

N. 00127/2025REG.PROV.COLL.

N. 02350/2024 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 2350 del 2024, proposto da Penta Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 94544635AE, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Fioravanti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Ancona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudia Domizio, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Bonaccio in Roma, via Filippo Corridoni 15, Scala B;

nei confronti

Edra Costruzioni soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Monterisi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
Edison Next Recology s.r.l., non costituita in giudizio;

Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero dell'istruzione e del merito, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, Sez. I, n. 130 del 2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Ancona, della Edra Costruzioni soc. coop., del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell'istruzione e del merito;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2024 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Fioravanti e Domizio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Penta Appalti s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 7 febbraio 2024, n. 130 del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, Sez. I, che ha in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto il suo ricorso, nonché respinto i motivi aggiunti avverso, rispettivamente, la determinazione della Provincia di Ancona n. 839 in data 28 giugno 2023 con cui sono state revocate le determinazioni n. 194 del 2023 e n. 514 del 2023, di aggiudicazione alla Penta Appalti s.r.l. della procedura aperta “*per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico del corpo “B”*”

e del corpo "C" dell'ITIS Volterra" di Ancona, la successiva determinazione n. 943 del 17 luglio 2023 di aggiudicazione alla seconda graduata Edra Costruzioni soc. coop., nonché avverso la determinazione n. 1382 in data 31 ottobre 2023 dichiarativa dell'efficacia dell'aggiudicazione in favore della Edra, respingendo altresì la domanda di risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente (per un importo di euro 921.409,92).

All'esito del confronto concorrenziale l'appellante è risultata aggiudicataria; in data 20 aprile 2023 l'impresa ha preso possesso delle aree di cantiere; dunque, convocata per la consegna dei lavori, asseritamente a mente dell'art. 52 del capitolato speciale d'appalto, con nota in data 2 maggio 2023 ha formulato osservazioni tecniche ostative all'avvio ed al regolare svolgimento dei lavori, segnalando gravi errori ed omissioni progettuali. Non si è dato dunque seguito alla consegna dei lavori, anche in ragione della mancata presentazione della SCIA (per l'inizio dei lavori) da parte dell'amministrazione committente. La Provincia di Ancona procedeva in data 12 maggio 2023 ad una diffida ad eseguire l'appalto alle condizioni previste nei documenti di gara, rappresentando altresì che, prima dell'avvio dei lavori, non era possibile per l'impresa avvalersi della facoltà di cui all'art. 52 del capitolato speciale d'appalto. La Penta Appalti ha ulteriormente contestato la diffida della Provincia, pur confermando la volontà di sottoscrivere il contratto.

Ne è conseguito, con comunicazione in data 25 maggio 2023, l'avvio del procedimento di revoca della determinazione n. 194 del 16 febbraio 2023 e della determinazione n. 514 del 14 aprile 2023; è poi intervenuta la revoca, che, per l'appellante, non ha tenuto conto delle osservazioni tecniche formulate dall'impresa, procedendo anche alla segnalazione del fatto dall'ANAC.

Con il ricorso in primo grado e i successivi motivi aggiunti la società Penta Appalti ha impugnato la revoca dell'aggiudicazione disposta in proprio favore e la successiva aggiudicazione alla seconda graduata Edra, deducendo la violazione dell'art. 52 del capitolato speciale d'appalto, alla cui stregua in ogni momento l'appaltatore può chiedere chiarimenti e documentare osservazioni su aspetti tecnici, e comunque l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di revoca; quanto all'aggiudicazione in favore della seconda graduata la ricorrente ha dedotto che la stessa sarebbe sprovvista dei requisiti di qualificazione.

2. - La sentenza appellata ha in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il ricorso, disattendendo altresì i motivi aggiunti nella considerazione che l'art. 52 del capitolato speciale d'appalto riguarda le modalità di esecuzione dell'appalto, presupponendo dunque l'intervenuta stipula del contratto e la sua effettiva operatività tra le parti, circostanza che non ricorre nella fattispecie controversa. La sentenza ha inoltre ritenuto legittima la revoca avendo la società ricorrente, con le proprie osservazioni, inammissibilmente richiesto una modifica del regolamento contrattuale rispetto a quanto l'impresa si era impegnata a fare, sin dal momento dell'offerta; ha poi dichiarato inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione alla seconda graduata, in quanto doveva ritenersi non partecipante alla gara per effetto della revoca.

3.- Con il ricorso in appello la Penta Appalti s.r.l. ha essenzialmente riproposto, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado incentrate sulla contestazione dell'assunto della inapplicabilità dell'art. 52 del capitolato speciale d'appalto anteriormente alla stipulazione del contratto e sulla critica della statuizione di inammissibilità del terzo motivo concernente il possesso dei requisiti di qualificazione dell'aggiudicataria Edra.

4. – Si sono costituite in resistenza l'amministrazione statale, con memoria di forma, la Provincia di Ancona e la Edra Costruzioni soc. coop. eccependo l'inammissibilità (per mancata impugnazione della statuizione di rigetto dei motivi aggiunti, che comporterebbe la cessazione della materia del contendere), e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso in appello.

5. – Con atti in data 17 giugno e 1 luglio 2024 la società Penta Appalti ha proposto istanze ostensive incidentali chiedendo l'esibizione dei documenti non consegnati dalla Provincia di Ancona a seguito della domanda di accesso presentata il 14 maggio 2024, concernente la documentazione riguardante l'esecuzione dei lavori da parte della Edra, allo scopo di dimostrare i vizi progettuali alla base degli atti di gara, e contestando poi la nota in data 24 giugno 2024 di accoglimento parziale della domanda di accesso.

6. –All'udienza pubblica del 7 luglio 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.-Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso in appello svolta dalle parti resistenti in ragione della mancata impugnazione della statuizione di primo grado di reiezione dei motivi aggiunti esperiti avverso la determinazione n. 1382 in data 31 ottobre 2023; tale omessa impugnazione comporterebbe la cessazione della materia del contendere.

L'eccezione è infondata.

Occorre infatti considerare che i motivi aggiunti hanno riguardato la determinazione n. 1382 del 2023, concernente la dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione in favore della Edra Costruzioni s.r.l., mentre l'aggiudicazione in favore della stessa (seconda graduata) era già stata disposta con la determinazione n. 943 del 17 luglio 2023, già oggetto del ricorso introduttivo.

La verifica del possesso dei requisiti, all'esito della quale, a norma dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'aggiudicazione diviene efficace, costituisce condizione di efficacia dell'aggiudicazione; ne consegue che la mancata impugnazione non comporta improcedibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione, essendo destinata ad essere travolta dall'eventuale annullamento dell'aggiudicazione (in termini, indirettamente, Cons. Stato, V, 15 marzo 2019, n. 1710).

2. – Procedendo alla disamina dell'appello, va detto che con il primo motivo, nel denunciare la contraddittorietà ed erroneità della sentenza di primo grado, viene allegato che, in linea generale, le osservazioni e le riserve dell'appaltatore presentate nella fase esecutiva del contratto, ed aventi ad oggetto carenze effettive del progetto, giustificano l'introduzione di perizie di variante (art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016), ovvero il riconoscimento di maggiori oneri all'esito dell'esperimento della procedura di accordo bonario di cui all'art. 205 del predetto testo normativo; trae da ciò la conclusione che non vi sia differenza tra la fase esecutiva e quella antecedente la stipulazione del contratto. Nel caso di specie, la Provincia aveva già consegnato le aree, sì che l'appellante, sin dal 20 aprile 2023, aveva avviato le attività di accantieramento e recinzione del cantiere, costituenti "avvio dei lavori". Essendo dunque avvenuta la consegna dei lavori, e iniziata l'effettiva prestazione dei medesimi in via di urgenza, l'impresa non poteva che formulare le proprie osservazioni per non incorrere in decadenze. Del tutto iniqua dovrebbe dunque ritenersi la pretesa della Provincia di subordinare la stipulazione del contratto all'annullamento, da parte dell'impresa, di tutte le osservazioni formulate. Allega ancora l'appellante che, in ogni caso, l'art. 52 del capitolato speciale consentiva di presentare osservazioni su aspetti tecnici "in ogni momento". Per l'appellante, la sentenza avrebbe anche erroneamente affermato che la SCIA sia stata presentata

dalla Provincia il 18 aprile 2023, e dunque prima della consegna dei lavori, prevista per il successivo 23 maggio; al contrario, proprio dalla documentazione versata in atti dalla Provincia si evincerebbe che alla data della consegna d'urgenza dei lavori (2 maggio) non era stata presentata alcuna SCIA.

Il motivo è infondato.

La determinazione dirigenziale della Provincia di Ancona di revoca n. 839 in data 28 giugno 2023 è motivata con riferimento all'interesse pubblico conseguente al *“sopravvenire di circostanze determinate dal comportamento tenuto dalla Penta Appalti s.r.l. a seguito della convocazione per la consegna dei lavori in via di urgenza”*. Il comportamento è consistito nella predisposizione di *“riserve/contestazioni per errori progettuali”*, ritenuti tali da impedire la possibilità di dare corso ai lavori. La revoca evidenzia il rischio che un siffatto comportamento non consenta di rispettare le scadenze imposte dal PNRR, con conseguente perdita del finanziamento europeo, a fronte anche della necessità di dare corso agli interventi di adeguamento sismico dei corpi *“B” e “C” dell'I.I.S. “Volterra-Elia” di Ancona.*

Considerando la portata dell'impugnato provvedimento di revoca, lo stesso appare legittimo, in quanto le osservazioni dell'appellante si sono tradotte in contestazioni delle previsioni progettuali ostative all'avvio dei lavori, seppure dichiaratamente accettate con la presentazione dell'offerta, come condivisibilmente rilevato dal primo giudice.

In particolare, giova rilevare che la Penta Appalti s.r.l., nella domanda di partecipazione alla procedura aperta ha espressamente dichiarato, tra l'altro, *«di avere preso visione della determinazione dirigenziale n. 1358 del 27/10/2022 e del capitolato speciale e di tutti i documenti posti a base di gara, e di accettare, senza riserva o condizione alcuna, tutte le particolari condizioni di esecuzione dell'appalto dal medesimo previste, nonché tutte le norme e*

disposizioni contenute nel disciplinare di gara». Ciò rende di per sé incompatibile la presentazione, con le note del maggio 2023, di tutta una serie di riserve e contestazioni, segnalazione di gravi errori ed omissioni progettuali, con richiesta anche di varianti o proroghe e finanche di rimborso di spese, e comunque con espressa dichiarazione dell'impossibilità di dare corso ai lavori nel rispetto della tempistica, prevista anche questa dalla domanda di partecipazione.

Invoca l'appellante l'art. 52 del capitolato speciale d'appalto, rubricato "*riserve e contestazioni*", alla cui stregua *«in ogni momento l'appaltatore potrà chiedere chiarimenti o documentare osservazioni su aspetti tecnici»*, ma la disposizione in questione, come si evince dalla sua interpretazione letterale, attiene all'esecuzione contrattuale. Peraltro lo stesso art. 52 del capitolato speciale d'appalto disciplina la diversa situazione, logicamente antecedente, delle "*differenze riscontrate all'atto della consegna*". E comunque, anche a volere accedere ad una differente interpretazione all'art. 52 del capitolato speciale, dovrebbe ammettersi una prevalenza gerarchica del disciplinare di gara, in coerenza del quale è stata formulata la domanda di partecipazione, rispetto al capitolato speciale.

Nel caso di specie, le riserve e contestazioni sono state presentate dalla Penta Appalti il 2 maggio 2023, e cioè nel giorno previsto per la consegna dei lavori (in via d'urgenza), in un contesto in cui dunque l'esecuzione non era iniziata e tanto meno era stato stipulato il contratto (adempimento per il quale era previsto il termine del 13 giugno 2023). L'attività, peraltro del tutto modesta, propedeutica di recinzione del cantiere non equivale alla consegna dei lavori (d'urgenza), con la quale solamente si ha l'avvio dell'esecuzione, a mente dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (ponendosi su di un altro piano il tema degli indizi rilevanti ai fini della enucleazione dell'inizio dei lavori nella disciplina edilizia).

Quanto alla mancata presentazione della SCIA, non può che condividersi l'assunto del primo giudice secondo cui, anche a prescindere dal contestato inserimento della dichiarazione nell'apposito portale del Comune di Ancona in data 18 aprile 2023, per la formazione di detto titolo non è richiesta una dilazione temporale, o, meglio, uno *spatium deliberandi*, con il logico corollario che *«bene poteva essere presentata tempestivamente all'indomani della presa in carico dei lavori in vista del loro materiale avvio»*, come evidenziato dal primo giudice.

3. – Il secondo mezzo critica la statuizione secondo cui, nell'evenienza in cui il progetto fosse stato ritenuto carente fin dall'origine, la ricorrente non avrebbe dovuto partecipare alla gara, non formulando la propria offerta; tale motivo viene svolto nella considerazione che, così opinando, non sarebbe possibile iscrivere riserve, per il solo fatto di avere partecipato alla gara, in tale modo determinandosi una violazione dell'art. 205 del d.lgs. n. 50 del 2016, oltre che un *vulnus* allo *status*, proprio dell'appaltatore, di operatore qualificato sul quale incombe (anche) il dovere di contestare le carenze progettuali. Per l'appellante, dunque, la revoca sarebbe illegittima in quanto non basata su di un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento.

Il motivo è infondato, per le ragioni già esposte in precedenza, volte ad evidenziare che la fattispecie in esame non ha attinenza con l'ambito proprio della iscrizione delle riserve, consistenti essenzialmente in contestazioni che si traducono in pretese di ordine patrimoniale, verbalizzate nel registro di contabilità, da fare valere in un momento successivo nei confronti della stazione appaltante.

Complessivamente, dunque, le osservazioni presentate dall'appellante anteriormente alla stipula del contratto e all'inizio dell'esecuzione contrattuale, assumono la valenza di richiesta di un mutamento del regolamento contrattuale rispetto a quello che fin

dal momento dell'offerta la società si era impegnata ad accettare, in violazione, tra l'altro, anche dei principi di buona fede e di diligenza professionale (in termini Cons. Stato, III, 28 febbraio 2023, n. 2043).

Proprio in ragione di ciò, sussistevano i presupposti che hanno legittimato l'adozione dell'impugnato provvedimento di revoca, in coerenza con il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui tra i sopravvenuti motivi di interesse pubblico bene possono rientrare anche i comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestatisi dopo l'aggiudicazione; tra questi rientra anche il caso del rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto prima che siano modificate talune clausole contenute nella *lex specialis* di gara (Cons. Stato, V, 11 luglio 2016, n. 3054). Si tratta, secondo una parte della giurisprudenza, di una revoca che, seppure basata sulle sopravvenienze di interesse pubblico, assume una natura latamente sanzionatoria, conseguendo a condotte scorrette del soggetto beneficiario di un precedente provvedimento favorevole (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 120), circostanza che esclude la sussistenza di pregiudizi imputabili all'amministrazione e ristorabili mediante l'indennizzo contemplato dall'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990. Né può assumere rilievo la circostanza che, nella specie, la Penta Appalti abbia espresso, con le controdeduzioni in data giugno 2023, la volontà di stipulare, senza riserve, il contratto, trattandosi di una volontà equivoca, chiaramente contraddittoria, e dunque non valida, in quanto accompagnata dalla previa dichiarazione dell'impossibilità di eseguire i lavori in conformità della documentazione progettuale posta a base di gara e delle indicazioni fornite dalla stazione appaltante e dalla contestuale affermazione che *«l'impresa non può però accettare che sia la Provincia a subordinare la stipulazione del contratto alla rinuncia [...] da parte dell'impresa all'esercizio di una facoltà prevista dal capitolato posto a base di gara dello stesso Ente,*

perché tale condotta è basata su di un travisamento dei fatti e su un contegno iniquo e certamente illegittimo».

4.- Il terzo motivo si rivolge poi alla statuizione di primo grado che ha ritenuto inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione in favore della seconda graduata Edra Costruzioni soc. coop. Deduce l'appellante di avere contestato l'insussistenza, in capo alla Edra Costruzioni, dei requisiti di qualificazione occorrenti per l'esecuzione dei lavori, avendo il bando erroneamente incluso l'installazione degli isolatori sismici e le lavorazioni connesse nella categoria OG1, mentre tali lavorazioni sono riconducibili esclusivamente alle categorie OS11 ed in subordine OS21; la conseguente espunzione delle stesse rende evidente che la categoria OG1 non possa considerarsi prevalente (mentre tale sarebbe la OS11 od in subordine la OS21, per le quali avrebbe dovuto fare ricorso ad un subappalto necessario, e non già facoltativo).

Il motivo è infondato per le ragioni esposte dal primo giudice, che attengono alla disposta revoca dell'aggiudicazione della gara alla Penta Appalti s.r.l., anche prescindendo dall'approfondire il possesso dei requisiti di qualificazione in capo a quest'ultima.

Ed infatti se, di regola, è sufficiente, ai fini del riconoscimento di una posizione differenziata e qualificata in capo all'operatore economico che ha partecipato ad una procedura di gara, l'interesse strumentale ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve ritenersi che tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dalla gara, ovvero al quale sia stata revocata l'aggiudicazione. In altri termini, l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara può essere perseguito solo dall'impresa che non è stata esclusa, poiché la legittima esclusione dalla gara (cui è equiparabile la revoca "sanzionatoria" dell'aggiudicazione per motivi che hanno

comunque accertato l'impossibilità di partecipare ad una gara nel rispetto del cronoprogramma dettato dal finanziamento dei lavori) priva il concorrente della disponibilità di interessi qualificati, anche di mera natura strumentale, preordinati ad ottenerne la riedizione integrale (Cons. Stato, V, 28 marzo 2019, n. 2065).

5. – Occorre ora esaminare l'istanza *ex art.* 116, comma 2, cod. proc. amm., notificata in data 18 giugno, con cui Penta Appalti ha impugnato incidentalmente il diniego tacito parziale opposto dalla Provincia di Ancona sulla sua istanza di accesso (risalente al 14 maggio 2024) alla documentazione riguardante l'esecuzione dei lavori da parte della società Edra.

L'istanza ostensiva incidentale è inammissibile, essendo stata proposta prima della scadenza del termine di trenta giorni riconosciuto (dall'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990) all'amministrazione per provvedere, cadente il 23 giugno 2024, in considerazione dei dieci giorni attribuiti al controinteressato per proporre eventuale opposizione; il che esclude la configurabilità di un silenzio diniego sull'istanza di accesso.

6. – L'appellante Penta Appalti s.r.l. ha poi proposto, con atto notificato in data 1 luglio 2024, un'ulteriore istanza ostensiva incidentale, impugnando la nota della Provincia di Ancona in data 24 giugno 2024, di accoglimento parziale della sua domanda di accesso, lamentando in particolare la mancata ostensione del "giornale lavori" e della "corrispondenza in entrata e/o in uscita con l'impresa incaricata dell'esecuzione dei lavori" e chiedendo altresì un rinvio della trattazione del ricorso, anche in considerazione di un'istanza istruttoria, già formulata con la memoria difensiva del 17 giugno 2024, finalizzata ad una verifica ovvero consulenza tecnica sulle lacune progettuali, la cui sussistenza troverebbe conferma nel verbale di concordamento nuovi prezzi sottoscritto dalla Provincia di Ancona con la società

Edra in data 31 maggio 2024, facente seguito alla stipulazione del contratto risalente al 30 novembre 2023.

L'istanza ostensiva è inammissibile per la sua genericità, non avendo la Penta Appalti in alcun modo contestato la motivazione a fondamento di ogni documento denegato.

7. - Anche l'istanza istruttoria (volta a verificare le lacune progettuali della documentazione posta base di gara), quand'anche ammissibile, deve essere disattesa, in quanto non rilevante rispetto all'oggetto del ricorso, al *thema decidendum*, consistente nel sindacato di legittimità della revoca dell'aggiudicazione, motivata con riguardo al contegno dell'aggiudicataria volto a contestare la documentazione della gara al momento della convocazione per la consegna dei lavori e prima della stipulazione del contratto. Giova aggiungere come peraltro il verbale di concordamento prezzi del 31 maggio 2024, intervenuto tra Provincia di Ancona ed Edra Costruzioni soc. coop., risulta conseguente "*alla necessità di eseguire alcune tipologie di lavori non previsti in progetto e per la cui contabilizzazione mancano i relativi prezzi unitari*". Va conseguentemente disattesa anche l'istanza di differimento dell'udienza, risultando comunque non pertinente il richiamo ai termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm. rispetto ad una produzione documentale (contenente il predetto verbale di concordamento prezzi) effettuata dalla Provincia in data 11 giugno 2024.

8. – Alla stregua di quanto esposto, il ricorso, con l'unita domanda risarcitoria, deve essere respinto.

La complessità, anche fattuale, della controversia integra le ragioni che giustificano la compensazione tra 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 in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO