

N. 01353/2014 REG.PROV.COLL.  
N. 04493/2013 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 4493 del 2013, proposto da:  
Fontana Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.  
Nicola Fontana, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Messina e  
Francesco Liguori, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Napoli,  
al viale M. Bakunin n. 43;

***contro***

Comune di Grumo Nevano, in persona del Sindaco p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Parisi, con domicilio eletto  
presso lo stesso in Napoli, alla via S. Aspreno n.13;

***nei confronti di***

Interfin Lavori S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. Aniello  
Napolano, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della  
costituenda A.T.I., e Metoda S.p.a., in persona del legale  
rappresentante p.t. Aniello Russo, rappresentate e difese dagli avv.

Giovanni Allodi e Giangiacomo Allodi, con domicilio eletto presso gli stessi in Napoli, alla Riviera di Chiaia n. 207;

Opus Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. Umberto De Vivo, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Sasso, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, alla via Toledo, n. 156;

*per l'annullamento*

della determina n. 45 del 2 settembre 2013, trasmessa con nota prot. n.11567 del 5 settembre 2013, con cui il responsabile del Settore tecnico del Comune di Grumo Nevano ha aggiudicato in via definitiva all'ATI Interfin Lavori - Metoda la gara per la concessione di lavori pubblici per la progettazione, realizzazione e gestione di 48 alloggi a canone sostenibile e di una struttura collettiva sociale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Grumo Nevano e delle controinteressate individuate in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2014 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'atto introduttivo del giudizio, la società Fontana Costruzioni ha premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Grumo

Nevano, con bando del 23 luglio 2012, per l'affidamento della concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione, realizzazione e gestione di 48 alloggi a canone sostenibile e di una struttura collettiva sociale su suolo di proprietà comunale, classificandosi al terzo posto (con punti 81,12), dietro all'aggiudicataria ATI Interfin Lavori - Metoda (con punti 92,52) ed alla seconda graduata Opus Costruzioni S.p.a (con punti 84,17).

Avverso la determina finale n. 45 del 2 settembre 2013, recante aggiudicazione definitiva della procedura, l'istante ha formulato quattro motivi di diritto, così rubricati:

1) violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 163/2006, del D.P.R. n. 207/2010, del bando e del disciplinare di gara – eccesso di potere per sviamento, difetto assoluto di motivazione, perplessità e illogicità manifesta – con cui si lamenta, per entrambe le concorrenti che la precedono in graduatoria, la violazione del principio di continuità dei requisiti di qualificazione, essendo venuta meno in corso di gara l'attestazione SOA per la categoria OG 11 (impianti tecnologici), ai sensi dell'art. 357 del D.P.R. n. 207/2010;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006 e del D.P.R. n. 207/2010 – eccesso di potere – sviamento – in quanto il socio di maggioranza della Interfin Lavori S.p.a. non avrebbe reso la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di carattere generale;

3) violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 163/2006, del D.P.R. n. 207/2010, del bando e del disciplinare di gara – eccesso di potere

per sviamento, difetto assoluto di motivazione, perplessità e illogicità manifesta – ove si assume che Metoda S.p.a., mandante dell'A.T.I. prima classificata, non sarebbe in possesso dell'abilitazione di cui al D.M. n. 37 del 2008 per tutte le tipologie di impianti occorrenti per le opere da realizzare;

4) grave irragionevolezza ed incongruità di giudizio da parte della commissione di gara sul contenuto dell'offerta e delle proposte progettuali migliorative e integrative offerte sia dalla prima che dalla seconda graduata – irragionevolezza ed illogicità nell'attribuzione dei punteggi – disparità di trattamento – violazione della par condicio – sviamento.

Oltre all'annullamento del provvedimento impugnato ed alla declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, e del diritto al relativo subentro, la ricorrente ha proposto in via subordinata domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

Si è costituito in resistenza il Comune di Grumo Nevano, che ha replicato in ordine alle censure attoree concludendo con richiesta di reiezione del gravame.

Si sono costituite in giudizio anche l'ATI Interfin Lavori – Metoda e la società Opus Costruzioni.

Oltre a difendere la legittimità del procedimento di gara e dell'aggiudicazione, l'ATI prima graduata ha proposto ricorso incidentale con cui ha contestato, con tre motivi, l'ammissione alla procedura della Fontana Costruzioni S.p.A. sotto diversi profili, deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art.

48, 75, 76 e 93 D. Lgs. n. 163/2006, degli artt. 33 e ss. del D.P.R. n. 207/2010 e del punto 9 del disciplinare di gara ed il vizio di eccesso di potere per difetto dei presupposti e per carenza e perplessità dell'istruttoria.

A sua volta, Opus Costruzioni S.p.A., oltre a controdedurre con memoria alle censure riferite alla propria posizione, ha anch'essa proposto ricorso incidentale, articolato in due motivi, così formulati: violazione e falsa applicazione dell'art. 79, comma 7, e dell'art. 263 del D.P.R. n.207/2010 e degli artt. 37 e 38 del D. Lgs. n. 163/2006 – eccesso di potere per erronea violazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e manifesta ingiustizia; violazione e falsa applicazione del paragrafo 15.2 del bando di gara, illegittimità, erroneità ed incongruità nella valutazione dell'offerta tecnica predisposta dalla Fontana Costruzioni S.p.A.

Con successive memorie il Comune di Grumo Nevano ed il ricorrente principale hanno difeso l'operato della commissione di gara con riferimento alle censure introdotte coi due ricorsi incidentali.

Anche le altre parti hanno depositato memorie e documenti a sostegno delle rispettive domande.

Alla camera di consiglio del 4 dicembre 2013 la causa è stata cancellata dal ruolo delle istanze cautelari in vista di una sollecita fissazione dell'udienza di trattazione del merito.

Alla pubblica udienza del 12 febbraio 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Nel presente giudizio si controverte circa la legittimità della procedura indetta dal Comune di Grumo Nevano per l'affidamento della concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione, realizzazione e gestione di 48 alloggi a canone sostenibile e di una struttura collettiva sociale su suolo di proprietà comunale. Come si è esposto nella parte in fatto, in esito allo svolgimento delle operazioni di gara, è risultata aggiudicataria, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ATI Interfin Lavori - Metoda, classificatasi al primo posto della graduatoria con punti 92,52, seguita da Opus Costruzioni S.p.A. con punti 84,17, da Fontana Costruzioni S.p.A. con punti 81,12 e da Romano Costruzioni & C. S.r.l. con punti 79,54.

2. Considerato che i ricorsi incidentali proposti dall'aggiudicataria e dalla seconda graduata hanno la finalità di contestare la legittimazione della società Fontana Costruzioni al ricorso principale, il loro esame assume carattere necessariamente pregiudiziale, alla stregua dei criteri accolti in giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011).

3. Prendendo le mosse dal ricorso incidentale avanzato dall'ATI Interfin Lavori - Metoda, ad avviso del Collegio si palesa fondato il secondo motivo dedotto, con cui si sostiene che la ricorrente principale andava esclusa dalla gara, avendo presentato un'offerta tecnica sostanzialmente difforme rispetto alle prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

3.1. Giova premettere che l'art. 5 del bando di gara, alla lettera a),

precisava che la progettazione esecutiva delle opere doveva essere redatta “*conformemente*” al progetto definitivo approvato con deliberazione di Giunta comunale n. 19 del 2 marzo 2012, i cui elaborati documentali, descritti nel successivo art. 14, erano espressamente posti a base di gara.

Come si evince dall’esame della documentazione integrante l’offerta tecnica di Fontana Costruzioni, i due fabbricati progettati, oltre ad essere collocati tra loro ad una distanza diversa da quella prestabilita (ml. 12,50 anziché ml. 9,50) e avere una lunghezza maggiore (ml. 56,00 rispetto a quella prevista di ml. 54,90), sono soprattutto traslati rispetto al menzionato progetto definitivo. Invero, come puntualmente evidenziato nella relazione tecnica (redatta dall’arch. P. Pisciotta) prodotta in giudizio dall’ATI Interfin Lavori - Metoda, i detti edifici sono “*collocati a circa ml. 25 dal confine ovest dell’area di intervento, diversamente dai ml. 36 stabiliti dallo stesso progetto definitivo posto a base di gara*” e posizionati “*al di fuori del perimetro dell’area destinata al Programma di Riqualificazione Urbana*” adottato dal Comune di Grumo Nevano (con deliberazione del commissario straordinario n. 17 del 28 febbraio 2011).

Le rilevate discrasie non risultano smentite in punto di fatto dalle controdeduzioni avversarie ed, anzi, trovano conferma nella memoria difensiva dell’amministrazione resistente, che al riguardo si è limitata ad obiettare che i termini previsti dall’art. 10.1 del bando per l’approvazione del progetto esecutivo (complessivamente pari a 140 giorni) consentirebbero il perfezionamento di un nuovo piano

urbanistico attuativo o di una variante a quello attualmente vigente.

3.2. Ciò posto, ritiene il Collegio che la rilevante modifica apportata in sede di predisposizione dell'offerta tecnica, con la segnalata sostanziale difformità nel posizionamento dei fabbricati, avrebbe dovuto essere senza dubbio rilevata e sanzionata dalla commissione di gara attraverso l'estromissione della concorrente dalla procedura.

Invero, pur dovendo ammettersi in via generale – ai sensi dell'art. 76 del D. Lgs. n. 163/2006, ove la gara venga espletata, come nel caso di specie, secondo il criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – la possibilità per le imprese di proporre aggiustamenti e variazioni migliorative indispensabili sotto l'aspetto tecnico, tuttavia, come si è chiarito anche in giurisprudenza, tale facoltà incontra il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali (i cosiddetti *requisiti minimi*) della prestazione oggetto del contratto, così come stabiliti dalla *lex specialis* (Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; 20 febbraio 2009, n. 1019; 12 febbraio 2010, n. 743; 7 giugno 2012, n. 3358; T.A.R. Campania, Sezione I, 26 novembre 2009, n. 8082; T.A.R. Lazio, sez. II, 17 aprile 2013, n. 3869; sez. III, 20 gennaio 2006, n. 434; T.A.R. Veneto, sez. I, 28 maggio 2013, n. 777; T.A.R. Lombardia, sez. I, 17 aprile 2007, n. 1774; T.A.R. Calabria, sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480; T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 novembre 2009, n. 2553). La *ratio* della limitazione appena delineata riposa sulla duplice esigenza di non ledere la *par condicio* tra i concorrenti e, nel contempo, di garantire il concreto soddisfacimento delle finalità pubblicistiche sottese al

progetto posto a base della gara.

In tale prospettiva sono repute ammissibili varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera (o del servizio), purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante, e sempre che le variazioni proposte garantiscano l'efficienza del progetto e la realizzazione delle esigenze della p.a.

Alla luce di tali coordinate interpretative, il Collegio è dell'avviso che, nella specie, l'offerta tecnica della società Fontana Costruzioni, contenendo una inammissibile variazione sostanziale delle linee fondamentali del progetto base, tale peraltro da comprometterne la conformità urbanistica, doveva essere irrimediabilmente esclusa dalla competizione.

3.3. La fondatezza della censura appena esaminata consente di per sé di accogliere il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, con assorbimento degli ulteriori motivi proposti dalla stessa e declaratoria di improcedibilità, per sopravvenuto difetto d'interesse, dell'impugnazione incidentale della seconda graduata Opus Costruzioni S.p.A., diretta a far valere ulteriori cause di esclusione dalla gara della società Fontana Costruzioni.

4. L'accoglimento del ricorso incidentale preclude, altresì, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale, atteso che l'accertamento retroattivo della illegittimità della sua partecipazione alla gara impedisce di assegnargli la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura

selettiva (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 4 del 7 aprile 2011).

4.1. Né è applicabile al caso di specie la particolare *regula iuris* elaborata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb, che consente di derogare al suesposto criterio generale, attraverso l'esame congiunto sia del ricorso incidentale che di quello principale, nel caso in cui gli operatori rimasti in gara siano solo due ed il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe. Invero, se entrambe le offerte sono inficiate dalla medesima tipologia di vizio, appare chiaramente contrario al principio di "*parità delle armi*" escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile la domanda, e confermare invece quella dell'aggiudicatario, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Pur reputandosi che i principi espressi dalla richiamata decisione della Corte di giustizia siano astrattamente riferibili non solo al caso di due sole imprese in gara – ciascuna delle quali miri ad impugnare l'atto di ammissione dell'altra – ma anche laddove vi siano più di due imprese in gara e le impugnazioni, principali e incidentali, mirino a contestare la partecipazione di tutte le concorrenti, il Collegio rileva che la controversia in esame non è ascrivibile neppure a tale ultima ipotesi.

Si è già detto *in limine*, infatti, che le partecipanti alla procedura sono quattro e che l'ultima graduata Romano Costruzioni & C. S.r.l. è restata estranea alla controversia e la sua posizione non risulta attaccata dalle altre tre contendenti.

Dunque, nel caso di specie – in disparte il rilievo del difetto di identità dei vizi dedotti, di cui si è detto sopra, e che la domanda fatta valere in giudizio dalla Fontana Costruzioni è diretta a conseguire l'aggiudicazione e non la rinnovazione della gara (neanche in via subordinata) – neppure è predicabile la sussistenza di un eventuale interesse “*strumentale*” della ricorrente principale, in quanto, quand'anche fossero accolte le censure mosse avverso l'ammissione delle prime due classificate, non ne discenderebbe il travolgimento dell'intera procedura, restando in gara l'offerta della società graduata al quarto posto.

Peraltro, la giurisprudenza ha chiarito che, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta neanche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché l'interesse alla ripetizione della gara si rivela come una mera speranza al riesercizio, futuro ed eventuale, del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

4.2. Il ricorso principale va, pertanto, dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione e di interesse ad agire.

5. In considerazione della complessità e peculiarità della fattispecie controversa si ravvisano giustificati motivi per compensare, tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio.

Il contributo unificato, per entrambi i ricorsi incidentali, va posto a carico dell'amministrazione comunale soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione

Prima)

definitivamente pronunciando sulla causa iscritta al numero di registro generale 4493 del 2013, così statuisce:

- accoglie il ricorso incidentale proposto dall'ATI Interfin Lavori – Metoda;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Opus Costruzioni S.p.A.;
- dichiara inammissibile il ricorso principale proposto da Fontana Costruzioni S.p.A.;
- compensa integralmente tra le parti le spese di lite;
- condanna il Comune di Grumo Nevano alla refusione del contributo unificato anticipato dalle due ricorrenti incidentali;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 12 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2014

IL SEGRETARIO

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