bblicato il 25/03/2021

N. 02527/2021REG.PROV.COLL.

N. 05859/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5859 del 2020, proposto da
Società "De Toma & Figlio Engeenering" a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi D'Ambrosio ed Anna Zaccaria, con domicilio fisico eletto presso lo studio A. Placidi srl in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Comune di Trinitapoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Zarrella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
Tabanelli Primo s.r.l., R.I.S. Recupero Inerti e Speciali s.r.l., non costituite in giudizio;

nei confronti

Edil Ter s.r.l. del geom. Cataldo Terrone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Vittorio Nardelli e Fabio Pozzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell’avvocato Giovanni Vittorio Nardelli in Roma, via Barnaba Tortolini, 30 (Placidi);

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sez. I, n. 726/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trinitapoli e della Edil Ter s.r.l. del Geom. Cataldo Terrone;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati D'Ambrosio e Nardelli e preso atto delle note d'udienza depositate dall'avv. Zarrella ai sensi del d.l. n. 137 del 2020, convertito nella legge n. 176 del 2020, e del d.l. n. 183 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La De Toma & Figlio Engeenering s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 21 maggio 2020, n. 726 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, che ha accolto sia il ricorso principale della R.I.S.-Recupero Inerti Speciali s.r.l. avverso l'aggiudicazione in favore della società appellante disposta con determinazione n. 150 in data 17 dicembre 2019 del Comune di Trinitapoli, sia il ricorso incidentale della De Toma finalizzato ad ottenere l'esclusione della società R.I.S. per non avere raggiunto la soglia di sbarramento (48 punti) prescritta dalla *lex specialis* con riguardo all'offerta tecnica.

La controversia concerne la procedura negoziata indetta in data 14 maggio 2019 dal Comune di Trinitapoli per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di una pista ciclabile "*Bike to Wetlands*" mediante Mepa, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara è intervenuta l'aggiudicazione in favore della De Toma & Figlio Engeneering.

2. - Con il ricorso in primo grado la R.I.S. s.r.l. ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della De Toma; quest'ultima, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale contestando il momento in cui è stata calcolata la soglia di sbarramento (ovvero, prima della riparametrazione), e contestando altresì le valutazioni svolte in ordine alle migliorie offerte dalla R.I.S.

3. - La sentenza appellata ha accolto sia il ricorso principale che quello incidentale, annullando per l'effetto le procedure valutative, con onere conformativo di riedizione delle operazioni di gara in ossequio al *dictum* decisorio. In particolare la sentenza ha ritenuto illegittimo che, per effetto della riammissione in gara della società R.I.S., si sia proceduto alla rivalutazione di tutte le offerte economiche e non solo di quella di quest'ultima, procedendo ad una modifica dei punteggi attribuiti. Quanto al ricorso incidentale, la sentenza lo ha accolto nella parte in cui lamenta che il punteggio di sbarramento debba essere valutato prima della riparametrazione, alla stregua di quanto disposto dall'art. 13 del disciplinare.

All'esito della riedizione della gara, è intervenuta la determinazione n. 90 in data 1 giugno 2020 di revoca della determinazione n. 150 del 2019, e di aggiudicazione dell'appalto ad una terza concorrente, provvedimento fatto oggetto di separato gravame.

4.- Con il ricorso in appello la società De Toma & Figlio Engeneering ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado laddove ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo di primo grado, ha criticato l'omessa pronuncia sull'eccezione di improcedibilità per sopravvenuto

difetto di interesse del ricorso introduttivo, come pure la statuizione di accoglimento del secondo motivo del ricorso principale della R.I.S.; ha infine riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le censure incidentali dichiarate assorbite in primo grado, riguardanti la violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione al punto 13 *sub* C) del disciplinare di gara.

5. - Si sono costituiti in resistenza il Comune di Trinitapoli e la Edil Ter s.r.l. eccependo l'inammissibilità/improcedibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso in appello.

6. - All'udienza pubblica del 18 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Va preliminarmente esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello svolta dalla Edil Ter s.r.l. nella considerazione della sopravvenuta determinazione n. 90 in data 1 giugno 2020, recante revoca in autotutela dell'aggiudicazione (di cui alla determinazione n. 150 del 17 dicembre 2019) in favore della società De Toma e proposta di aggiudicazione in suo favore, fatta oggetto di separato gravame dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia.

L'eccezione è infondata, in quanto, secondo quanto è dato evincere dalla motivazione della determinazione stessa, si tratta di provvedimento attuativo della sentenza appellata e della precedente ordinanza cautelare di primo grado, e non già espressione di autonoma valutazione discrezionale.

Conseguentemente, a fronte di una nuova aggiudicazione pronunciata in esecuzione della sentenza di primo grado, l'appello non può ritenersi improcedibile in applicazione del principio dell'effetto espansivo esterno della riforma della sentenza appellata previsto dall'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, Cod. proc. amm.; tale principio comporta infatti, nel caso di accoglimento dell'appello, l'automatica caducazione dell'aggiudicazione *medio tempore* disposta in esecuzione della sentenza di primo grado (in termini Cons. Stato, V, 10 aprile 2020, n. 2359; IV, 9 ottobre 2017, n. 4670).

2. - Procedendo ora allo scrutinio dell'appello, con il primo motivo si torna ad eccepire l'irricevibilità del ricorso introduttivo della società R.I.S., notificato in data 2 gennaio 2020, criticando la statuizione di primo grado che l'ha disattes.a. Deduce l'appellante che il termine per impugnare decorreva dalla conoscenza, intervenuta in data 25 ottobre 2019 (epoca dell'istanza di annullamento), della determina di approvazione degli atti di gara n. 91 del 7 ottobre 2019 (aggiudicazione provvisoria), rispetto alla quale la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 150 del 17 dicembre 2019 ha comportato semplicemente l'inverarsi della condizione di efficacia del precedente provvedimento.

Il motivo, pur nella sua problematicità, è infondato.

La sentenza appellata ha posto in evidenza che la determinazione n. 91 del 7 ottobre 2019 non ha portata lesiva, come si desume dal suo oggetto, ove si parla di "proposta di aggiudicazione", ed anche dal suo contenuto dispositivo, laddove, oltre all'approvazione degli atti, si "propone l'aggiudicazione"; «*a tale effetto (aggiudicazione definitiva) […] ha provveduto solo la determina impugnata n. 150 del 17.12.2019 che ha esplicitamente disposto in tale senso, definendo espressamente, nella parte motiva, la precedente determina n. 91/2019, quale "aggiudicazione provvisoria", sì da confermare l'assunto della sua natura provvisoria*».

Si tratta di una statuizione sostanzialmente conforme alla consolidata giurisprudenza che, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, ha ritenuto meramente facoltativa l'impugnativa dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto mero atto endoprocedimentale, sottolineando altresì che l'aggiudicazione definitiva (la sola che deve essere necessariamente oggetto di espressa impugnazione) non costituisce atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma esprime la volontà provvedimentale definitiva della stazione appaltante, espressione di autonoma valutazione, senza nesso di conseguenzialità automatica (tra le tante, Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7252).

Nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 è poi stata la previsione dell'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. a prevedere espressamente l'inammissibilità dell'impugnazione della proposta di aggiudicazione (e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività), proprio perché atto endoprocedimentale e dunque privo di lesività, a differenza dell'aggiudicazione (in termini Cons. Stato, III, 28 giugno 2019, n. 4447). Ma il risultato non è cambiato con l'abrogazione del comma 2-*bis* ad opera del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, atteso che, sul piano sostanziale, rimane ferma la natura meramente endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione, mentre è l'aggiudicazione l'atto che definisce la procedura attribuendo il bene della vita (vale a dire l'affidamento del lavoro, del servizio o della fornitura).

Il punto dirimente al riguardo non è dunque quello del momento della piena conoscenza dell'atto qualificato (invero non con la dovuta precisione, sì da diventare fonte di equivoco) come aggiudicazione provvisoria/proposta di aggiudicazione, ma semplicemente quello dell'individuazione del provvedimento effettivamente lesivo, e dunque impugnabile. Tale deve ritenersi, ad avviso del Collegio, la aggiudicazione di cui alla determinazione n. 150 del 17 dicembre 2019, in quanto la precedente determinazione n. 91 del 7 ottobre 2019, qualificata come proposta di aggiudicazione (atto che dovrebbe provenire dalla Commissione giudicatrice) o come aggiudicazione provvisoria (non più prevista dall'ordinamento) si caratterizza contenutisticamente per la sua natura precaria, instabile e dunque anche insuscettibile di generare affidamenti. Ove anche si ritenesse che tra i due atti intercorra la fase di controllo (*melius*, di approvazione della proposta di aggiudicazione, che precede la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, come si evince anche dalla scansione del procedimento enucleata dall'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016), si tratterebbe di uno iato giuridicamente significativo a dimostrare che l'atto effettivamente lesivo è la determinazione n. 150 del dicembre 2019.

3. - Il secondo mezzo censura poi l'omessa pronuncia sull'eccezione (svolta dalla società De Toma nella memoria del 27 aprile 2020) di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse della società RIS alla decisione del ricorso introduttivo sia per mancata impugnazione dell'esclusione dalla gara disposta con il verbale del 2 marzo 2020 (conosciuta dall'interessata in data 22 aprile 2020) in conseguenza dell'ordinanza cautelare di primo grado n. 75 del 13 febbraio 2020, sia per trovarsi la ricorrente principale in posizione non utile per non avere raggiunto la soglia minima (dei 48 punti) per proseguire nella gara (nel punteggio ante riparametrazione); comunque tale eccezione è riproposta ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

Il motivo è infondato.

La sentenza appellata ha pronunciato sui due profili di cui si compone l'eccezione di inammissibilità dell'odierna appellante, rilevando che non possa predicarsi con certezza lo spirare del termine di impugnazione, fermo restando che la ripetizione della valutazione delle offerte è stata adottata in dichiarata esecuzione della pronuncia cautelare suscettibile di essere caducata in caso di mancata conferma in sede di decisione nel merito, ed aggiungendo che la valutazione dell'interesse va comunque proiettata anche nella prospettiva degli esiti del ricorso incidentale, richiamando i principi espressi dalla sentenza della Corte Giust. U.E. 5 settembre 2019, in causa C-333/18

(Lombardi). Da tale sentenza si trae la regola che nei giudizi di impugnazione di atti di procedure di affidamento di contratti pubblici l'interesse ad agire in giudizio può avere sostanza in un'utilità non immediatamente ritraibile dalla decisione di accoglimento del ricorso, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza nazionale in relazione all'art. 100 Cod. proc. civ., ma può essere anche intermediato dall'esercizio di un potere amministrativo di cui è paradigmatico il carattere discrezionale, quale quello di autotutela (così Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2330).

E' stato osservato al riguardo che l'indirizzo della giurisprudenza europea espresso dalla sentenza della Corte Giust. U.E. 5 aprile 2016, in causa C-689/13 (Puligienica) e poi sviluppato dalla già richiamata pronuncia della Corte Giust. U.E. 5 settembre 2019, in causa C-313/18 (Lombardi) comporta il passaggio dalla soluzione utile alla soluzione legittima; ossia dalla decisione che mirava al conseguimento di un risultato favorevole all'amministrazione e all'aggiudicatario, alla decisione che privilegia il complesso delle relazioni che gravitano intorno all'assegnazione di un appalto, che non sono solo quelle delle due parti contraenti, ma riguardano anche i soggetti pretermessi ed anche il più generale interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (Cons. Stato, VI, 20 aprile 2020, n. 2522).

4. - Il terzo motivo critica la statuizione di accoglimento del secondo motivo del ricorso principale della società R.I.S., deducente, tra l'altro, la violazione dell'art. 13 del disciplinare, per avere la Commissione, all'esito della riammissione in gara della stessa R.I.S. (disposta con verbale n. 6 del 24 settembre 2019), proceduto alla rivalutazione di tutte le offerte e non solo di quest'ultima, con conseguente modifica dei punteggi attribuiti, in assenza di una prescrizione di valutazione comparativa delle offerte stesse. Allega l'appellante che l'integrale rinnovazione della valutazione, con riammissione anche delle concorrenti che non avevano superato la soglia di sbarramento di 48 punti, consegue alla necessità di dare omogeneità alle valutazioni per pervenire ad una graduatoria obiettiva (ad esempio con riguardo al sub-criterio C4, concernente, quale proposta migliorativa, il numero degli anni offerti per la manutenzione straordinaria gratuita della pista ciclabile, ed implicante la conoscenza contestuale delle offerte).

Il motivo, pur nella sua problematicità, non appare fondato.

I criteri di valutazione e ponderazione del punteggio indicati dall'art. 13 del disciplinare di gara non sottendono parametri comparativi, ma, come ritenuto dalla sentenza di prime cure, di carattere assoluto. Ciò comporta che, ove la Commissione giudicatrice avesse inteso, nell'esercizio del proprio potere di autotutela, procedere ad una rivalutazione di tutte le offerte tecniche delle imprese partecipanti, avrebbe dovuto adeguatamente darne atto in sede di motivazione, non limitandosi ad affermare che si tratta di "*atto comparativo necessario alla definizione di una obiettiva graduatoria*", come invece si evince dal verbale n. 6 del 24 settembre 2019.

Pur essendo tale considerazione risolutiva ai fini del decidere, giova aggiungere, in relazione alla censura svolta dall'appellante con riguardo all'attribuzione di analogo punteggio per il sub-criterio C4 alla Edil Ter ed alla R.I.S., che non può escludersi la legittimità di una valutazione tecnica equivalente, in assenza della dimostrazione, anche solo indiziaria, dell'irragionevolezza della medesima.

Il disciplinare di gara ha previsto criteri qualitativi per la valutazione delle offerte, come si evince dall'art. 13, comma 3, ove è affermato che «*il punteggio relativo alla componente qualitativa dell'offerta (offerta tecnica) è pari alla somma dei punti ottenuti per ogni sub-criterio fino ad un massimo di 70 punti*», e tra questi parametri qualitativi è incluso anche il (sub)criterio C4, certamente più problematico perché riferito al numero di anni offerti per la manutenzione straordinaria gratuita della pista ciclabile. Nella descritta cornice, peraltro, anche l'applicazione del

punteggio per tale sub-criterio non può essere informato al solo numero di anni offerti per la manutenzione straordinaria, e cioè ad un parametro meramente quantitativo.

5. - Il quarto motivo reitera poi il motivo del proprio ricorso incidentale (concernente l'asserita identità delle migliorie offerte nella relazione della R.I.S. per tutti e quattro i criteri di valutazione, con conseguente lamentata valutazione di una stessa miglioria più volte) assorbito in primo grado in conseguenza dell'accoglimento della censura volta a contestare il calcolo del punteggio di sbarramento prescritto dall'art. 13 del disciplinare dopo la riparametrazione dei punteggi.

Si tratta peraltro di un motivo, già in primo grado proposto in via gradata e per completezza difensiva, inammissibile per carenza di interesse, non essendo stata contestata in sede di gravame l'esclusione della società R.I.S., disposta dalla sentenza appellata proprio in accoglimento del ricorso incidentale dell'odierna appellante.

6. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Stefano Fantini	Francesco Caringella

IL SEGRETARIO