

Publicato il 27/12/2019

N. 02272/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01074/2019 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1074 del 2019, proposto da:
Euro Strade Lupo S.a.s. del Geometra Lupo Donato & C., in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Marcello Giuseppe Feola, con domicilio eletto presso il
suo studio in Salerno, via G.V. Quaranta n. 5;

contro

Comune di Sala Consilina, in persona del Sindaco p.t., rappresentato
e difeso dall'avvocato Demetrio Fenucciu, con domicilio digitale
eletto in Giustizia, Pec Registri;

Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) “Comunità Montana Vallo
di Diano” non costituito in giudizio;

nei confronti

Egel S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avvocati Lorenzo Lentini, Italo Rocco, con domicilio

eletto presso lo studio dell'avv.to Lorenzo Lentini in Salerno, corso Garibaldi 103;

Logarzo Group S.r.l., A.T.I. Egel S.r.l. - Logarzo Group S.r.l., Cieffe Lavori S.r.l., Costruzioni Cetra Edil S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

1) della Determina del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Sala Consilina n. 124 (Reg. Gen. 323) dell'11.6.2019;

2) della comunicazione ex art. 76 comma 5 d.lgs. 50/2016 dell'aggiudicazione definitiva;

3) della Determina del Responsabile della C.U.C. istituita presso la “Comunità Montana Vallo di Diano” n. 80 del 4.6.2019, di presa d'atto dei verbali di gara e di proposta di aggiudicazione all'A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l.;

4) della Determina del Responsabile della C.U.C. “Comunità Montana Vallo di Diano” n. 67 del 30.4.2019, con la quale si prendeva atto dell'ammissione/esclusione dei concorrenti alla gara, ex art. 29 comma 1 d.lgs. 50/2016;

5) dei verbali di gara n. 1 del 29.4.2019, n. 2 del 6.5.2019, n. 3 del 14.5.2019, n. 4 del 20.5.2019, n. 5 del 23.5.2019, n. 6 del 30.5.2019 e n. 7 del 4.6.2019;

6) della nota a firma del Dirigente dell'Area Tecnica del Comune di Sala Consilina con la quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudica definitiva che era stata presentata via pec il 25.6.2019 dall'odierna ricorrente;

7) del disciplinare di gara, nella parte in cui a pagina 44 prevede, sub “3.A”, la possibilità di presentare proposte migliorative riguardanti “la risoluzione delle problematiche degli incroci stradali, mediante accorgimenti progettuali di approfondimento e coerenti con la

fattibilità delle proposte formulate, che aumenti il grado di sicurezza e consenta una migliore fruizione degli incroci (a titolo esemplificativo e non esaustivo come inserimento di isole, rotatorie, ridisegno incroci/innesti, etc.)”, se interpretato nel senso di consentire la presentazione di offerte di “opere aggiuntive” a quelle previste nel progetto a base di gara;

per l'accertamento

della decadenza dall'aggiudicazione dell'A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l. per la perdita, ovvero l'intervenuta soluzione di continuità, del requisito di ordine speciale di cui all'art. 83 d.lgs. 50/2016 comprovato attraverso l'attestazione SOA da parte della capogruppo Egel srl e/o dell'ausiliaria Costruzioni Cetra Edil srl;

della declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato dalla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 121 c.p.a. o, in subordine, dell'art. 122 c.p.a. e conseguentemente del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto nelle more eventualmente stipulato ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

e per la condanna

del Comune di Sala Consilina al risarcimento, ex art. 30 c.p.a., dei danni subiti dalla ricorrente, per l'effetto dell'illegittima condotta amministrativa, ed al pagamento delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 123 c.p.a.;

con il ricorso incidentale presentato da EGEL S.R.L. il 23\7\2019

a – della determina del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Sala Consilina n. 124 dell'11.6.2019 con la quale si è disposta la aggiudicazione dei lavori di messa in sicurezza delle reti stradali provinciali e comunali ex S.S. 19 – PIP Mezzaniello – Via Barca –

Via Deserte – Via Viscigliete – Primo Stralcio Funzionale in favore dell'ATI Egel s.r.l. – Logarzo Group s.r.l.;

b – della determina del Responsabile della C.U.C. istituita presso la “Comunità Montana Vallo di Diano” n. 80 del 4.6.2019, di presa d'atto dei verbali di gara, nella parte in cui ha attribuito i punteggi e collocato l'ATI ricorrente principale al secondo posto della graduatoria;

c - della determina del Responsabile della C.U.C. istituita presso la “Comunità Montana Vallo di Diano” n. 67 del 30.04.2019, con la quale si è disposta la ammissione a gara dell'ATI ricorrente principale;

d – ove occorra, di tutti i verbali di gara (n. 1 del 29.04.2019, n. 2 del 6.05.2019, n. 3 del 14.05.2019, n. 4 del 20.05.2019, n. 5 del 23.05.2019, n. 6 del 30.05.2019 e n. 7 del 4.06.2019), nella parte in cui la Commissione di Gara non ha disposto la esclusione dell'A.T.I. Euro Strade Lupo s.a.s. ovvero, in subordine, nella parte in cui ha attribuito il punteggio all'offerta tecnica;

e – del bando e del Disciplinare di gara, nella parte in cui hanno previsto la ammissione a gara anche in caso di mera presentazione della domanda di iscrizione alla white list;

f – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sala Consilina e della Egel S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2019 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'odierna controversia trae origine dalla procedura di gara indetta, per conto del Comune di Sala Consilina, dalla C.U.C. "Comunità Montana Vallo di Diano" con bando pubblicato il 13.3.2019, per l'affidamento dei lavori di "*messa in sicurezza delle Reti Stradali Provinciali e Comunali - ex SS 19 - PIP Mezzaniello - Via Barca - Via Deserte - Via Viscigliete - 1° stralcio funzionale*", da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (importo a base di gara € 2.151.508,89).

Esaminata la documentazione amministrativa dei concorrenti ed adottati i conseguenziali provvedimenti di ammissione/esclusione, la Commissione di gara, all'esito della valutazione delle offerte "tecniche" ed "economiche", stilava la graduatoria conclusiva, collocando al primo posto l'offerta dell'A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l. (punti 94,634) ed al secondo posto quella dell'odierna ricorrente (punti 90,790).

Il Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Sala Consilina ha quindi, con Determinazione n. 124 (Reg. Gen. 323) dell'11.6.2019, aggiudicato definitivamente l'appalto in questione all'A.T.I. Egel S.r.l. (capogruppo) – Logarzo Group S.r.l. (mandante), per l'importo di € 1.947.846,26, al netto del ribasso dell'8,210%.

Avverso il predetto provvedimento, insorge l'odierna ricorrente censurando l'operato della stazione appaltante con riguardo ai profili di seguito sinteticamente illustrati.

In primo luogo, l'offerta proposta dall'aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto contrastante sia con l'art. 95, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui i concorrenti possono presentare "varianti" al progetto posto a base di gara solo se espressamente consentite dalla *lex specialis*, sia con il disciplinare di gara che espressamente comminava la sanzione espulsiva in ragione della "*presentazione di offerte parziali, plurime, condizionate, alternative*", richiedendo in modo tassativo che "*Tutti i miglioramenti e/o le integrazioni proposte in sede di offerta devono intendersi finite, funzionanti, collaudabili*".

In palese violazione di tutte le richiamate disposizioni, l'aggiudicataria A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l. aveva presentato un'offerta tecnica che, con riferimento all'elemento valutativo sub "3.A" del disciplinare di gara, prevedeva, – con riguardo all'intersezione della ex SS 19 riguardante lo svincolo autostradale SA-RC –, la realizzazione di una rotatoria, non contemplata nel progetto esecutivo posto a base di gara. La realizzazione di quest'ultima, inoltre, come ammesso dall'aggiudicataria, era subordinata alla necessità di acquisire il parere tecnico dell'ANAS, essendo l'area d'intervento (su cui realizzare la rotatoria oggetto dell'offerta migliorativa), di pertinenza autostradale, e dunque nella proprietà e disponibilità del succitato ente, oltre ad essere posizionata all'esterno della sede stradale interessata dal progetto posto a base di gara.

L'operato della stazione appaltante si poneva in aperta violazione con il chiaro disposto dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016 il cui novellato

comma 14-bis, prescrive che *“le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l’offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base di gara”*.

Per contro, l’aggiudicataria aveva offerto la realizzazione di un’opera del tutto nuova rispetto al progetto posto a base di gara, ricevendo anche il punteggio massimo previsto dal corrispondente criterio di valutazione dell’offerta tecnica, come descritto alla pagina 44, sub “3.A” del disciplinare, sebbene quest’ultimo limitasse la possibilità di presentare proposte migliorative nei limiti di quelle volte alla *“risoluzione delle problematiche degli incroci stradali, mediante accorgimenti progettuali di approfondimento e coerenti con la fattibilità delle proposte formulate, che aumenti il grado di sicurezza e consenta una migliore fruizione degli incroci (a titolo esemplificativo e non esaustivo come inserimento di isole, rotatorie, ridisegno incroci/innesti, etc.)”*.

La condotta della stazione appaltante doveva essere censurata con riguardo ad un ulteriore profilo, non avendo tenuto conto delle prescrizioni poste dal combinato disposto degli artt. 76 e 77 D.P.R. n. 207/2010, come interpretate alla luce degli artt. 83 e 84 del D.LGS. n. 50/2016.

In particolare, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (19.4.2019) sia la S.O.A. della capogruppo Egel srl, sia quella dell’ausiliaria Costruzioni Cetra Edil srl prevedevano una scadenza del termine di verifica triennale nei successivi novanta giorni (rispettivamente il 5.6.2019 ed il 13.6.2019), senza tuttavia che risultasse stipulato il previsto contratto con l’organismo di attestazione. Ne discendeva, dunque, la perdita, ovvero l’intervenuta soluzione di continuità (nell’ipotesi in cui la verifica triennale fosse intervenuta successivamente alla data di rispettiva scadenza del

5.6.2019 e del 13.6.2019) del requisito di ordine speciale di cui all'art. 83 d.lgs. 50/2016 comprovato attraverso l'attestazione SOA.

Infine, la proposta dell'aggiudicataria era stata formulata in violazione dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, letto in combinato disposto con il comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. L'offerta tecnica dell'P.A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l. aveva espressamente previsto, allegando il relativo contratto stipulato con la Cieffe Costruzioni Srl, l'utilizzo di una serie di mezzi (“scarificatrice CAT PM 620”, “Finitrice Bomag BF 600”, “Rullo CAT CD54B”) messi a disposizione da quest'ultima. Trattandosi palesemente di un “nolo a caldo” ovvero quantomeno di un “nolo a freddo di macchinari”, l'aggiudicataria aveva stipulato un autentico contratto di subappalto, in violazione dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 (nel testo previgente alla novella ex D.L. n. 32/2019, applicabile *ratione temporis* alla specie), senza che, in sede di offerta, fosse stato comprovato il possesso, da parte della subappaltatrice, dei requisiti generali previsti dall'art. 80 d.lgs. 50/2016 (comma 4).

Invece, l'P.A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l., contravvenendo totalmente a tali obblighi:

- a) non ha presentato la dichiarazione di subappalto;
- b) non ha indicato la “terna di subappaltatori in sede di offerta”;
- c) non ha comprovato i requisiti generali e speciali dei subappaltatori;

Inoltre, l'amministratore unico della subappaltatrice rivestiva il medesimo ruolo anche nella compagine sociale della Cieffe Lavori Srl che aveva partecipato alla gara in oggetto.

In ragione dello strettissimo collegamento tra le predette due società (aventi lo stesso Amministratore Unico, la stessa proprietà al 100%, la stessa sede), si configurava l'aperta violazione dell'art. 105, comma

4, lett. a), d.lgs. 50/2016, che vieta di affidare lavori in subappalto a chi “abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto”. Infine, essendosi in presenza di elementi certi di collegamento tra l'A.T.I. Egel S.r.l. – Logarzo Group S.r.l. e la Cieffe Lavori Srl, che hanno entrambe partecipato alla gara, si era integrata la causa escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. 50/2016, secondo cui “le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferite a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: [...] m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

Si costituiva l'amministrazione resistente evidenziando l'infondatezza dell'avverso ricorso ed insistendo per la sua totale reiezione.

Nel confutare le avverse censure, evidenziava: a) l'offerta presentata dall'aggiudicataria non poteva ritenersi condizionata, essendosi l'operatore economico impegnato immediatamente e senza limiti alla realizzazione dell'opera, con lo svolgimento di un'attività necessitante esclusivamente il rilascio di un titolo abilitativo richiesto dalla legge; b) la migliorata offerta non poteva essere considerata come una variante quantitativa, unica ipotesi esulante la disciplina di gara e, come tale, non valutabile dalla stazione appaltante; c) la documentazione integrativa depositata dall'aggiudicataria e l'avvenuta sostituzione della mandante comprovavano la continuità dei requisiti di partecipazione in assenza di qualsiasi soluzione di continuità; d) i

contratti stipulati dall'aggiudicataria, infine, costituivano dei meri contratti di noleggio in assenza di manodopera e non, quindi, dei contratti di subappalto.

Si costituiva la controinteressata che, oltre a contestare la fondatezza del ricorso principale, proponeva gravame incidentale censurando l'operato della stazione appaltante per non aver escluso l'offerta presentata dalla ricorrente principale.

In primo luogo, evidenziava come l'offerta *de qua*, non essendo immediatamente "cantierabile" ed esecutiva, in quanto subordinata all'assenso della Provincia di Salerno, doveva considerarsi condizionata ed incerta e, dunque, sicuramente inammissibile.

L'Ati ricorrente, inoltre, avrebbe dovuto essere esclusa stante l'indeterminatezza delle quote di partecipazioni. Di tutta evidenza, la quota di partecipazione nell'ATI risultava del tutto indeterminata poiché Euro Strade era qualificata per l'83% mentre l'impresa "Lupo Filippo" per il 23,98%. Tuttavia, le parti avevano indicato una diversa quota di esecuzione dei lavori attribuendo ad Euro Strade il 77% ed all'impresa individuale di Lupo Filippo il 23% dei lavori.

L'A.T.I. ricorrente, inoltre, era carente di una valida iscrizione nella White List della Prefettura di Salerno che costituiva un inderogabile requisito di partecipazione. Il Disciplinare di Gara, in conformità con il regime legale (art. 80 del D.Lgs. 50/2016), aveva invero imposto l'obbligo di iscrizione nella White List in capo ai concorrenti ed agli eventuali subappaltatori indicati in sede di offerta. Tuttavia, né la Euro Strade Lupo, mandataria della A.T.I., né la CO.BI.T. s.p.a., subappaltatrice risultavano iscritte nella predetta White List..

Infine, l'Ati ricorrente non solo aveva sottostimato gli oneri di sicurezza ma aveva di fatto, non disponendo dei necessari mezzi,

affidato in subappalto una quota di lavori nettamente superiore a quella dichiarata.

Così delineate le opposte prospettazioni, previo scambio delle memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata riservata in decisione all'udienza del 3.12.2019.

2.- Precisa, *in limine* il Collegio, che, ai fini della determinazione dell'ordine di trattazione dei ricorsi — principale ed incidentale — in materia di appalti, non può prescindere dal pronunciamento della Corte di Giustizia U.E. (Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016 causa C-689), secondo cui è irrilevante, ai fini della corretta applicazione dei principi affermati nella sentenza CGUE, sez. X, 4 luglio 2013 C-100/2012 (c.d. sentenza Fastweb), il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, il numero dei concorrenti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti. Un certo « margine di manovra » è comunque riconosciuto, dalla giurisprudenza, al Giudice, a condizione che disponga le questioni prospettate in modo logico, con priorità del ricorso incidentale solo ove a carattere escludente, in rapporto alla medesima fase procedimentale, ma anche con la possibilità di esaminare in via prioritaria il ricorso principale, per ragioni logiche e di economia processuale, e a condizione che siano esaminati entrambi ove caratterizzati da simmetria escludente (cfr.: TAR Abruzzo, Pescara, 15 novembre 2018 n. 343; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2017 n. 1677; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2015 n. 713; id., sez. V, 31 agosto 2016 n. 3752; id., 14 maggio 2018 n. 478; Tar Molise, 22 maggio 2018 n. 302).

Tale insegnamento preserva la sua validità e fondatezza ermeneutica anche alla luce dei più recenti arresti sul tema affermati dalla

giurisprudenza unionale, essendo questi ultimi volti esclusivamente a superare quegli orientamenti nazionali che consentivano di obliterare la disamina del ricorso principale in presenza di ricorsi intesi alla reciproca esclusione (cfr. Corte giustizia UE sez. X, 05/09/2019, n.333).

In altri termini, deve ribadirsi la tenuta pratico-applicativa nonché la validità dogmatica dell'insegnamento per cui, superata la (controversa) regola del pregiudiziale esame del ricorso incidentale "escludente", può procedersi all'esame in via prioritaria del ricorso principale, non solo per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte quelle ipotesi nelle quali si renda necessaria la verifica della regolarità dell'intera procedura di gara.

Sulla base di tale premesse e in relazione al ricorso principale, reputa il Collegio di poter muovere dalla disamina di quest'ultimo, dovendo essere interamente disattese le censure ivi articolate con la conseguente integrale reiezione del proposto gravame.

3.- Iniziando lo scrutinio dalla prima delle sollevate censure, la società ricorrente ha sostenuto che l'offerta della controinteressata, avendo subordinato la realizzazione delle proposte opere migliorative al previo parere favorevole dell'ente proprietario del tratto stradale interessato (ANAS), avrebbe dovuto essere intesa come "condizionata" e, in quanto tale, dichiarata inammissibile, con la conseguente adozione, da parte del seggio di gara, della sanzione espulsiva a carico della controinteressata.

La riportata censura, tuttavia, a parere del Collegio, è priva di fondamento.

3.1.- È recente la pronuncia con cui il giudice di appello (Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2019, n. 3059) in ordine ad un'analogia doglianza,

ha chiarito, in linea con il precedente formante giurisprudenziale, che non è da ritenere condizionata l'offerta laddove quest'ultima richieda il previo rilascio da parte di altra pubblica amministrazione di titoli abilitativi; ciò in quanto *“il loro rilascio attiene non alla fase della valutazione dell'offerta, bensì alla fase di esecuzione, nel cui ambito, per l'ipotesi che l'aggiudicataria non si renda al riguardo parte diligente, soccorrono i rimedi che la legge riconnette all'inadempimento alle obbligazioni contrattuali”*.

Si tratta, come sopra anticipato, di un orientamento condiviso dalla giurisprudenza, cui il Collegio, aderisce poiché il carattere “condizionato” può essere riconosciuto esclusivamente all'offerta non suscettibile di valutazione in quanto non attendibile, univoca e, dunque, inidonea a manifestare una volontà certa e inequivoca dell'impresa di partecipare alla gara (Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 248; V, 23 agosto 2004, n. 5583). Tanto accade allorquando l'operatore economico subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante a un evento futuro e incerto, sicché l'obbligazione assunta è subordinata al verificarsi di altro evento, diverso e ulteriore rispetto all'aggiudicazione. Non rientra, dunque, nella categoria così delimitata l'offerta in cui l'operatore economico si sia impegnato, come nell'odierna fattispecie, immediatamente e senza limiti alla realizzazione dell'opera, anche laddove essa richieda il previo rilascio da parte di altra pubblica amministrazione di titoli abilitativi (Cons. Stato, V, 27 dicembre 2017, n. 6085, che richiama C.G.A.R.S. 8 febbraio 2017, n. 37).

4.- Parimenti, non coglie nel segno neppure la doglianza con cui la società ricorrente ha sostenuto che la migliorata offerta dall'aggiudicataria, consistente nella realizzazione della contestata rotatoria, in realtà, integrasse un'opera aggiuntiva, come tale non

considerabile dal seggio di gara ai fini della valutazione dell'offerta tecnica.

4.1.- Si premetta che la possibilità di formulare offerte integrative del progetto posto a base d'asta, peraltro, è espressamente riconosciuta dall'art. 95, comma 14, lett. a), del vigente Codice degli appalti ove dispone che *"le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Esse indicano nel bando di gara ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti sono comunque collegate all'oggetto dell'appalto"*.

In ogni caso, come ampiamente riconosciuto in giurisprudenza, *"anche nel caso in cui le varianti non siano ammesse, è, tuttavia, ammessa comunque la possibilità per gli offerenti di presentare "proposte", "soluzioni", o "variazioni" migliorative", dovendosi pertanto stabilire la differenza tra le "varianti", ammissibili solo negli stretti limiti delle disposizioni richiamate, e i "miglioramenti", sempre proponibili dagli offerenti"* (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 5 settembre 2018, n. 1898).

Come messo in luce da condivisibile e autorevole giurisprudenza (C.d.S., sez. V, 10 gennaio 2017, n. 42), *"... sono considerate proposte migliorative in una gara d'appalto tutte le precisazioni, integrazioni e migliorie che attuate allo scopo di rendere il progetto prescelto meglio corrispondente e rispondente alle esigenze proprie della stazione appaltante, a condizione che non vengano modificati ed alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, in quanto ciò implicherebbe una totale divergenza e un radicale discostamento dall'oggetto della gara stessa"* (TAR Friuli Venezia Giulia, 31 dicembre 2018, n. 387).

Nel dettaglio, il Collegio deve prendere atto come l'elaborazione giurisprudenziale in merito alla differenza tra offerte migliorative e varianti progettuali affermi che:

- se *"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, sez. V, 14 maggio 2018 n. 2853; Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2014 n. 819 e id. 7 luglio 2014, n. 3435).

Di conseguenza, *"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, Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923). Diversamente, *"non risultano ammissibili tutte quelle varianti progettuali che, traducendosi in una diversa ed alternativa ideazione dell'oggetto del contratto rispetto al disegno progettuale originario, comportano lo stravolgimento di quest'ultimo"* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497).

Le soluzioni o proposte migliorative possono, dunque, liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la

modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione.

Le proposte migliorative sono quindi 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, con la conseguenza che la distinzione tra varianti e miglioramenti riposa in definitiva sull'intensità e sul grado delle modifiche introdotte rispetto al progetto posto a base della gara, trattandosi di mere migliorie soltanto quando non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto.

Deve, comunque, ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, a prescindere dalla possibilità di proporre varianti, sia consentito alle imprese (anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo) di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili anche dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, onde non ledere la par condicio.

La distinzione tra variante e miglioramento, di cui alla prevalente richiamata giurisprudenza in materia, permette di non escludere proposte che, da un lato, non comportino rilevanti modifiche del progetto previsto dal bando; dall'altro, consentano di soddisfare le esigenze dell'amministrazione appaltante in modo flessibile.

Nell'attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali ai fini della loro riconduzione nell'ambito delle varianti o delle mere migliorie, vi è un ampio margine di discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, che rimane fuori dal sindacato del giudice

amministrativo ai sensi dell'art. 134 c.p.a., tranne nei casi di manifesta irragionevolezza della scelta tecnica.

4.2.- Nel caso di specie, il disciplinare di gara, oltre a prevedere l'attribuzione di un punteggio massimo complessivo di 90 in ragione della valutazione delle proposte migliorative corredanti le offerte tecniche presentate, al punto "3 A", individuava espressamente, fra i sub criteri cui il seggio di gara avrebbe dovuto attenersi ai fini della valutazione delle offerte migliori, quello attinente *"la risoluzione delle problematiche degli incroci stradali, mediante accorgimenti progettuali di approfondimento e coerenti con la fattibilità delle proposte formulate, che aumenti il grado di sicurezza e consenta una migliore fruizione degli incroci (a titolo esemplificativo e non esaustivo, come inserimento di isole, rotatorie, ridisegno incroci/innesti ecc)"*

Orbene, la prestazione offerta dalla controinteressata ed oggetto della contestata miglioria, consistente nella realizzazione di una rotatoria stradale, costituiva un intervento di portata tale da non determinare una sostanziale modifica del progetto posto dall'Amministrazione a base di gara dal punto di vista tipologico, strutturale o funzionale, rappresentando viceversa soltanto una particolare modalità di esecuzione delle opere oggetto dell'appalto. A ben vedere, infatti, la previsione della predetta rotatoria, inscrivendosi pienamente nell'ambito delle richieste di cui al punto "3A" del disciplinare, era volta ad offrire una soluzione progettuale alle problematiche di viabilità riscontrate sull'asse stradale oggetto dell'affidamento, onde assicurare 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, fissando limiti precisi nel cui novero era espressamente contemplata la previsione progettuale di rotatorie stradali, così da permettere alle imprese 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 della contestata rotatoria rappresentava una delle migliorie proposte dalla controinteressata, cosicché il punteggio per tale voce è stato assegnato alla controinteressata complessivamente con riguardo a tutte le migliorie offerte.

Pertanto, anche a voler ritenere - per astratta ipotesi - che la rotatoria stradale costituisca una variante non consentita, ciò non potrebbe comunque determinare l'attribuzione alla controinteressata di un punteggio pari a zero ovvero la sua esclusione dalla gara, come auspicato dalla ricorrente, bensì 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.

5.- Analoga sorte compete anche al terzo motivo di gravame con cui la ricorrente ha contestato la sostituzione dell'ausiliaria Costruzioni Cetra Edil srl, consentita dalla stazione appaltante, posto che tale sostituzione era avvenuta, a suo avviso, non già per la perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80, ma per la perdita del requisito di qualificazione SOA di cui all'art. 84 d.lgs. 50/2016.

A confutazione dell'assunto della ricorrente, osserva il Collegio come dalla documentazione in atti si desume che

- 1) alla data di scadenza del termine per il deposito delle offerte (19.4.2019) l'attestazione SOA posseduta dalla Egel srl risultava essere pienamente efficace, spirando il termine di verifica triennale il 5.6.2019 e quello quinquennale il 5.6.2021;
- 2) parimenti efficace era l'attestazione SOA posseduta dall'ausiliaria Costruzioni Cetra Edil srl, prevedendo quest'ultima quale termine di scadenza della verifica triennale la data del 23.6.2019 e quale termine di efficacia quinquennale quello del 23.6.2021;
- 3) la Egel srl, successivamente, depositava la certificazione di qualificazione da cui si evinceva l'effettuazione della verifica triennale con esito positivo alla data del 6.6.2019, rispetto ad un'efficacia triennale valevole fino alla data del 5.6.2019;
- 4) con nota del 11.7.2019, l'ATI Egel srl - Logarzo Group srl comunicava alla Centrale Unica di Committenza la perdita da parte dell'ausiliaria, Costruzioni Cetra Edil srl, dei requisiti di qualificazione per effetto di una errata cancellazione dal registro delle imprese, con la conseguente intenzione di avvalersi della facoltà di sostituzione di cui al comma 3 art. 89 D.lgs n. 50/2016, all'uopo indicando la C.E.P. Costruzioni Edile Pollino srl, la cui certificazione SOA riporta come data di scadenza per la verifica triennale il 7.9.2019 ed il 7.9.2021 come di scadenza dell'efficacia dell'attestazione.

La riportata ricostruzione assevera pienamente la sussistenza della continuità dei requisiti di qualificazione, dovendosi a tal fine rammentare la regola dettata - all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici - dall'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per cui: *"La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai*

sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione".

La disposizione, difatti, costituisce una novità del nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016, recependo la previsione dell'art. 63 dir. 24/2014/UE, per cui: *"L'amministratore aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione"* con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione di cui all'art. 80.

In precedenza, sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, la sostituzione era consentita solo nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ed esclusivamente nella fase esecutiva (così Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169).

L'art. 89, comma 3, cit., viceversa, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per questo, è stato definito "istituto del tutto innovativo" da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, dove era stato posto il problema dell'immediata applicabilità dell'art. 63 cit. prima del suo recepimento da parte dell'ordinamento nazionale, nonché da Corte di Giustizia dell'Unione europea in C-223/16 del 14 settembre 2017 causa Casertana costruzioni s.r.l. dove era stata sottoposta la medesima questione).

La sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità

soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso (cfr.: Consiglio di Stato sez. V, 26/04/2018, n.2527).

In definitiva, gli enunciati principi giurisprudenziali, unitamente alla disamina della documentazione in atti come sopra ripercorsa, vanificano la censura al riguardo avanzata dalla società ricorrente.

6.- Infine, non può trovare favorevole deliberazione anche l'ultima censura articolata dalla ricorrente ed avente ad oggetto, in sintesi, l'asserita violazione della disciplina dettata dall'art. 105 d.lgs. n. 59/2016 in materia di subappalto.

Il quadro normativo di riferimento s'incentra sulla previsione che, per la richiesta di autorizzazione al subappalto, l'art. 105, comma 4, del d.lgs. 50/2016 indica tra le condizioni necessarie la previa autorizzazione della stazione appaltante e l'indicazione, all'atto dell'offerta, da parte del concorrente delle lavorazioni, dei servizi, delle forniture o delle parti di essi che si intende subappaltare. Pertanto, il subappalto nei confronti di soggetti terzi, estranei alla compagine sociale dell'aggiudicatario, in assenza di manifestazione di volontà di ricorrere all'istituto e dunque senza preventiva autorizzazione della stazione appaltante, costituisce una violazione delle disposizioni codicistiche e un'elusione dei principi in materia di contratti pubblici, in particolare del principio generale e di ordine

pubblico di immodificabilità del contraente, dal quale discende il divieto di cessione del contratto di appalto sotto pena di nullità, di cui all'art. 105 comma 1 del d. lgs. 50/2016. Pertanto, il trasferimento delle obbligazioni ad un soggetto terzo, sia pure solo parziale, può essere effettuato e produrre i relativi effetti giuridici solo nel rispetto delle condizioni di legge, ovvero attraverso un formale subaffidamento previamente richiesto ed autorizzato.

In materia di contratti pubblici, la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara; il subappalto è, inoltre, soggetto ad autorizzazione e l'eventuale superamento della percentuale ammessa non sarebbe autorizzabile nella fase esecutiva del rapporto, per cui eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere nella successiva fase di esecuzione.

In ogni caso, con specifico riferimento all'odierna controversia, deve rammentarsi che l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori indicati in sede di offerta preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina, come preteso dalla ricorrente, l'esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo del difetto di qualificazione di quest'ultimo in relazione alle prestazioni interessate dal subappalto; infine, l'eventuale superamento delle percentuali del subappalto non può comunque comportare l'esclusione del concorrente dalla gara,

potendo al più comportare l'esclusione del subappalto in caso di aggiudicazione (cfr.: Consiglio di Stato sez. V, 25/06/2018, n.3922).

6.1.- Chiarito, dunque, che le omissioni ascritte alla controinteressata, in linea di principio, non ne avrebbero comportato l'esclusione dalla procedura selettiva, osserva il Collegio come il contratto da quest'ultima stipulato con la Cieffe Costruzioni Srl, ed avente ad oggetto la messa a disposizione dei macchinari necessari per l'esecuzione dell'opera oggetto di affidamento, non appariva riconducibile alla fattispecie del c.d. "nolo a caldo", pacificamente equiparato al contratto di subappalto.

Il nolo a caldo, secondo univoca giurisprudenza, è caratterizzato dal fatto che il locatore mette a disposizione dell'utilizzatore non solo un macchinario (come nel "nolo a freddo"), ma anche un proprio dipendente con una specifica competenza nel suo utilizzo.

Nella specie, viceversa, come può desumersi dalla dichiarazione resa dalla Cieffe Costruzioni Srl, il contratto ha avuto ad oggetto esclusivamente la messa a disposizione dei macchinari indicati, cosicché il convenuto regolamento contrattuale è suscettibile nella diversa figura contrattuale atipica del c.d. "nolo a freddo", a sua volta riconducibile allo schema della "*locatio rei*". Quest'ultima si distingue dal cd. "nolo a caldo" in quanto contempla la sola locazione dell'attrezzatura, senza alcun riferimento all'utilizzo e/o al funzionamento della stessa. Nel caso di specie, il nolo a freddo ha avuto ad oggetto le singole macchine edilizie destinate all'espletamento delle indicate lavorazioni (vedi offerta tecnica dell'aggiudicataria da pg. 22 a pg 25), considerate nella loro individualità materiale ed economica.

Il corrispettivo di un contratto di noleggio senza conducente non consente di ritenere integrato il contratto di subappalto, in quanto con tale forma di locazione il locatore non assume alcuna incidenza, né oggettiva né soggettiva, sull'esecuzione dei lavori espletata dal locatario, a differenza che nel "nolo a caldo", ove, oltre al macchinario, il locatore mette a disposizione dell'imprenditore anche un proprio dipendente, con una specifica competenza nel suo utilizzo, la cui attività potrebbe ricondursi alla responsabilità del locatore e quindi dallo stesso computabile nel fatturato annuale (cfr.: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 29/11/2011, n. 2808).

6.2.- Esclusa la configurazione di un contratto di subappalto, non coglie nel segno neppure l'ulteriore deduzione sollevata dalla ricorrente che ha ravvisato la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del D.Lgs. n. 50/2016 nella circostanza che l'impresa Cieffe Costruzioni Srl, noleggiatrice dei materiali *de quibus*, e Cieffe Lavori Srl, impresa partecipante alla gara, avrebbero dovuto ricondursi al medesimo centro decisionale.

Il predetto art. 80, comma 5, lett. m, D.Lg.vo n. 50/2016 risulta identico al previgente art. 38, comma 1, lett. m quater, D.Lg.vo n. 163/2006, che fu aggiunto dall'art. 3, comma 1, D.L. n. 135 del 25.9.2009 conv. nella L. n. 166 del 20.11.2009 dopo che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la Sentenza del 19.5.2009 nella causa n. 538/2017 aveva statuito l'incompatibilità con il diritto comunitario del previgente art. 34, comma 2, D.Lg.vo n. 163/2006, nella parte in cui stabiliva che non potevano partecipare alla stessa gara concorrenti che si trovavano in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., senza dare la possibilità a tali concorrenti di dimostrare che le predette situazioni di controllo e/o collegamento

non avevano alterato il confronto concorrenziale, violando i principi di indipendenza e segretezza nell'elaborazione delle offerte, precisando che le stazioni appaltanti avrebbero dovuto accertare che il rapporto di controllo e/o collegamento aveva influito sul contenuto delle offerte e/o sul comportamento di tali imprese nell'ambito delle gare.

Le predette norme hanno l'evidente finalità di evitare che più offerenti possano colludere, concordando il contenuto delle proprie offerte, da presentare in una stessa gara, ed impedire, così, il naturale dispiegarsi del principio della libera concorrenza nei procedimenti di evidenza pubblica, finalizzato all'individuazione della migliore offerta, presente nel mercato.

L'onere della prova della riconducibilità delle offerte ad unico centro decisionale, per la loro esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m, D.Lg.vo n. 50/2016, ricade sulla stazione appaltante e deve fondarsi anche sul contenuto sostanziale delle offerte presentate (sul punto cfr. da ultimo C.d.S. Sez. V Sent. n. 58 del 4.1.2018).

Ciò che rileva è, dunque, il dato oggettivo, autonomo e svincolato da valutazioni *a posteriori* di tipo qualitativo, rappresentato dall'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese, con la necessaria precisazione che lo stesso debba essere dedotto da indizi gravi, precisi e concordanti (C.d.S., Sez. V, n. 1265/2010).

È ravvisabile un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, vi sia contiguità di sede, vi siano utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, vi siano identiche modalità formali di redazione delle offerte, vi siano strette

relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, vi siano significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte. La ricorrenza di questi indici, in numero sufficiente e legati da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione. Il semplice collegamento può quindi dar luogo all'esclusione da una gara d'appalto solo all'esito di puntuali verifiche compiute con riferimento al caso concreto da parte dell'Amministrazione che deve accertare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate (T.A.R. Sardegna, n. 163/2018).

Applicando le riportate coordinate ermeneutiche, appare evidente la mancata allegazione, da parte della ricorrente, di un quadro indiziario connotato dalla gravità ed univocità dal quale inferire il dedotto collegamento sostanziale potenzialmente lesivo della *par condicio* dei concorrenti, essendosi la ricorrente limitata a dedurre la mera identità di sedi legali tra le imprese sopra indicate, senza null'altro aggiungere in ordine agli elementi che avrebbero potuto condurre a ritenere anche la controinteressata riconducibile al medesimo centro decisionale.

7.- In forza di tutte le esposte argomentazioni, il ricorso principale deve essere respinto con la conseguente improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale escludente proposto dalla controinteressata aggiudicataria.

8.- Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Respinge il ricorso principale.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese processuali che liquida in € 5.000,00 (cinquemila) in favore *pro capite* dell'amministrazione resistente e della controinteressata, oltre oneri accessori se dovuti.

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

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

Leonardo Pasanisi, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Maffei

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO