

APPALTI - OFFERTA - DIFFERENZA TRA VARIANTI E MIGLIORIE - LIMITI APPLICATIVI

È legittima l'esclusione dell'offerente che apporti al progetto a base d'asta modifiche radicali, le cd. varianti, non consentite. Le varianti, infatti, diversamente dalle soluzioni migliorative, apportano modifiche al progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale e, in quanto tali, possono essere ammesse solo se preventivamente autorizzate nel bando di gara, che deve comunque definirne i limiti, e dietro manifestazione espressa della Stazione appaltante.
TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, sentenza n. 453/2020

Publicato il 10/03/2020

N. 00453/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01200/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1200 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Rti Consorzio Stabile Costruendo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Pullano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Chiaravalle Centrale, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Attina', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cuc Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Montepaone, Montauro, Gasperina, San Floro e Chiaravalle Centrale non costituito in giudizio;

nei confronti

Cardinale s.r.l., L'Internazionale soc. coop., Conpat scarl, Fenix Consorzio Stabile Società Consortile, F.M.B. Tubes s.r.l., Ar.Co. Lavori società' cooperativa consortile non costituiti in giudizio;

La Porta Industries s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Falzone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa tutela cautelare,

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione della società ricorrente (comunicato in data 19.7.2019) contenuto nel verbale di gara n° 5 del 18.7.2019, con il quale la Commissione giudicatrice ha determinato di escludere l'RTI ricorrente dalla gara identificata dal CIG: 8722086D8E CUP: H39H17000020002 del Comune di Chiaravalle C.le – Centrale Unica di Committenza c/o Comune di Montepaone – per l'adeguamento sismico dell'edificio sede della scuola elementare "Centro" sito in via Martelli n. 76 nel Comune di Chiaravalle Centrale.

- della determinazione del Responsabile della Centrale Unica di Committenza n° 20 del 31 maggio 2019 con la quale è stata nominata la Commissione tecnica di gara;

- del verbale di gara del 18 luglio 2018 n° 5.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Rti Consorzio Stabile Costruendo s.r.l. il 15\1\2020:

per l'annullamento:

del provvedimento della nomina della commissione per ulteriore motivo.

Per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti:

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva assunto dalla Centrale Unica di Committenza c/o Comune di Montepaone con determina n° 39 dell'11.12.2019 (comunicata in pari data con nota 10146);
- del verbale di gara n° 7 del 16.10.2019;
- di ogni atto presupposto o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Chiaravalle Centrale e di La Porta Industries s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2020 la dott.ssa Francesca Goggiamani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Rti Consorzio Stabile Costruendo srl ha impugnato il provvedimento di sua esclusione dalla procedura aperta indetta dal Comune Chiaravalle C.le – Centrale Unica di Committenza c/o il Comune di Montepaone per l'adeguamento sismico dell'edificio sede della scuola elementare "Centro" nel Comune di Chiaravalle Centrale.

Con un primo motivo ne ha lamentato l'illegittimità per violazione dell'articolo 16 delle norme tecniche del Pai della Regione Calabria e dell'art. 26 del d.lgs. n. 50/2016, per eccesso di potere, violazione della *lex specialis* della gara e delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara, violazione della *par condicio* dei concorrenti nella valutazione delle offerte e delle relazioni tecniche, sostenendo che l'edificio scolastico ricade in zona R4 ad alto rischio frana ed il progetto posto

a base della gara prevedeva interventi non consentiti dalle prescrizioni del Pai, sicchè si era determinata a presentare offerta che, apportando soluzioni migliorative, conteneva un progetto di adeguamento rispettoso delle norme sismiche.

Con un secondo motivo ha lamentato l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione, composta e presieduta da membri tutti esterni.

Con atto di motivi aggiunti depositati il 27/09/19 ha censurato ulteriormente il provvedimento di nomina della commissione per violazione del combinato disposto dell'art. 42 c.c.p. e dell'art. 7 del DPR 62/2013 e dell'art. 32 comma 4 *ter* L.R. n. 3/1996 sussistendo il rapporto di parentela (cugini) tra il Direttore Generale Reggente della SUA dott. Mario Donato ed il Sindaco del Comune di Chiaravalle Centrale dott. Domenico Savio Donato, con conseguente sussistenza di conflitto di interessi ed obbligo di astensione.

Costituitosi il Comune di Chiaravalle centrale ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione degli atti presupposti costituiti dall'approvazione del progetto, dalla determina a contrarre e dal bando di gara e nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso, assumendo il rispetto del progetto della p.a. al Pai e la corretta composizione della Commissione, per il cui vizio la ricorrente non aveva legittimazione in quanto legittimamente esclusa.

La Cuc e le imprese controinteressate, cui il ricorso è stato ritualmente notificato, non si sono costituite.

In via cautelare, con ordinanza n. 310/2019, confermata in appello (ord. Cons. St. n. 4727/2019), la ricorrente è stata ammessa con riserva alla procedura di evidenza pubblica.

In via istruttoria è stata disposta verifica al fine di accertare la conformità del progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante al disposto delle norme tecniche del PAI della Regione Calabria ed al fine di verificare se la variante al

progetto di adeguamento sismico posto a base di gara, proposta dal RTI ricorrente, fosse funzionale al rispetto delle norme tecniche del PAI applicabili alla zona d'interesse.

Con secondo atto di motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato per illegittimità derivata la sopraggiunta aggiudicazione della gara in favore della La Porta Industries s.r.l..

Tale aggiudicataria si è costituita resistendo al ricorso, evidenziando che, in esito all'ammissione con riserva, la ricorrente si era collocata solo in settima posizione.

All'udienza pubblica del 26.2.2020, all'esito della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare deve superarsi l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'amministrazione resistente.

Approvazione del progetto, determina a contrarre e bando non costituivano atti immediatamente lesivi nei confronti del "futuro" partecipante alla gara sicchè non vi era interesse del ricorrente a proporre impugnazione al momento della loro adozione.

In particolare per quanto concerne il bando occorre rammentare che l'Adunanza Plenaria ha più volte chiarito (v. Ad. Plen. 4/2011 e 4/2018) che il bando deve essere oggetto di immediata impugnazione solo ove abbia portata escludente.

Per clausola escludente deve intendersi, si badi, anche quelle impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v. Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671), che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Ad. Plen. n. 3 del 2001), contenenti 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 (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980), contenenti condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293), clausole impositive di obblighi *contra ius* (Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222), con gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta.

Ebbene, nella specie, la s.r.l. non si duole della illegittimità dell'intervento di adeguamento sismico nel suo complesso, ma delle soluzioni progettuali sicchè non aveva onere di immediata impugnazione.

Il Tar può, pertanto, scendere all'esame del merito della vicenda.

2. L'analisi del primo motivo di ricorso richiede la delineazione della distinzione tra variante non consentita e miglioria per come all'opposto qualificata, rispettivamente da S.A. e RTI Consorzio Stabile costruendo s.r.l., l'offerta presentata da questo ultimo.

È noto che per le imprese di proporre variazioni migliorative, indispensabili sotto l'aspetto tecnico, incontra il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali, i cosiddetti requisiti minimi, della prestazione oggetto del contratto, in maniera da non modificare i profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali dell'opera (o come nella specie dei servizi), come definiti nel progetto posto a base di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923).

Dunque, le soluzioni migliorative avanzabili concernono gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni dal 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 disposizione contenuta nella disciplina 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 dall'amministrazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 270; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Tar Veneto, 481/2018; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 21 febbraio 2018, n. 249; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 13 novembre 2017, n. 928; T.A.R. Umbria, sez. I, 6 ottobre 2017, n. 620). L'istruttoria svolta ha consentito di appurare in primo luogo l'infondatezza della deduzione di contrarietà del progetto appaltato alle norme del Pai della Regione Calabria.

Il verificatore, infatti, dopo avere premesso che l'edificio scolastico oggetto del progetto di adeguamento sismico si localizza nel centro storico di Chiaravalle Centrale e ricade in un'area a "rischio molto elevato – R4", con sua sottoposizione alla disciplina di cui all'art. 16 delle Norme di Attuazione e Misure di Salvaguardia (NAMS) del PAI, ha riscontrato che gli interventi di cui al progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante sono ascrivibili alla fattispecie degli "*interventi di adeguamento o miglioramento sismico o di riparazione o intervento locale così come definiti nel Cap. 8 delle Norme Tecniche per le Costruzioni del 2008 approvate con D.M. 14.01.2008*", annoverabili tra quelli consentiti nelle "aree a rischio molto elevato -R4" del PAI, ai sensi dell'art. 16, comma 2, lettera f) delle vigenti Norme di Attuazione e Misure di Salvaguardia (NAMS) del PAI, salva l'acquisizione, possibile nella successiva fase di progettazione esecutiva, di apposito studio di compatibilità geomorfologica. Questo Tar condivide i risultati cui è pervenuto l'organo ausiliare, e li fa propri per l'accuratezza e l'eshaustività con le quali sono stati raccolti i dati di base e per l'inesistenza di lacune di ordine logico-tecnico nel processo di valutazione degli elementi acquisiti e nelle argomentazioni addotte a sostegno del convincimento raggiunto (v. anche sua concordanza con docc. 15, 16, 20 fasc. resistente ed il

vaglio della Regione per la concessione del finanziamento per la realizzazione dell'intervento).

Il ragionamento della ricorrente in termini di concettualità edilizia secondo cui per l'art. 16 NAMS, sarebbero consentiti solo interventi di manutenzione straordinaria (come nel suo progetto) e non interventi demolizione e ricostruzione (come nel progetto della p.a.), ragionamento teso a sconfiggere la conclusione del verificatore, non coglie nel segno.

In primo luogo, infatti, il predetto art. 16 consente *“gli interventi di adeguamento o miglioramento sismico o di riparazione o intervento locale così come definiti nel Cap. 8 delle Norme Tecniche per le Costruzioni del 2008 approvate con D.M. 14.01.2008, nonché gli interventi necessari per la manutenzione ordinaria e straordinaria relativa alle opere infrastrutturali e alle opere pubbliche o di interesse pubblico”* così prevedendo la manutenzione straordinaria come alternativa ad interventi di adeguamento sismico di tipo differente.

Ancora il cap. 8 delle Norme Tecniche per le Costruzioni del 2008 include nell'adeguamento sismico anche gli *“interventi strutturali volti a trasformare la costruzione mediante un insieme sistematico di opere che portino ad un organismo edilizio diverso dal precedente”* (punto d del §8.4.1 delle NTC 2008).

In secondo luogo, come noto, ai sensi dell'art. 3 co.1 lett. d) del Tuedil., per come modificato dall'art. 30, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, nel concetto di ristrutturazione è ricompresa la demolizione e ricostruzione, per la quale è richiesta la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, ed in questo specifico caso, rispetto al testo previgente, non è più richiesta l'identità di sagoma (v. Consiglio di Stato, sez. IV, 30/05/2017, n. 2567).

Viene, dunque, meno il presupposto che a dire della ricorrente giustifica le modifiche apportate al progetto.

3. Ciò appurato, per il tipo di modifiche apportate dalla ricorrente al progetto a base d'asta esse per la loro radicalità devono inquadarsi in varianti non consentite, per come legittimamente assunto dalla appaltante nel provvedimento di esclusione. Il progetto redatto dalla p.a. posto a base della competizione è costituito dalla integrazione/sostituzione della struttura portante in muratura con una struttura in carpenteria metallica interna all'edificio esistente, con la demolizione delle pareti interne in elevazione e dei solai esistenti, lasciando in piedi l'intero involucro esterno. La nuova struttura portante sarà, quindi, costituita da telai in acciaio controventati e con orizzontamenti in lamiera metallica e soletta collaborante. La muratura portante restante sarà ancorata al nuovo telaio in acciaio. La struttura in acciaio avrà una nuova fondazione costituita da travi in calcestruzzo armato.

Il progetto presentato dalla ricorrente prevede, invece, rinforzo della struttura portante in muratura con intonaco armato realizzato mediante l'applicazione da un sistema costituito da una malta premiscelata monocomponente fibrorinforzata, ad elevate prestazioni meccaniche sia cementizia, sia a base di calce naturale e da una rete in fibra di basalto, collegamento delle fondazioni esistenti tramite un vespaio areato in calcestruzzo armato con casseri in propilene riciclato, alleggerimento dei carichi permanenti mediante la sostituzione dei solai di piano con solai costituiti da travi in acciaio e tavelloni interposti di alleggerimento con sovrastante recupero in argilla espansa a grani e caldana in cls armato da 5 cm di spessore. I ricorrenti hanno previsto anche una modifica della copertura mediante la realizzazione di un'orditura di moraletti in castagno sui quali legare un manto di tegole marsigliesi, idonee per una falda che presenta una pendenza prossima al 40%.

La descrizione dei due progetti ne denota una notevole differenza sia laddove la p.a. richiedeva la demolizione delle pareti interne, prodromica ad un nuovo utilizzo degli spazi, sia nelle modalità realizzative in cui la pa preferiva il maggior uso di materiale metallico e la realizzazione di una nuova fondazione.

4. La accertata legittimità della esclusione dell'offerta per inammissibile variante denota l'improcedibilità delle doglianze relative alla composizione della commissione contenuto in ricorso e nei primi motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse: il rinnovo della commissione non potrebbe, infatti, superare la riscontrata illegittimità dell'offerta.

5. I secondi motivi aggiunti che avverso l'aggiudicazione definitiva da parte dell'impresa legittimamente esclusa sono, a loro volta, inammissibili per difetto di legittimazione/improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

6. Le spese di lite, stante la peculiarità della controversia e la difficoltà dell'accertamento della illegittimità dell'esclusione, possono essere compensate, eccezion fatta per le spese di verifica, liquidate con separato decreto presidenziale, poste a carico del ricorrente soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

- 1) Dichiarare il ricorso in parte infondato ed in parte improcedibile;
- 2) Dichiarare improcedibili i primi motivi aggiunti;
- 3) Dichiarare inammissibili i secondi motivi aggiunti;
- 4) Compensare tra le parti le spese di lite.
- 5) Pone a carico della ricorrente le spese di verifica liquidate con separato decreto.

Ordina all'Autorità amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Goggiamani

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO