

N. 01978/2015 REG.PROV.COLL.

N. 04920/2014 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4920 del 2014, proposto da:
SOCIETA' CO.GE.T, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Paolo Vosa, Giuliana Vosa ed Achille Buffardi, con i quali è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Giuseppe Fiorelli n. 14 presso lo studio legale Vosa;

contro

COMUNE DI POZZUOLI, rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Sartorio, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli alla Via dei Mille n. 16;

nei confronti di

D&D COSTRUZIONI GENERALI S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Sergio Como, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli al Viale Gramsci n. 16;

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale del Comune di Pozzuoli n. 1283 dell'8 luglio 2014, recante l'aggiudicazione definitiva, in favore della D&D Costruzioni Generali S.r.l., della gara per l'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova rete fognaria del comprensorio

Cuma Licola;

b) della determinazione della commissione giudicatrice, resa nel verbale del 24 aprile 2014, di dichiarare aggiudicataria provvisoria della gara la D&D Costruzioni Generali;

c) della determinazione della commissione giudicatrice di non escludere dalla gara la D&D Costruzioni Generali;

d) dei verbali della commissione giudicatrice relativi alle sedute pubbliche ed a quelle riservate;

e) della graduatoria finale di gara;

f) di ogni ulteriore atto preordinato, connesso e consequenziale, ivi compresa la comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto, ove stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e della società controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1737 del 22 ottobre 2014, con la quale è stata respinta l'istanza cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a. sulla redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2014 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- la società ricorrente partecipava alla procedura aperta indetta dal Comune di Pozzuoli ai fini dell'affidamento, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova rete fognaria del comprensorio Cuma Licola, e si collocava seconda dopo l'aggiudicataria D&D Costruzioni Generali S.r.l.;

- la ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della D&D Costruzioni

Generali e gli altri atti della sequenza di gara, tutti meglio in epigrafe individuati, sostenendo che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla procedura per inammissibilità della sua offerta tecnica (che comunque meritava una diversa valutazione), con conseguente emersione, in capo all'operato della stazione appaltante, di vari vizi di violazione del d.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara (bando, disciplinare e capitolato prestazionale), nonché di eccesso di potere sotto svariati profili;

- alla domanda di annullamento è acclusa istanza di declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato;
- con memorie depositate in corso di giudizio, rispettivamente in data 3 novembre 2014 e 7 novembre 2014, parte ricorrente, oltre ad insistere nelle proprie ragioni, formula anche nuove censure;

Rilevato, in punto di fatto, che:

- il progetto preliminare, predisposto dall'amministrazione comunale, contempla che il tracciato della rete fognaria deve essere collocato all'interno delle sedi stradali di Viale Sibilina, Viale del Tramonto, Strada delle colmate e Strada del cantiere (cfr. capitolo 5 della relazione illustrativa del progetto preliminare, pagg. 12 e ss.);
- il bando ed il disciplinare di gara prescrivono che il progetto definitivo, che costituisce l'intera offerta tecnica, deve essere redatto sulla base del progetto preliminare senza la possibilità di introdurre varianti;
- il disciplinare di gara prevede l'attribuzione di massimo 15 punti al seguente elemento dell'offerta tecnica: "Proposte migliorative relative all'ampliamento della rete fognaria di progetto. Si privilegeranno le proposte di realizzazione/rifunzionalizzazione di ulteriori tratti fognari." (cfr. punto 3. lett. a);

Rilevato, in punto di diritto, che:

- le censure attoree possono essere così riassunte:
 - a) l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per aver prodotto come offerta tecnica un progetto definitivo in variante rispetto al progetto preliminare, comportante la traslazione in

alcuni tratti rappresentanti una quota rilevante dell'intervento – e precisamente nei tronchi A1-A'1, C1-C'1 ed E-E3 – del tracciato della rete fognaria, che è stato spostato dalla sede stradale di proprietà comunale ad aree di proprietà di terzi da acquisire mediante esproprio;

b) l'aggiudicataria doveva essere estromessa perché tale traslazione rappresenta un'alterazione dei caratteri essenziali del progetto preliminare anche sotto altro profilo, se solo si considera che l'acquisizione di aree a mezzo di espropri comporta la modificazione del quadro economico della commessa, l'assunzione a carico dell'amministrazione comunale di ulteriori oneri economici e l'allungamento dei tempi di realizzazione dell'opera;

c) lo svolgimento dell'attività espropriativa non è comunque contemplata dal capitolato prestazionale;

d) l'aggiudicataria meritava l'esclusione anche perché l'attività espropriativa proposta "incide, notevolmente, sui tempi di realizzazione dell'opera e si pone in contrasto con l'obiettivo della stazione appaltante di addivenire alla realizzazione dell'opera nei tempi più brevi possibili";

e) "La commissione, nell'esaminare e punteggiare la proposta migliorativa formulata dalla D&D che ha offerto la realizzazione di una fogna bianca in Piazza San Massimo, di un'altra fogna bianca in Viale dei Cipressi, e la posa in opera di un ulteriore tronco di fognatura nella traversa di Via delle Colmate, a causa di un palese travisamento dei fatti dovuto, verosimilmente, ad una istruttoria carente, ha omesso di rilevare che due degli ulteriori tre tratti fognari offerti dalla Società D&D si collocano al di fuori del bacino servito dal sistema fognario oggetto di risanamento e non sono fogne a servizio "fecale". A causa dell'errore in cui è incorsa la commissione ha valutato "buona" la proposta della D&D ed ha attribuito alla stessa, con riferimento a tale parametro, 11,250 punti su 15 e quindi un punteggio di gran lunga maggiore di quello che avrebbe potuto conseguire il concorrente D&D se la sua proposta fosse stata valutata nel rispetto di quanto previsto dal disciplinare".

Considerato che:

- gli assunti attorei non convincono e giova replicare, in via dirimente, quanto segue con riguardo ad ogni singola censura proposta:

aa) è orientamento consolidato in giurisprudenza, e qui condiviso dal Collegio, che nelle gare pubbliche, caratterizzate come nel caso di specie dal criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le variazioni migliorative si differenziano dalle varianti perché possono liberamente esplicarsi su tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla scorta di un progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali essenziali già stabilite dall'amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista strutturale, qualitativo-tipologico e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria un'apposita 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 oltre i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce altra cosa rispetto a quella prefigurata dall'amministrazione (cfr. art. 76 del d.lgs. n. 163/2006). La possibilità per le imprese di proporre variazioni migliorative, indispensabili o semplicemente utili sotto l'aspetto tecnico, incontra quindi il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto, in maniera da non modificare i profili strutturali, qualitativi o funzionali dell'opera, come definiti nel progetto posto a base di gara. In altre parole, nelle gare pubbliche governate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono sempre ammissibili variazioni migliorative non essenziali del progetto posto a base di gara, ossia tutte quelle variazioni migliorative che non si traducano in uno stravolgimento dell'oggetto del contratto, attraverso una sua diversa ideazione che si ponga come del tutto alternativa rispetto al disegno progettuale originario (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 novembre 2014 n. 5497; Consiglio di Stato, Sez. V, 16 aprile 2014 n. 1923). Ebbene, facendo tesoro della documentazione depositata in giudizio – ed in particolare della relazione generale e della relazione sulle proposte migliorative facenti parte del progetto definitivo offerto dalla società aggiudicataria, nonché delle planimetrie allegate alla relazione tecnica prodotta da quest'ultima, documenti, questi, la cui riconducibilità agli atti originali di gara non è posta in discussione da nessuna delle parti costituite – si deve effettivamente rilevare che, nel progetto definitivo in questione, il tracciato della rete fognaria

relativo ai tronchi A1-A'1, C1-C'1 ed E-E3 è stato spostato dalla sede stradale comunale ad aree di terzi soggette a futuro esproprio. Tuttavia, tale spostamento, giustificato nelle suddette relazioni dalla necessità di semplificare le operazioni di manutenzione sulla rete, ha comportato la modesta traslazione del tracciato originario dall'asse al margine della strada, senza implicare che il tracciato stesso abbandoni la linea stradale, lungo la quale continua a svilupparsi conformemente al disegno contenuto nel progetto preliminare. Ne discende, in applicazione delle suesposte coordinate ermeneutiche, la qualificazione di non essenzialità della variazione progettuale proposta dall'impresa aggiudicataria, che è volta a migliorare l'agibilità della rete fognaria sotto l'aspetto manutentivo, al fine di evitare inutili ingombri della sede stradale, e che non si traduce in alcuno stravolgimento dell'oggetto contrattuale come definito nella progettazione preliminare, non determinando immutazioni dei profili strutturali, qualitativi o funzionali dell'opera posta a base di gara. In definitiva, non si tratta di una variante in senso tecnico, ma di una variazione migliorativa non essenziale, perfettamente ammissibile in base ai principi regolatori delle gare connotate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2010 n. 743, secondo il quale è insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, finanche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, deve ritenersi consentito alle imprese concorrenti di proporre variazioni migliorative che non alterino i caratteri essenziali dell'oggetto contrattuale delineato nella *lex specialis*);

bb) né la proposta traslazione, essendo subordinata all'espletamento di procedure espropriative, può configurare per tale aspetto un'alterazione dei caratteri essenziali del progetto preliminare, poiché l'esborso economico che ne deriverebbe per gli indennizzi, quantificato in circa 76.000 euro nel piano particellare di cui al progetto definitivo dell'aggiudicataria, è di trascurabile rilevanza se confrontato con il valore complessivo dell'appalto come fissato nel bando di gara, pari a poco meno di tre milioni di euro. Ne consegue che anche la modificazione del quadro economico dell'intervento e l'eventuale lievitazione degli oneri economici gravanti sull'amministrazione comunale per l'acquisizione delle aree assumono una portata modesta, tale da non stravolgere l'aspetto qualitativo dell'intervento descritto nel progetto preliminare. Analogo discorso va fatto

con riguardo al paventato allungamento dei tempi di realizzazione dell'opera, che può essere agevolmente superato con l'attivazione degli ordinari strumenti, previsti dalla normativa in materia di espropriazione, tesi a conseguire la preventiva occupazione dei suoli proprio al fine di assicurare la più rapida esecuzione dei lavori;

cc) al contrario di quanto sostenuto in gravame, lo svolgimento di eventuale attività espropriativa trova apposita disciplina nel capitolato prestazionale agli artt. 81 e 82, rispettivamente rubricati "Espropriazioni" e "Tracciamenti e pulizie delle aree d'esproprio ed occupazione temporanea";

dd) già si è chiarito che il paventato allungamento dei tempi di realizzazione dell'opera, dovuto all'espletamento delle procedure espropriative, è facilmente ovviabile con l'utilizzo degli strumenti giuridici ordinari. Peraltro, va aggiunto che nessuna clausola della lex specialis di gara collega l'esclusione all'ipotesi di proposizione di attività espropriativa nell'ambito del progetto definitivo, con la conseguenza che si connoterebbe di evidente arbitrarietà ogni decisione assunta in tal senso dalla commissione giudicatrice, anche laddove traesse giustificazione dall'esigenza di comprimere i tempi complessivi di ultimazione dell'intervento;

ee) infine, quanto alla lamentata erroneità del punteggio attribuito alla proposta migliorativa formulata dall'aggiudicataria, vale osservare che, a termini del chiaro dettato del disciplinare di gara, caratterizzato dall'ampiezza dell'espressione "realizzazione/rifunzionalizzazione di ulteriori tratti fognari", sono valorizzabili tutti gli ampliamenti della rete fognaria di progetto purché collocati (come nel caso di specie) nel comprensorio Cuma Licola, a prescindere dalla circostanza se si pongano o meno in linea di continuità con il bacino fognario da implementare e se mirino all'attivazione di fogne bianche piuttosto che di fogne nere a servizio fecale;

Considerato, inoltre, che:

- devono essere dichiarate inammissibili le rimanenti censure formulate dalla ricorrente nelle memorie depositate in corso di giudizio, con cui si sostiene che comunque l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per contrasto della sua offerta tecnica con le prescrizioni del disciplinare di gara asseritamente dirette ad inibire la possibilità di introdurre modifiche del quadro economico di progetto e di addossare ulteriori oneri all'amministrazione, nonché con la

relazione al progetto preliminare, da cui si evincerebbe che “la stazione appaltante aveva stabilito di non ricorrere ad espropri di aree di proprietà privata”;

- infatti, tali censure sono state irrispettamente introdotte con meri atti difensivi non notificati alle controparti, in dispregio delle regole del contraddittorio processuale;

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza;

- analoga sorte subisce la connessa istanza per la declaratoria di inefficacia del contratto, non essendosi verificata la presupposta illegittimità dell'affidamento in favore della società aggiudicataria;

- il ricorso deve essere in toto respinto, mentre sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della complessità tecnica della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 19 novembre 2014 e 28 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 02/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)