

N. 10542/2024REG.PROV.COLL.

N. 07298/2024 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 7298 del 2024, proposto da Consorzio Innova Società Cooperativa in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del Costituendo Rti, Pa.Co. Pacifico Costruzioni S.p.A. in proprio e in qualità di mandante del Costituendo Rti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Angelo Clarizia, Enrico Soprano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

S.E.C.A.P. s.p.a, Cicalese Impianti s.r.l, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Carlo Merani, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, Antonio Donnarumma, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fondazione Stelline, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppina Incorvaia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 2355/2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Fondazione Stelline, S.E.C.A.P. s.p.a. e di Cicalese Impianti s.r.l,

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2024 il Cons. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Soprano, Lo Pinto, Donnarumma e Incorvaia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 21 giugno 2023 la Fondazione Stelline ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento dell'appalto integrato del progetto esecutivo e della esecuzione dei lavori di restauro e recupero edilizio della porzione del Palazzo delle Stelline, ubicata in Corso Magenta 61, per un importo a base di gara di euro 17.706.093,83.

1.1. All'esito della verifica della documentazione amministrativa presentata in fase di prequalifica, la stazione appaltante, in data 20 novembre 2023, ha invitato undici operatori economici a partecipare alla fase ristretta della procedura.

1.2. A valle della valutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti, la commissione, con verbale del 18 gennaio 2024, ha stilato la graduatoria di gara, ai cui primi due posti erano collocati rispettivamente il R.T.I. Innova - PA.CO. (con punti 99,22) e il R.T.I. S.E.C.A.P. - Cicalese Impianti (con punti 99,17).

1.3. Con comunicazione del 7 febbraio 2024 la Fondazione Stelline ha avviato il sub-procedimento di verifica di congruità dell'offerta presentata dal R.T.I. Innova - PA.CO, chiedendo al concorrente di trasmettere una: *“... dettagliata relazione nella quale dovranno essere illustrati i motivi tecnici ed economici che hanno consentito all'operatore economico di praticare l'offerta presentata, dimostrandone la sostenibilità, serietà ed affidabilità e, dunque, l'idoneità della stessa a garantire il corretto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali”*.

In data 22 febbraio 2024 il Consorzio Innova ha trasmesso tale relazione corredata da tre allegati documentali.

1.4. Nella seduta riservata del 26 febbraio 2024 il RUP, con l'ausilio della commissione, ha esaminato i giustificativi forniti dal concorrente, concludendo che: *“le giustificazioni prodotte dal concorrente Consorzio Innova Società Cooperativa in RTI costituendo con PA.CO. S.p.A. - Pacifico Costruzioni S.p.A., siano sufficienti a dimostrare la serietà e la sostanziale affidabilità dell'offerta e la conseguente sua congruità”*.

1.5. Con verbale del Consiglio di Amministrazione della Fondazione Stelline dell'8 marzo 2024 la gara è stata aggiudicata al R.T.I. costituendo tra Consorzio Innova e PA.CO.

Il provvedimento di aggiudicazione è stato comunicato al RTI SECAP s.p.a. il 13 marzo 2024.

1.6. In data 14 marzo 2024 SECAP s.p.a. ha presentato istanza di accesso agli atti, per prendere visione ed estrarre copia delle offerte presentate dai concorrenti e della

documentazione relativa al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario.

In riscontro a tale istanza la stazione appaltante le ha trasmesso la documentazione relativa alle offerte e, il successivo 27 marzo 2024, gli atti del sub-procedimento di verifica di congruità.

1.7. Esaminata tale documentazione, il RTI SACAP s.p.a. e Cicalese Impianti s.r.l. ha presentato, in data 15 aprile 2024, un'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione adottato in favore del R.T.I. costituendo tra Consorzio Innova Società Cooperativa - PA.CO. S.p.A.

1.8. Nel frattempo la stazione appaltante ha disposto, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 8, comma 1, lett. a), D.L. n. 76/2020, la consegna anticipata in via d'urgenza dei lavori, nelle more del completamento della verifica del possesso dei requisiti di capacità generale e speciale da parte del Raggruppamento Innova, e della conseguente stipula del contratto di appalto.

1.9. Il RTI composto da SECAP s.p.a, nonché Cicalese Impianti s.r.l, secondo classificato, ha quindi presentato il ricorso in epigrafe, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati.

1.10. Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e il RTI controinteressato, resistendo al ricorso, di cui hanno contestato la fondatezza con separata memoria.

1.11. Successivamente, la stazione appaltante – a fronte dell'istanza di autotutela presentata dal RTI SECAP s.p.a. e Cicalese Impianti s.r.l. in data 16 aprile 2024 – ha chiesto chiarimenti al Consorzio Innova, che li ha forniti il successivo 22 aprile 2024. Quindi, con nota del 23 aprile 2024, la Fondazione Stelline ha rigettato l'istanza presentata dal RTI secondo classificato, confermando *“la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità dell'offerta e la conseguente sua congruità”*.

1.12. Tale nota è stata impugnata dal RTI SECAP s.p.a. e Cicalese Impianti s.r.l. con ricorso per motivi aggiunti depositato il 23 maggio 2024.

1.13. Con sentenza n. 2355/24 il TAR per la Lombardia ha accolto il ricorso e i successivi motivi aggiunti, annullando il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore del Consorzio Innova, e disponendo aggiudicazione in favore del RTI SECAP s.p.a. e Cicalese Impianti s.r.l, nonché il subentro nell'esecuzione del contratto nelle more stipulato.

1.14. Avverso tale statuizione giudiziale il Consorzio Innova, nella qualità in atti, ha interposto appello, affidato ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: *error in iudicando*; violazione degli artt. 95 e 97 d. lgs. n. 50/16; eccesso di potere; difetto di motivazione.

Ha chiesto pertanto, in accoglimento dell'appello, e in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dalle controinteressate in primo grado. Il tutto con vittoria delle spese di lite.

1.15. Costituitasi in giudizio, la Fondazione Stellite ha aderito alle conclusioni di parte appellante.

1.16. Costituitesi in giudizio, SECAP s.p.a. e Cicalese Impianti s.r.l. hanno chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria delle spese di lite.

1.17. All'udienza pubblica del 19.12.2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

2. Va preliminarmente rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'appello proposta dal RTI controinteressato nella memoria depositata in data 8.10.2024, in relazione alla mancata censura – *in thesi* – del capo 6.7 dell'impugnata sentenza. Sul punto, è sufficiente osservare che le censure articolate dall'appellante – in quanto volte a contestare, a monte, l'intero percorso motivazionale posto dal TAR meneghino a fondamento della pronuncia impugnata – sono di tale natura da comportare, in caso

di loro accoglimento, l'automatico travolgimento (a valle) di tutte le ulteriori argomentazioni poste a supporto della pronuncia stessa, non potendo evidentemente sussistere quest'ultima, in presenza di una pronuncia cassatoria che colpisca l'intero suo impianto motivazionale.

3. Nel merito, con il primo motivo di gravame l'appellante lamenta l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice di prime cure, il quale avrebbe sostituito la propria valutazione in ordine alle giustificazioni fornite dalla società in sede di verifica dell'anomalia, a quelle effettuate dal RUP con l'ausilio della commissione di gara.

Il motivo è fondato.

4. Premette anzitutto il Collegio che, per condivisa giurisprudenza amministrativa, anche di questa Sezione: *“la valutazione di anomalia costituisce espressione della discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere un'autonoma verifica circa la sussistenza o meno dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva valutazione dell'amministrazione”* (C.d.S, V, 29.4.2024, n. 3854).

In particolare, per quel che attiene più propriamente al sub-procedimento di verifica dell'anomalia, questa Sezione ha già affermato, con valutazioni dalle quali non vi è motivo di dissentire, che: *“l'accertamento di una carenza di istruttoria da parte della stazione appaltante nella verifica di anomalia dell'offerta aggiudicataria comporta sempre la riapertura del*

relativo sub-procedimento e la valutazione anche delle giustificazioni degli altri concorrenti. Tale sindacato giurisdizionale non può incontrare pertanto un limite nell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., in quanto, per il solo fatto di determinare un prosieguo procedimentale, non integra una pronuncia su poteri amministrativi non ancora esercitati, limitandosi piuttosto ad un effetto conformativo sulla riedizione del potere (in termini, seppure con riferimento ad una fattispecie diversa, Cons. Stato, VI, 20 aprile 2020, n. 2520)» (C.d.S, V, 17.11.2022, n. 10131).

5. Pertanto, l'accertamento di carenze istruttorie nell'ambito del sub-procedimento di verifica di anomalia intanto non ridonda nel sindacato su poteri non ancora esercitati, in quanto l'esito di tale accertamento sia la riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, e non l'intervento sostitutivo diretto da parte del giudice amministrativo.

6. Su questa tematica si innesta poi l'ulteriore questione consistente nell'evitare che l'Amministrazione, in sede di riesercizio del potere, possa negare all'infinito il provvedimento chiesto dal privato, senza incontrare limiti diversi da quelli consistenti nell'impossibilità di riproposizione di valutazioni già stigmatizzate in sede giurisdizionale.

Per tali ragioni, da tempo la giurisprudenza amministrativa ha adottato il principio del c.d. *one shot* temperato, al dichiarato fine di individuare un punto di equilibrio più avanzato tra l'effettività della tutela assicurata dal giudicato amministrativo e la continuità (o inesauribilità) del potere amministrativo.

In forza di questo principio, l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto avente contenuto discrezionale, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere

sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (in tal senso, cfr. C.d.S, V, sent. n. 2080/2023; Id, VI, sent. n. 3480/22; Id, III, sent. n. 508717.

7. Perno centrale di tale ricostruzione dogmatica è dunque rappresentato dal previo annullamento dell'atto in sede giurisdizionale. Solo in presenza di tale annullamento l'amministrazione, in sede di riesercizio del proprio potere discrezionale, è tenuta ad esaminare l'affare nella sua interezza, con la conseguenza che, in caso di annullamento anche del secondo provvedimento, la discrezionalità amministrativa si sarà definitivamente "consumata", e il successivo atto avrà contenuto vincolato.

Viceversa, in assenza di un previo annullamento dell'atto in sede giurisdizionale, non potrà dirsi formato alcun vincolo di natura conformativa in capo all'Amministrazione, pur nei casi in cui, nell'esercizio della propria discrezionalità, essa abbia ritenuto di discostarsi dalle valutazioni originariamente espresse. Invero, in siffatte ipotesi, mancando un preventivo vaglio giurisdizionale di legittimità dell'*agere* amministrativo, non può in alcun modo dirsi verificato il presupposto – *id est*, il preventivo annullamento di un atto illegittimo in sede giurisdizionale – la cui positiva ricorrenza innesta il descritto meccanismo del "*one shot*" temperato.

8. Invero, in assenza di un preventivo controllo di legittimità dell'atto impugnato – la cui valutazione non può che competere al giudice amministrativo – difetta *in toto* la base giuridica che obbliga l'amministrazione a provvedere una volta e per tutte in ordine all'istanza del privato, esaminando tutti i possibili profili coinvolti nell'esercizio dell'azione amministrativa, potendo invece affermarsi, in astratto, che l'eventuale nuovo provvedimento risponda a logiche di opportunità e di convenienza, e ciò sia nel caso in cui la p.a. confermi – all'esito di una rinnovata istruttoria – una precedente statuizione provvedimentale, e sia nel caso in cui decida di annullarla in autotutela (art. 21-*nonies* l. n. 241/90), atteso che, in entrambe le

ipotesi, la riedizione del potere risponde a logiche pubblicistiche che trascendono le esigenze di mero ripristino della legalità violata.

9. Ciò premesso in via generale, e venendo ora alla fattispecie in esame, si legge nella pronuncia del TAR meneghino che: *“per effetto del susseguirsi dell’attività della stazione appaltante nell’ambito di due sub-procedimenti di verifica della congruità dell’offerta (l’uno intrapreso ex art. 97 del D.lgs. n. 50/2016, l’altro autonomamente a seguito dell’istanza di autotutela), la stazione appaltante stessa ha esaminato, in due occasioni, la situazione giuridica controversa, esprimendosi con una motivazione espressa, con cui ha, di fatto, completato l’esercizio della propria discrezionalità. In particolare a seguito dell’istanza di autotutela la stazione appaltante ha effettuato sua sponte una tipica attività di riesame delle situazioni giuridiche coinvolte, esauendo così la “capienza” del proprio potere discrezionale”* (cfr. sentenza impugnata, punto 7.1).

Da tali premesse, il primo giudice ha fatto conseguire non solo l’annullamento dell’aggiudicazione – conseguente all’accertamento dell’illegittimità della verifica di anomalia – ma anche *“l’aggiudicazione a favore della ricorrente, nonché il subentro nella esecuzione del contratto nelle more eventualmente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e ss. del codice amministrativo”* (cfr. sentenza impugnata, punto 7.3).

10. Tale essendo il contenuto motivazionale rilevante nella fattispecie in esame, reputa il Collegio che le relative argomentazioni non possano essere convalidate in questa sede, difettando della succitata base giuridica – *id est*, il preventivo annullamento in sede giurisdizionale di un atto a contenuto discrezionale – la quale sola consente l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze pubblicistiche sottese alla perpetuità del potere amministrativo (che per ovvie

ragioni di tutela del pubblico interesse non può conoscere soluzioni di continuità), e quelle del privato al conseguimento del “bene della vita”.

Invero, le argomentazioni spese *in parte qua* dal giudice di prime cure obliterano totalmente le suddette esigenze pubblicistiche, focalizzandosi unicamente sul fatto che l'Amministrazione abbia provveduto per due volte in relazione al medesimo oggetto; circostanza, quest'ultima, del tutto neutrale, potendo la riedizione del potere essere dipesa dalle più svariate ragioni, in astratto riconducibili alla migliore cura dell'interesse pubblicistico affidato all'Amministrazione, e non anche alla necessità di emendare un precedente errore di valutazione da essa commesso in precedenza.

11. In quest'ottica, in assenza di un preventivo vaglio giurisdizionale sulla legittimità di un atto amministrativo a contenuto discrezionale, l'intervento sostitutivo del giudice trasmoda in eccesso di potere giurisdizionale, traducendosi in un'attività che non si esaurisce nello *ius dicere*, ma che esonda in ambiti tipici di amministrazione attiva.

12. Detto in termini ancor più sintetici: non compete al giudice amministrativo decidere chi debba conseguire l'aggiudicazione di una commessa pubblica, potendo quest'ultimo unicamente valutare – in seconda battuta – se la p.a. abbia bene o male aggiudicato detta commessa ad un operatore economico piuttosto che ad un altro. Ciò salvo il caso in cui, per effetto del descritto duplice annullamento dell'atto in sede giurisdizionale, l'Amministrazione non abbia effettivamente esaurito la propria discrezionalità (regola del *one shot* temperato), sì da non poter determinarsi che nel senso imposto dalla seconda pronuncia di annullamento, con la conseguenza che l'eventuale terzo diniego potrà – questo sì – essere sindacato dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza al giudicato.

13. La sentenza impugnata non ha fatto corretta applicazione dei succitati principi giurisprudenziali, per cui la relativa statuizione impone di essere riformata.

14. Ne consegue la fondatezza del relativo motivo di gravame, che va dunque accolto.

15. Ciò chiarito, e venendo ora all'esame, nel merito, della verifica di anomalia, i dati obiettivi evincibili dagli atti di causa sono i seguenti:

a) un'offerta economica del Consorzio Innova che indica, quale costo per la manodopera, un importo di € 4.679.592,23;

b) una relazione datata 20 febbraio 2024 in sede di giustificazioni dell'anomalia dell'offerta che, con riguardo alla manodopera, contiene una "scheda" che, nell'ultima colonna, indica un "costo totale", la sommatoria delle cui voci porta al risultato di € 4.665.504, dunque coerente con la suddetta offerta;

c) nondimeno, il prodotto delle voci indicate nelle precedenti colonne (costo orario, numero addetti, monte ore in giorni) porta, per tre voci (operaio comune, operaio qualificato e operaio D2), ad un risultato significativamente diverso, e ad un ammontare complessivo di risulta pari a € 6.168.291,20.

Sussiste inoltre una correlata discordanza nell'enucleazione del numero complessivo degli addetti all'appalto, indicati nel numero di 27 nell'offerta e che risultano poi 82 nella relazione in data 20 febbraio 2024 del Consorzio Innova, incongruenza spiegata nelle controdeduzioni del 22 aprile (in sede di procedimento di riesame) nella prospettiva dell'avvicendamento per fasi di lavorazione.

16. Sotto questo profilo, pertanto, la verifica compiuta dalla stazione appaltante è affetta da un chiaro *deficit* motivazionale, in quanto non spiega le ragioni per le quali, in presenza di una sì rilevante discrasia, le giustificazioni fornite dall'odierna appellante (ed originaria aggiudicataria) potessero ritenersi congrue, tali

giustificazioni non evincendosi neanche nella oltremodo corposa relazione (circa 600 pagine) sull'analisi dei prezzi, prodotta in sede di giustificazioni.

17. S'impone pertanto, in accoglimento dell'appello, e in riforma dell'impugnata sentenza, che l'Amministrazione provveda, in sede di riedizione del potere, ad effettuare un nuovo sub-procedimento di verifica di anomalia, che dia conto della congruità del costo della manodopera, alla luce del numero delle unità lavorative effettivamente impiegate dall'odierna appellante nella commessa in esame, per come risultante dalla documentazione acquisita agli atti del procedimento.

18. Entro tali termini l'appello è fondato, e va dunque accolto.

19. Sussistono giusti motivi, legati alla natura delle questioni esaminate, per la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio dei giorni 19 dicembre 2024 e 30 dicembre 2024, con l'intervento dei magistrati:

Stefano Fantini, Presidente FF

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Michele Palmieri

IL PRESIDENTE
Stefano Fantini

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI