

Pubblicato il 10/07/2020

N. 03006/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00394/2020 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 394 del 2020, proposto da:

Italia Appalti S.r.l. (di seguito: Italia Appalti), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio eletto in Napoli, alla Via del Parco Margherita, n. 31 presso lo studio dell'avv. Gian Luca Lemmo, e con digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Cusano Mutri, in persona del sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Tre Torri Costruzioni S.r.l. (di seguito: Tre Torri), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Eleonora Marzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, al viale A. Gramsci, n. 16 c/o lo studio Abbamonte;

Artemide S.r.l., Asmel Consortile S.C. a r.l. non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento:*

A) Quanto al ricorso principale:

1) dei verbali di gara nn. 1, 2, 3, 4 rispettivamente del 3, 9, 23, 29 novembre 2019 nonché nn.5 e 6 rispettivamente del 13 e 20 dicembre 2019 e n. 7 del 10 gennaio 2020, con annesse schede e allegati agli stessi, nella misura in cui la Commissione ha ammesso (ovvero non escludeva) la società Tre Torri dalla procedura indetta dal Comune di Cusano Mutri per l'affidamento dei lavori di realizzazione della “strada di collegamento tra via Pietà e via Largo Colle della Croce- CIG 80141627B1”;

2) della graduatoria finale e di ogni altro atto, col quale la Commissione ha ammesso alla competizione, ovvero, non ha escluso Tre Torri ed, in ogni caso, nella parte in cui ha attribuito un punteggio per l'offerta tecnica dalla medesima proposta, collocandola al primo posto in graduatoria;

3) dei provvedimenti e delle determinazioni dirigenziali di presa d'atto dei verbali di gara, nella parte in cui si presentano lesive per la ricorrente Italia Appalti;

4) della proposta di aggiudicazione nonché delle determinazioni recanti la verifica dei requisiti in possesso a Tre Torri – se ed in quanto espletate- e della determina di aggiudicazione definitiva n. 5 del 15 gennaio 2020.

5) di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo, compreso – ove occorra - il bando di gara prot. n. 6880 del 16 settembre 2019 ed annesso disciplinare nonché la determina d'indizione ed approvazione degli stessi n. 216 del 16 settembre 2019 e la determina n. 224 del 25 settembre 2019 d'integrazione alla stessa, il capitolato speciale d'appalto, lo schema di contratto e gli allegati (se ed in quanto interpretabili in danno di Italia Appalti)

con esclusione dalla gara della società Tre Torri, ovvero, in subordine, diversa collocazione di quest'ultima nella graduatoria finale, in ragione

dell'illegittima attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica e conseguente declaratoria di nullità o decadenza dell'aggiudicazione e del contratto d'appalto ove medio tempore stipulato, nonché con condanna dell'Amministrazione comunale a rideterminare la graduatoria e l'aggiudicazione, previo scorrimento, in favore della ricorrente che segue in classifica, e ristoro in forma specifica mediante subentro nel contratto d'appalto, previa dichiarazione di disponibilità per l'esecuzione dei lavori ed, in via subordinata, per il risarcimento dell'equivalente monetario, oltre accessori.

B) quanto al ricorso incidentale:

1) dei verbali di gara – dal n. 1 al n. 7 - nella parte in cui la Commissione ha ammesso e non escluso Italia Appalti dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione della “strada di collegamento tra via Pietà e via Largo Colle della Croce- CIG 80141627B1”;

2) della graduatoria finale e di ogni atto o provvedimento nel quale risulta illegittimamente inserita Italia Appalti, nonché degli atti e verbali di attribuzione dei punteggi alle offerte tecnica, economica ed offerta tempo ad Italia Appalti;

3) della proposta e della determina di aggiudicazione definitiva n. 5 del 15 gennaio 2020 nella parte in cui approva gli atti e i verbali della Commissione con i quali erano state illegittimamente ammesse e valutate le offerte di Italia Appalti;

5) di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, comunque lesivo per gli interessi della ricorrente incidentale.

In via subordinata, in ipotesi di ritenuta fondatezza del ricorso principale e di quello incidentale, con conseguente esclusione di entrambe le ricorrenti:

6) degli atti di gara e, segnatamente, degli atti di approvazione del progetto esecutivo posto a base di gara, avvenuta con Delibere di Giunta Comunale n. 82 del 23 maggio 2018 e n. 14 del 28 gennaio 2019;

7) degli atti e dei verbali di gara nella parte in cui ammettono e non escludono Artemide s.r.l. e, a seguito di positiva valutazione dell'offerta tecnica, economica e del cronoprogramma, l'hanno collocata al terzo posto nella graduatoria finale.

Visti il ricorso principale ed i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio di Tre Torri, le memorie ed il ricorso incidentale;

Vista l'ordinanza cautelare n. 338 del 27 febbraio 2020 di questo TAR;

Visto il decreto cautelare n. 598 del 25 marzo 2020, assunto ai sensi dell'art 84, commi 1 e 2, del D. L. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020, e gli articoli 1 e 2 del Decreto Presidenziale n. 12/2020 /Sede;

Vista l'ordinanza cautelare n. 871 del 22 aprile 2020 di questo TAR, assunto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n.18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020, e dell'art. 5 del D.P. n.14/2020/Sede;

Vista l'ordinanza di appello cautelare n. 2875 del 22 maggio 2020 del Consiglio di Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Gianmario Palliggiano nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 svoltasi da remoto, ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n.18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020, e dell'art. 2, comma 2, del Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020, mediante l'utilizzo della piattaforma in uso presso la Giustizia Amministrativa di cui all'Allegato 3;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Con bando ed annesso disciplinare di gara prot. n. 6880 del 16 settembre 2019, l'amministrazione comunale di Cusano Mutri ha indetto

una procedura aperta per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di realizzazione della "strada di collegamento tra via Pietà e via Largo Colle della Croce".

La *lex specialis* di gara identificava le categorie SOA per partecipare alla gara nella OG3 (strade) - class. II ed OS21 (micropali) - class. I.

La ricorrente, Italia Appalti, partecipava alla gara ed, al termine delle operazioni di valutazione delle offerte, si classificava al secondo posto, immediatamente dopo la controinteressata Tre Torri.

Seguiva quindi la determina di aggiudicazione n. 5 del 15 gennaio 2020 in favore di quest'ultima.

2.- Con l'odierno ricorso, notificato il 30 gennaio 2020 e depositato il successivo 4 febbraio, Italia Appalti ha impugnato la suddetta determina di aggiudicazione e gli atti ad essa presupposti e collegati, come meglio identificati in epigrafe. Ha dedotto i motivi di censura che saranno esposti in diritto.

Ha chiesto l'esclusione dalla gara della società Tre Torri, ovvero, in subordine, che quest'ultima sia diversamente collocata in graduatoria, in ragione dell'illegittimo punteggio attribuito per l'offerta tecnica, con conseguente declaratoria di nullità o decadenza dell'aggiudicazione e del contratto d'appalto, ove medio tempore stipulato, nonché condanna dell'Amministrazione comunale a rideterminare la graduatoria stessa ed a disporre l'aggiudicazione, previo scorrimento, in favore della ricorrente che segue in classifica, quale ristoro in forma specifica, mediante subentro nel contratto d'appalto, del quale dichiara la propria disponibilità per l'esecuzione dei relativi lavori; in via subordinata, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente monetario, oltre accessori.

Con atto depositato il 10 febbraio 2020, si è costituita in giudizio la controinteressata Tre Torri.

Quest'ultima, con memoria depositata il 24 febbraio 2020, ha eccepito

l'improcedibilità ovvero l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse, posto che la ricorrente Italia Appalti avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; nel merito il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con memoria depositata nella stessa data del 24 febbraio 2020, la ricorrente principale ha ulteriormente illustrato le ragioni per l'accoglimento della richiesta cautelare.

L'amministrazione comunale di Cusano Mutri non si è costituita in giudizio.

3.- La controinteressata Tre Torri ha quindi proposto ricorso incidentale, notificato il 24 febbraio 2020 e depositato il successivo 25, col quale ha fondamentalmente censurato la mancata esclusione della ricorrente principale dalla procedura di gara per molteplici profili di illegittimità dell'offerta da quest'ultima presentata.

In via subordinata, nell'ipotesi di ritenuta fondatezza di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, con esclusione di entrambe le ricorrenti, ha impugnato, ai fini della caducazione dell'intera procedura di evidenza pubblica, gli atti di approvazione del progetto esecutivo posto a base di gara, avvenuta con le delibere di Giunta comunale n. 82 del 23 maggio 2018 e n. 14 del 28 gennaio 2019, conosciute in data 21 febbraio 2020 a seguito di istanza di accesso agli atti nonché degli atti e dei verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso e non escluso Artemide s.r.l., terza classificata in graduatoria.

La società Artemide, ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

4.- Con ordinanza n. 338 del 27 febbraio 2020, questo TAR ha respinto la richiesta di sospensione cautelare del provvedimento impugnato col ricorso principale ed ha rinviato all'udienza pubblica dell'11 marzo 2020 anche per la trattazione delle questioni poste col ricorso incidentale.

Con decreto cautelare n. 598 del 25 marzo 2020 - assunto ai sensi dell'art 84, commi 1 e 2, del D. L. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla

L. n. 27/2020, e gli articoli 1 e 2 del Decreto Presidenziale n. 12/2020/Sede - il magistrato delegato ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati col ricorso principale ed ha rinviato la trattazione collegiale dell'istanza, alla camera di consiglio del 22 aprile 2020.

In seguito, con ordinanza cautelare n. 871 del 23 aprile 2020, il TAR ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 2875 del 22 maggio 2020, ha accolto l'appello cautelare sospendendo, oltre all'esecuzione dei provvedimenti impugnati, anche gli effetti del contratto stipulato, fino all'udienza pubblica, fissata per il 10 giugno 2020.

Le parti costituite, in vista dell'udienza pubblica, hanno scambiato memorie con le quali hanno ribadito e puntualizzato le rispettive posizioni.

La ricorrente incidentale e la ricorrente principale, rispettivamente il 1° giugno 2020 ed il 5 giugno 2020, hanno depositato richiesta di passaggio in decisione della causa che è stata quindi trattenuta dal Collegio.

## DIRITTO

1.- Col ricorso principale, parte ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1) violazione dell'art. 97 Cost.; del Regio decreto 23 ottobre 1925 n. 2537; degli artt. 51, 52, 53 e 54 d.p.r. 328/2001 e del d.lgs. 129/1992; violazione della *lex specialis* di gara riposta nel bando e nel disciplinare; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, sviamento, irrazionalità, ingiustizia manifesta.

In generale, il disciplinare di gara, al punto III (pag.7), prescrive la sottoscrizione - a pena di esclusione - degli elaborati riportati nella rispettiva offerta (tecnica) da un tecnico abilitato (pag. 24, punto VI).

In particolare, lo stesso disciplinare (punto I, pag.6) elenca le categorie (OG3 "strade", class. 2 ed OS21 "micropali" class. 1) che compongono le

opere poste a base di gara (recte: il progetto esecutivo validato dall'ente).

Ebbene, l'offerta tecnica della controinteressata Tre Torri sarebbe stata sottoscritta da un architetto, professionista non abilitato a curare la relativa progettazione, poiché privo delle specifiche competenze richieste per il tipo di lavorazioni poste a base di gara, secondo le prescrizioni di cui al Regio decreto n. 2537 del 1925 (la ricorrente cita a suo favore, il parere n. 70 del 30 gennaio 2020, reso dal Consiglio dell'Ordine degli ingegneri di Benevento, allegato n. 12 al ricorso principale).

2) Violazione della *lex specialis* di gara; illogicità, irrazionalità, incongruenza, sviamento, violazione degli artt. 19, 26 e 35; del d.p.r. n. 207 del 2010; del d. lgs. n. 50 del 2016; del d.m. 17 gennaio 2018, contenente le Norme Tecniche per le Costruzioni (N.T.C.) 2018 e della circolare esplicativa.

A prescindere dall'inammissibilità della modifica progettuale, in quanto sottoscritta da un architetto, in quanto tale non dotato delle richieste competenze specifiche, riservate agli ingegneri, in ogni caso, contrariamente a quanto emerge dal verbale n. 5 del 13 dicembre 2019 (allegato n. 6, pag. 2, al ricorso introduttivo), la proposta progettuale di Tre Torri sarebbe carente per assenza della relazione geologica, imprescindibile per sviluppare un nuovo progetto di fattibilità, ai sensi dell'art. 23, comma 6, d. lgs. n. 50/2016 e che rientrerebbe tra gli elaborati specialistici essenziali, parte integrante di ogni livello di progettazione, in virtù degli artt. 19, 26 e 35, D.P.R. n.207 del 2010.

3) Violazione della *lex specialis* di gara.

Il punteggio attribuito a Tre Torri sarebbe inappropriato posto che quest'ultima avrebbe presentato un'offerta tecnica redatta da un architetto, un soggetto che, per le ragioni indicata al motivo sub 1), sarebbe privo di specifiche competenze.

Riguardo all'offerta tecnica, il bando di gara (punto VI, pag. 3) ed il disciplinare (punto VI, pag. 23) elencano i sub-elementi oggetto di



valutazione identificabili con le lettere C1, C2, C3 e C4 per lo più orientati a garantire i miglioramenti tecnico-qualitativi delle soluzioni prescelte da ogni concorrente.

Il successivo punto VIII del disciplinare di gara (pag. 25), prescrive che: “Gli aspetti delle Offerte Tecniche che non hanno attinenza con gli elementi di valutazione [...] non concorrono all’attribuzione di vantaggi in termini di punteggio, a prescindere dal loro valore intrinseco”. Ebbene, considerato che per il Criterio “C1”, la controinteressata ha riportato un punteggio soddisfacente (cfr. verbale di gara n. 5 del 13 dicembre 2019), ne consegue l’illogicità nell’attribuzione ad essa del giudizio massimo tanto più avendo presentato un’offerta tecnica redatta da un architetto privo di specifiche competenze ingegneristiche, con stravolgimento del progetto esecutivo validato, posto a base di gara, per prevedere l’eliminazione dei micropali di fondazione (ovvero le lavorazioni di cui alla categoria OS21) e senza il supporto di elaborati specialistici.

In altri termini, è rinvenibile un ulteriore profilo d’illegittima riconducibile alla valutazione dell’offerta tecnico-migliorativa in quanto:

- 1) è stata formulata da un architetto, privo di specifiche competenze in materia;
- 2) si riferisce ad una serie di interventi avulsi dalla progettazione esecutiva validata e posta a base di gara la quale avrebbe, a tutto concedere, comportato l’attribuzione alla ditta controinteressata di zero punti per l’offerta tecnica, con conseguente diversa collocazione in graduatoria.

Invero, sottraendo il punteggio (85,00) assegnato dai commissari di gara per l’offerta tecnica, Tre Torri Costruzioni avrebbe totalizzato punti 8,717, attestandosi al di sotto della prevista soglia di sbarramento (punti 50).

- 4) violazione degli artt. 51, 52, 53 e 54 del Regio decreto 23 ottobre 1925 n. 2537; del d.p.r. n. 328/2001 e del d. lgs 129/1992.

Le previsioni del bando di gara e del disciplinare nonché del capitolato

speciale d'appalto sarebbero illegittime nella parte cui richiedono la predisposizione di migliorie da parte di un tecnico abilitato senza alcun'altra precisazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2018, n. 6552).

5) Violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 per difetto d'istruttoria, di adeguata valutazione e di motivazione da parte della Commissione di gara.

I verbali di gara non presentano, come avrebbero dovuto, un minimo supporto motivazionale in relazione al ragionamento seguito dai commissari per attribuire il punteggio.

Più in particolare, con riferimento al criterio C3 risulterebbero evidenti incongruenze che denotano approssimazione in sede istruttoria.

Relativamente a scavi e trasporti, nel progetto esecutivo posto a base di gara, risulterebbe un importo inferiore a quello poi valutato ed offerto in sede di gara dalla controinteressata.

Il predetto importo sarebbe, altresì, riconducibile ad elementi aggiuntivi ma solo come effettivi costi.

Riguardo poi al preteso abbattimento delle emissioni di Co2, risulta al contrario che le quantità di materiali da trasportare passano da mc. 3.820,78 a mc. 8.777,00 (mc. 7.282,98 da offerta "migliorativa" oltre a mc. 1.493,86 mantenute dalle quantità di progetto).

Peraltro, le tavole grafiche presentate da Tre Torri non rispecchierebbero le voci e le quantità delle diverse lavorazioni riportate nel computo metrico estimativo. Ad esempio, la tavola grafica n. 7, relativa alle "opere aggiuntive e migliorative sia sulla viabilità che sulla sicurezza stradale", riporta, oltre ad un tratto di strada del tutto estraneo alle aree d'intervento, tipologie di lavorazioni di dettaglio non riscontrate nel computo metrico.

Pertanto, le pretese migliorie ed i punteggi attribuiti in relazione a lavorazioni previste sul predetto tratto stradale sarebbero avulse dal contesto di gara e non quantificabili in termini di ammissione e di

attribuzione del punteggio.

2.- Può soprassedersi sulle questioni preliminari di inammissibilità, sollevate dalla controinteressata, ricorrente incidentale Tre Torri, stante l'infondatezza nel merito del ricorso principale.

2.1.- Giova premettere che, secondo affermata e condivisa giurisprudenza, la possibilità di formulare offerte integrative del progetto organizzativo a base d'asta è espressamente riconosciuta dall'art. 95, comma 14, lett. a), del d. lgs. 50/2016, il vigente Codice dei contratti pubblici, sicché, anche nel caso in cui le varianti non siano ammesse dalla *lex specialis*, è tuttavia da considerarsi comunque possibile per i partecipanti presentare proposte, soluzioni ovvero variazioni migliorative. Al riguardo, il *punctum dolens* della questione richiede di delimitare esattamente la differenza tra le varianti ammissibili solo negli stretti limiti della disposizione richiamata e di quelle ad essa correlate, e i miglioramenti dell'offerta, sempre proponibili dai concorrenti. In questo senso, in una gara d'appalto, costituiscono proposte migliorative le precisazioni, le integrazioni e gli adattamenti che siano elaborati allo scopo di rendere il progetto prescelto meglio rispondente alle esigenze proprie della Stazione appaltante, sempreché non vengano modificati ed alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, in quanto ciò implicherebbe una totale divergenza con radicale discostamento dall'oggetto della gara stessa (cfr. questa Sezione, 14 novembre 2019, n. 5366; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 22 maggio 2019, n. 146).

2.2.- Per distinguersi tra varianti (non consentite) e migliorie (consentite), il Consiglio di Stato ha chiarito che "...in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal

punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde 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 preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito” (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Idem, 20 febbraio 2014, n. 819; Idem, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Idem, sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Idem, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Idem, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara cfr: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsioni di varianti non consentite: Cons. di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749).

2.3.- Ne consegue che “le proposte migliorative consistono pertanto 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, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste”. E' stato anche precisato che “...la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito

delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258)”.

2.4.- Passati in rassegna gli orientamenti in argomento della giurisprudenza, nella fattispecie in esame le proposte formulate da Tre Torri appaiono migliorative senza costituire varianti non consentite, avuto riguardo anche alla circostanza che la procedura di gara in questione ha ad oggetto un appalto di lavori e non un appalto integrato, con la conseguenza che la progettazione esecutiva, posta a base di gara, è stata predisposta dalla Stazione appaltante.

3.- Infondato è quindi il primo motivo.

3.1.- L'aggiudicataria tre Torri si è limitata ad offrire una proposta migliorativa, pur non sussistendo alcun onere di elaborare la progettazione ai vari livelli.

In questo senso, le modifiche proposte da Tre Torri attengono a migliorie su elementi accessori, non direttamente connessi al progetto della strada, in quanto relative ad opere di edilizia civile tra l'altro rientranti, ai sensi dell'art. 52 del Regio decreto 2537 del 1925, nell'ambito delle competenze non solo degli ingegneri ma anche degli architetti, unitamente ai rilievi geometrici ed alle operazioni di estimo ad esse relative.

3.2.- Più in particolare, con riferimento al criterio C.1, concernente i “miglioramenti tecnico-qualitativi finalizzati a contenere gli interventi manutentivi”, la proposta di Tre Torri ha tenuto conto della corretta misurazione delle sezioni terreno-roccia come emersa in sede di sopralluogo.

Al riguardo, l'aggiudicataria ha valutato che non fossero necessari né utili i micropali, a supporto dei muri di contenimento, in considerazione del fatto che le opere in muratura previste avrebbero poggiate direttamente sulla

roccia.

3.3.- Con riferimento al criterio C.2, concernente le “migliorie di carattere tecnico relative ai materiali”, la Commissione ha valutato positivamente, perché contenenti soluzioni migliorative, la proposta della Tre Torri in merito a: rifacimento della strada in via Gennaro D’Ambrosio, predisposizione di tubi corrugati per la fibra ottica, realizzazione di segnaletica stradale, altre migliorie ai versanti con impiego di geostuoia rinforzata in fibra metallica e piantumazione di rampicanti, realizzazione di gabbionate alla sommità di scarpate (cfr. verbale n. 5, pagg. 3-4).

3.4.- Con riferimento al criterio C.3, relativo all’ “utilizzo di sistemi, materiali e metodi innovativi”, la Commissione, in relazione alla gestione delle terre e delle rocce da scavo, ha valutato positivamente l’utilizzo di un sistema ecologico senza utilizzo di bitume per il conglomerato, anche allo scopo di predisporre diverse colorazioni per il fondo stradale. Particolare attenzione è stata riposta nel sistema di videosorveglianza con relativo sistema di registrazione.

3.5.- Con riferimento al criterio C.4, relativo a “soluzioni per consentire il normale svolgimento delle attività lavorative”, il progetto migliorativo di Tre Torri ha elaborato soluzioni per consentire il normale svolgimento delle attività lavorative, anche con riguardo ai problemi connessi all’interferenza con il traffico locale.

In conclusione, le proposte formulate dall’aggiudicataria non hanno interessato la sede stradale, della quale non ne hanno modificato il tracciato, ma, piuttosto, opere accessorie.

Deve quindi escludersi che le migliorie siano consistite in varianti, tali da rendere indispensabile le competenze tecniche di un ingegnere.

4.- Infondato è il secondo motivo.

Nel caso di specie, la procedura di gara è stata condotta ponendo a base di gara il progetto esecutivo dei lavori redatto dalla Stazione appaltante, con

conseguente onere a carico di quest'ultima – e non certo dei partecipanti - di predisporre la necessaria relazione geologica.

Tre Torri, in ogni caso, al fine di supportare le migliorie dal punto di vista tecnico, si è avvalsa di uno studio geologico per le prove geognostiche (cfr. Allegato 5.1 alla relazione a firma dell'ing. Franco). Le suddette prove sono state eseguite da un geologo nell'ottobre del 2019 e sono state poi viste, ai fini della presentazione dell'offerta, sia dalla società sia dall'architetto Vitelli.

5.- Infondato è il terzo motivo.

Italia Appalti in sostanza riformula la censura relativa al criterio C1 in considerazione del fatto che l'aggiudicataria Tre Torri avrebbe presentato un'offerta tecnica redatta da un architetto, a suo avviso, soggetto privo delle specifiche competenze, così non potendo conseguire il punteggio attribuito dalla Commissione.

Contrariamente agli assunti della ricorrente principale, dalla relazione tecnica, depositata agli atti della causa, si evince la correttezza dell'offerta proposta da Tre Torri e si individuano le ragioni che hanno indotto la Commissione giudicatrice ad attribuire alla stessa quel punteggio, stante l'apprezzamento delle migliorie.

D'altronde, la ricorrente Italia Appalti non sostiene in definitiva che la proposta di Tre Torri costituirebbe una variante non consentita ovvero che il progetto proposto sarebbe irrealizzabile, quanto piuttosto si sofferma su soluzioni nella stessa presenti le quali, a suo avviso, avrebbero peggiorato il progetto quanto meno per il profilo della sicurezza pubblica, non essendo supportato da adeguati approfondimenti da parte di tecnico abilitato.

In realtà, per le ragioni sopra ampiamente illustrate, le modifiche proposte da Tre Torri intervengono su inconvenienti, non insormontabili, presenti nel progetto esecutivo della Stazione appaltante ed ai quali l'aggiudicataria ha ovviato col ricorso a soluzioni migliorative e di adattamento. Tali

soluzioni sono state valutate positivamente dalla Commissione di gara secondo parametri di discrezionalità tecnica non sindacabili in questa sede, in quanto supportati da logicità e ragionevolezza. Sul punto è utile richiamare il consolidato orientamento della giurisprudenza, secondo cui, in linea di principio, la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta, tale per cui, fatto salvo il limite dell'abnormità della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che toccano il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei casi tassativi sanciti dall'art. 134 c.p.a. (ex multis, Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4865).

6.- Infondato è il quarto motivo.

Va premesso che la nozione di “tecnico abilitato” si collega al tipo di attività da compiere, posto che la normativa di settore - ed, in particolare, il R.D. 23 ottobre 1925, n. 2537, recante l’ “Approvazione del regolamento per le professioni d’ingegnere e di architetto” – attribuisce alle singole figure professionali la competenza al compimento di determinate e specifiche attività.

Come sopra rammentato, il progetto esecutivo era stato redatto dalla Stazione appaltante, con la conseguenza che, ai fini esecutivi, tra i tecnici abilitati rientra anche un architetto.

Si rammenta che, secondo l’art. 51 del menzionato R.D. n. 2537 del 1925: “Sono di spettanza della professione d’ingegnere, il progetto, la condotta e la stima dei lavori per estrarre, trasformare ed utilizzare i materiali direttamente od indirettamente occorrenti per le costruzioni e per le industrie, dei lavori relativi alle vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione, alle costruzioni di ogni specie, alle macchine ed agli impianti industriali, nonché in generale alle applicazioni della fisica, i rilievi



geometrici e le operazioni di estimo”.

Secondo il successivo art. 52: “Formano oggetto tanto della professione di ingegnere quanto di quella di architetto le opere di edilizia civile, nonché i rilievi geometrici e le operazioni di estimo ad esse relative. Tuttavia le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico ed il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla L. 20 giugno 1909, n. 364, per l'antichità e le belle arti, sono di spettanza della professione di architetto; ma la parte tecnica ne può essere compiuta tanto dall'architetto quanto dall'ingegnere.”

Ebbene, nel caso di specie, è essenziale rammentare che la progettazione esecutiva è stata redatta dalla stazione appaltante; ne consegue l'inapplicabilità delle indicazioni contenute al descritto art. 51 R.D. n. 2537 del 1925.

7.- Infondato è, infine, il quinto motivo.

Come si evince dalla relazione tecnica prodotta agli atti della causa, emerge la correttezza e la plausibilità dell'offerta presentata da Tre Torri.

In particolare, l'elemento di miglioria C3 – punto A - è derivato dalla necessità di contenere la strada e gli elementi accessori all'interno della fascia di esproprio così come individuata nel piano particellare.

Sul punto, la controinteressata osserva che, nel progetto esecutivo posto a base di gara e secondo il piano particellare grafico d'esproprio, risultava che le scarpate laterali esondassero da detta fascia, sconfinando oltre il limite dell'area oggetto di esproprio, essendo destinata alla strada un'area più ampia per circa 770,00 mq.

La soluzione tecnica elaborata da Tre Torri ha preso le mosse da indagini geognostiche le quali hanno evidenziato la presenza di un massiccio strato di roccia calcarea e marnosa, con notevole risparmio nei volumi di scavo.

Orbene, dalle quantità previste nel computo metrico previsto dal progetto a base di gara, risultava un totale di mc. 11.718,00 con un trasporto a

discarica di soli mc 3.820,75.

Nel progetto proposto da Tre Torri, rimodulato sulle effettive pendenze del terreno, che ha presentato una maggiore inclinazione, i reali volumi di scavo risultano notevolmente inferiori; in particolare è stato appurato un volume di mc 8.776,84 dei quali mc 7.282,98 in roccia e mc 1493,86 nel terreno vegetale; il che ha comportato un significativo risparmio per il relativo smaltimento.

Avuto poi riguardo alla circostanza che il progetto a base di gara prevedeva il trasporto a discarica solo di una quantità di materiale di risulta proveniente dagli scavi, Tre Torri, come emerge dal dettaglio del piano di utilizzo delle terre e rocce da scavo (Allegato 5.4 alla relazione tecnica a firma dell'ing. Franco), ha proposto a titolo di miglioria l'aumento del materiale da smaltire, con evidente risparmio dei costi in favore della stazione appaltante.

8.- L'infondatezza del ricorso principale comporterebbe l'improcedibilità del ricorso incidentale per carenza d'interesse a coltivarlo. Per completezza, si ritiene tuttavia opportuna una sua trattazione sintetica, in relazione alla fondatezza del terzo motivo di censura.

Tre Torri ha dedotto, in via principale, le seguenti censure:

1) illegittimità degli atti impugnati nella parte in cui non escludono dalla procedura di gara la ricorrente principale Italia Appalti; violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; difetto d'istruttoria; violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f bis) del d.lgs. n. 50/2016; difetto di motivazione per travisamento dei fatti e dei presupposti; illogicità manifesta; violazione della par condicio tra i concorrenti.

Come si evince dalla relazione tecnica giurata a firma dell'ing. Franco, allegata agli atti della causa, Italia Appalti avrebbe posto a fondamento della propria proposta progettuale uno stato dei luoghi che non corrisponde a quello esistente, inserendo nel progetto rilievi fotografici che non risultano

attuali e fondando la propria proposta su circostanze diverse da quelle esistenti, tanto più che, nel 2015, sono stati svolti dei lavori di riqualificazione della zona nord del borgo medievale del centro storico che hanno comportato un parziale mutamento dei luoghi, decisamente rilevante rispetto alla realizzazione (e prima ancora alla predisposizione di un'offerta migliorativa) dei lavori in questione. Siffatta circostanza comprometterebbe irrimediabilmente l'attendibilità del progetto presentato da Italia Appalti.

L'irrealizzabilità dell'offerta tecnica della ricorrente principale finisce col travolgere anche l'offerta economica dalla stessa presentata dal momento che, per effetto della falsa rappresentazione dello stato di fatto, deriverebbe un effetto domino viziante l'offerta della ricorrente nelle sue diverse componenti.

2) irrealizzabilità del progetto della ricorrente principale; violazione della *lex specialis* di gara; manifesta illogicità nella valutazione dell'offerta della ricorrente.

L'offerta tecnica di Italia Appalti presenterebbe rilevanti aspetti critici con riferimento a ciascun elemento di valutazione ed al numero di migliorie, come riportati nella relazione tecnica di parte allegata agli atti della causa.

3) Violazione dell'art. 16 del R. D. 11 febbraio 1929, n. 274; dell'art. 2 legge 5 novembre 1971, n. 1086; del d.p.r. 380/2001.

Riguardo alla proposta di spostamento dei pali dell'illuminazione fuori dalla sede del marciapiede, la miglioria proposta da Italia Appalti comporterebbe un considerevole aumento dei carichi sulle pareti e sulle fondazioni a discapito della loro stabilità. Più in generale, la soluzione della ricorrente principale conterrebbe proposte prive delle verifiche necessarie relative alla parete di contenimento, ai plinti di fondazione dei pali per la pubblica illuminazione ed alla loro stabilità.

Nel caso di specie, il tecnico firmatario della soluzione elaborata da Italia

Appalti è un geometra, con conseguente inammissibilità della proposta, essendo relativa ad opere in cemento armato, quali sono in muri in oggetto, la realizzazione delle quali esulerebbe dalle specifiche competenze dei geometri ed avrebbero richiesto l'avallo di un tecnico laureato, architetto o ingegnere.

8.- Osserva il Collegio che, nel complesso, le modifiche formulate nella propria offerta da Italia Appalti, com'è accaduto per quella di Tre Torri, scontano talune imprecisioni e vaghezze contenute nel progetto esecutivo redatto dalla stazione appaltante e, pertanto, si presentano quali proposte di miglioramenti e di adattamento che, per il profilo tecnico, presentano adeguati livelli di affidabilità ed attendibilità, peraltro riscontrati dalla stessa Commissione di gara, secondo un apprezzamento tecnico-discrezionale che si sottrae, in assenza di elementi di abnormità ed irrazionalità, non riscontrabili nel caso specifico, al sindacato di questo giudice (cfr. la giurisprudenza menzionata ai punti sopra da 2.1. a 2.3.).

Peraltro la relazione di parte, a firma dell'ingegnere Pica, illustra nel dettaglio le motivazioni per i profili tecnici, alla base delle singole proposte innovative, oggetto delle censure col ricorso incidentale.

In particolare, riguardo al rilievo dell'inserimento di un'immagine diversa rispetto all'effettivo stato dei luoghi e, quindi, di un'asserita incoerenza tra lo stato attuale ed il "render", la relazione spiega che quest'ultimo è costituito da una semplice immagine, priva di alcuna pretesa (peraltro non richiesta dal disciplinare di gara) di fornire un fotoinserto elaborato come vera e propria tavola di progetto, al semplice scopo di agevolare la lettura della relazione metodologica con riguardo alla descrizione qualitativa degli interventi che s'intendono proporre.

Pertanto le difformità sono modeste ed irrilevanti rispetto al più ampio contesto urbano esattamente raffigurato nei suoi contorni.

9.- Rimane da analizzare la contestazione, contenuta nel terzo motivo del

ricorso incidentale, concernente le variazioni alle opere in cemento armato per arretrare, rispetto al progetto esecutivo, il posizionamento sul marciapiede dei pali per la pubblica illuminazione, con conseguente inidoneità della firma apposta, su questa specifica proposta migliorativa, da un tecnico geometra in luogo di un ingegnere o architetto.

9.1.- Sul punto, Italia Appalti replica nel senso che la soluzione migliorativa proposta:

- intende eliminare la condizione di pericolo presente nel progetto esecutivo in modo da realizzare una superficie calpestabile del marciapiede completamente libera da ostacoli e, quindi, evitare che i pedoni, per aggirare l'ostacolo rappresentato dal palo dell'illuminazione, fossero costretti a spostarsi verso la carreggiata stradale;

- non comporta variazioni alle opere in cemento armato previste in progetto, in quanto la parete del muro di contenimento, posto a sostegno del marciapiede, non risulta interrotta dall'inserimento del blocco palo; pertanto per il profilo squisitamente tecnico-qualitativo, il posizionamento adottato per i pali d'illuminazione e ai relativi blocco del palo non comporta problematiche di tipo strutturale.

9.2.- La censura appare tuttavia meritevole di considerazione e, dunque, fondata posto che – come emerge dai grafici - il muro in cemento armato di contenimento, la cui sagoma effettivamente non è stata alterata rispetto al disegno contenuto nel progetto esecutivo, viene spostato dalla destra alla sinistra del plinto con l'effetto di non fungere più da immediato contenimento alla scarpata.

Se è vero che, come sostiene la ricorrente, tutto ciò non comporta alcuna variazione in termini di stabilità dell'opera, ciò avrebbe richiesto quantomeno le verifiche necessarie da parte di un tecnico abilitato.

9.3.- Giova sul punto ricordare che, per disciplinare la professione di geometra, il legislatore è intervenuto per la prima volta col Regio decreto

11 febbraio 1929 n. 274, il cui art. 16 ne circoscrive l'oggetto ed i limiti relativi alla competenza tecnica.

In seguito, il legislatore, col regio decreto 16 novembre 1939 n. 2229 – contenente le “Norme per la esecuzione delle opere in conglomerato cementizio semplice od armato” - all'art. 1 ha introdotto un limite generale alla competenza dei geometri per le opere “di conglomerato cementizio semplice od armato la cui stabilità possa comunque interessare l'incolumità delle persone”, in precedenza inesistente, disponendo che tali opere dovessero “... essere costruite in base ad un progetto esecutivo firmato da un ingegnere, ovvero da un architetto iscritto nell'albo, nei limiti delle rispettive attribuzioni, ai sensi della Legge 24 giugno 1923 n. 1395 e del Regio decreto 23 ottobre 1925 n. 2537, sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto e delle successive modificazioni”.

La disciplina regolamentare è stata successivamente modificata con l'approvazione della Legge n. 5 novembre 1971 n. 1086 e della Legge 2 febbraio 1974 n. 64.

In particolare, riguardo alle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica, la menzionata legge n. 1086 del 1971, all'art. 2, ha chiarito che: “La costruzione delle opere di cui all'articolo 1 deve avvenire in base ad un progetto esecutivo redatto da un ingegnere o architetto o geometra o perito industriale edile iscritti nel relativo albo, nei limiti delle rispettive competenze. L'esecuzione delle opere deve aver luogo sotto la direzione di un ingegnere o architetto o geometra o perito industriale edile iscritto nel relativo albo, nei limiti delle rispettive competenze.”.

Il quadro normativo sopra delineato è rimasto sostanzialmente inalterato a seguito dell'intervento di riordino della materia operato dal d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, il testo unico dell'edilizia.

Con queste premesse, è quindi evidente che, in relazione ad una variazione

significativa dell'assetto delle costruzioni in cemento armato poste a supporto e contenimento della palificazione, sarebbe stato necessario l'intervento professionale di un ingegnere o di un architetto, almeno ai fini della verifica circa l'immodificabilità delle condizioni di stabilità e quindi di sicurezza pubblica.

10.- La fondatezza del ricorso incidentale su questo specifico rilievo, proposto da Tre Torri in via principale, esime il Collegio dall'indagine delle successive censure, espressamente proposte in via soltanto subordinata.

11.- In relazione alla complessità delle questioni oggetto della controversia, si ravvisano comunque le giuste ed eccezionali ragioni per compensare integralmente le spese del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso principale e accoglie il ricorso incidentale.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020 - svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n.18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Gianmario Palliggiano**

**IL PRESIDENTE**  
**Salvatore Veneziano**

## IL SEGRETARIO