

Pubblicato il 14/10/2019

N. 00340/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00208/2019 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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 208 del 2019, proposto da

Edilflorio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiano Bertoncini, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Trivento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Izzi, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Trivento e San Biase non
costituita in giudizio;

nei confronti

Flli di Menna & Figli S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Ripabelli, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ATI Elle 2013 S.r.l. Florio Franco non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 277/2019, comunicata in data 3 maggio 2019;

- dei verbali di gara della procedura di affidamento;
- del bando e del disciplinare di gara qualora interpretato nel senso di consentire la valorizzazione di opere aggiuntive rispetto a quelle poste a base di gara; nonché: per l'accertamento del diritto della parte ricorrente a vedersi riconosciuta l'aggiudicazione dei lavori in oggetto; per la declaratoria di invalidità/inefficacia del contratto di appalto ove nelle more stipulato; per la declaratoria del diritto della ricorrente al subingresso nel predetto contratto; con espressa richiesta di risarcimento del danno nell'impossibilità del subentro;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da F.lli di Menna & Figli s.r.l. il 18\7\2019:

- dei medesimi atti di gara impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui non escludono l'offerta formulata dalla ditta Edilflorio s.r.l., nonché, in via gradata, nella parte in cui prevedono l'erronea attribuzione, a favore della ditta Edilflorio s.r.l., di un punteggio complessivo pari a 20 punti per le miglione di cui al criterio A.2;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Trivento e di F.lli di Menna & Figli S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2019 il dott. Silvio Giancaspro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Trivento ha indetto procedura aperta per la realizzazione

dei lavori inerenti il “*Miglioramento sismico del ponte a impalcati di Via Torretta*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economica più vantaggiosa.

Per ciò che in questa sede segnatamente rileva, il bando ed il disciplinare di gara contenevano le seguenti prescrizioni:

- descrizione dell’oggetto dell’appalto: “*l’opera consiste essenzialmente nel ripristino degli elementi verticali fessurati (piloni in c.a.); nel rinforzo delle strutture portanti verticali (piloni e pulvini in c.a.) mediante cerchiatura e aumenti di sezione, nella rasatura protettiva degli elementi verticali (piloni in c.a.), nell’adeguamento del sistema fondale e nella realizzazione di pareti di taglio in c.a. inserite in asse tra gli elementi verticali esistenti (piloni in c.a.)*” (punto 3.2 del bando);
- criteri di valutazione della qualità tecnica: A.1. “*Pregio tecnico della soluzione proposta per il miglioramento prestazionale e funzionale dell’opera anche in funzione della riduzione dei costi di manutenzione nel tempo*”; A.2. “*Pregio tecnico della soluzione proposta per il miglioramento architettonico e di fruizione dell’opera, con l’indicazione di specifici materiali e con interventi migliorativi finalizzati all’aumento del livello qualitativo sia nei confronti dell’aspetto estetico ed architettonico, rapportato al contesto urbano, che della fruibilità in funzione della sua specifica destinazione d’uso*”; A.3. “*Soluzioni ed accorgimenti proposti per il miglioramento della sicurezza nelle aree interne al cantiere e nelle aree esterne influenzate dalla presenza del cantiere*” (punto 13 del bando);
- disciplina delle varianti: “*Sono ammesse offerte in variante nei limiti specificati per l’offerta tecnica di cui al punto 13. Le varianti di cui sopra saranno oggetto di valutazione nell’ambito delle offerte presentate dalle ditte candidate ai sensi dell’art. 95, comma 14, lett. b) del D.Lg. n. 50/2016 N.B. E’ obbligo dell’aggiudicatario farsi carico, anche sotto il profilo economico, di tutti gli oneri diretti ed indiretti scaturenti dalle offerte in varianti in sede di gara; in particolare lo stesso dovrà adeguare gli elaborati progettuali alle varianti offerte in sede di gara ed accettate dalla Stazione Appaltante*” (punto 15 del bando);
- disciplina delle proposte migliorative: “*Si precisa che: si valuteranno le proposte*

migliorative offerte da intendersi quale miglioramento qualitativo dell'opera posta a base di gara, non configurabili come varianti sostanziali al progetto posto a base di gara" (punto 13 del disciplinare di gara).

2. All'esito delle operazioni di gara, la commissione giudicatrice ha approvato la seguente graduatoria: 1) Flli Di Menna & Figli, con punti 96,364; 2) ATI Elle 2013 S.r.l. Florio Franco, con punti 80,697; 3) Edilflorio, con punti 64,981 (cfr. verbale n. 4/4.3.2019).

In conformità alle predette risultanze, con determinazione dirigenziale n. 277 del 2.5.2019 l'appalto è stato aggiudicato alla ditta Flli Di Menna & Figli s.r.l.

3. Con ricorso notificato in data 3.6.2019, Edilflorio s.r.l., in qualità di terza classificata nella graduatoria di gara, ha agito dinanzi a questo TAR per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 277/2019, dei verbali di gara, del bando e del disciplinare di gara, qualora interpretato nel senso di consentire la valorizzazione di opere aggiuntive rispetto a quelle poste a base di gara, nonché per l'accertamento del diritto all'aggiudicazione dei lavori, previa declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, e del diritto al subingresso nel contratto, con espressa richiesta di risarcimento del danno in caso di impossibilità del subentro.

In particolare la ricorrente, con un'unica ed articolata censura, ha denunciato che le ditte collocate ai primi due posti della graduatoria di gara avrebbero previsto nelle proprie offerte la realizzazione di opere aggiuntive rispetto ai lavori oggetto dell'appalto, avendo rispettivamente proposto la realizzazione "di un parcheggio pubblico sottostante l'impalcato con bacheche informative di metallo, fioriere, illuminazione", nonché "di un parco e di un parco giochi con pavimentazione e allestimenti di varia natura".

Di qui la violazione del divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, del d.lgs.

50/2016 da parte della commissione giudicatrice che, anziché disporre l'esclusione delle offerte in questione, ha illegittimamente apprezzato le opere aggiuntive in applicazione del criterio di valutazione sub A.2 del bando, con l'attribuzione di punti 40/90 in favore dell'aggiudicataria e di punti 30/90 in favore della ditta seconda classificata in graduatoria.

4. Si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso l'amministrazione intimata e l'aggiudicataria, che ha a sua volta proposto ricorso incidentale, con cui ha lamentato che, ove fosse condivisa la prospettazione della ricorrente principale, anch'essa sarebbe incorsa nella simmetrica violazione della norma di cui all'art. 95, comma 14 bis, del d.lgs. 50/2016, avendo offerto la realizzazione di un percorso pedonale non previsto dagli atti di gara, con la conseguenza che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, e comunque subire la decurtazione del punteggio indebitamente conseguito in riferimento alla proposizione di tale opera aggiuntiva (punti 20), ciò che non le avrebbe consentito il superamento della prova di resistenza.

5. Nella camera di consiglio del 9.10.2019, previo avviso alle parti, la causa è stata trattenuta in decisione, stante la sussistenza dei presupposti per la sentenza in forma semplificata.

6. Per ragioni di economia processuale si procederà all'esame prioritario del ricorso principale, stante la manifesta infondatezza delle relative censure.

6.1. Innanzi tutto si osserva che l'art. 95, comma 14 bis, del d.lgs. 50/2016 non sanziona con l'esclusione dalla gara la ditta che abbia proposto opere aggiuntive rispetto a quelle oggetto di gara, ma si rivolge alla stazione appaltante, precludendo l'attribuzione di un apposito punteggio.

E' quindi manifestamente infondata la censura con cui la ricorrente principale pretende di correlare la sanzione escludente alla offerta di opere ritenute aggiuntive rispetto a quelle poste a base di gara.

6.2. Parimenti infondata è la doglianza che si appunta sull'operato della

commissione giudicatrice.

6.2.1. Nella relazione tecnica posta a base di gara è precisato che:

- l'intervento oggetto dell'appalto costituisce un primo stralcio di un più ampio progetto di riqualificazione urbana dell'area di riferimento e *“si sostanzia nel miglioramento sismico dell'infrastruttura (ponte) denominata “Parcheggio di Via Torretta”, la cui funzionalità durante gli eventi sismici assume rilievo fondamentale per le finalità di protezione civile”*;
- l'infrastruttura *“(del tipo a ponte), di superficie lorda complessiva pari a 525.0 mq, costituisce di un'opera di importanza strategica posizionata nel cuore del centro abitato di Trivento, realizzata in ampliamento su Via Torretta alla fine degli anni '70 a supporto delle principali strutture pubbliche e servizi presenti (Edificio comunale, Poste, Chiesa Cattedrale, etc)”*;
- *“Allo stato attuale l'area oggetto dell'intervento è contraddistinta da un estremo degrado dovuto non solo al totale abbandono delle zone corrispondenti all'attacco a terra dei grandi piloni che sostengono la terrazza, ma è essa stessa ad essere la causa di un degrado che potremmo definire di tipo visivo, considerando che è strettamente connesso alla percezione paesaggistica del centro storico di Trivento, un centro antico di pregio e tutelato proprio da un vincolo paesaggistico”*.

E' ben evidente che tali contenuti progettuali palesano l'intento dell'amministrazione di ottenere il miglioramento sismico della infrastruttura a ponte, già destinata a parcheggio, valorizzandone nel contempo la funzionalità complessiva e l'aspetto estetico.

In coerenza con tali obiettivi, i criteri di valutazione dell'offerta tecnica premiano, non solo il dato strutturale e la sicurezza dei lavori (criteri sub A.1 e A.3), ma anche le offerte migliorative che abbiano ad oggetto *“il miglioramento architettonico e di fruizione dell'opera”* e che risultino finalizzate *“all'aumento del livello qualitativo sia nei confronti dell'aspetto estetico ed architettonico, rapportato al contesto urbano, che della fruibilità in funzione della sua specifica destinazione d'uso”* (criterio sub A.2).

6.2.2. Al fine di conseguire il punteggio previsto dal criterio sub A.2, la ditta seconda classificata nella graduatoria di gara ha proposto, tra le altre cose, la pavimentazione con mattonelle di uno spazio del ponte da destinare a verde e parco giochi, unitamente al relativo allestimento (giochi per bambini, panchine e fioriere).

Tale soluzione progettuale, su cui essenzialmente si appuntano le doglianze della ricorrente principale, non può essere qualificata alla stregua di un'opera aggiuntiva rispetto a quella descritta dal progetto esecutivo, ma costituisce una miglioria coerente con gli obiettivi perseguiti dall'amministrazione comunale, che risponde in senso puntuale al criterio in questione.

In tal senso, si osserva che per opera aggiuntiva si deve intendere un intervento che modifichi in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale, laddove invece, gli accorgimenti progettuali volti alla valorizzazione ed alla implementazione dell'opera in senso estetico e/o prestazionale, che non ne modifichino sostanzialmente identità e dimensioni, devono essere sussunti nel *genus* delle miglorie e/o della varianti, e come tali sono compatibili con il divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016, purché contenuti nei limiti stabiliti dalla *lex specialis*.

Nel caso di specie, l'offerta presentata dall'ATI Elle 2013 - Impresa Edile Florio Franco, nella parte in cui prevede la pavimentazione di uno spazio del ponte e la sua destinazione a verde e parco giochi, non modifica sostanzialmente la struttura e/o la funzione del ponte, quale opera destinata essenzialmente a parcheggio (che resta tale), né altera la natura dell'intervento descritto nel progetto a base di gara (risanamento strutturale ai fini del miglioramento sismico), ma vale ad inserire elementi del tutto accessori, sotto il profilo quantitativo e del relativo valore economico, che

consentono di implementare la funzionalità del ponte, valorizzandone l'aspetto estetico e la fruibilità da parte degli abitanti del comune, in linea con le esigenze e gli obiettivi della stazione appaltante.

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 stessi elementi risultano compatibili con il divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016: *“la ratio di fondo che ha ispirato 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'art. 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. Pertanto, le uniche opere aggiuntive non valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio sono quelle che rappresentano un elemento estraneo all'ordinario sviluppo dell'opera per come essa è definita dall'Amministrazione nella lex specialis di gara”* (T.A.R. Venezia, Sez. I, 26/08/2019 n. 938).

6.2.3. Lo stesso dicasi con riferimento all'offerta dell'aggiudicataria nella parte in cui è previsto che l'area sottostante all'impalcato venga destinata a parcheggio, con la realizzazione di un muro di contenimento e della relativa pavimentazione, oltre alla installazione di fioriere, bacheche informative, panchine in ghisa, cestini portarifiuti, ringhiere, impianto di illuminazione ed intonacatura.

Trattasi, invero, di un intervento volto a valorizzare la destinazione funzionale propria del ponte (parcheggio) e quindi la concreta fruibilità dei lavori oggetto dell'appalto, senza alterare in modo sostanziale l'infrastruttura, mediante accorgimenti volti ad implementare le possibilità di sfruttamento di elementi strutturali già esistenti (l'area posta al di sotto dell'impalcato), che appaiono caratterizzati da soluzioni architettoniche in cui è dominante l'allestimento (e quindi la fornitura di materiali) rispetto alle

lavorazioni in senso proprio (muro di contenimento e pavimentazione), le quali peraltro hanno una rilevanza marginale, in termini quantitativi e qualitativi, nel contesto più ampio della proposta progettuale di risanamento sismico articolata dall'aggiudicataria.

6.3. Di qui l'infondatezza del ricorso principale, che pertanto merita di essere respinto.

6.4. Il rigetto del ricorso principale determina l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria per carenza di interesse al suo accoglimento.

6.5. La particolarità e la novità delle questioni oggetto di causa giustificano la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Rita Luce, Primo Referendario

Silvio Giancaspro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvio Giancaspro

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO