

N. 02753/2014REG.PROV.COLL.  
N. 04545/2013 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 4545 del 2013, proposto dalla ditta MARSEGLIA GEOM. ANTONIO, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele De Vitto, con domicilio eletto presso la signora Gregoria Maria Failla in Roma, corso Trieste, n. 87;

***contro***

COMUNE DI ORTA NOVA, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Piccolo e Michele Di Lorenzo, con domicilio eletto presso il signor Lucio Frittaion in Roma, via Bormida, n. 5;

***nei confronti di***

ditta FRANCESCO DIPERGOLA, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Palieri, con domicilio eletto presso il signor Alfredo Placidi in

Roma, via Cosseria, n.2;

SCEAP S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso il signor Ernesto Mocci in Roma, via Germanico, n. 146;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, sez. I, n. 903 del 5 giugno 2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori per la realizzazione di infrastrutture nella nuova zona pip di viale ferrovia - zona d2;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orta Nova, della ditta Francesco Dipergola e di Sceap Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Raffaele De Vitto, Franco Piccolo e Francesco Guicciardi, su delega dell'avv. Giovanni Nardelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Orta Nuova - con bando in data 23 aprile 2012 - ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, mediante appalto

integrato ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, della progettazione definitiva ed esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, dei lavori di realizzazione delle infrastrutture della nuova zona PIP di viale Ferrovia "zona D/2".

All'esito della gara, con determina n. 532 dell'11 ottobre 2012, l'appalto è stato aggiudicato definitivamente all'impresa Dipergola Francesco.

Col ricorso n. 1537 del 2012, la ditta Marseglia, terza classificata, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia l'annullamento di tale aggiudicazione, deducendo "Violazione del disciplinare di gara. Punto 3 – offerta tecnica" e "Violazione del disciplinare di gara – requisiti del progettista Ipotesi B", attraverso cui ha lamentato la mancata esclusione della ditta aggiudicataria (con il primo motivo), che avrebbe prodotto le relazioni (doc. 03 relazione generale; doc. 06, relazione geologica – geotecnica; doc. 07 relazione opere idrauliche; doc. 12 bilancio di produzione dei materiali di scavo; doc. 15 relazione di integrazione e verifica delle relazioni ambientali e paesaggistiche) tutte prive nell'ultima pagina della sottoscrizione del legale rappresentante e dei tecnici progettisti e della ditta Sceap s.r.l., seconda classificata (secondo motivo), a causa della mancata sottoscrizione da parte del legale rappresentante della ditta Avenco s.r.l., facente parte del R.T.I. dei progettisti affidatari della progettazione esecutiva, della dichiarazione di possesso dei

requisiti di partecipazione alla gara.

L'adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 903 del 5 giugno 2013, ha esaminato preliminarmente il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, ritenendo fondato ed assorbente il quarto motivo, concernente l'inammissibilità dell'offerta della ricorrente ditta Marseglia, il cui progetto definitivo presentava variazioni planimetriche rispetto ai tracciati delle infrastrutture viarie previste dal progetto preliminare posto a base di gara, non consentite dalla lex specialis; ha quindi conseguentemente dichiarato inammissibile il ricorso principale.

2. La ditta Marseglia ha ritualmente impugnato tale sentenza, chiedendone la riforma alla stregua di due ordini di censura: con il primo, deducendo "Violazione e falsa applicazione dell'art. 64 del c.p.a., violazione del comma 10 dell'art. 120 c.p.a., errore e travisamento dei fatti", ha rilevato che i primi giudici avrebbero erroneamente ritenuto non contestati i fatti posti a fondamento del quarto motivo del ricorso incidentale, poi accolto, non tenendo conto della perizia di parte a tal fine ritualmente prodotta e addirittura contraddicendo le conclusioni raggiunte in sede cautelare; con gli altri due motivi di gravame sono state poi sostanzialmente riproposte le censure sollevate in primo grado e che non erano state esaminate.

Hanno resistito al gravame: a) il Comune di Orta Nuova, che ne ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza, chiedendone il rigetto; b)

l'impresa Dipergola che, oltre a chiederne il rigetto, ha riproposto gli altri motivi di censura proposti con il ricorso incidentale, non esaminati per assorbimento; c) la Sceap s.r.l. che ha riproposto all'esame del giudice di appello tutte le eccezioni, deduzioni e difese sollevate in primo grado, contestando la fondatezza del (secondo) motivo del ricorso principale, riguardante la propria offerta.

3. All'udienza in camera di consiglio del 23 luglio 2013, fissata per la decisione sull'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, su conforme richiesta delle parti, la trattazione della causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 14 gennaio 2014.

All'esito di quest'ultima, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

5. L'appello è infondato.

5.1. Deve preliminarmente osservarsi che l'appellante non ha mosso alcuna censura alla sentenza impugnata per aver esaminato prioritariamente il ricorso incidentale 'paralizzante', proposto dall'impresa Dipergola, rispetto al ricorso principale.

Ciò rende inammissibili le deduzioni formulate con le note difensive in data 27 dicembre 2013, sui rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale, ed in particolare sull'ambito di applicazione del principio formulato dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E., sez. X, del 4 luglio 2013 (causa C 100/12).

Pertanto, il principio enunciato dalla Corte di Giustizia si è riferito ad

una procedura di gara in cui due soli operatori economici abbiano presentato un'offerta, fattispecie che non ricorre nel caso di specie, nel quale, come risulta dalla lettura dello stesso procedimento impugnato, alla gara hanno partecipato - con offerte scrutinate dalla commissione giudicatrice - cinque imprese.

5.2. Passando all'esame del primo motivo di gravame, la Sezione osserva quanto segue.

5.2.1. Il disciplinare di gara, al punto 3 della seconda parte ("Presentazione dell'offerta"), descrivendo il contenuto della seconda busta interna "B – offerta tecnica", ha stabilito, al secondo capoverso, che il progetto definitivo avrebbe dovuto determinare in ogni dettaglio i lavori da realizzarsi e si sarebbe dovuto sviluppare ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento fosse identificato in forma, tipologia, qualità e dimensione, aggiungendo altresì che "Non sono ammesse, pena esclusione, variazioni planimetriche rispetto ai tracciati delle infrastrutture viarie previste dal progetto preliminare approvato posto a base di gara. Le modifiche che verranno apportate con il progetto definitivo offerto dovranno comunque essere effettuate senza aumento di spesa rispetto a quanto previsto dal progetto preliminare posto a base di gara dalla stazione appaltante".

Da tali disposizioni si evince che non era vietata la possibilità di apportare variazioni migliorative al progetto preliminare posto a base di gara, purché fossero rispettate le previsioni planimetriche rispetto

ai tracciati delle infrastrutture viarie, che del tutto ragionevolmente, secondo l'intenzione dell'amministrazione appaltante, costituivano punti cardini, significativi e caratterizzanti dell'intervento da realizzare, contribuendo pertanto a realizzare l'interesse pubblico effettivamente perseguito (del resto al riguardo nessun elemento contrario, neppure a livello indiziario, è stato fornito dalla parte ricorrente, oggi appellante).

E' da aggiungere che le delineate previsioni della lex specialis sono coerenti e conformi al consolidato indirizzo giurisprudenziale che, con riguardo alle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso in esame, ammette che l'offerta presentata possa contenere soluzione migliorative, a condizione che non siano alterati i caratteri essenziali ovvero lo stesso oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. 8, marzo 2011, n. 1460), anche per non ledere la par condicio dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2012, n. 3358; in tal senso anche sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 285, che, relativamente ad un appalto integrato, ex art. 54, comma 1, lett. B), del D. Lgs. n. 163 del 2006, ha distinto le varianti progettuali migliorative, consentite [incidenti sulla qualità dell'opera, sotto il profilo strutturale, prestazione e funzionali, quali schede progettuali, modalità esecutive, materiali, impianti], dalle modificazioni vietate in quanto idonee ad alterare l'essenza strutturale e prestazioni dell'opera delineata nel progetto definitivo e come tali lesive, oltre che della par condicio dei concorrenti, anche

dello stesso interesse della stazione appaltante al conseguimento delle specifiche funzionalità perseguite, secondo il progetto definitivo posto a base di gara).

5.2.2. Rilevato inoltre che non può trovare accoglimento l'eccezione, formulata dall'appellata impresa Dipergola, circa l'inammissibilità della produzione della perizia dell'appellante del 20 dicembre 2013 per asserita violazione dell'art. 104, comma 2 (poiché il contenuto di detta perizia è sostanzialmente confermativo di quella, a firma dello stesso tecnico, già prodotta nel corso del giudizio di primo grado), deve rilevarsi che, come risulta inconfutabilmente dalla stessa predetta perizia depositata in data 20 dicembre 2013, il progetto definitivo offerto in gara dalla ditta Marseglia effettivamente non era conforme alle sopra riportate previsioni della *lex specialis*.

In particolare esso era caratterizzato da variazioni planimetriche rispetto ai tracciati delle infrastrutture viarie previste nel progetto posto a base della gara, variazioni consistenti in intersezioni a raso non previste nel progetto preliminare.

Non è sufficiente ad escludere il carattere di inammissibilità di tali varianti al progetto preliminare né la circostanza che tali intersezioni siano qualificate dalla stessa parte appellante quali 'interventi migliorativi', trattandosi all'evidenza di una mera qualificazione 'di parte', né la diversa prospettazione, pur sostenuto dall'appellante, secondo cui si tratterebbe di varianti indispensabili "perché nel progetto preliminare posto a base di gara il tratto di strada

denominato asse 3, compreso tra l'asse 1 e il canale Zampino (corso d'acqua pubblico) che segna il limite dell'area d'intervento, risulta a tutti gli effetti intercluso alla viabilità dall'ingombro dei marciapiedi e dal canale stesso, e quindi non accessibile da alcun punto, nè da viale Ferrovia, né dall'Asse 1 e né tantomeno dal canale Zampino in quanto nel progetto a base di gara non è previsto alcun ponte di attraversamento del canale stessi e/o nessun altra viabilità di sbocco".

In realtà, anche la suggestiva giustificazione delle modifiche contestate, sviluppata nella ricordata perizia dell'appellante (secondo cui "quindi per collegare due strade che erano separate dal marciapiede è stato necessario interrompere il marciapiede creando le intersezioni a raso, perché altrimenti la strada – asse 3 – sarebbe rimasta inaccessibile", priva com'è di adeguato supporto probatorio di carattere certo, obiettivo ed inequivoco), finisce per configurarsi come una mera opinione soggettiva in ordine ad un dedotto, ma indimostrato, errore di progettazione o quanto meno ad una erronea rappresentazione dello stato di fatto su cui è basato il progetto preliminare, errori di cui non è stato fornito alcun concreto indizio, non potendo per contro ritenersi implausibile la scelta progettuale (preliminare) di non consentire alcun accesso alla predetta strada – asse 3 - per ragioni, ad esempio, di interesse pubblico generale ad assicurare una adeguata e spedita viabilità ovvero alla fluidità del traffico della zona.

In tal senso risultano essere significative le deduzioni svolte dall'appellata amministrazione comunale nella propria memoria di replica (deduzioni che peraltro sono rimaste prive di una specifica e comprovata contestazione), secondo cui "...il progetto preliminare delle urbanizzazioni Pip del Comune di Orta Nova riguardavano solo la realizzazione delle infrastrutture della nuova zona Pip di Viale Ferrovia zona D2 e, quindi, uno strumento di pianificazione di terzo livello rispetto al piano degli insediamenti produttivi zona D2 del vigente PRG già approvato con deliberazione n. 47 del Consiglio comunale del 23/12/2004", aggiungendo che nel "...piano Pip si era posto il problema se aprire o meno una intersezione a raso tra l'asse 3 e l'asse 1 risolvendolo volutamente in senso negativo come previsto nella tavola 20 del Piano di Insediamento Produttivo... proprio per evitare connessione tra l'asse n. 1 e l'asse n. 3 che avrebbe creato grossi problemi per la sicurezza stradale dovuti al congestionamento del traffico veicolare per l'immediata vicinanza e interferenza con altro svincolo tra l'asse n. 1 e la strada provinciale n. 80".

5.2.3. Alla stregua di tali osservazioni la sentenza impugnata non merita le critiche appuntate con il primo motivo di gravame, dovendosi altresì rilevare che, da quanto emerge dalle risultanze istruttorie e dalla perizia di parte, il progetto definitivo, lungi dal contenere varianti al progetto preliminare, si atteggia con un progetto del tutto diverso da quello quanto ai suoi elementi essenziali e come

tale, secondo la ricordata giurisprudenza, non può essere configurato come caratterizzato da semplici varianti migliorative.

5.3. All'infondatezza del primo motivo di gravame, che comporta la conferma della sentenza impugnata, consegue il definitivo rigetto dell'appello.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 4545 del 2013 proposto dalla ditta Antonio Marseglia avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I. n. 903 del 5 giugno 2013, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore delle parti appellate, Comune di Orta Nuova, impresa Dipergola Francesco e Sceap s.r.l, delle spese del presente grado di giudizio, liquidate complessivamente in €. 7.500,00 (settemilacinquecento), di cui €. 2.500,00 (duemilacinquecento) ciascuna, oltre I.V.A. ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2014

IL SEGRETARIO

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