

Pubblicato il 29/03/2023

N. 00555/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00651/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 651 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Appaltitaly Consorzio Stabile C.S. A R.L, G.F.C. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Domanico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, corso Luigi Fera, n. 23;

C.U.C. Centrale Unica di Committenza Serre, non costituito in giudizio;

Ministero della Cultura Soprintendenza Archeologica Belle Arti e Paesaggio per la Provincia di Cosenza, Ministero della Cultura, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura

Distrettuale Catanzaro, domiciliataria ex lege in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

nei confronti

Antonio Chimento S.r.l., Impresa Mirabelli Gianfranco, G.B. Costruzioni di Bossio Gennaro, D'Auria Costruzioni S.r.l., non costituiti in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO

Per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

per l'annullamento:

- della determinazione 18.01.2022 n. 12 del Comune di Domanico, recante il “diniego degli atti di gara (Verbali di gara e determina della CUC Serre n.43 del 30.08.2021 di aggiudicazione provvisoria” della gara d'appalto per i “lavori di ristrutturazione ed adeguamento locali Palazzo Stancati, dell'area esterna e del fabbricato denominato la “Filanda” - PON Legalità 2014/2020 del Ministero dell'Interno” Asse 7 Azione 7.1.1, nonché della del 7.04.2022;
- delle note del r.u.p. prot. n. 3274 del 23.09.2021 e prot. n. 4140 del 6.12.2021;
- della determinazione n. 37 dell'11.02.2022 del Comune di Domanico;
- della nota del Comune di Domanico prot. n. 171 del 20.01.2022;

con riguardo ai PRIMI MOTIVI AGGIUNTI:

- della determinazione n.185 del 30.08.2022 adottata dal Comune di Domanico, recante l'aggiudicazione definitiva alla Antonio Chimento s.r.l.;
- della determinazione della c.u.c. Serre capeggiata dal Comune di Mendicino n.16 del 20.07.2022, recante la proposta di aggiudicazione della gara alla Antonio Chimento s.r.l., di tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ivi compresi i verbali di gara n. 1 dell'8.07.2022 e n. 2 del 15.07.2022; per quanto di ragione della determinazione n. 13 del 15.06.2022, di nomina della nuova commissione giudicatrice; della nota del Comune di Domanico prot. 1405 del 05.05.2022 di individuazione di tre professionisti da “sostituire” ai componenti della commissione;

nonché per la condanna dell'amministrazione resistente, previa declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, ad aggiudicare in via definitiva la gara ad Appaltitaly Consorzio Stabile, con subentro dello stesso nel contratto d'appalto, essendo all'uopo disponibile.

Per quanto riguarda i SECONDI MOTIVI AGGIUNTI:

1) della determinazione n.287 del 29.11.2022 (RG n.399) adottata dal Responsabile del Servizio Edilizia, Urbanistica e Patrimonio del Comune di Domanico, successivamente conosciuta, avente ad oggetto “Revoca di tutti gli atti di gara” relativamente alla gara per l'affidamento dei “lavori di ristrutturazione ed adeguamento locali Palazzo Stancati, dell'area esterna e del fabbricato denominato la “Filanda” - PON Legalità 2014/2020 del Ministero dell'Interno” Asse 7 Azione 7.1.1, nel Comune di Domanico. GIC 8491563377;

2) della nota del Comune di Domanico a firma del RUP prot. 3330 del 01.11.2022, successivamente conosciuta a seguito di istanza ostensiva, recante richiesta di parere alla Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio della Calabria sull'offerta tecnica presentata dal Consorzio Appaltitaly nella gara di cui sub 1);

3) della nota del Ministero della Cultura - Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per la Provincia di Cosenza, trasmessa al Comune di Domanico in data 10.11.2022, di riscontro alla nota dello stesso Comune di cui sub 2), successivamente conosciuta a seguito di istanza ostensiva;

4) di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale, nessuno escluso, che, comunque, possa ledere gli interessi dei ricorrenti, ivi compreso il nuovo bando di gara e tutti gli altri elaborati, provvedimenti, atti e verbali della nuova gara frattanto eventualmente indetta a seguito della “revoca” di cui sub 1).

Altresì per la condanna dell'Amministrazione resistente, ad aggiudicare in via definitiva la gara ad Appaltitaly Consorzio Stabile, con sottoscrizione del contratto d'appalto, essendo all'uopo disponibile.

Nonché in subordine per il risarcimento del danno, ovvero, in via ulteriormente gradata, per la condanna alla corresponsione dell'indennizzo ex art. 21 quinquies L. n.241/1990.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Domanico e di Ministero della Cultura Soprintendenza Archeologica Belle Arti e Paesaggio per la Provincia di Cosenza e di Ministero della Cultura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2023 il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- Con atto ritualmente notificato il 6.5.2022 e depositato il 16.5.2022 il Consorzio Stabile a r.l. Appaltitaly ha esposto che:

-) aveva partecipato alla procedura aperta indetta dalla C.U.C. Serre con capofila il Comune di Medicino (di seguito anche solo CUC) per l'aggiudicazione dei *“lavori di ristrutturazione ed adeguamento locali Palazzo Stancati, dell'area esterna e del fabbricato denominato la “Filanda”* - PON Legalità 2014/2020 del Ministero dell'Interno - Asse 7 Azione 7.1.1, nel Comune di Domanico, per l'importo complessivo di € 314.504,97, comprensivo degli oneri di sicurezza e metodo di aggiudicazione basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, con punti 80/100 per l'offerta tecnica;

-) svolte le valutazioni di merito, la Commissione di gara aveva assegnato alla sua offerta tecnica il più alto punteggio (punti 80,0) che, sommato all'offerta economica determinava un punteggio complessivo pari a punti 91,785, con collocazione al primo posto in graduatoria, seguito dalla società Antonio Chimento a r.l., dall'impresa Mirabelli Gianfranco, dalla G.B. Costruzioni di Bossio Gennaro e dalla D'Auria Costruzioni srl;

-) in conseguenza di ciò la Commissione ha proposto l'aggiudicazione della gara in suo favore (seduta del 10.8.2021), seguita da approvazione della CUC con determinazione n.43 del 30.08.2021;

-) a seguito di inerzia della CUC e del Comune di Domanico, il 29.3.2022 la ricorrente trasmetteva diffida all'adozione dell'aggiudicazione definitiva, riscontrata dalla CUC il 7.4.2022 con trasmissione di copia della determinazione n.12 del 18.01.2022 (RG n.19) con cui il Responsabile del Servizio Edilizia, Urbanistica e Patrimonio del Comune di Domanico rilevava che le soluzioni migliorative riguardanti le aree esterne (criterio A1), proposte dalla ricorrente nell'offerta tecnica integrassero in realtà una variante progettuale contrastante nettamente con le scelte progettuali dell'Amministrazione Comunale, per cui si "denegavano" gli atti di gara e si invitava il R.U.P. della CUC a sollecitare i commissari di gara a riesaminare le offerte presentate e rideterminarsi in merito, pena la segnalazione alle autorità competenti anche di ordine penale;

-) dalla lettura del suddetto provvedimento emergeva altresì un'interlocuzione, ignota alla ricorrente, con la quale il RUP (note del 23.9.2021 e del 6.12.2021) aveva sollecitato la Commissione a "riesaminare le proprie precedenti valutazioni", in ragione della presunta "inammissibilità" della miglioria in questione, riscontrate dalla Commissione il 17.12.2021 nel senso "di avere esaurito la propria competenza, con il verbale di gara che ha determinato la graduatoria finale, approvata con determinazione della CUC Serre n.43 del 30.08.2021";

-) parte ricorrente prendeva altresì conoscenza della determinazione n.37 dell'11.02.2022 (RG n.56), mai comunicata, con cui in primo luogo si dava atto che la Commissione di gara -a fronte delle predette richieste di riesame, reiterate dal Comune con nota del 20.1.2022- il successivo 8.2.2022 aveva rilevato che "nessuna variante migliorativa può essere individuata nell'offerta della ditta Appaltitaly Consorzio Stabile, essendo la medesima da considerarsi alla stregua di mera offerta migliorativa", in secondo luogo si ribadiva il

diniego di aggiudicazione, insistendo nel convincimento che la proposta migliorativa costituisca un'inammissibile "variante", tale da far subire al Comune uno "stravolgimento del progetto che lo costringerà a rimodularlo ed a riapprovarlo", si invitava quindi il RUP della CUC a revocare la proposta di aggiudicazione provvisoria e a determinarsi sollecitamente in merito mediante la nomina di una nuova commissione di gara per la valutazione di tutte le offerte presenti, al fine di individuare quella più vantaggiosa per l'ente e la cui proposta tecnica migliorativa non stravolga l'idea progettuale dell'Amministrazione comunale.

1.1- Ritenendo illegittimi i provvedimenti dianzi emarginati, la ricorrente ne chiede l'annullamento per i seguenti motivi:

1) INCOMPETENZA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 107 DEL D.LGS 267/2000 E DEGLI ARTT. 31, 32, COMMA 5, 33, COMMA 1, E 77 DEL D.LGS N.50/2016. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. TRAVISAMENTO. SVIAMENTO.

Ad avviso di parte ricorrente le determinazioni n.12 del 18.1.2022 e n.37 dell'11.2.2022 sarebbero affette da incompetenza, recando una vera e propria rivalutazione dell'offerta tecnica da parte del RUP, riservata invece alla competenza esclusiva della Commissione di gara appositamente designata ai sensi dell'art. 77, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 7 E SS. L. 241/1990, NONCHE' DELL'ART. 76, COMMI 1, 5 E 6, D.LGS N.50/2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI GIUSTO PROCEDIMENTO E DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA, BUONA FEDE, LEALTA' E MUTUA COLLABORAZIONE IN MATERIA DI PUBBLICHE GARE.

La ricorrente contesta violazione dei principi partecipativi in materia di giusto procedimento e con l'art. 7 e ss. l. n. 241/1990 per essere stata tenuta costantemente all'oscuro da parte del Comune di Domanico della propria

decisione di contestare la valutazione del progetto tecnico e di denegare l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore.

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 32, COMMA 5, 33, COMMA 1, 77 E 95 DEL D.LGS 50/2016. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. TRAVISAMENTO. CARENZA DI ISTRUTTORIA. SVIAMENTO.

Parte ricorrente contesta le determinazioni impugnate laddove:

a) "ricusano" un'offerta tecnica già giudicata dalla competente Commissione - che si è anche pronunciata per l'infondatezza del motivo di "ricusazione" - denegando di formalizzare un'aggiudicazione dovuta, per essere stata la proposta di aggiudicazione di cui alla determina CUC n.43/2021 tacitamente approvata dal Comune di Domanico essendo decorso il termine (30 gg.) previsto dall'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016. Tutto ciò nonostante l'interruzione dei termini stante la richiesta di riesame del RUP del 23.9.2021, i cui termini, in base all'art. 33, comma 1, hanno ripreso a decorrere dal riscontro del 17.12.2021, a fronte di una determinazione di diniego intervenuta solo il 18.1.2022;

b) reclamano la nomina di una nuova Commissione che "rigiudichi" le offerte tecniche dei concorrenti non consentendo l'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 la sostituzione dei commissari -salva l'illegittimità della sua composizione, qui inesistente- soprattutto ove ciò sia motivato con la non condivisione delle relative valutazioni tecniche.

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 95 DEL D.LGS 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO, DEL DISCIPLINARE E DI TUTTI GLI ELABORATI A BASE DI GARA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO DELLA LEGGE DI GARA. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. TRAVISAMENTO. CONTRADDITTORIETA'. ILLOGICITA'. IRRAGIONEVOLEZZA.

MANIFESTA CARENZA DI ISTRUTTORIA. MANIFESTO SVIAMENTO.

Parte ricorrente deduce che le affermazioni dell'Amministrazione costituirebbero un'illegittima "invasione di campo" nell'ambito delle valutazioni tecniche della Commissione di gara, espressione di discrezionalità tecnica e dunque insindacabili, salve le ipotesi di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà ovvero manifesto travisamento dei fatti, comunque inesistenti nella fattispecie concreta, vertendosi in tema di proposta migliorativa e non di vietata variante.

1.2- Con atto del 24.5.2022 si è costituito il Comune di Domanico per resistere al ricorso.

1.3- Alla camera di consiglio dell'8.6.2022, con ordinanza n. 251/2022 del 10.6.2022 è stata rigettata l'istanza cautelare.

1.4- Con ordinanza n. 3157/2022 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello cautelare.

2- Con atto notificato il 9.9.2022 e depositato il 12.9.2022 la ricorrente ha interposto MOTIVI AGGIUNTI.

2.1- Parte ricorrente ha rilevato che:

-) con determinazione n.13 del 15.6.2022 la CUC, in ottemperanza alle indicazioni del Comune di Domanico, nominava una nuova commissione di gara, la quale riesaminava tutti gli elaborati tecnici, ivi compresi quelli del ricorrente, attribuendo i relativi punteggi, all'esito dei quali si collocava al primo posto in graduatoria la concorrente Antonio Chimento srl con 80,00 punti;

-) con determinazione n. 16 del 20.7.2022 la CUC proponeva l'aggiudicazione della gara in favore della suddetta impresa;

-) tale proposta è stata recepita dal Comune di Domanico con determinazione n.185 del 30.8.2022 (RG n.262 di pari data), che stabiliva l'aggiudicazione "definitiva" in favore della stessa ditta.

2.2- Ritenendo illegittimi anche i suddetti provvedimenti, unitamente a quelli già gravati nel ricorso principale, la ricorrente ne chiede l'annullamento per i seguenti motivi:

1) ILLEGITTIMITA' DERIVATA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 107 DEL D.LGS 267/2000. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 7 E SS. L. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 31, 32, COMMA 5, 33, COMMA 1, 77, 76, COMMI 1, 5 E 6, E 95 DEL D.LGS N.50/2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI GIUSTO PROCEDIMENTO E DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA, BUONA FEDE, LEALTA' E MUTUA COLLABORAZIONE IN MATERIA DI PUBBLICHE GARE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO, DEL DISCIPLINARE E DI TUTTI GLI ELABORATI A BASE DI GARA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO DELLA LEGGE DI GARA. MANIFESTA CARENZA DI ISTRUTTORIA. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. TRAVISAMENTO. ILLOGICITA'. IRRAGIONEVOLEZZA. CONTRADDITTORIETA'. SVIAMENTO

Parte ricorrente contesta l'illegittimità derivata dell'impugnata determinazione di aggiudicazione – in quanto atto conclusivo del procedimento di gara che risente in via derivata e con effetto caducante, dell'illegittimità di una sua fase precedente - e dei provvedimenti presupposti in epigrafe dai vizi di legittimità già dedotti nel primo ricorso e concernenti le determinazioni n. n.12/2022 e n.37/2022 con le quali il Comune di Domanico ha ritenuto di denegare l'aggiudicazione definitiva in suo favore e di invitare la CUC a rivalutare le offerte tecniche.

Quindi la ricorrente rimanda ai motivi di quest'ultimo gravame, riproducendo i motivi n.1, 2, 3 e 4 del ricorso principale.

2) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 30, 77, 83, COMMA 9, E 95 DEL D.LGS N.50/2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI GIUSTO PROCEDIMENTO COMPETITIVO, SEGRETEZZA DELL'OFFERTA E DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, CORRETTEZZA, BUONA FEDE, LEALTA' E MUTUA COLLABORAZIONE IN MATERIA DI PUBBLICHE GARE. MANIFESTA ILLOGICITA' E CARENZA DI ISTRUTTORIA. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. TRAVISAMENTO. IRRAGIONEVOLEZZA. CONTRADDITTORIETA'. SVIAMENTO. ILLEGITTIMITA' DERIVATA.

2.1) Si rileva anzitutto che l'avvenuta rivalutazione dell'offerta da parte della Commissione di nuova nomina e l'attribuzione dei punteggi anche con riferimento alla proposta migliorativa ritenuta dal Comune una variante passibile di esclusione, dimostrerebbe la pretestuosità ed illegittimità dell'operato della Stazione Appaltante.

2.2) Si contesta la legittimità della rivalutazione delle offerte tecniche, in quanto avvenuta successivamente all'apertura e valutazione delle offerte economiche e dell'attribuzione dei punteggi alle stesse (v. verbale di seduta pubblica del 10.8.2021), con lesione del principio di segretezza delle offerte di cui all'art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016.

Da ciò deriverebbe l'annullabilità dell'attività procedimentale posta in essere per la rivalutazione delle offerte tecniche e la modifica dei relativi punteggi e, in via derivata, l'annullabilità della determina di aggiudicazione n.185 del 30.8.2022, con conseguenziale obbligo, per l'Amministrazione, di aggiudicare la gara al Consorzio ricorrente, sulla base della primigenia graduatoria risultante dal verbale di seduta pubblica del 10.8.2021.

2.3- Con memoria del 16.9.2022 il Comune di Domanico ha contestato i motivi aggiunti.

2.4- È seguita la produzione di documenti e alla camera di consiglio del 21.9.2022, con ordinanza n. 431/2022 depositata il 23.9.2022 è stata accolta

l'istanza cautelare.

2.5- Successivamente, con decreto cautelare n. 4716/2022 del 28.9.2022 il Consiglio di Stato sospendeva la precitata ordinanza cautelare.

2.6- All'udienza pubblica del 5.10.2022, l'Amministrazione resistente ha richiesto un rinvio per mancanza di notifica dei motivi aggiunti ai controinteressati e per la pendenza di appello al Consiglio di Stato avverso l'ordinanza cautelare n. 431/2022 e il Collegio, con ordinanza n. 1667/2022 depositata il 6.10.2022, a richiesta di parte resistente disponeva il rinvio all'udienza pubblica del 14.12.2022.

2.7- Nelle more, con ordinanza n. 4925/2022 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello cautelare.

3- Con ulteriore atto notificato il 27.12.2022 e depositato il 3.1.2023 la ricorrente Appaltitaly C.S. a r.l. ha interposto un SECONDO ATTO DI MOTIVI AGGIUNTI.

3.1- In particolare, la ricorrente, dopo aver richiamato la pregressa vicenda, ha osservato che:

-) con nota del 2.11.2022 il RUP del Comune di Domanico, sull'assunto della "modifica progettuale" e del "sacrificio" di materia muraria antica imposto dall'offerta del Consorzio, ha chiesto alla Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio di Cosenza (anche solo "Soprintendenza") un parere su tale asserita "modifica", allegando copia dell'offerta tecnica della determinazione di aggiudicazione provvisoria al ricorrente, copia del bando e del disciplinare (ma non la relazione tecnica del progetto esecutivo a base di gara);

-) con riscontro del 10.11.2022 la Soprintendenza si è espressa richiamando l'art. 52 del RD n.2537/1925 e ha ritenuto non compatibile l'installazione di un'area giochi nello spazio antistante al Palazzo Stancati, invitando "a ricercare forme di mitigazione dell'impatto dei ventilconvettori proposti per gli ambienti interni", ribadendo che prima dell'esecuzione dei lavori "necessita acquisire formale autorizzazione da parte della Scrivente ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n.42/2004";

-) con successiva determinazione n.289 del 29.11.2022 (RG n.399) il Comune ha disposto la “revoca” in autotutela dell’intera procedura di gara ai sensi dell’art. 32 comma 8 del d.lgs. 50/2016.

3.2- Anche detto provvedimento viene impugnato per i seguenti motivi:

1) ILLEGITTIMITA’ DERIVATA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 107 DEL D.LGS 267/2000. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 7 E SS. L. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 30, 31, 32, COMMA 5, 33, COMMA 1, 77, 76, COMMI 1, 5 E 6, 83 E 95 DEL D.LGS N.50/2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI GIUSTO PROCEDIMENTO COMPETITIVO E DEI PRINCIPI DI SEGRETEZZA, TRASPARENZA, CORRETTEZZA, BUONA FEDE, LEALTA’ E MUTUA COLLABORAZIONE IN MATERIA DI PUBBLICHE GARE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO, DEL DISCIPLINARE E DI TUTTI GLI ELABORATI A BASE DI GARA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL’AUTOVINCOLO DELLA LEGGE DI GARA. MANIFESTA CARENZA DI ISTRUTTORIA. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. TRAVISAMENTO. ILLOGICITA’. IRRAGIONEVOLEZZA. CONTRADDITTORIETA’. SVIAMENTO.

In primo luogo, parte ricorrente contesta i provvedimenti da ultimo gravati in quanto a suo dire inficiati, in via derivata, dall’illegittimità dei precedenti provvedimenti impugnati con i primi due atti di gravame -con cui il Comune di Domanico ha denegato l’aggiudicazione definitiva in suo favore ed ha quindi, dopo riesame di tutte le offerte ad opera di nuovi commissari, aggiudicato la gara ad altro operatore – ritenendo che la caducazione dell’intera gara sia solo un ulteriore tentativo del Comune di negare la commessa ad un’offerta “non gradita”.

2) INCOMPETENZA ASSOLUTA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRARIUS ACTUS. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN TEMA

DI AUTOTUTELA E PROVVEDIMENTI DI SECONDO GRADO. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7 E SS. E 21 NONIES, COMMA 1, L. 241/1990. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, LEALTA' E CORRETTEZZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, NONCHE' DEL CONTRADDITTORIO AMMINISTRATIVO.

2.1) Viene dedotto vizio di incompetenza assoluta per essere stato adottato il provvedimento impugnato da un ente ed organo – ossia il Comune di Mendicino – diverso da quello che aveva adottato il bando pubblicato - la C.U.C. “Serre” con capofila il Comune di Mendicino - alla quale sarebbe spettato di revocare i suddetti atti.

2.2) Viene contestato l'omesso avviso di avvio del procedimento di cui all'art. 7 ss. l. 241/1990 -viepiù necessario a seguito del contenzioso in atto- che, ove fosse intervenuto avrebbe consentito di apportare le osservazioni formulati nel presente atto di motivi aggiunti, né sarebbero ravvisabili concrete ed oggettive ragioni di urgenza a base dell'omissione, tenuto conto del pregresso lasso temporale intervenuto.

2.3) La ricorrente contesta la violazione del limite temporale di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, L. 241/1990, previsto al momento in 12 mesi per effetto del d.l. n.77/2021 conv. in L. n.108/2021, applicabile alla fattispecie per essere la determinazione impugnata qualificabile quale annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies*, poiché basata sulla presunta illegittimità della *lex specialis* per contrasto con l'art. 52 del R.D. n.2537/1925.

3) *INCOMPETENZA E DIFETTO ASSOLUTO DI ATTRIBUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 32, 77 E 95 DEL D.LGS N.50/2016. VIOLAZIONE DELL'ART. 21 DEL D.LGS 42/2004 E DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI APPALTO NEL SETTORE DEI BENI CULTURALI. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS E DEGLI ELABORATI PROGETTUALI A BASE DI GARA. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 21 QUINQUES, 21 OCTIES E 21 NONIES L. 241/1990. CARENZA DI MOTIVAZIONE. ECCESSO DI*

POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. MANIFESTO TRAVISAMENTO. CONTRADDITTORIETA'. ILLOGICITA'. IRRAGIONEVOLEZZA. MANIFESTA CARENZA DI ISTRUTTORIA. MANIFESTO SVIAMENTO.

3.1) La ricorrente contesta la legittimità della revoca alla luce degli atti su cui essa si fonda, ossia la nota del RUP del Comune di Domanico del 2.11.2022 e il successivo riscontro della Soprintendenza Archeologia e Belle Arti della Provincia di Cosenza.

La prima, a suo dire, si fonderebbe su un presupposto -l'asserita "variante" progettuale- già contestato tanto in ordine all'indebita ingerenza del RUP rispetto alle prerogative della Commissione di gara (motivo 1 del ricorso principale e n.1.1 dei primi motivi aggiunti) sia quanto all'inesistenza di una variante progettuale (motivo 4 del ricorso principale e motivo 1.4 dei primi motivi aggiunti) e comunque inesistente, essendo il progetto coerente con l'art. 2, comma 3, lett. c) del disciplinare di gara.

La ricorrente ribadisce l'illegittimità della richiesta di parere del RUP del Comune di Domanico -spettando alla Commissione di gara la verifica sull'avvenuto rispetto delle prescrizioni della Soprintendenza richiamate negli elaborati progettuali posti a base di gara- e l'insussistenza dei presupposti per sottoporre alla Soprintendenza il suo progetto, avendo quest'ultima richiesto di essere notiziata solo per eventuali sopravvenienze idonee a modificare i presupposti a base dell'autorizzazione già rilasciata, non sussistenti nella fattispecie.

Viene inoltre rilevato che né la *lex specialis*, né il d.lgs. n. 42/2004 né l'art. 145 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedono il rilascio di pareri preventivi dalla Soprintendenza per appalto di soli lavori, soggiungendo peraltro che in tal modo si interviene su un'offerta tuttora *sub iudice* e che, ove fosse stato trasmesso alla Soprintendenza anche il progetto esecutivo a base di gara, sarebbe emersa la conformità dell'offerta tecnica.

3.2) La ricorrente contesta il parere della Soprintendenza per difetto assoluto di attribuzione, non essendo previsto dalla legge il rilascio di pareri di conformità sulle offerte tecniche in sede di gara d'appalto.

Ancora, viene contestata la pertinenza del riferimento sia all'autorizzazione del 18.9.2022, essendo l'offerta tecnica in linea con le puntuali prescrizioni ivi contenute, sia all'art. 52 del R.D. n.2537/1925, riservando il 2° comma di tale articolo alla professione di architetto le sole le parti di intervento attinenti scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico –nello specifico inesistenti, avendo l'intervento ad oggetto lavori su scelte già effettuate a monte dell'appalto e collocandosi le migliorie proposte –di carattere esclusivamente tecnico- nel solco del detto progetto esecutivo, senza sovrapporsi o sostituirsi ad esso o incidere sulla concezione storica/artistica/filologica dall'intervento.

3.3) La ricorrente contesta l'idoneità dell'interlocazione intercorsa tra il RUP e la Soprintendenza a giustificare l'asserita illegittimità per violazione dell'art. 52 del R.D. n.2537/1925 da parte del bando di gara, in quanto il bando di gara non avrebbe dovuto affatto prevedere la competenza dei soli architetti nel redigere le offerte tecniche migliorative.

Soggiunge che, stante la conformità dell'offerta alla progettazione, ben potrebbe essere convenuta l'esecuzione dei miglioramenti offerti anche prima della stipula del contratto.

Precisa che la Soprintendenza, nella nota a base del provvedimento impugnato, non avrebbe impedito l'esecuzione dell'appalto da parte dell'odierno ricorrente né avrebbe sconsigliato di ritirare gli atti di gara così come formulati, essendosi limitata a invitare la ricerca di soluzioni “maggiormente in armonia con il Palazzo Stancati” ed a mitigare “l'impatto dei ventilconvettori”, propugnando così essa stessa la possibilità di apportare all'offerta tecnica di Appaltitaly le marginali modifiche in sede di esecuzione già rilevate.

Parte ricorrente deduce altresì contrasto della determinazione con l'art. 21-*nonies*, comma 1, Legge n.241/1990, non emergendo le ragioni di "interesse pubblico" sarebbero sottese all'autotutela, non essendo esse ravvisabili nell'assunto di "non perdere il finanziamento", contraddittorio con la tempistica per la rinnovazione della gara.

Inoltre, deduce parte ricorrente carenza di istruttoria nel ricercare la soluzione più rispondente ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'agire amministrativo.

Soggiunge parte ricorrente che, anche a qualificare la determinazione impugnata come revoca, mancherebbero comunque i presupposti richiesti dall'art. 21-*quinques* L. 241/1990 stante l'assenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, su cui nulla osserva l'Amministrazione o mutamento della situazione di fatto o nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Inoltre, il provvedimento impugnato, oltre ad essere inficiato da un'errata lettura dell'art. 52 R.D. n.2537/1925, risulterebbe anche caratterizzato da sviamento, essendo unicamente finalizzato a pregiudicare la posizione del Consorzio ricorrente senza attendere che sulla res controversa si pronunci il Tribunale adito.

4) RISARCIMENTO DEL DANNO.

Parte ricorrente chiede altresì la condanna dell'Amministrazione all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore del Consorzio ricorrente con conseguente sottoscrizione del contratto d'appalto e, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

5) DOMANDA SUBORDINATA. INDENNIZZO EX ART. 21 QUINQUES L. 241/1990.

In via subordinata, parte ricorrente contesta la mancata previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinques* l. n. 241 del 1990, chiedendo la condanna alla corresponsione dello stesso.

3.3- In data 30.12.2022 si è costituita la Soprintendenza Archeologica, Belle Arti e Paesaggio per la Provincia di Cosenza al fine di resistere al ricorso,

depositando all'uopo memoria di stile.

3.4- Con memoria del 13.1.2023 il Comune di Domanico ha contestato la fondatezza degli ulteriori motivi aggiunti.

3.5- Alla camera di consiglio del 18.1.2023, con ordinanza n. 31/2023 depositata il 20.1.2023 è stata accolta l'istanza cautelare.

3.6- A seguito di appello, con ordinanza n. 699/2023, il Consiglio di Stato ha accolto l'istanza cautelare ritenendo prevalente l'interesse a mantenere la *res adhuc integra* fino alla trattazione del merito.

4- È seguita la produzione di memorie e repliche e all'udienza pubblica del 15.3.2023 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

5- Viene anzitutto scrutinata la domanda di annullamento.

6- Va in primo luogo esaminato il ricorso principale.

6.1- Il ricorso è inammissibile.

6.2- Giurisprudenza consolidata osserva che “*Gli atti endoprocedimentali, proprio in quanto non autonomamente lesivi, sfuggono all'onere di impugnazione*” (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 8.6.2022, n. 573).

6.3- Come già osservato in fase cautelare, gli atti impugnati - determinazione n.12/2022 di “diniego degli atti di gara”, determinazione n.37/2022 di invito al riesame mediante nuova Commissione e atti ivi richiamati – hanno natura endo-procedimentale non esprimendo la determinazione finale dell'Amministrazione e risultano dunque privi di autonoma lesività.

6.4- Peraltro, a prescindere dal loro contenuto e dal rilievo che possono rivestire nella dinamica delle vicende interne al procedimento, questi non vincolano l'Amministrazione nel senso di esprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva senza lasciare all'interessato alcun dubbio sull'esito della decisione finale.

7- Viene quindi scrutinato il primo atto di motivi aggiunti.

7.1- Il ricorso è fondato.

Stante il disposto degli articoli 70 e 120 comma 10 c.p.a., come già osservato in fase cautelare risulta decisivo il primo motivo di censura, che coglie nel segno per le ragioni di seguito esposte.

7.2- In ordine ai poteri del R.U.P. e al rapporto con la Commissione di gara, osserva la giurisprudenza (che, anche quando espressa con riferimento al d.lgs. n. 163/2006, è estensibile all'attuale regime giuridico dell'art. art. 31 D. Lgs. n. 50/2016):

- *“in caso di procedura di gara che preveda l'affidamento dell'opera con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione giudicatrice è l'attività valutativa, mentre il r.u.p. può svolgere tutte le attività, anche non espressamente definite dal codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi e ciò proprio in ragione della competenza generale e residuale prevista dal comma 2 dell'art. 10 d.lgs. 163”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, 70);

- i poteri del R.U.P. sono stati definiti come poteri di impulso rispetto agli organi della procedura di gara, istruttori, di supporto alla commissione giudicatrice e di coordinamento (Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 giugno 2017, n. 2865);

- spetta al R.U.P. *«il ruolo di “filtro” tra le valutazioni tecniche della commissione di cui all'art. 84 del Codice e le scelte della stazione appaltante. ... Per converso, la commissione aggiudicatrice è come noto un organo straordinario, cui ai sensi dell'art. 84 sono devolute le valutazioni sulle offerte sul presupposto che, in considerazione del peso preponderante che in questo tipo di gare è attribuito alle offerte tecniche, si ravvisa la necessità che le predette valutazioni siano compiute da soggetti in possesso di più specifiche cognizioni e competenze in relazione all'oggetto dell'appalto. Non è però contestabile che la discrezionalità valutativa della commissione si espliciti in modo massimo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica»* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36);

- in concreto, pertanto, il R.U.P. può offrire *“un ulteriore apporto istruttorio alla commissione giudicatrice, preservandone le competenze valutative”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, 70);

7.3- Nel caso controverso:

-) dopo l'aggiudicazione provvisoria n. 43 del 30.8.2011, disposta dalla Commissione in favore del Consorzio Appaltitaly, il 23.9.2021, il RUP del Comune di Domanico ha inviato una nota alla CUC e ai singoli componenti la Commissione di gara rilevando che, a suo giudizio, l'offerta dell'odierna ricorrente costituirebbe una variante progettuale in quanto la soluzione offerta per la sistemazione dell'area esterna stravolgerebbe l'idea progettuale trovandosi in netto contrasto con le previsioni del progetto originario approvato dall'Amministrazione;

-) in particolare, rilevava il R.U.P. che mentre nel progetto originario è prevista per l'esterno la pavimentazione di tutta l'area per consentirne l'utilizzo per funzioni esterne, la proposta destinazione di un'area a verde attrezzato in parte destinata ad area giochi per bambini e in parte ad area passeggio per adulti contrasterebbe con l'idea progettuale originaria, alterandone funzione, struttura, tipologia e destinazione;

Inoltre, la proposta della ricorrente –che vede la sostituzione della pavimentazione con il prato verde e delle panchine in ghisa e legno con panchine in cemento – non migliorerebbe le caratteristiche tecniche dei materiali di pavimentazione, in contrasto con il criterio A1 che recita “miglioramento delle soluzioni progettuali delle aree esterne”, oltre a richiedere più onerosi costi di manutenzione, incompatibili con le condizioni finanziarie dell'Ente;

Ancora, la destinazione di parte dell'area a verde attrezzato con area gioco per bambini e area di passeggio per adulti non avrebbe ragion d'essere perché l'Ente già possiede spazi rivolti a tal fine ed inoltre sarebbe difficilmente fruibile in quanto l'area è chiusa al pubblico e verrebbe aperta solo in occasioni di manifestazioni, per cui risulterebbe di difficile fruizione; per tali motivi, questi ha chiesto alla Commissione di riesaminare le precedenti valutazioni in considerazione dell'inammissibilità della variante progettuale proposta dall'odierna ricorrente;

-) il 6.12.2021 il medesimo RUP sollecitava la Commissione a rideterminarsi su tale richiesta entro il 14.12.2021;
-) il 27.12.2021 la Commissione di gara rappresentava al RUP del Comune di aver esaurito l'attività di propria competenza con il verbale che aveva approvato la graduatoria finale;
-) a questo punto, con determinazione n. 12 del 18.1.2022 il RUP del Comune, richiamando tutte le osservazioni contenute nella nota di sollecito, ha ritenuto di non approvare gli atti di gara e ha chiesto alla CUC di disporre che i commissari si rideterminino in ordine alla valutazione delle offerte, essendo la loro proposta contrastante con le idee progettuali dell'Amministrazione comunale;
-) con nota prot. n. 387 dell'8.2.2022, richiamata nella successiva determinazione n.37/2022, la Commissione, in sede di riesame dell'offerta dell'esponente a seguito di sollecitazione del R.U.P. ha ribadito che, a suo parere e impregiudicato restando il potere per l'Amministrazione di non procedere all'aggiudicazione ove nessuna offerta risulti conveniente o idonea, nessuna variante migliorativa potrebbe essere individuata nell'offerta della Appaltitaly essendo la medesima da considerarsi alla stregua di mera offerta migliorativa;
-) preso atto di ciò, con determinazione n. 37/2022 dell'11.2.2022 il R.U.P. del Comune di Domanico, ribadendo che l'offerta di Appaltitaly comporterebbe uno stravolgimento del progetto rispetto alle intenzioni dell'Amministrazione comunale, che avrebbe comportato la necessità di rimodularlo e riapprovarlo a fronte di un vantaggio della predetta concorrente che probabilmente, impiegherebbe minori risorse per la pavimentazione a verde anziché a pietra, ha invitato la CUC a revocare la proposta di aggiudicazione e nominare una nuova commissione che rivaluti tutte le offerte individuando quella più vantaggiosa e la cui proposta tecnica migliorativa non stravolga l'idea progettuale dell'Amministrazione comunale;

-) dopo la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e la nomina di nuova Commissione, avvenuta con determina della CUC n. 13 del 15.6.2022, questa ha proceduto ad una valutazione *ex novo* delle offerte e ha attribuito punteggi all'offerta tecnica del Consorzio ricorrente (anche per il criterio A1 contestato dal RUP), con ciò sostanzialmente confermando le risultanze della precedente Commissione circa la natura di mera proposta migliorativa -e non anche di variante- di quanto offerto dalla ricorrente, quantunque, nel merito, i punteggi attribuiti hanno visto la ricorrente soccombere dinanzi alla controinteressata Antonio Chimento srl;

-) solo per completezza d'analisi si osserva che, nonostante anche la valutazione della seconda Commissione di gara non fosse sfociata nell'esclusione della ricorrente (a motivo di quella che il Comune di Domanico ha sempre considerato quale variante non consentita) avendo anzi attribuito uno specifico punteggio all'offerta tecnica, il Comune stesso non ha però ritenuto, in tale secondo caso, di denegare l'approvazione degli atti, ma anzi ha aggiudicato la gara alla Antonio Chimento srl.

7.4- Orbene, alla luce delle dinamiche fattuali ora ricostruite e della giurisprudenza precedentemente richiamata, come già osservato nella provvisoria della fase cautelare si può rilevare che:

- il R.U.P. non ha assunto in via prettamente formale le vesti della Commissione di gara (che è stata nominata e ha regolarmente operato);
- non di meno, questi non si è limitato a sollecitare una nuova valutazione dell'originaria Commissione nel rispetto delle relative cognizione tecnico-specialistiche ma ha concretamente qualificato l'offerta tecnica di Appaltitaly come variante progettuale, esorbitando così dalle proprie competenze;
- per altro verso, per in ragione di tale riqualificazione dell'offerta tecnica (si ribadisce, non rientrando nelle proprie prerogative) si è anzitutto rifiutato di approvare gli atti e quindi si è adoperato più volte, con la Commissione originariamente nominata per far rivalutare l'offerta con l'intento di farne dichiarare l'inammissibilità;

- a seguito del riesame di quest'ultima che ha confermato la valutazione in termini di miglioria ha rifiutato l'approvazione degli atti progettuali e contestualmente ha chiesto alla C.U.C. la sostituzione della Commissione primigenia, con una nuova, sempre con il fine di rivalutare la proposta alla luce delle criticità (e della sua riqualificazione dell'offerta tecnica) sopra evidenziate;

- in sostanza, come già osservato nella provvisorietà della fase cautelare, questi ha dato origine ad un'ulteriore fase procedimentale -generatasi con la sostituzione della Commissione con nuovo organo valutativo, di diverso avviso, la cui nomina ha assunto efficacia lesiva in uno all'emanazione della statuizione definitiva di aggiudicazione, che va conseguenzialmente dichiarata illegittima ed annullata.

7.5- Le osservazioni dianzi esposte sono in sé sufficienti per condurre all'accoglimento del ricorso.

7.6- Per completezza di analisi, deve peraltro osservarsi che – in disparte la già divisata questione di sovrapposizione di attribuzioni – le valutazioni del R.U.P. in termini di asserita erroneità di apprezzamento della Commissione (che avrebbe apprezzato come ammissibile miglioria ciò che, a suo avviso, sarebbe un vero e proprio stravolgimento del progetto e dunque una inammissibile variante) risultano prive di adeguati addentellati.

7.6.1- Preliminarmente si richiamano, a tal proposito., i principi generali in materia di varianti e migliorie come lumeggiati dalla stessa giurisprudenza richiamata dal R.U.P. in sede di ricusazione degli atti di gara, a mente dei quali

“(...) in merito alla differenza tra offerte migliorative e varianti progettuali, per la quale:

- le prime consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni;

- le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante previsione contenuta nel bando di gara ed

individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819 e id. 7 luglio 2014, n. 3435, nonché, di recente, Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969).

Ne deriva che possono essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste (cfr., in tal senso, anche Cons. Stato, V, 16 aprile 2014, n. 1923) e che invece non sono ammesse tutte quelle varianti progettuali che, traducendosi in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, alternativa rispetto al disegno progettuale originario, diano luogo ad uno stravolgimento di quest'ultimo (cfr. Cons. Stato, IV, 7 novembre 2014, n. 5497). Nell'ambito, poi, della gara da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è lasciato ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655), anche quanto alla valutazione delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua efficienza nonché quanto alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante” (Consiglio di Stato, Sez. V, 14.5.2018, n.2853).

7.6.2- Tanto chiarito, con riferimento alla fattispecie si osserva che:

-) non è dato rinvenire l'asserito contrasto –in termini di alterazione di funzione, struttura, tipologia e destinazione– della destinazione dell'area esterna in parte a verde attrezzato e in parte ad area giochi per bambini, ipotizzata dalla ricorrente, rispetto alla pavimentazione di tutta l'area per consentirne l'utilizzo per funzioni esterne, previsto nei documenti posti a base di gara. Difatti, atteso che anche la relazione tecnica generale e specialistica di cui al progetto definitivo esecutivo posto a base della gara, rilevando che “*Inoltre su due lati saranno create delle gradonate in cls per la seduta di persone che vorranno godere di un momento di relax, nel contempo sull'area pavimentata saranno posizionate panchine in legno e telaio in ferro, una fontana artistica e sui restanti due lati dell'area saranno realizzate delle aiuole a verde con piantumazione di alberi autoctoni*”, prevede in sé la realizzazione sia di porzioni di pavimentazione sia

di porzioni di area verde, non è dato comprendere come la proposta della ricorrente possa essere considerato uno stravolgimento delle caratteristiche essenziali dell'area; parimenti, la circostanza per cui la relazione tecnica preveda di organizzare l'area esterna in modo da consentire ai fruitori di godere di momenti di *relax* rende la proposta realizzazione di un'area giochi per bambini non eccentrica (sempre nei suddetti termini di stravolgimento funzionale) rispetto alla prospettazione del Comune;

-) non risulta comprensibile come la proposta sostituzione della pavimentazione con il prato verde e delle panchine in ghisa e legno con panchine in cemento sia un inammissibile stravolgimento anche in termini di onerosità di manutenzione, tenuto conto che, per le panchine, la differenza attiene unicamente al materiale e, per il prato, la previsione (nella relazione tecnica) di realizzazione di area verde rende privo di sostanza il rilevato aumento dei *costi di manutenzione* (beninteso, si ribadisce, nel senso di dar luogo ad un inammissibile stravolgimento della progettazione esecutiva);

-) l'affermazione circa l'inutilità della destinazione dell'area a verde attrezzato con area gioco per bambini e area di passeggio per adulti motivata dal rilievo per cui il Comune già disporrebbe di spazi e dal fatto che l'area sarebbe difficilmente fruibile essendo chiusa al pubblico al di fuori delle manifestazioni previste risulta parimenti priva di sostanziale pregio in assenza di specifiche previsioni, da rinvenirsi nell'ambito del progetto esecutivo o comunque nei documenti di gara, che evidenzino specifiche esigenze dell'Amministrazione e, nel contempo, perimetrino l'ambito delle migliorie da proporre;

-) sempre per mera completezza, le prescrizioni date dalla Soprintendenza con nota dell'11.9.2020 non intervengono sulle questioni tratteggiate dal RUP nelle sue osservazioni.

8- Viene a questo punto scrutinato il secondo atto di motivi aggiunti.

8.1- Lo stesso è fondato.

8.2- Si premette che è infondato il primo motivo di censura, attinente il dedotto vizio di incompetenza, in quanto il bando di gara oggetto di ritiro era stato approvato con determinazione a contrarre del Comune di Domanico del 28.10.2020 e quindi inviato alla CUC per l'espletamento delle procedure di gara.

8.3- Tanto chiarito, richiamando sempre gli artt. 74 e 120 comma 10 c.p.a., risulta decisivo il terzo motivo di censura, che coglie nel segno per le ragioni di seguito esposte.

8.4- Si precisa anzitutto che l'art. 32 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 mantiene, in capo all'amministrazione, il potere di esercitare il potere di autotutela sugli atti di gara, comprensivo del bando come pure si singole operazioni, anche dopo l'aggiudicazione, nel rispetto delle leggi vigenti (*ex plurimis*, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 20.7.2022, n. 564).

8.5- Non di meno, la giurisprudenza osserva che:

-) *“La revoca o l'annullamento d'ufficio del bando di una selezione possono essere fondati su una motivazione molto succinta soltanto se intervengono a una distanza brevissima dalla pubblicazione dell'atto principale; invece, in generale l'intervento in autotutela su un bando o una lettera di invito già pubblicati deve contenere un'adeguata giustificazione circa la prevalenza dell'interesse pubblico così perseguito rispetto all'affidamento che l'adozione degli atti può avere ingenerato nei soggetti interessati a partecipare alla selezione”* (T.A.R. Liguria, Sez. II, 14.1.2020, n. 23);

-) *“Al concreto esercizio del potere di autotutela corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di fornire una adeguata motivazione in ordine alla natura e alla gravità delle anomalie contenute nel bando o verificatesi nel corso delle operazioni di gara o comunque negli atti della fase procedimentale che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela, motivazione che costituisce del resto lo strumento per consentire il sindacato di legittimità da parte del g.a.”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 8.11.2012, n.5681).

8.6- In altre parole, l'esercizio del potere di autotutela non è attività libera, ma deve necessariamente fondarsi su presupposti, esternati da congrue

motivazioni, sempre più stringenti a mano la procedura oggetto di autotutela abbia un suo sviluppo (in tali termini, anche C.G.A., Sez. giur., 17.11.2017 n. 491).

8.7- Nella fattispecie, il Comune di Domanico, dopo un richiamo alle vicende della controversa gara e ai relativi risvolti processuali, ha disposto la revoca del bando fondandola sui seguenti presupposti:

-) in data 2.11.2022 il Comune ha trasmesso alla Soprintendenza l'offerta tecnica del Consorzio Appaltitaly chiedendo di esprimere un parere in merito al progetto da questa offerto;

-) il successivo 11.11.2022 la compulsata Soprintendenza: *[i]* ha rilevato che riveste carattere vincolante per ogni intervento sull'edificio l'osservanza pedissequa delle prescrizioni dettate dalla medesima con la nota del 18.9.2020; *[ii]* ha richiamato il R.D. n. 2537/1925 che impone che gli interventi su edifici monumentali "sono di spettanza della professione di architetto"; *[iii]* ha affermato che non si ritiene compatibile con il carattere storico dell'edificio, l'installazione di un'area giochi nello spazio antistante al Monumento, invitando a cercare soluzioni compositive fisiologicamente corrette e maggiormente in armonia con il Palazzo oltre che forme di mitigazione dell'impatto dei ventilconvettori proposti per gli ambienti interni;

-) il progetto definitivo posto a base di gara è stato redatto da un raggruppamento temporaneo di professionisti costituito da Ingegneri e architetti, quindi conforme alle prescrizioni del R.D. n. 1925/2527;

-) non di meno, il bando di gara -pur richiedendo il possesso dei requisiti di legge per le attività oggetto dell'appalto- non rinviava in modo specifico alla necessaria osservanza del precitato R.D. quanto ai miglioramenti progettuali, sicché, nel silenzio della legge di gara, i partecipanti hanno presentato offerte migliorative redatte da ingegneri, con conseguente illegittimità delle offerte presentate, che vizierebbe *ab imis* tutta la procedura di gara;

-) la suddetta riserva è prevista per legge ed è inderogabile, secondo quanto osservato dalla Soprintendenza, la quale è chiamata ad assentire definitivamente i lavori prima della loro esecuzione;
-) gli atti di gara sarebbero dunque illegittimi per contrarietà al succitato R.D. 2537/1925 e ciò avrebbe comportato l'offerta di soluzioni migliorative e/o modifiche progettuali non conformi al progetto definitivo esecutivo approvato dall'Ente con il parere favorevole della Soprintendenza;
-) tanto determinerebbe comunque l'impossibilità di eseguire i miglioramenti offerti, in quanto da sottoporre ad ulteriore valutazione da parte della Soprintendenza competente, che comunque richiederebbe la progettazione da parte di un architetto abilitato, non ravvisabile nei progetti di gara;
-) i motivi di interesse pubblico che l'Ente deve salvaguardare hanno priorità assoluta rispetto alle esigenze degli operatori economici partecipanti alla procedura, peraltro privi dei requisiti di legge, e dette ragioni sono nella specie consistenti nella necessità di tutelare il carattere storico artistico del Palazzo e delle aree antistanti da interventi progettati da soggetti per legge non competenti e disarmonici rispetto alle opere da restaurare.

8.8- In primo luogo, quanto alla qualificazione del provvedimento in questione, l'aver l'Amministrazione resistente imperniato il provvedimento sulla mancata previsione della riserva in favore degli architetti, stabilita in termini imperativi dall'ordinamento come disposto dall'art. 25 del R.D. n. 2357/1925 e l'aver rilevato che tale criticità inficerebbe la legittimità degli atti di gara, rende il provvedimento impugnato qualificabile come annullamento in autotutela, risultando invero secondario il paventato rischio di mancata autorizzazione, atteso che ciò, a ben vedere, sarebbe una conseguenza della mancata progettazione da parte degli architetti "riservisti".

8.9- Tanto chiarito, ritiene il Collegio che il Comune di Domanico non abbia correttamente esercitato il potere di autotutela, non risultando i presupposti su cui si esso si basa idonei a pervenire a tale risultato.

8.10- In sostanza, il percorso argomentativo seguito dal Comune di Domanico parte dalla rilevata carenza, nel bando di gara, della riserva in favore di architetti prescritta inderogabilmente dall'art. 25 comma 2 del R.D. 2357/1925, circostanza che avrebbe inficiato gli atti di gara in quanto sono stati proposte –e valutate positivamente- soluzioni migliorative e/o modifiche progettuali non conformi al progetto definitivo esecutivo approvato dall'Ente con il parere favorevole della Soprintendenza e che comunque non sarebbero eseguibili detti miglioramenti, che andrebbero sottoposti a valutazione della Soprintendenza stessa, la quale comunque richiederebbe la progettazione da parte di un architetto abilitato, non ravvisabile nei progetti di gara.

8.11- Il suddetto percorso argomentativo risulta fallace sotto più profili.

8.11.1- In primo luogo, il Comune di Domanico ha travisato la portata del richiamo al R.D. n. 2357/1925 da parte della Soprintendenza e, conseguenzialmente, ha assunto le proprie determinazioni in difetto di adeguata istruttoria e valutazione coerente con la finalità dichiarata dell'atto di ritiro.

Difatti, la Soprintendenza si è limitata a rilevare che il R.D. n. 2357/1925 impone la spettanza di interventi su edifici monumentali alla professione di architetto ma (correttamente) non ha effettuato alcuna valutazione sull'applicazione di tale disposizione con riferimento agli atti di gara ovvero al progetto dell'odierna ricorrente.

Tanto chiarito, le conclusioni assunte del R.U.P. per certi versi risultano apodittiche e per altri versi non è esente da qualche iato logico.

Per un verso, non risulta svolta, da parte del R.U.P., alcuna valutazione o considerazione circa la sussistenza dei presupposti per ritenere praticabile un'etero-integrazione della *lex specialis* con previsioni normativamente previste come obbligatorie dall'ordinamento giuridico (sull'argomento, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 21.3.2019, n. 3776), la quale, ove praticabile, per il principio di efficienza e conservazione dell'azione amministrativa avrebbe risolto a monte il *vulnus* sul quale è stata caducata l'intera gara.

Per altri versii, per come è stata formulata – e in assenza dei necessari approfondimenti “calati” sul caso concreto- risulta apodittica l’affermazione del R.U.P. per cui il mancato richiamo, nel bando di gara, all’art. 52 comma 2 del R.D. n. 2537 del 1925 inficerebbe la proposta della ricorrente rendendo peraltro certo il diniego di autorizzazione della Soprintendenza, in quanto non predisposta da architetti.

In altre parole, il R.U.P. non ha svolto alcun tipo di approfondimento sul fatto che, per il pregresso sviluppo della procedura anche alla luce del pregresso livello di progettazione e del livello di prescrizioni imposte dalla Soprintendenza, i miglioramenti progettuali della ricorrente impatterebbero in modo insanabile con il precitato art. 52 comma 2.

Ciò sarebbe stato richiesto alla luce della giurisprudenza la quale osserva che *“la parte tecnica ne può essere compiuta tanto dall'architetto quanto dall'ingegnere”*, è da intendere nel senso che non la totalità degli interventi concernenti gli immobili di interesse storico e artistico deve essere affidata alla specifica professionalità dell'architetto, ma solo le parti di intervento di edilizia civile che riguardino scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico, restando invece nella competenza dell'ingegnere civile la c.d. parte tecnica, ossia le attività progettuali e di direzione dei lavori che riguardano l'edilizia civile vera e propria, quali — in particolare — le lavorazioni strutturali e impiantistiche, se si limitano, ad es., alla messa in sicurezza dell'immobile e alla revisione degli impianti, senza intaccare l'aspetto estetico dell'edificio” (T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, 14/11/2019, n.1499) e che *“In presenza di un parere della Soprintendenza avente contenuto analitico che predetermina in termini di assoluto dettaglio ed esaustività ogni possibile profilo di tutela degli aspetti culturali di un intervento di riqualificazione, l'attività oggetto di gara si risolve in una mera ingegnerizzazione del progetto stesso, con conseguente esclusione di scelte che fuoriescano dalla ordinaria competenza di un ingegnere ai sensi dell'art. 52, comma 2, r.d. 2537/1925; pertanto, è irragionevole ed illegittima la limitazione della partecipazione ai soli iscritti all'Albo degli*

architetti, e non anche a quelli iscritti all'Albo degli ingegneri” (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 10.3.2017, n. 411).

Peraltro, tale *deficit* di approfondimento non rileva solo in termini di carenza istruttoria ma rende il provvedimento impugnato distonico rispetto ai principi di efficienza amministrativa oltre che contraddittorio rispetto all’interesse pubblico dichiarato dal R.U.P. -ossia l’esigenza di evitare la revoca del finanziamento per ritardo nell’utilizzazione delle risorse- nel senso che l’Amministrazione ha deliberato di demolire *ab imis* la procedura di gara, con conseguente necessità di reitenerla *ex novo*, senza però aver adeguatamente valutato la possibilità di conservarla -evitando dunque il rischio di perdita delle risorse- laddove tale previsione non collimi concretamente con l’intervento così come invero.

8.11.2- A quanto ora esposto va aggiunto che, nei termini in cui pone la questione, il R.U.P. sovrappone impropriamente degli aspetti – da una parte, la sussistenza di una variante *versus* mera miglioria (questione rilevante in sede di gara per valutare l’ammissibilità e il merito delle offerte e dunque scegliere l’aggiudicatario) e, dall’altra parte, la sussistenza di specifici interventi progettati da chi non avrebbe la professionalità richiesta in base al R.D. n. 2357/1925 (connesso invece all’autorizzazione della Soprintendenza ai sensi dell’art. 21 del d.lgs. n. 42 del 2004 e successiva alla conclusione della gara) – che dovrebbero risultare ben distinti.

8.11.3- Ancora, con riferimento all’assunto circa la sussistenza di (inammissibili) migliorie, come già osservato con riferimento al primo atto di motivi aggiunti (§ 7.3 e 7.4) il R.U.P. finisce per debordare dalla propria sfera di attribuzione per invadere le prerogative della Commissione di gara, la quale, si ribadisce per completezza, tanto nell’originaria composizione (e, si soggiunge, sia in sede di valutazione originaria, sia in sede di riesame) sia in seconda composizione, ha ritenuto quanto proposto una mera proposta migliorativa compatibile con il progetto di base e meritevole dell’attribuzione del corrispondente punteggio.

8.11.4- Quanto, invece, alla deduzione per cui la proposta della ricorrente, così come formulata, certamente non incontrerebbe il vaglio della Soprintendenza, il R.U.P. di fatto finisce per sostituirsi alle valutazioni di competenza di altra Amministrazione, peraltro mai svolte, per cui le determinazioni del Comune finiscono per basarsi su mere congetture apodittiche, inidonee come tali a giustificare l'integrale caducazione della procedura.

8.11.5- Inoltre, non può essere inteso quale "preavviso" di diniego di autorizzazione il mero riferimento alla ventilata incompatibilità dell'installazione di un'area giochi nello spazio antistante il monumento, che riguarda solo un aspetto limitato nell'ambito della complessiva vicenda, come pure l'invito a ricercare soluzioni compositive fisiologicamente corrette e maggiormente in armonia col Palazzo Stancati oltre che forme di mitigazione dell'impatto dei ventilconvettori proposti per gli ambienti interni, che costituisce un rilievo del tutto generico oltre che estraneo al contesto procedimentale.

8.12- Per completezza, si osserva che anche nella diversa ipotesi di qualificazione del provvedimento impugnato secondo il *nomen iuris* impresso dall'Amministrazione resistente (e dunque come revoca) le conclusioni non muterebbero sostanzialmente, atteso che dalle affermazioni del R.U.P. non emerge, come invece prescritto dall'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990- la sussistenza di sopravvenienze fattuali (che non possono consistere nell'aver ommesso l'Amministrazione di richiamare la riserva progettuale alla professione di architetto) né la sopravvenienza di interessi pubblici non considerati all'origine o la rivalutazione dell'interesse pubblico originario.

8.13- A quanto finora esposto devono soggiungersi ulteriori criticità in termini di valutazione dell'interesse concreto ed attuale che deve reggere l'atto di autotutela, che risulta carente nella fattispecie attualmente scrutinata, viepiù in considerazione dello stadio in cui versa la procedura.

8.13.1- Difatti, la dedotta esigenza di non perdere il finanziamento statale, oltre che per certi versi distonica rispetto alle valutazioni svolte dal R.U.P. (come è stato già segnalato: § 8.11.1) risulta formulata in termini del tutto generici, non essendo evidenziato alcun dato fattuale (es.: cronoprogramma, scambi di note, diffide, etc.) idoneo a giustificare la ragionevolezza della scelta di caducare l'intera procedura di gara, con tutte le conseguenze, anche di ordine temporale, derivanti dalla necessità di procedere alla sua integrale ripetizione, per lo più rispetto a proiezioni basate su deduzioni non adeguatamente vagliate (§ 7.6, 7.6.1, 7.6.2).

8.13.2- Anche l'ulteriore dedotta necessità di preservare i connotati del Palazzo e delle aree antistanti da progettazioni di soggetti non competenti e comunque disarmonici è inidonea a fondare un interesse pubblico alla rimozione degli atti di gara, in quanto per un verso è formulata in termini del tutto generici e, per altro verso, riproduce l'indebita sovrapposizione rispetto a valutazioni di altre Amministrazioni.

8.14- In conclusione, l'atto di motivi aggiunti è fondato e come tale viene accolto, con annullamento dell'atto impugnato.

9- Quanto agli effetti consequenziali, anche in termini di domanda di condanna, all'annullamento segue la dichiarazione dell'obbligo dell'Amministrazione, per gli effetti conformativi e di condanna che ne conseguono, di riattivare il procedimento al fine di condurlo al suo esito naturale mediante l'adozione dell'atto di aggiudicazione nei confronti della ditta risultante vincitrice all'esito della fase conclusiva.

10- Le spese seguono la soccombenza e vengono poste esclusivamente a carico del Comune di Domanico – atteso che gli operatori economici controinteressati intimati non si sono costituiti e la Soprintendenza si è costituita con mera difesa di stile - per essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) dichiara inammissibile il ricorso principale;
- 2) accoglie il primo ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla la determinazione n.185 del 30.08.2022 (RG n.262 del 30.08.2022) di aggiudicazione definitiva della gara alla Antonio Chimento srl;
- 3) accoglie il secondo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la determinazione del Comune di Domanico n.287 del 29.11.2022 (RG n.399) di revoca degli atti di gara, oggetto di impugnazione;
- 4) dichiara, per i conseguenti effetti conformativi e di condanna, l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento di gara con le modalità e nel rispetto dei principi indicati in motivazione.

Condanna il Comune di Domanico, in persona del l.r.p.t., alla rifusione delle spese processuali in favore della ricorrente, che liquida in complessivi euro 7.000,00, oltre rimborso forfettario spese legali, IVA e CPA come per legge. Spese compensate nei confronti del Ministero della Cultura.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO