

Publicato il 20/05/2020

N. 03205/2020REG.PROV.COLL.

N. 06032/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6032 del 2019, proposto da Franco Dipergola S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Marco Palieri, con domicilio digitale come da PEC come indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

contro

Centrale Unica di Committenza del Tavoliere non costituita in giudizio; Comune di Orta Nova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Giacinto Lombardi, con domicilio digitale come da PEC indicato in atti e domicilio fisico presso lo studio Michele Di Carlo in Roma, via Raffaele Caverni 6; Tekno Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari,

con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Carlo Tangari in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sez. I, n. 965/2019, pubblicata in data 5 luglio 2019 e non notificata, con cui era respinto il ricorso per l'annullamento della determinazione R.G. n. 114 del 15 febbraio 2019 del Responsabile del IV settore del Comune di Orta Nova, R.P. n. 33, avente ad oggetto *“lavori di realizzazione di una residenza sociosanitaria assistenziale per anziani in zona F/2 di PRG in via Piemonte angolo via Liguria nel comune di Orta Nova. Aggiudicazione definitiva”*, resa nota in data 19 febbraio 2019 mediante pubblicazione di avviso sull'Albo pretorio on line della Centrale Unica di committenza del Tavoliere;

Visto l'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. n. 27 del 2020, con il quale sono state adottate nuove misure per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenente gli effetti in materia di giustizia amministrativa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orta Nova e della Tekno Engineering S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 30 aprile 2020 il Cons. Solveig Cogliani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso avverso il dispositivo di sentenza n. 881/2019, pubblicato il 24 giugno 2019 e richiesta di sospensione dell'esecutività, la Società appellante premette che,

con bando del 3 ottobre 2018, il responsabile della CUC indiceva la gara per l'aggiudicazione – mediante procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – dell'appalto per i lavori di realizzazione di una residenza sociosanitaria assistenziale per anziani nell'agro di Orta Nova, con importo a base di gara di euro 1.583.298, 82. Il progetto esecutivo messo a gara prevedeva la realizzazione di un edificio di altezza pari a 7 ml. con superficie di 820 mq coperta e la volumetria di 5.740.

Precisa che il bando ha ammesso le offerte in variante, come confermato dal disciplinare, con la precisazione che tali offerte non dovranno comportare modificazioni che costituiscano varianti sostanziali alla progettazione approvata.

Risultava aggiudicataria la controinteressata TEKNO con un punteggio di 94,583 (a fronte dei 74,976 punti assegnati alla odierna appellante, seconda in graduatoria), che – a dire dell'appellante – aveva proposto la sostituzione della struttura portante (travi e pilastri in cemento armato) con uno scheletro di moduli di acciaio prestampato ed assemblato in loco.

Nelle more dello svolgimento del giudizio di primo grado era stipulato il contratto in data 27 maggio 2019.

Avverso il dispositivo di rigetto del ricorso introduttivo e di condanna alle spese, l'appellante propone, dunque, i seguenti motivi di appello:

1 – violazione e malgoverno dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché della *lex specialis* (bando di gara pag. 6, disciplinare, pagg. 10, 12, 14, 16 e ss.); eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e violazione della par condicio, poiché la controinteressata avrebbe proposto una variante sostanziale, alla luce della definizione di cui alla delibera n. 1309 del 2010 della Giunta della Regione Puglia (intervenendo sul sistema costruttivo, sui materiali, sulla tipologia costruttiva), e, altresì, alla luce dell'art. 32, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 (che definisce l'essenzialità delle variazioni con riferimento alle caratteristiche dell'intervento

edilizio e alla normativa antisismica), nonché dell'art. 106, comma 4, d.lg. n. 50 del 2016 relativo alle modifiche contrattuali;

2 – i medesimi vizi con riguardo ai punteggi assegnati dalla commissione, che avrebbe dovuto assegnare zero punti per la valutazione a.1) e a.2) al progetto della controinteressata (al posto di 55 punti) in considerazione della sostanzialità della variazione;

3 – i medesimi vizi anche il relazione alla asserita violazione del principio di segretezza dell'offerta, poiché il computo metrico non estimativo allegato in sede di gara dalla controinteressata sarebbe composto di 43 voci di lavorazioni e forniture, di cui solo 9 relative alla categoria “*Miglioria strutture*” e riportanti la tariffa del listino delle Opere pubbliche nella Puglia, sì da far desumere il presso unitario, che moltiplicato per la relativa quantità indicata in computo, consentirebbe di ricavare il costo della relativa lavorazione e della intera categoria di lavori;

4 – ancora le medesime censure con riferimento alla dedotta carenza di linearità dell'offerta della controinteressata, in particolare con riguardo all'impianto fotovoltaico (sarebbero indicati tre diversi valori di potenza dell'impianto), nonché con riguardo all'impianto di sorveglianza (4-6 telecamere), all'impianto solare termico (5,88 mq di superficie captante nella offerta della TEKNO rispetto ai mq previsti nel progetto esecutivo).

Chiede la verifica sul progetto tecnico della controinteressata in via istruttoria. Con successiva memoria, recante i motivi di appello, la Società appellante ha insistito sui primi due motivi di appello, abbandonando gli altri due paventati nel primo atto introduttivo dell'appello avverso il dispositivo e ha specificato che la sentenza di primo grado avrebbe erroneamente considerato come variazioni essenziali vietate dalla *lex specialis* solo quelle incidenti sulle planivolumetrie e /o funzionali.

Precisa la domanda di annullamento degli atti gravati unitamente alla dichiarazione dell'inefficacia del contratto, non essendo stati, tra l'altro, consegnati i lavori.

Domanda anche la condanna del Comune e della CUC al risarcimento dei danni in via principale in forma specifica ed, in via subordinata, nella misura del 10% dell'offerta economica presentata dalla ricorrente o nella misura di giustizia, oltre alla vittoria delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

Si è costituita la Società controinteressata, precisando in sede cautelare che è intervenuta la consegna dei lavori in data 9 luglio 2019 e che l'intervento è finanziato dalla Regione Puglia con il POR Puglia 2014-2020 per promuovere l'inclusione sociale, la lotta alla povertà e ogni forma di discriminazione.

Nel merito ha evidenziato con riguardo al primo motivo, che ripropone il primo motivo di ricorso, che il disciplinare di gara prevedeva che *“le proposte di varianti, nella salvaguardia di tutte le funzioni previste dal progetto esecutivo, possono riguardare miglioramenti quantitativi, tecnici, funzionali. Sono ammesse varianti...atte a minimizzare i costi dell'opera... o a semplificare o migliorare la costruzione o la sua utilizzazione/manutenzione con proposte di soluzioni tecniche alternative o integrative”*. Sicché la costruzione in acciaio proposta offrirebbe indubbi vantaggi quanto all'alleggerimento della struttura; inoltre l'appellante avrebbe omesso di impugnare le prescrizioni della *lex specialis* che consentivano espressamente le migliorie introdotte.

In particolare il disciplinare poneva l'onere di produrre per ogni miglioria le schede tecniche in relazione ai materiali, pertanto, dovrebbe ritenersi indubbia l'ammissibilità della variante proposta. Pertanto, avrebbe correttamente deciso il primo giudice con riferimento all'ammissibilità delle varianti in questione, anche in coerenza con l'orientamento del Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Sez. V, 2062/2018; né sarebbe ammissibile, al contrario, un meccanismo esegetico con riferimento alla delibera della Giunta reg. Puglia n. 1309/2010 e al d.P.R. n. 301/2001, fonti non richiamate dalla legge di gara);

Quanto al secondo motivo, oltre all'infondatezza derivante dalle argomentazioni sopra esposte, le censure sarebbero inammissibili, poiché l'appellante non avrebbe

superato la prova di resistenza, in quanto la Tekno avrebbe proposto una pluralità di varianti che hanno di fatto determinato il punteggio; in particolare, quanto all'a.1), relativo all' *“aumento dell'ottimizzazione e miglioramento qualitativo-tecnico+funzionale – prestazionale”* l'appellata aveva proposto ulteriori varianti inerenti gli impianti di sorveglianza, di illuminazione, di sicurezza, elettrico, fotovoltaico, termico, idrico, soluzioni di isolamento, controsoffittatura, organizzazione del cantiere, pavimentazione, rivestimento e sistemazione sterna, arredo ed allestimento spazi, misure antincendio etc.; con riguardo al parametro a.2), concernente l' *“ottimizzazione e miglioramento qualitativo-tecnico-funzionale-prestazionale”* sotto il profilo *“dell'accessibilità, fruibilità, funzionalità, gestione degli spazi interni e qualità delle finiture e corretta e funzionale dislocazione dell'arredo in relazione alle mansioni degli operatori pubblici”*.

Si è costituito il Comune appellato, precisando che l'offerta della Tekno non stravolge in nessun modo il progetto posto a base di gara, ma ne costituisce un miglioramento. Del resto, tutta la legge di gara lascerebbe intendere che le offerte dei concorrenti avrebbero dovuto integrarsi con il progetto esecutivo posto a base di gara sì da comportare un nuovo progetto.

Il progetto della controinteressata non comporterebbe nessuna variazione dei volumi e delle superfici rispetto al progetto, migliorando il grado di sicurezza del complesso strutturale. La non modificabilità si riferirebbe agli standards tecnici e strutturali idonei al conseguimento del finanziamento.

Inoltre, sarebbe stata proposta solo in sede di appello la censura circa l'ammissibilità delle sole variazioni contenute nel 5% sui carichi globali e sulle fondazioni.

Con riguardo al secondo motivo di appello, l'Amministrazione ha rilevato l'inammissibilità della richiesta di sostituzione del giudizio tecnico espresso dalla Commissione.

Deduce la mancanza di qualsiasi principio di prova in ordine alla pretesa risarcitoria. Era respinta l'istanza cautelare con ordinanza n. 4372/2019.

Con ulteriore memoria per l'udienza di discussione, l'appellante ha precisato che i lavori sono rimasti fermi sino al 28 febbraio 2020. Quanto alla domanda risarcitoria ha evidenziato che la propria offerta economica – considerato il ribasso - era di euro 1.415.234,92, pertanto la domanda risarcitoria è pari a euro 141.523,49. Quanto al danno curriculare evoca la giurisprudenza secondo la quale la prova sarebbe *in re ipsa* ed invoca i criteri di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a.. Ha altresì prodotto documentazione anche fotografica sullo stato dei lavori.

Con la memoria per l'udienza di discussione, la Tekno ha richiamato le proprie difese.

Con memoria in replica per l'udienza di discussione, il Comune appellato ha precisato, con riguardo alle osservazioni di parte appellante inerenti alla esecuzione dei lavori, che questi sono stati affidati ed avviati nel luglio 2019 (giusto Verbale Consegna All. n. 7 C.d.S.) con le attività di preparazione del cantiere e l'avvio dei lavori di scavo per le fondazioni.

A seguito di sopralluogo del 20 agosto 2019, durante lo scavo per la realizzazione delle fondazioni, è risultato come il terreno fosse caratterizzato da un livello limoso-sabbioso solo alla profondità di ml 1,60 invece dei previsti ml 1,00. In conseguenza, si è ritenuto necessario attestare il piano di posa delle fondazioni a detta profondità, come si evince dalla relazione geologica 21 ottobre 2019 (all. n. 11), allegata alla delibera G.C. 5 dicembre 2019 n.167 (all. n. 10) con cui è stata approvata la relativa variante. Tale variante approvata comporta, peraltro, un maggior importo contrattuale di € 71.366,34. L'appaltatore a fronte di detta somma è stato onerato di maggiori lavori ritenuti necessari per la sicura stabilità dell'opera messa in discussione dalla tipologia del sottofondo riscontrato: uno scavo più profondo di cm.60 con conseguente trasporto del terreno di risulta in discarica ed utilizzo di idoneo inerte per il relativo riempimento (All. n. 12 C.d.S.), con la conseguenza che

deve escludersi qualsivoglia trattamento di particolar favore nei confronti dell'aggiudicatario.

Ancora ha precisato che già alla data del 27 febbraio 2020 l'intera struttura portante è stata realizzata con anche i vani scala, il tutto come si evince dalla ulteriore Relazione sull'andamento dei Lavori depositata (All. n. 13 C.d.S.) corredata dal rapporto fotografico ad essa accluso.

Per quanto concerne la richiesta risarcitoria, oltre a contestarne la fondatezza, l'Amministrazione appellata ne ha eccepito l'inammissibilità, in quanto l'appellante ha chiesto solo in sede di memoria difensiva depositata il 25 febbraio 2020 i danni il pagamento del c.d. mancato guadagno nella misura del 10% della propria offerta economica oltre al c.d. danno curriculare.

Con ulteriore memoria per l'udienza del 30 aprile 2020, l'appellante ha insistito per la natura di variante essenziale della proposta dell'a società appellata.

Il Comune e l'appellata hanno reiterato le proprie difese, evidenziando la conformità al bando ed ulteriormente, in via subordinata, hanno precisato la non sostituibilità nel presente stato d'avanzamento dei lavori.

Le parti del giudizio hanno chiesto la decisione ai sensi dell'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

All'udienza con modalità da remoto del 30 aprile 2020, pertanto, la causa è stata trattenuta in decisione .

DIRITTO

I – L'appello è infondato. Pertanto, ritiene il Collegio di poter prescindere da una pronunzia in ordine alle eccezioni di inammissibilità.

II – Sin d'ora, peraltro, si precisa la non utilità di svolgere, ai fini della decisione, ulteriore attività istruttoria, potendo essere risolta la controversia sulla base dei documenti in atti e sulla base dell'orientamento elaborato da questo Consiglio.

III – La questione di fondo su cui si fonda l'appello attiene alla qualificazione e successiva valutazione delle variazioni ammesse dalla Commissione (primo motivo). Orbene, secondo un condiviso orientamento, occorre tenere ben distinte le nozioni di mera miglioria rispetto al progetto posto a base di gara e vera e propria variante. E' stato condivisibilmente stabilito, al riguardo, che in sede di gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; 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 preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce *un aliud* rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione: ne deriva che possono quindi 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 (ex multis, Cons. Stato, V, 16 aprile 2014, n. 1923).

Sono varianti migliorative le “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 preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi” (CGARS cit. , che richiama Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014, n. 814; Id., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160).

Orbene, non vi è dubbio che, nella specie che occupa, le varianti sono espressamente ammesse dal bando (lett. l) delle “*Altre informazioni?*”), ai sensi dell’art. 95, comma 14 del codice dei contratti pubblici.

Il disciplinare di gara ha specificato poi che “*sono ammesse varianti migliorative e soluzioni integrative atte a garantire una migliore utilizzabilità dell’opera, atte a minimizzare i costi dell’opera o della sua utilizzazione/manutenzione o a semplificare o migliorare la costruzione o la sua utilizzazione / manutenzione con proposte di soluzioni tecniche alternative o integrative*”.

Il limite è prefissato nella non alterazione dei requisiti prestazionali.

Pertanto, che le varianti migliorative potessero intervenire sul progetto risulta confermato dalla successiva prescrizione che prevede l’integrazione del progetto a base di gara con le proposte di cui all’offerta tecnica.

IV – Ciò posto, vale notare che, comunque, l’appellante non ha tempestivamente contestato la legge di gara né muove censure in ordine all’efficacia tecnica della proposta dell’aggiudicataria.

V – Dalla reiezione del primo motivo di appello discende necessariamente anche l’infondatezza del secondo motivo, venendo meno la censurabilità del punteggio assegnato all’aggiudicataria, in disparte ogni ulteriore questione inerente la prova di resistenza.

VI – Per quanto sin qui ritenuto, non può essere condivisa la pretesa risarcitoria.

VII - Ne discende che l’appello deve essere respinto.

VIII – Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e, pertanto, la parte appellante deve essere condannata al pagamento delle stesse, che sono determinate in complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00), da dividersi in parti eguali a favore delle parti appellate costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese della presente fase di giudizio che sono determinate in complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00), da dividersi in parti eguali a favore delle parti appellate costituite.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO