

Pubblicato il 26/08/2019

N. 00938/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00317/2019 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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 317 del 2019, proposto da
Konsum s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'avvocato Alberto Dal Bello, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Iannotta, Nicoletta Ongaro e
Federico Trento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura del Comune, in Venezia, S.
Marco 4091;

nei confronti

Road 95 & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Notti, Anna Taverna e Antonio
Romanello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione

- della determinazione dirigenziale n. 231 del 14 febbraio 2019, notificata in data 18 febbraio 2019, con cui il Comune di Venezia ha aggiudicato in via definitiva alla società Road 95 & C. s.r.l. la gara n. 44/2018 per l'affidamento dei lavori di “Ripristino funzionale segnaletica verticale/orizzontale e messa in sicurezza viabilità Terraferma”;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente e, in particolare, dei verbali di gara da n. 1) a n. 5) (allegati alla citata determinazione dirigenziale e dalla stessa approvati), nella parte in cui hanno attribuito i punteggi tecnici ed economici, tra l'altro valorizzando, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, opere in variante e/o aggiuntive proposte dall'aggiudicataria Road 95 & C. s.r.l.;

- della *lex specialis* di gara (bando, disciplinare, CSA), qualora interpretata nel senso di consentire la valorizzazione di opere aggiuntive rispetto a quelle poste a base di gara;

nonché per l'accertamento e la declaratoria dell'invalidità e/o inefficacia del contratto di appalto, ove nelle more della definizione del presente giudizio stipulato, con espressa richiesta di risarcimento del danno nell'impossibilità al subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Venezia e di Road 95 & C. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2019 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso introduttivo la società Konsum s.r.l., seconda classificata,

impugna l'aggiudicazione disposta dal Comune di Venezia a favore di Road 95 & C. s.r.l. dell'appalto dei lavori di "Ripristino funzionale segnaletica verticale/orizzontale e messa in sicurezza viabilità Terraferma", di importo pari a euro 530.327,04, avente ad oggetto la fornitura, la posa in opera, la manutenzione o ristrutturazione e l'esecuzione della segnaletica stradale non luminosa, verticale, orizzontale e complementare, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La ricorrente lamenta, in estrema sintesi, che l'aggiudicataria avrebbe offerto varianti non consentite dalla *lex specialis* (alle quali, pertanto, non si sarebbe dovuto attribuire alcun punteggio) o comunque opere aggiuntive non suscettibili di essere valutate in fase di attribuzione del punteggio, ai sensi dell'art. 95, comma 14 *bis* del d.lgs. n. 50/2016.

La ricorrente lamenta inoltre che la Stazione appaltante non avrebbe rispettato la ripartizione di punteggi tra offerta tecnica ed offerta economica prevista dalla *lex specialis*.

3. Avverso gli atti impugnati sono stati quindi prospettati i seguenti motivi di censura:

I) "*Violazione di legge in relazione all'art. 94 del d.lgs. 50/20016. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per carenza di presupposto e illogicità grave e manifesta*", dal momento che la controinteressata Road 95 & C. ha proposto quale miglioria tecnica l'esecuzione di alcune opere di asfaltatura che costituirebbero invece lavorazioni ulteriori, distinte e completamente diverse rispetto a quelle indicate nel progetto esecutivo posto a base di gara, che prevedeva unicamente opere della categoria OS10, ossia di realizzazione-manutenzione della segnaletica stradale, verticale ed orizzontale.

Non si tratterebbe perciò di semplice miglioria ma di vera e propria variante che, in base al bando di gara, non era consentita nella procedura *de qua*. Per tale ragione, dunque, la Stazione appaltante avrebbe dovuto assegnare alla

Road 95 & C. zero punti per la voce “migliorie” (anziché 20) e Konsum si sarebbe classificata prima in graduatoria.

Peraltro, secondo la ricorrente le lavorazioni proposte da Road 95 & C. sarebbero state indicate in modo generico, senza alcuno specifico riferimento al progetto, in violazione di quanto previsto dall’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 per le varianti.

II) “*Violazione di legge in relazione all’art. 95, comma 14 bis del d.lgs. 50/2016*”, giacché, anche a voler ritenere che le lavorazioni proposte da Road 95 & C. non configurino variante progettuale, le stesse sarebbero comunque riconducibili alle “opere aggiuntive”, che non possono essere prese in considerazione nell’assegnazione del punteggio tecnico.

Ai sensi dell’art. 95, comma 14 *bis* del d.lgs. 50/2016, invero, “*in caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l’offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo posto a base di gara*”.

III) “*Violazione sotto altro profilo della lex specialis di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà e perplessità grave e manifesta*”, dato che il disciplinare di gara prevedeva la riparametrazione dei punteggi assegnati mediante l’assegnazione di un punteggio massimo di 75 punti per la componente tecnica e di 25 punti per quella economica, mentre la commissione avrebbe erroneamente attribuito 70 punti per l’offerta tecnica e 30 punti per l’offerta economica, a discapito della ricorrente.

4. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Venezia e la controinteressata Road 95 & C., resistendo in rito e nel merito alle pretese attoree.

5. Con ordinanza cautelare n. 166/2019 il Collegio - sulla base del sommario esame tipico di tale fase - ha respinto l’istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati presentata dalla ricorrente, sul presupposto che “*(...) l’intervento offerto dalla controinteressata non pare costituire né una variante, né un’opera aggiuntiva, ma piuttosto una offerta migliorativa, in quanto tale passibile di*

valutazione” e che “(...) l'errore di riparametrazione commesso dalla commissione non sembra avere inciso sulla corretta attribuzione del punteggio e che – riportando i punteggi ottenuti da ciascuna concorrente ai parametri 75/25 previsti dalla *lex specialis* – la controinteressata risulta comunque prima classificata”.

6. In vista dell'udienza pubblica di trattazione della causa nel merito le parti si sono quindi scambiate ulteriori memorie conclusionali e di replica.

7. All'esito dell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2019, sentite le parti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via del tutto preliminare il Collegio dà atto che la ricorrente, in data 18 giugno 2019, ha depositato la propria memoria conclusionale fuori termine per data, come evidenziato dal sistema.

Di tale atto, pertanto, non si terrà conto ai fini del decidere, dal momento che nel processo amministrativo i termini fissati dall'art. 73 c.p.a. per il deposito in giudizio di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio, poiché sono espressione di un precetto di ordine pubblico sostanziale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice e la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non essent* (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019, n.194).

2. Ciò precisato, occorre prendere in esame l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata Road 95 & C., ad avviso della quale le censure prospettate dalla ricorrente sarebbero inammissibili perché volte a sollecitare da parte del giudice amministrativo un sindacato di merito sulle scelte discrezionali poste in essere dalla Stazione appaltante in fase di valutazione delle offerte tecniche delle concorrenti.

A tal riguardo giova ricordare che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il sindacato del giudice amministrativo - a fronte dell'attività di valutazione delle offerte tecniche posta in essere dalla

commissione di gara, caratterizzata da elevata discrezionalità tecnica - è necessariamente estrinseco, ossia limitato a verificare l'eventuale esistenza di macroscopiche irrazionalità ed incongruenze (cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 6 febbraio 2019, n. 1530).

Pertanto, entro tali limiti, le censure prospettate dalla ricorrente, devono ritenersi ammissibili.

3. Il primo motivo di ricorso è infondato.

La giurisprudenza ha elaborato la distinzione tra offerte migliorative e varianti progettuali, precisando che *“- le prime consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni;*

- 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 previsione contenuta nel bando di gara ed individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819 e id. 7 luglio 2014, n. 3435, nonché, di recente, Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969)” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 agosto 2018, n. 5224).

In base a tale insegnamento, dunque, *“possono 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 (cfr., in tal senso, anche Cons. Stato, V, 16 aprile 2014, n. 1923) e che invece non sono ammesse tutte quelle varianti progettuali che, traducendosi in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, alternativa rispetto al disegno progettuale originario, diano luogo ad uno stravolgimento di quest'ultimo (cfr. Cons. Stato, IV, 7 novembre 2014, n. 5497).* Nell'ambito, poi, della gara da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa è lasciato ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655), anche quanto alla valutazione delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua efficienza nonché quanto alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 agosto 2018, n. 5224, cit.).

Orbene, la definizione di variante elaborata dalla giurisprudenza, come evidente, non si attaglia alle attività di livellamento ed asfaltatura proposte da Road 95 & C. a titolo di migliorie.

Ed invero, la prestazione offerta da Road 95 & C. consiste nel ripristino del manto stradale in corrispondenza degli attraversamenti pedonali dove deve essere eseguita la segnaletica orizzontale, ove lo stesso sia interessato da ammaloramenti diffusi o da fessure (cfr. pagg. 6 e ss. offerta tecnica Road 95 & C., doc. 12 di parte ricorrente).

Tale tipologia di intervento, pertanto, non determina una sostanziale modifica del progetto posto dall'Amministrazione a base di gara, dal punto di vista tipologico, strutturale o funzionale, ma costituisce solo una particolare modalità di esecuzione delle opere oggetto dell'appalto. A ben vedere, infatti, la predisposizione delle superfici di posa da trattare con la vernice, mediante livellatura ed uniformazione, consente semplicemente l'esecuzione della segnaletica orizzontale a regola d'arte e con essa assicura una maggior rispondenza delle opere da eseguire all'esigenze dell'Amministrazione aggiudicatrice.

D'altra parte, nel caso di specie il bando vietava le varianti, ma il disciplinare di gara consentiva espressamente le proposte migliorative (cfr. pagg. 31 e ss. disciplinare di gara, doc. 10 di parte ricorrente), senza fissare limiti precisi e consentendo così ai concorrenti di offrire anche opere ed attività complementari a quelle oggetto di appalto, purché non si arrivasse ad uno stravolgimento del progetto iniziale.

In ultimo, per maggior completezza, giova altresì precisare che la

predisposizione delle superfici sulle quali eseguire la segnaletica stradale è solo una delle numerose migliorie proposte dalla controinteressata (cfr. doc. 12 di parte ricorrente, cit.).

Il punteggio per tale voce, quindi, è stato assegnato a Road 95 & C. complessivamente, per tutte le migliorie offerte, secondo il metodo del confronto a coppie prescritto dalla legge di gara.

Ora, anche a voler ritenere – per astratta ipotesi – che il livellamento costituisca una variante non consentita, ciò non potrebbe comunque determinare l'attribuzione alla controinteressata di un punteggio pari a zero, come auspicato dalla ricorrente, ma la commissione dovrebbe procedere ad una nuova valutazione delle migliorie offerte, con esclusione di questo specifico intervento.

La censura in esame, pertanto, per come prospettata dalla ricorrente, non risulta meritevole di positivo apprezzamento nemmeno sotto questo ulteriore profilo.

4. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

Ed invero, una volta appurato che l'asfaltatura e il livellamento offerto da Road 95 & C. nelle aree da trattare con la vernice non danno luogo ad una modifica sostanziale del progetto originario e non ne determinano il radicale stravolgimento, si deve anche escludere che tali interventi possano costituire “opere aggiuntive”, in quanto tali non passibili di valutazione e di attribuzione di punteggio, secondo quanto previsto dall'art. 95, comma 14 bis del d.lgs. n. 50/2016.

Difatti, 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. Consiglio di Stato, Adunanza Commissione Speciale 16 marzo 2018, Numero affare 316/2018 – Numero 966/2018, spedizione 14 aprile 2018).

Detto in altri termini, la norma è volta ad evitare che *“il singolo operatore possa alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis con proposte che si traducano in una diversa ideazione del contratto in senso alternativo rispetto a quanto voluto dalla P.A.. E ciò al fine ultimo di garantire che il confronto competitivo degli operatori ruoti, in condizioni di parità, attorno ad un ben definito oggetto contrattuale”* (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 1 febbraio 2018, n. 105).

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”* (cfr. T.A.R. Campani, Napoli, sez. I, 26 marzo 2019, n. 1690).

Ora, l'attività di preparazione delle superfici sulle quali eseguire la segnaletica orizzontale non può certamente dirsi un intervento estraneo rispetto all'opera oggetto dell'appalto, ma ne rappresenta piuttosto una particolare modalità di esecuzione, in grado di assicurare un miglior risultato sotto il profilo tecnico e qualitativo.

Inoltre, diversamente da quanto opinato dalla parte ricorrente, tale attività di livellamento ed asfaltatura, rappresentando una peculiare modalità di intervento per l'ottimale realizzazione della segnaletica orizzontale, non determina nemmeno un incremento meramente quantitativo delle opere oggetto di appalto, idoneo ad alterare la corretta applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In conclusione, l'attività di preparazione delle aree da trattare offerta da Road 95 & C., per le sue caratteristiche oggettive (cfr. doc. 12 di parte ricorrente cit.) rappresenta un intervento assolutamente coerente rispetto alla realizzazione della segnaletica orizzontale e prevede l'esecuzione di

attività caratterizzate da un obiettivo carattere di strumentalità rispetto alla realizzazione dell'opera oggetto di appalto.

Alla luce di quanto appena esposto, dunque, è possibile affermare che l'attività di livellamento e asfaltatura prevista da Road 95 & C. costituiva una semplice miglioria e, in quanto tale, la stessa poteva essere valutata dalla Stazione appaltante, come espressamente previsto dal disciplinare di gara al punto 1.5 (cfr. doc. 10 di parte ricorrente).

Conseguentemente, non è configurabile illegittimità del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto, dal momento che gli stessi, conformemente a quanto stabilito dal citato art. 95, comma 14 bis del d.lgs. n. 50/2016, non hanno previsto e consentito l'attribuzione di un punteggio per eventuali opere aggiuntive.

5. Infine, il terzo motivo di censura è inammissibile per carenza di interesse. Ed invero, la Stazione appaltante ha erroneamente effettuato la riparametrazione del punteggio tecnico ed economico attribuendo 70 punti all'offerta tecnica e 30 punti all'offerta economica.

Tuttavia, come ben dimostrato dal Comune di Venezia e dalla controinteressata nelle rispettive memorie difensive (cfr. in particolare pagg. 5 e 6 della memoria di costituzione di Road 95 & C.), utilizzando i punteggi corretti di 75 punti per l'offerta tecnica e 25 punti per l'offerta economica, come previsto dalla *lex specialis*, il risultato finale della gara non muta e Road 95 & C. rimane perciò prima classificata, mentre l'odierna ricorrente si classifica ancora una volta per seconda.

Di qui l'evidente inammissibilità della dedotta censura.

6. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

7. Il mancato accoglimento della domanda di annullamento degli atti impugnati determina, in via consequenziale, il rigetto della domanda di risarcimento del danno, in forma specifica e per equivalente, atteso che in assenza di una declaratoria di illegittimità degli atti gravati, viene a mancare

il requisito imprescindibile dell'antigiuridicità del fatto ritenuto foriero di danno.

8. Le spese del presente giudizio devono essere liquidate secondo il criterio della soccombenza, nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, come respinge la domanda di risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente proposta dalla parte ricorrente.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite nei confronti del Comune di Venezia e della controinteressata Road 95 & C., liquidandole in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri accessori come per legge (euro 1.000,00, oltre oneri accessori, per ciascuna delle ridette parti).

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia De Felice

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO