

Publicato il 07/12/2021

N. 03693/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01157/2021 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1157 del 2021, proposto da Eredi Geraci Salvatore S.r.l. e Collegio Regionale dei Costruttori Edili Siciliani – Ance Sicilia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale eletto come da PEC tratta dai Registri di Giustizia zaccone0957@cert.avvmatera.it;

contro

Comune di Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Arcidiacono, con domicilio fisico eletto in Catania, via Umberto I, n. 151;

Completamento Edilizio Corso Sicilia (CECOS) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Risanamento San Berillo S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Istituto Immobiliare Di Catania (ISTICA) S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, presso i cui uffici domicilia in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

per l'annullamento, previa sospensione della relativa efficacia,

- degli atti e provvedimenti relativi alla gara indetta dal Comune di Catania, Direzione Urbanistica – Gestione del Territori – Urbamet per l'affidamento della procedura “*Completamento Piano di risanamento S. Berillo*” - Opere di Urbanizzazione Primaria VP.1_ VP.2; parcheggio interrato ed attigua area a verde - CIG. 8749466FBD CUP: D61B12000530007 - Importo a base di gara: € 11.372.558,98, con specifico ma non esaustivo riferimento:

a) alla determinazione a contrarre di cui al provvedimento n. 24/URB del 27 gennaio 2021, nonché delle conseguenti autorizzazioni a contrarre e della determina di avvio della procedura di gara;

c) al Bando ed al Disciplinare di gara, pubblicati in data 11 giugno 2021, nella parte in cui individuando criteri di valutazione che annetto rilievo esclusivamente all'offerta di opere e servizi aggiuntivi rispetto a quelli di progetto, con oneri a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario e, in aggiunta, facendo errata applicazione di un prezzario regionale non aggiornato, ovvero imponendo ulteriori oneri non previsti dalla normativa e non giustificati (quali quelli in tema di cauzione postuma), determinano l'evidente incongruità e non remuneratività della base d'asta, rendendo estremamente gravoso e difficoltoso formulare un'offerta sostenibile, remunerativa e seria;

d) al progetto esecutivo, con tutti i relativi allegati, ivi inclusi il computo metrico e l'elenco prezzi di progetto, nonché gli atti di validazione e approvazione del primo (ancorché non tutti conosciuti);

e) allo schema di contratto posto a base di gara ed allegato alla *lex specialis* quale parte integrante;

- f) al provvedimento n. 171/URB del 13 ottobre 2020 recante determinazioni conclusive della Conferenza di Servizi Suppletiva;
- g) al provvedimento n. 01/073/SG del 27 settembre 2017 recante determinazione conclusiva della Conferenza di Servizi iniziale;
- h) al provvedimento n. 87/URB dell'11 maggio 2021, a mezzo del quale è stato scelto il criterio di aggiudicazione della gara;
- i) al verbale della Conferenza Speciale di Servizi dell'11 settembre 2019 ed agli atti in esso richiamati;
- l) alla nota prot. n. 265274 del 1° luglio 2021 del Comune di Catania recante riscontro alla segnalazione di ANCE Sicilia del 22 giugno 2021 e alle osservazioni alla prima allegate;
- m) a tutti gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Catania e della Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Catania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021 il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e uditi per le parti i difensori presenti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 12 luglio 2021 e depositato in data 13 luglio 2021 Eredi Geraci Salvatore S.r.l. e Collegio Regionale dei Costruttori Edili Siciliani – Ance Sicilia hanno rappresentato quanto segue.

In data 16 novembre 2012 è stata siglata una convenzione per il “*Completamento del piano di risanamento del rione San Berillo*” tra Comune di Catania e Istica S.p.a. – C.E.Co.S. S.r.l. – Risanamento S. Berillo per la realizzazione delle “*Opere di Urbanizzazione Primaria VP1 – VP2 - Parcheggio interrato e attigua area a verde attrezzato – Piazza della Repubblica*”.

Con nota prot. n. 106288 del 23 marzo 2016, i promotori privati hanno richiesto la convocazione di apposita conferenza di servizi, ai sensi dell’art. 14 bis e ss., l. n. 241/1990 e art. 15 L.R. 10/91.

Il provvedimento n. 01/073/SG del 27 settembre 2017 - recante determinazione conclusiva della citata conferenza di servizi - ha definito i soggetti proponenti, Istica S.p.a. – C.E.Co.S. S.r.l. – Risanamento S. Berillo quali titolari legittimi delle aree, rilascianti “una delega di committenza” al Comune di Catania per lo svolgimento delle attività amministrative relative alle procedure di gara per VP1 e VP2 parcheggio multipiano e parco pubblico adiacente a Piazza della Repubblica; il medesimo provvedimento (punto 6 e punto 7) ha previsto altresì di dare luogo alla convocazione di una conferenza di servizi suppletiva al fine, tra l’altro, di “*a) esaminare e, ove occorra, integrare, anche ai fini del loro migliore inserimento nel contesto, i progetti esecutivi delle residue opere di urbanizzazione, costituite dal Parcheggio Multipiano e dalle Aree Verdi “VP1” e “VP2”*”.

In conferenza speciale di servizi (ai sensi dell’art. 5 della L.R. 12 del 12/07/2011) dell’11 settembre 2019, sono stati acquisiti tutti i pareri da parte di enti ed amministrazioni interessate; è stato contestualmente approvato ad unanimità il progetto relativo ai lavori per il “*Completamento del piano di risanamento S. Berillo – Convenzione Urbanistica del 16/11/2012 – Opere di Urbanizzazione Primaria VP1 – VP2 parcheggio interrato e attigua area a verde attrezzato*”, con livello di progettazione esecutiva, in uno al relativo quadro economico per un ammontare complessivo di Euro 13.500.000,00.

Successivamente, la conferenza di servizi suppletiva, tenutasi nelle sessioni del 26 maggio, 4 giugno, 11 giugno e 9 luglio 2020, giusta provvedimento n.

171/URB del 13 ottobre 2020, ha determinato, tra l'altro, la conformità e coerenza di quanto richiesto dai promotori con quanto stabilito nella convenzione del 16 novembre 2012; sempre la conferenza di servizi suppletiva ha approvato poi la proposta da parte privata di delegare la funzione di stazione appaltante al Comune di Catania.

Sicché con determina a contrarre di cui al provvedimento dirigenziale n. 24/URB del 27 gennaio 2021, nel prendere atto della validazione e del parere tecnico favorevole espresso in conferenza di servizi e dal RUP sul progetto esecutivo *“Convenzione Urbanistica del 16/11/2012 tra Comune di Catania – ISTICA S.p.A C. E.Co.S S.r.L – Risanamento San Berillo: Opere di Urbanizzazione Primaria VP.1_ VP.2; parcheggio interrato ed attigua area a verde”*, il Comune di Catania ha approvato il bando e disciplinare di gara, redatti dall'Ufficio dell'Amministrazione sulla base della conferenza di servizi suppletiva.

Dunque, con bando di gara pubblicato in data 11 giugno 2021, il Comune di Catania ha indetto una procedura aperta, da espletarsi interamente in modalità telematica ai sensi dell'art. 58 D.lgs. n. 50/2016, avente ad oggetto l'esecuzione dei seguenti interventi: *“Completamento Piano di risanamento S. Berillo”* - Opere di Urbanizzazione Primaria VP.1_ VP.2; parcheggio interrato ed attigua area a verde (CIG. 8749466FBD CUP: D61B12000530007), per un importo complessivo pari a € 11.372.558,98, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 comma, 6 del codice, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Per quanto d'interesse:

- il bando di gara (§ II.2.14) prevede, in violazione degli artt. 30, comma 1, e 23, comma 16, del D.lgs. n. 50/2016, che *“il prezzario di riferimento è quello relativo all'anno 2018, approvato con D.A. n. 07/GAB del 08/01/2018 - Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità Dipartimento Regionale Tecnico Regione Sicilia. Prezzario unico regionale per i lavori pubblici 2018, in vigore dal 08/01/2018”*;
- il disciplinare di gara (pag. 16), quanto ai criteri valutativi dell'offerta tecnica, in violazione dell'art. 95, comma 14 bis, D.lgs. 50/2016, accorda ben 70 degli

80 punti previsti per gli aspetti tecnico/qualitativi all'offerta di lavorazioni e servizi aggiuntivi rispetto a quelli oggetto del progetto (quali, ad esempio, la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'intera opera per ben 10 anni, ovvero la fornitura ed installazione di delimitatori stradali bifilare, tipo New Jersey, ovvero di altre apparecchiature in tratte stradali ed aree estranee all'intervento). Tanto, peraltro, secondo un criterio di attribuzione dei punteggi tecnici di tipo *on/off*, in forza del quale i punteggi verrebbero assegnati in ragione della sola risposta affermativa o meno (SI /NO) data dal concorrente rispetto alla richiesta *della lex specialis* di offrire le opere ed i servizi aggiuntivi puntualmente indicati dal disciplinare. Il tutto, ovviamente, con relativi maggiori oneri economici a carico dell'offerente (trattandosi di opere e servizi aggiunti il cui costo dovrebbe trovare compensazione nell'importo a base d'asta), quantificabili in circa € 4.5000.000,00, pari a circa il 40% dell'importo a base di gara, con conseguente grave incongruità e aleatorietà della base d'asta ed impossibilità, per il concorrente, di formulare un'offerta sostenibile, seria e remunerativa.

- sempre la *lex specialis* e, più nel dettaglio, lo schema di contratto posto a base di gara (quale parte integrante del bando), all'art. 10, comma 5, impone al titolare del contratto di "*stipulare ... una polizza indennitaria quindicennale*", richiedendo ancora una volta non solo un adempimento sconosciuti in tali termini alla normativa vigente, ma importante all'evidenza ulteriori e gravosi oneri per gli offerenti.

La grave sottostima della base d'asta - prossima al 45% dell'importo a base di gara - è rilevante e preclusiva di una seria partecipazione e lesiva della concorrenza; di talché, con nota del 22 giugno 2021 ANCE Sicilia, previa segnalazione di alcune imprese aderenti, nell'esercizio delle proprie prerogative statutarie, ha sottoposto al Comune di Catania talune criticità.

Con nota prot. n. 265274 del 1° luglio 2021, l'Amministrazione resistente ha opposto la legittimità del proprio operato sulla base delle seguenti considerazioni: "*Le opere in questione sono identificabili come opere "Complementari" e*

non aggiuntive, pertanto non è applicabile l'art. 95, comma 14-bis"; "Il bando configura elementi collegati all'opera che sono perimetralmente esterni ma funzionalmente inscindibili (in quanto funzionali al parcheggio) e che hanno il valore di renderlo fruibile e conoscibile mediante tratti di arredo urbano"; "Trattandosi di elementi progettuali che non modificano sostanzialmente l'oggetto dell'appalto, ma che ottimizzano il risultato finale dell'intervento di risanamento strutturale, sotto il profilo della fruibilità e dell'impatto estetico ed architettonico, gli elementi risultano compatibili con il divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016".

L'Ente appaltante - oltre ad essersi posto in violazione delle previsioni del codice dei contratti pubblici e della normativa regionale - ha sostanzialmente precluso agli operatori economici interessati la possibilità di presentare una offerta valida, seria ed affidabile, rendendo estremamente "gravosa" ed "insostenibile" la partecipazione alla procedura (dove l'interesse a contestare già in questa fase la legge di gara).

Difatti, le previsioni di gara che determinano l'incongruità e l'insufficienza della base d'asta, ovvero una estrema gravosità ed onerosità preclusiva della formulazione di un'offerta, si traducono in altrettante clausole escludenti e violative della concorrenza che rendono impossibile la stessa partecipazione alla procedura e la formulazione dell'offerta secondo un corretto calcolo di convenienza tecnica ed economica.

1.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Catania chiedendo il rigetto del ricorso perché irricevibile, inammissibile e/o infondato in fatto ed in diritto.

Si è altresì costituito in giudizio l'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Catania argomentando in ordine all'estraneità della stessa Amministrazione rispetto al giudizio.

1.2. Alla camera di consiglio del giorno 14 settembre 2021 il difensore della parte ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare per un breve rinvio al merito; il Presidente ha accolto la richiesta, disponendo la

cancellazione della causa dal ruolo delle cautelari ed il rinvio della trattazione della causa per l'udienza di merito.

1.3. In data 2 novembre 2021 la parte ricorrente e il Comune resistente hanno depositato istanza di passaggio in decisione.

All'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021, presente l'Avvocatura erariale, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta - in accoglimento dell'eccezione frapposta dall'Amministrazione regionale resistente - l'estromissione dal giudizio dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Catania.

In disparte il consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale - in base al quale l'UREGA, quale "*struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità*" è solo un organo servente della singola stazione appaltante, e conseguentemente la responsabilità ultima degli atti ricade sull'Amministrazione appaltante, e non già sulla medesima (cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 12 maggio 2021, n. 420) - nel caso che occupa, comunque, non risulta impugnato alcun atto riferibile all'Amministrazione regionale resistente che, pertanto, deve essere estromessa dal giudizio.

2.1. Il Collegio, prima di affrontare nel merito le doglianze articolate dalla parte ricorrente, intende premettere quanto segue.

2.1.1. In primo luogo, occorre osservare che la giurisprudenza ha progressivamente esteso le fattispecie derogatorie del principio di non impugnabilità diretta del bando di gara, giungendo a tipizzare la categoria delle c.d. clausole escludenti, ossia di quelle previsioni della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale senza bisogno di ulteriori atti applicativi e lo onerano dell'immediata

impugnativa entro il termine decadenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5785).

In particolare, la giurisprudenza successiva alla pronuncia Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1 - all'uopo giovandosi della "clausola di apertura" contenuta nella stessa pronuncia - pur ribadendo che l'onere di immediata impugnazione del bando concerne senz'altro le clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione, ha considerato "immediatamente escludenti" (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi in quanto volte a fissare - restrittivamente, in tesi - i requisiti di ammissione, bensì attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta e, in tali evenienze, ha legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda partecipativa.

Più di recente, la sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4 ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ha fatto rientrare nel *genus* delle c.d. clausole immediatamente escludenti le seguenti fattispecie:

- a) *clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;*
- b) *regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;*
- c) *disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;*
- d) *condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;*
- e) *clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto);*
- f) *bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero*

che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso".

Costituisce *ius receptum*, dunque, che l'onere di immediata impugnazione delle disposizioni della *lex specialis* riguarda le prescrizioni che rivestono carattere escludente, per tali dovendo intendersi:

- le previsioni che, afferendo ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludono *in nuce* la possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, rendendone certa l'esclusione;

- le altre clausole che - benché non *stricto sensu* ostative *a latere soggettivo* - valgono comunque a precludere, *a latere oggettivo*, la partecipazione alla gara.

Va osservato che, in relazione alla fattispecie in esame, la parte ricorrente ha lamentato (si tratta, pare opportuno evidenziarlo, della prospettazione della stessa parte):

- la grave incongruità e aleatorietà della base d'asta ed impossibilità di formulare un'offerta sostenibile, seria e remunerativa in relazione ai maggiori oneri economici discendenti da opere e servizi aggiunti il cui costo dovrebbe trovare compensazione nell'importo a base d'asta, quantificabili in circa € 4.5000.000,00, pari a circa il 40% dell'importo a base di gara (cfr. pag. 5 del ricorso);

- in merito alla contestata stipula di una polizza indennitaria quindicennale, che la stessa pone ulteriori e gravosi oneri, con la conseguenza che la grave sottostima della base d'asta – prossima al 45% dell'importo a base di gara - è rilevante e preclusiva di una seria partecipazione e lesiva della concorrenza (cfr. pag. 5 del ricorso);

- che l'Ente appaltante ha sostanzialmente precluso agli operatori economici interessati la possibilità di presentare una offerta valida, seria ed affidabile, rendendo estremamente "gravosa" ed "insostenibile" la partecipazione alla procedura, donde l'interesse a contestare già in questa fase la legge di gara,

stante l'impossibilità di formulare un'offerta concretamente remunerativa (cfr. 6 del ricorso; cfr. sulle clausole escludenti pagg. 7 e 8 del ricorso).

Infine, va osservato che costituisce *ius receptum* il principio secondo cui in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata e, dunque, meritevole di tutela per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, con la precisazione che a tale regola generale può però derogarsi in tre ipotesi tassative, fra le quali quella in esame, *id est* laddove si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. II, 30 giugno 2021, n. 4978).

Né assume rilievo che, come evidenziato dal Comune resistente, alcuni operatori economici abbiano effettivamente partecipato alla procedura *de qua*, trattandosi di circostanza apprezzabile solo *ex post*.

2.1.2. In secondo luogo, va osservato che più di recente è stato condivisibilmente evidenziato - in un contenzioso nel quale si dibatteva in punto di rispetto dei prezzari regionali: cfr. *infra* - che l'A.N.C.E. è legittimata ad agire in giudizio in quanto portatrice di un interesse collettivo omogeneo alla categoria di riferimento (e la previsione di prezzari regionali opera nell'interesse precipuo degli operatori economici del settore operanti sul mercato, non tanto *uti singuli*, quanto come categoria unitaria).

Inoltre, secondo l'insegnamento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (20 febbraio 2020, n. 6) non è necessario che la tutela dell'interesse collettivo "ridondi anche in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria"; la sussistenza in capo all'Ente esponenziale che agisca in giudizio di un interesse collettivo ed omogeneo alla categoria di riferimento va, infatti, apprezzata *ex ante* e con riguardo alla categoria nel complesso senza che assuma rilievo la circostanza, di certo contingente, che uno o più degli appartenenti alla stessa possano vantare, in concreto, un interesse di segno opposto.

In questo senso, l'esistenza di un effettivo interesse collettivo riferibile in modo omogeneo ad una categoria unitaria può essere escluso solo se presso quest'ultima "è diffuso un interesse opposto". Non è, pertanto, valevole ad escludere l'omogeneità della posizione giuridica legittimante l'obiezione che l'interesse collettivo al ripristino delle condizioni di legalità in tema di determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni possa entrare in conflitto con l'interesse individuale di segno diverso di taluni singoli operatori economici, non diffuso tra la categoria (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 6 aprile 2021, n. 497).

3. Con il primo motivo, in sintesi, la parte ricorrente - dopo aver richiamato gli artt. 30 e 95, comma 14 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016 - ha lamentato che le previsioni della legge di gara in punto di valutazione delle offerte tecniche richiedono ai concorrenti di offrire lavorazioni e servizi aggiuntivi ponendo peraltro l'offerta in questione quale scelta obbligata ai fini dell'attribuzione del punteggio (secondo una logica *on/off*), il che rileva nella misura in cui l'illegittima e sproporzionata richiesta rende incongrua la base d'asta, insostenibile l'offerta ed impossibile una seria e responsabile partecipazione.

In particolare, dopo aver richiamato (cfr. pagg. 10 e ss. dell'atto introduttivo del giudizio; cfr. anche pagg. 12 e ss. del medesimo atto) alcuni criteri di valutazione delle offerte tecniche, la parte ricorrente ha evidenziato che 70 punti su 80 sono correlati alla previsione rispetto al progetto esecutivo di maggiori opere e/o servizi aggiuntivi che l'offerente deve accettare di realizzare o fornire a proprie spese, criteri e sub-criteri che, non solo importano complessivamente ulteriori oneri, ma che addirittura premiano (in violazione dell'art. 95, comma 14 *bis*, del codice) l'offerta di opere o servizi aggiuntivi.

La parte ricorrente ha altresì lamentato che l'Amministrazione ha accorpato in un unico appalto più oggetti diversi (con particolare riguardo alla la manutenzione ordinaria e/o straordinaria delle opere da realizzare).

Secondo la parte ricorrente, dunque, la procedura di gara richiede ai concorrenti l'accollo di oneri, in corrispondenza delle migliorie imposte, pari a circa € 4.445.722,54 (pari ai costi da sostenere per eseguire le opere e servizi per potere aspirare all'assegnazione di 70 punti), importi che hanno una incidenza pari al 40% della base d'asta (il tutto aggravato da quanto *infra* evidenziato); con la conseguenza che di fatto l'aggiudicazione della gara potrà avvenire esclusivamente a favore di una offerta tecnica e economica in perdita.

Per la parte ricorrente la tesi espressa in sede precontenziosa dall'Amministrazione comunale, secondo cui si tratterebbe - nel caso in esame - di opere non aggiuntive sibbene complementari, oltre a non collimare con la definizione codicistica di opere complementari finisce, comunque, per evidenziare l'illegittimità degli atti gravati posto che l'art. 63 del codice prevede la possibilità di affidare le opere complementari mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, laddove l'esecuzione sia prevista e quantificata negli atti di gara e adeguatamente remunerata (mentre nel caso in esame la stazione appaltante ha traslato sull'offerente - mediante la richiesta di opere e servizi aggiuntivi - i maggiori oneri che essa stessa avrebbe dovuto sostenere).

Peraltro, la possibilità di affidare al medesimo operatore opere e servizi complementari, a tutela della

concorrenza, è limitata al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale (ponendosi in contrasto con detta previsione l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'intera opera per 10 anni).

Infine, dagli elaborati del progetto esecutivo emerge che i lavori oggetto d'appalto attengono alla realizzazione di una serie di aree pubbliche attrezzate rientranti nel più ampio progetto di riqualificazione del Rione San Berillo (aree Vp1 e Vp2 del nuovo masterplan) mentre per buona parte sono estranee a tali aree; nel caso di specie, in particolare, viene in rilievo la richiesta di

realizzazione una serie di opere, interventi ed attività che non risultano in alcun modo predeterminate e predefinite progettualmente dagli atti a base di gara e che, per di più, riguardano aree estranee a quelle oggetto di intervento.

Il Comune di Catania ha contrastato le argomentazioni della parte ricorrente.

3.1. Il motivo è fondato nei termini in appresso specificati.

3.1.1. Merita di essere premesso che ai sensi dell'art. 95, comma 14-*bis*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 *“In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 [id est, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo], le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta”*.

La disposizione in questione, nel rivolgersi alla stazione appaltante, preclude l'attribuzione di un apposito punteggio con riferimento alle stesse opere aggiuntive (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 ottobre 2020, n. 4212).

Il Consiglio di Stato, nel parere sulle Linee Guida dell'ANAC riferite alla norma appena menzionata, ha osservato che *“la ratio di fondo che ha ispirato in parte qua la novella legislativa è piuttosto evidente: si è inteso evitare che, a fronte di procedure indette sulla base del progetto esecutivo (come di regola avviene ai sensi dell'articolo 59 del ‘Codice’), l'aggiudicazione possa essere disposta – come per il passato è spesso avvenuto – premiando elementi di carattere avulso rispetto al proprium della procedura (e, in particolare, l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva)”* (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 26 agosto 2019, n. 938 ed ivi precedenti giurisprudenziali).

3.1.2. Passando all'esame del motivo di ricorso, a ben vedere la difesa dell'Amministrazione comunale (e ancor prima, in sede procedimentale, la nota del RUP prot. 265274 datata 1 luglio 2021) non contesta in modo specifico il fatto – evidenziato nella doglianza articolata dalla parte ricorrente – che le opere ed i servizi relativi all'offerta tecnica premiati con 70 punti su 80 (cfr. pagg. 16 e ss. del disciplinare di gara) non sono contenuti nella

progettazione esecutiva, ma fa leva su una diversa qualificazione delle opere e dei servizi medesimi come complementari (e non aggiuntivi).

E tuttavia, come sopra visto, la *ratio* della disposizione dell'art. 95, comma 14-*bis*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 è proprio quella di precludere l'aggiudicazione possa essere disposta premiando l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva.

Inoltre, l'ubicazione di alcune delle opere relative all'offerta tecnica (cfr. pagg. 16 e ss. del disciplinare di gara) - e segnatamente quelle contemplate nei criteri sub A (1.1.), A (1.3.) e A (2.1.) - appare esterna (e in taluni casi assai distante rispetto) all'area dell'intervento in questione.

In secondo luogo, comunque, l'affidamento di opere e di servizi complementari richiede l'esperimento di una apposita procedura (cfr. l'art. 63, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e deve essere legato a specifici requisiti.

Inconferente appare poi l'ulteriore argomento difensivo del Comune resistente secondo cui ben può il singolo partecipante rinunciare ad offrire alcuni opere/servizi previsti e, quindi, al relativo punteggio in ragione della naturale aspirazione di ciascun operatore economico a conseguire il punteggio più elevato in funzione dell'aggiudicazione dell'appalto.

4. Con il penultimo motivo la parte ricorrente - in sintesi - lamenta la violazione degli artt. 23, comma 16, 30, comma 1, e 95 del D.lgs. n. 50/2016, nonché della normativa regionale, non avendo l'Amministrazione resistente aggiornato il progetto posto a base di gara al prezzario regionale 2019, ad oggi vigente, ed evidenzia che anche tale violazione, in aggiunta a significative carenze nelle voci di prezzo poste a base di gara, va ad incidere all'evidenza sulla congruità della base d'asta e sulla concreta sostenibilità e remuneratività delle offerte.

Secondo la parte ricorrente, i mercuriali regionali aggiornati annualmente hanno carattere cogente, siccome ancorati alle specifiche condizioni territoriali e posti a presidio di interessi di rilievo pubblicistico quali le

condizioni di serietà dell'offerta, la qualità delle prestazioni e - dal lato dei potenziali *competitors* - la serietà della proposta progettuale, nonché l'effettiva concorrenzialità e convenienza economica dell'appalto.

Anche l'orientamento pretorio che ammette una (moderata) derogabilità degli standard di prezzo fissati nei mercuriali pone, quale condizione necessaria ed ineludibile, che la stazione appaltante si faccia carico di esplicitare analiticamente le ragioni a sostegno di tale determinazione, con particolare riguardo - naturalmente - all'effettiva sostenibilità e remuneratività dei prezzi rimodulati al ribasso, mentre nel caso in esame l'Ente Comunale non solo ha approvato la determina a contrarre senza il preventivo aggiornamento prezzi al prezzario regionale 2019 ma ha altresì omesso di motivare la decisione di utilizzare il prezzario 2018, mancando altresì di valutare la sostenibilità economica dell'intervento alla luce del criterio di aggiudicazione e degli elementi di valutazione delle offerte previsti dal disciplinare.

L'inarrestabile impennata dei prezzi di alcune materie in uno al mancato aggiornamento del progetto al nuovo prezzario regionale vigente al momento dell'avvio della procedura di gara, comporta solo per talune limitate voci un incremento dei costi pari ad almeno il 3% dell'importo dei lavori a base d'asta, per un importo complessivo di € 330.029,49 (con il risultato di porre a base di gara un importo inferiore al reale valore dell'intervento così come risultante dalle stime ufficiali vigenti).

Il Comune di Catania ha contrastato le argomentazioni della parte ricorrente.

4.1. Il motivo è fondato nei termini in appresso specificati.

Come più di recente chiarito, l'istituto dei prezzari regionali soddisfa una duplice esigenza: l'interesse precipuo delle stazioni appaltanti e della collettività di assicurare la serietà dell'offerta e la qualità delle prestazioni finali rese dall'operatore economico selezionato, evitando che la previsione di importi di base eccessivamente bassi impedisca di formulare offerte di sufficiente pregio tecnico; la funzione di regolare il mercato delle opere pubbliche e di prevenirne le storture, posto che l'impiego di parametri

eccessivamente bassi (o, al contrario, troppo elevati), comunque non in linea con le caratteristiche reali del settore imprenditoriale (come declinate in concreto con riguardo ad un dato territorio ed uno specifico frangente temporale), è in grado di alterare il gioco della concorrenza e impedire l'accesso al mercato in condizioni di parità (cfr. cit. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 6 aprile 2021, n. 497).

Il Comune resistente, a ben vedere, non contesta specificamente la circostanza di fatto della adozione - nella procedura oggetto di contestazione - del prezzario del 2018 (in luogo di quello del 2019).

La parte resistente, invero, si limita ad affermare che: manca una valutazione dell'incidenza in termini percentuali, sulla base d'asta, delle modifiche di tale strumento di contabilità dei lavori (modifiche che comunque reputa di scarso peso); tale modifica non può definirsi di per sé una clausola escludente, impeditiva della partecipazione alla gara; degli aumenti dei prezzi delle materie prime intervenute tra la fine dell'anno 2020 e il febbraio 2021 non si sarebbe potuto tenere in conto nemmeno ad applicare il prezzario 2019 e che della modifica dei prezzi si potrebbe/dovrebbe tenere in conto in fase di esecuzione del contratto, utilizzando gli strumenti previsti dal codice dei contratti.

Le argomentazioni difensive comunali sono, tuttavia, prive di base: la parte ricorrente ha quantificato i maggiori oneri derivanti dall'applicazione del prezzario regionale 2018, evidenziando l'effetto di "amplificazione" discendente delle ricadute economiche delle ulteriori prescrizioni della *lex specialis* avversate e del sensibile aumento del prezzo delle materie prime intervenuto (si da argomentare in merito allo "scollamento" fra prezzi reali e prezzi preventivati).

Inoltre, dal chiaro tenore dell'art. 23, comma 16, terzo periodo, del D.Lgs. n. 50 del 2016, si ricava che le stazioni appaltanti sono tenute a fare puntuale applicazione dei prezzari regionali (e anche a ritenere che il prezzario regionale non abbia valore *tout court* vincolante ma costituisca la base di

partenza per l'elaborazione delle voci di costo della singola procedura, deve nondimeno ritenersi che in caso di eventuale scostamento la stazione appaltante debba dare analitica motivazione: cfr. cit. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 6 aprile 2021, n. 497).

5. Infine, con l'ultimo motivo la parte ricorrente lamenta che l'art. 10, comma 5, dello schema di contratto allegato agli atti di gara impone al titolare del contratto di stipulare una polizza indennitaria quindicennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi, mentre l'art. 103, comma 8, D.lgs. n. 50/2016 espressamente prevede una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi.

Per la parte ricorrente anche siffatta clausola perviene a perpetrare una restrizione della platea dei concorrenti, introducendo oneri *contra ius* tali da impedire la stessa formulazione dell'offerta e da rendere il futuro rapporto contrattuale eccessivamente oneroso, obiettivamente non conveniente e fonte di grave rischio economico per l'aggiudicatario, risolvendosi in un aggravio di costi a carico dell'offerente (essendo così dimostrata l'incongruità /incapienza dell'importo posto a base di gara).

Il Comune di Catania ha contrastato le argomentazioni della parte ricorrente.

5.1. Il motivo è fondato nei termini in appresso specificati.

Per il Comune resistente l'art. 103, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 ben può interpretarsi nel senso che la stazione appaltante ben può estendere il limite (normativamente stabilito in dieci anni) e va escluso che un tale onere, comportante il pagamento da parte dell'impresa del premio per ulteriori cinque anni, sia da considerare impeditivo della partecipazione alla gara stessa. Tuttavia, in disparte la questione della facoltà della stazione appaltante di richiedere la stipulazione di una polizza indennitaria di durata superiore a quella legale (decennale *ex* art. 103, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), la difesa comunale non coglie l'essenza della doglianza, *id est* le

conseguenze discendenti dalla previsione in questione in termini di aggravio di costi a carico dell'offerente e di incongruità dell'importo posto a base di gara, anche alla luce delle ulteriori prescrizioni avversate.

Deve invero evidenziarsi che – da un lato – la parte ricorrente ha contestato *ex se* la previsione in esame, quale obbligo *contra ius* (in relazione alla durata decennale della polizza, come prevista dalla legislazione vigente); dall'altro, ha posto in risalto come la prescrizione in questione determina un (ulteriore) aggravio di costi a carico dell'offerente, sì da rendere incongruo ovvero incapiente l'importo posto a base di gara (come si legge nella nota integrativa alla perizia depositata in data 11 ottobre 2021 “*l'utile pari a € 1.000.089,38 non copre i maggiori costi di € 4.565.722,54 derivanti dal mancato utilizzo del Prezzario regionale vigente e dalle lavorazioni aggiuntive previste dai criteri dell'Offerta tecnica*”).

6. In conclusione, attesa la fondatezza delle doglianze il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti avversati, e segnatamente del bando di gara, del disciplinare di gara e dello schema di contratto posto a base di gara.

7. Le spese di lite, in considerazione della peculiarità della vicenda contenziosa e delle questioni interpretative esaminate, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e nei termini in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati come sopra indicati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Giuseppe Antonio Dato

IL PRESIDENTE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO