

N. 01659/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00737/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 737 del 2011, proposto da:

Ottomano Ing. Carmine Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Danilo Piscopo, con domicilio eletto presso l'avv. Emanuele Carratta in Lecce, via G Leopardi,52;

contro

Comune di Grottaglie, rappresentato e difeso dagli avv. Irene Vaglia, Paolo Monteleone, con domicilio eletto presso l'avv. Pier Luigi Portaluri in Lecce, via Imbriani 24;

nei confronti di

Impresa Martellone Angelo, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco De Feis, Viviana Mancinelli, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

per l'annullamento

-della determina n. 280 del 21 marzo 2011, comunicata in data 22 marzo 2011 con nota prot. n. 6962, assunta dal Responsabile del Servizio LL.PP. del Comune di Grottaglie

- nonché, per quanto di ragione, dei verbali della Commissione Giudicatrice in parte qua, nonché di tutti gli atti connessi e correlati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Grottaglie e di Impresa Martellone Angelo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il dott. Luca De Gennaro e uditi l'avv. Piscopo per il ricorrente, gli avv.ti Vaglia e Monteleone per il Comune e l'avv. De Feis per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Grottaglie con bando del 20 ottobre 2010 ha indetto una procedura aperta per la realizzazione delle opere “di completamento della sistemazione del fosso nel tratto compreso tra l'incile del canale deviatore e l'aeroporto”

La gara è stata aggiudicata con la determina impugnata all'impresa Martellone, odierna controinteressata.

La ricorrente, quale seconda classificata, impugna la suddetta aggiudicazione deducendo i seguenti motivi:

- eccesso di potere, violazione del T.U. espropriazioni, violazione dell'art. 53 D.lgs. 163/2006, violazione dell'art. 2 del bando di gara, violazione dell'art. 23 del Capitolato speciale, violazione dell'art. 4 del disciplinare di gara, manifesta illogicità, errore manifesto, sviamento di potere;

- eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione della L.R. 19/2002, violazione del piano di assetto idrogeologico, violazione delle NTA del PAI Puglia, violazione del disciplinare, eccesso di potere, sviamento, violazione

del principio di buon andamento.

Si sono costituiti l'Amministrazione e l'impresa controinteressata chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 400/2011 è stata accordata la tutela cautelare.

All'udienza del 7 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Il ricorso è fondato.

2.1 Con il primo motivo, che ha rilievo assorbente, la Ottomano srl lamenta che l'aggiudicataria ha proposto una variante migliorativa che prevede la realizzazione di parte delle opere appaltate su suoli estranei al piano particellare d'esproprio predisposto dalla stazione appaltante e allegato agli atti di gara.

Il motivo merita accoglimento.

Posto che la *lex specialis* contemplava la possibilità di offerte in variante, occorre verificare se la variante proposta dall'aggiudicataria abbia o meno stravolto l'idea progettuale posta in gara.

In base all'orientamento consolidato della giurisprudenza sono infatti ammesse varianti migliorative riguardanti le modalità dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativa rispetto a quello voluta dall'Amministrazione e purché non vengano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio* tra le imprese concorrenti.

Occorre inoltre verificare la compatibilità dell'intervento proposto con il progetto a base di gara, nell'ambito del quale va incluso il piano particellare d'esproprio, dovendosi considerare la realizzabilità dell'opera in relazione alle previsioni ed ai limiti previsti in disciplina di gara, quale requisito essenziale per l'affidamento dell'appalto.

Viste queste premesse, è pacifico e incontestato che il progetto proposto dall'aggiudicataria prevede, per la realizzazione di una rotatoria, la modifica

del tracciato originario e l'apprensione di una superficie maggiore di quella determinata nel piano particellare d'esproprio; l'opera proposta dall'impresa Martellone concerne quindi porzioni di terreno che non sono attualmente né nella disponibilità comunale né in quella dell'aggiudicataria e che vanno oltre i termini dell'appalto sul quale si sono confrontate le offerte dell'impresе concorrenti.

2.2. Una tale difformità comporta l'esclusione dell'offerta dell'impresa aggiudicataria.

La previsione dei lavori su aree estranee al procedimento espropriativo - avviato dal Comune in relazione alla opera *de qua* - è allo stato irrealizzabile, come lo era al momento della presentazione delle offerte, non potendosi svolgere i lavori appaltati su aree che sono di proprietà di terzi estranei e che gli atti di gara predisposti dalla stazione appaltante hanno esplicitamente escluso dalla possibilità di intervento.

Non ha rilievo ai fini del decidere, come invece dedotto dalle parti resistenti, che gli stessi terreni possano essere eventualmente acquisiti su base consensuale o forzata attraverso il riavvio del procedimento ablatorio; la gara si è infatti svolta su una determinata base competitiva delimitata anche dal piano particellare d'esproprio che, ad avviso del Collegio, costituisce, ai fini del confronto tra le offerte, un dato determinato dall'Amministrazione all'origine della procedura e immodificabile.

Infatti, un'estensione *ex post* delle aree espropriare, successiva alla presentazione delle offerte, oltre a presentare inevitabili incertezze sul buon esito della procedura ablatoria, implicherebbe un maggior onere, economico e temporale, a carico dell'ente espropriante che inevitabilmente altererebbe il quadro competitivo in cui si è svolta la gara.

2.3 La circostanza, dedotta dalle parti resistenti, che il progetto vincitore comporterebbe l'occupazione di un'area di estensione minore, e quindi inferiori costi di espropriazione, rispetto a quella predeterminata nel

progetto a base di gara non ha rilevanza; posto infatti che il procedimento espropriativo resta nell'esclusivo potere dell'Amministrazione e che quindi dipende dalla stessa la decisione sulle aree da espropriare, la determinazione delle stesse aree deve ritenersi fissata al momento di indizione della gara, non potendosi richiedere alle concorrenti di modulare l'offerta sulla base di eventi da loro indipendenti e coincidenti, nel caso di specie, con la modifica successiva dell'estensione del piano particellare e l'occupazione di aree che attualmente sono nella piena disponibilità dei privati.

3. Ne consegue l'illegittimità dell'aggiudicazione impugnata, attesa la presentazione da parte della ATI Martellone di una variante non ammissibile.

In conclusione, attesa la fondatezza della censura esaminata, il ricorso è accolto e gli atti impugnati sono annullati.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, e per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna le parti resistenti in solido alla rifusione delle spese di giudizio in favore della società ricorrente, liquidate in euro 5.000, oltre il contributo unificato, IVA e CPA.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2011

IL SEGRETARIO

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