla pag. 1; inoltre, il

sistema dei dreni verticali sarebbe pienamente compatibile proprio con i criteri dettati dal punto B.1.2. del disciplinare di gara.

In considerazione della natura altamente tecnica delle suddette censure dedotte, la Sezione ha disposto una verifica con ordinanza collegiale n. 11183 del 2022, affidando l'incarico al direttore del Dipartimento di Ingegneria civile ed ambientale dell'Università degli Studi di Firenze, con facoltà di delega, per accertare se la miglioria offerta da (...) S.r.l. comporti, o meno, la necessità di approvazione di un nuovo progetto esecutivo e, in linea generale, quale funzione rivestano i dreni verticali proposti dall'appellante, anche in relazione alle previsioni del subcriterio B.1.2, secondo cui sono oggetto di valutazione i seguenti elementi ... *“efficienza dell'organizzazione operativa della fase di realizzazione delle rampe di approccio e uscita dal ponte, tale da consentire maggiori livelli di compattazione/ sviluppo dei cedimenti dei rilevati in approccio e uscita dal ponte”*.

Alla luce delle risultanze della verifica, il Collegio condivide integralmente le statuizioni della sentenza appellata, per la quale risulta evidente come *“la soluzione proposta dalla ricorrente contemplasse lavorazioni riportabili alla categoria OS21 non previste dalla progettazione esecutiva; il riferimento essenziale a questo proposito non risulta pertanto essere il fatto se il progetto a base di gara prevedesse o meno lavorazioni riportabili alla categoria OS21 (come prospettato dalla ricorrente con il fuorviante secondo motivo di ricorso), quanto la previsione, nell'offerta tecnica della ricorrente, di ulteriori lavorazioni riportabili a quella categoria non previste dal progetto esecutivo ed in grado di modificare aspetti essenziali del progetto (come quelli relativi all'equilibrio statico del terreno di appoggio del ponte) e le scelte in ordine alla classificazione necessaria per eseguire lavori riportabili alla categoria OS21 operate dalla lex specialis della procedura e necessariamente modificate dalla necessaria previsione di ulteriori lavorazioni in tale categoria”*.

Dagli esiti della relazione di verifica dell'1 agosto 2023 è emerso, in particolare, quanto segue:

il verificatore ha posto in evidenza che: *“la Stazione Appaltante chiedeva ai concorrenti, dunque, di proporre un’organizzazione delle fasi di lavoro relative alla realizzazione del ponte e delle rampe di approccio che, limitando la sovrapposizione tra attività interferenti ... ottimizzasse i periodi necessari all’assestamento del cedimento, durante i quali non si sarebbe potuto procedere con la realizzazione delle rampe, ma si sarebbe potuto portare avanti altre lavorazioni. Oggetto del criterio di valutazione era lo studio dell’interconnessione delle fasi dei lavori, in modo da ottimizzare i tempi contrattuali in funzione dei cedimenti che si dovevano sviluppare in funzione anche della organizzazione aziendale che gli operatori economici intendevano attuare”*... *“a fronte di tale (limitata) richiesta, come già esposto, Eurosaf ha invece proposto una soluzione tecnica migliore di quella progettuale che però, come esposto, non risponde ai vincoli esposti dal disciplinare in relazione allo specifico punto B.1.2 in esame”* (cfr. relazione di verifica, pag. 52).

Ciò è ulteriormente ribadito in risposta alle osservazioni del Ctp di (...), evidenziando il verificatore che: *“nessuno dei criteri di valutazione si riferisce all’introduzione di nuove opere o lavorazioni (come i dreni), bensì ad “organizzazione” e/o “ottimizzazione” delle fasi lavorative mediante l’utilizzo di “attrezzature e macchinari con elevato livello di produttività”*” (cfr. relazione di verifica, pag. 60).

L’offerta tecnica di (...) non è, dunque, riconducibile né all’organizzazione delle fasi di lavoro, né all’impiego di un mero prodotto o di un macchinario per l’esecuzione di lavorazioni già previste dal progetto a base gara, ma introduce nuove lavorazioni, in violazione del divieto di varianti sancito dalla *lex specialis* di gara (cfr. art. II.2.10 del bando).

Dunque, il verificatore, nel rispondere compiutamente al quesito formulato, pur apprezzando dal punto di vista ingegneristico la proposta tecnica di (...), alla luce dei criteri di valutazione ha chiarito che i dreni verticali offerti dalla stessa non rispondono alle richieste del punto B.1.2 del disciplinare di gara, in quanto costituiscono una lavorazione aggiuntiva, non ammessa dalla *lex specialis* di gara, che, infatti, consentiva offerte migliorative finalizzate a garantire *“maggiori livelli di compattazione/ sviluppo dei cedimenti dei rilevati in approccio e uscita dal ponte”* ma attinenti

esclusivamente all'ottimizzazione delle fasi lavorative e all'efficienza dell'organizzazione operativa. La legge di gara non richiedeva, dunque, migliorie relative ai lavori, ma proposte organizzative relative alle fasi di lavoro. Inoltre, all'esito di un'approfondita analisi tecnica in ordine alla natura dei dreni verticali, il verificatore risponde al quesito rilevando che gli stessi *“avrebbero comunque prodotto una modificazione permanente delle caratteristiche dei rilevati”* (cfr. relazione di verifica, pag. 76), smentendo così la natura provvisoria dei dreni sostenuta dall'appellante.

Il verificatore conclude, quindi, che l'offerta tecnica di cui trattasi avrebbe dovuto essere quotata nella documentazione economica, non essendo ipotizzabile che i nuovi lavori siano effettuati dall'impresa a costo zero. Ed invero, come ben evidenziato nella relazione, i dreni verticali costituiscono una nuova lavorazione (non ammessa dal disciplinare con riferimento al criterio B.1.2) che avrebbe richiesto un nuovo inquadramento sotto l'aspetto tecnico amministrativo e contabile, richiedendo, pertanto, una nuova approvazione del progetto.

Infine, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non si ravvisa alcuna incompatibilità tra il disciplinare di gara, nella parte in cui non ammette proposte che comportino una nuova approvazione del progetto esecutivo, ed il criterio B.1.2, in cui si consente ai concorrenti di presentare migliorie al progetto in quanto attinenti alla sola organizzazione dei lavori, come ben chiarito dal verificatore.

Alla luce della verifica disposta dal Collegio, dalle risultanze conclusive della quale non si ha motivo di discostarsi e che si richiama integralmente, è dunque emersa chiaramente l'infondatezza dell'appello, che va respinto e, per l'effetto, a conferma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in relazione alla complessità e alla peculiarità delle questioni trattate, per disporre la compensazione fra le parti delle spese di giudizio, salvo quelle per l'effettuazione della verifica, che si pongono a carico dell'appellante e che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, a conferma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate, salvo quelle per l'effettuazione della verifica, che si pongono integralmente a carico dell'appellante e che si liquidano, come da nota spese e comprensive dell'anticipo già corrisposto, in euro 9.800,00 oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO