

N. 08992/2023REG.PROV.COLL.

N. 03389/2023 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 numero di registro generale 3389 del 2023, proposto da Società Impianti Tecnologici s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 948893982C, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Solopaca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

***nei confronti***

Socos s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Dario Gioia e Stefania Pepicelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Enrico Colangelo, rappresentato e difeso dall'avvocato Egidio Lizza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma,***

*previa adozione di misure cautelari, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione prima), n. 2152/2023, resa tra le parti;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Solopaca, di Socos s.r.l.s. e di Enrico Colangelo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Ricciardi, Abbamonte, Lizza e Gioia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara aperta telematica, indetta con bando 18 novembre 2022 dal Comune di Solopaca, per l'affidamento dei lavori di completamento e adeguamento del sistema di collettamento fognario e depurativo sul territorio comunale, nonché di opere urgenti per il ripristino della funzionalità idraulica di tratti fognari fatiscenti all'interno del centro urbano (CIG 948893982C), per un importo complessivo IVA esclusa di €4.521.293,61, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La gara si è conclusa con la proposta di aggiudicazione racchiusa nel verbale ultimo n. 3 del 21 dicembre 2022 e le conseguenti determinazioni di approvazione della stessa e di verifica dei requisiti e congruità dell'offerta della Socos s.r.l.s. (di seguito: "Socos"), nonché con la determina di approvazione delle stesse e con la determina di aggiudicazione *ex art.* 32 comma 5 del d. lgs. n. 50 del 2016, recante n. gen. 309 (n. set. 141) del 21 dicembre 2022.

Al primo posto della graduatoria stilata dalla commissione di gara si è classificata Socos, con un punteggio totale di 68,087 (di cui punti 59,68 per l'offerta tecnica e punti 8,40 per l'offerta economica).

Segue Società Impianti Tecnologici s.r.l. (di seguito: "SIT"), con un punteggio complessivo di 66,981 (57,00 + 9,98).

3. SIT ha impugnato davanti al Tar Campania – Napoli i suddetti atti, oltre ai seguenti:

- tutti i verbali di gara (n. 1 del 10 dicembre 2022, n. 2 del 15 dicembre 2022 e n. 3 del 21 dicembre 2022) e annesse schede e allegati, rispettivamente nella misura in cui la Commissione ha ammesso (ovvero non ha escluso) la Socos dalla procedura;
- la graduatoria di gara provvisoria e finale e ogni atto e provvedimento, con il quale la Commissione di gara ha ammesso alla competizione, ovvero non ha escluso la ditta Socos e, in ogni caso, nella parte in cui ha attribuito alla stessa, comunque, un punteggio per l'offerta tecnica proposta da ingegnere *iunior* non abilitato (siccome iscritto nella "sezione B" non già nella "sezione A" del D.P.R. n. 238/2001), collocandola al primo posto in classifica, ovvero dichiarandola aggiudicataria della gara;
- i provvedimenti e le determinazioni dirigenziali di presa d'atto dei verbali di gara (nella parte in cui si presentano lesive per la ditta ricorrente);

- la determina di dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione e eventuale ulteriore determina di aggiudicazione definitiva (se ed in quanto adottata in aggiunta);
- ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo, ivi compreso – ove e per quanto occorra – il bando del 18 novembre 2022 - R.D.O. n. 3302545 e annesso disciplinare di gara, nonché la determina di indizione e approvazione degli stessi n. 259 del 15 novembre 2022 (richiamata nei verbali di gara) e la determina n. 116 del 15 novembre 2022 (richiamata nel bando di gara), il capitolato speciale d'appalto, lo schema di contratto e gli allegati tutti (se ed in quanto interpretabili in danno della ricorrente) e successiva declaratoria di esclusione dalla gara della ditta Socos.

Con il ricorso SIT ha chiesto altresì la “*declaratoria di nullità e/ o decadenza dell'aggiudicazione e del contratto d'appalto*” ove *medio tempore* stipulato, nonché la conseguente condanna della Amministrazione alla rideterminazione della graduatoria di gara ed aggiudicazione (previo scorrimento) in favore della ricorrente che segue in classifica al secondo posto, quale ristoro in forma specifica mediante subentro nel contratto d'appalto dichiarandosi sin d'ora disponibile per l'esecuzione dei lavori e, in via subordinata, per il risarcimento per equivalente monetario, oltre accessori.

4. Con ricorso incidentale Socos ha impugnato:

- i verbali di gara e gli atti connessi, impugnati dalla ricorrente principale, nella parte in cui la commissione ha ammesso alla procedura (ovvero non ha escluso) SIT;
- la graduatoria di gara provvisoria e finale e di ogni atto e/o provvedimento, impugnati dalla ricorrente principale, laddove la commissione di gara ha ammesso alla competizione, ovvero non ha escluso SIT e, in ogni caso, nella parte in cui ha attribuito alla stessa, comunque, un punteggio per l'offerta tecnica;

- i provvedimenti e le determinazioni dirigenziali di presa d'atto dei verbali di gara, impugnati dalla ricorrente principale, nella parte in cui si presentano lesive per la ditta ricorrente incidentale;

- la proposta di aggiudicazione e le altre determinazioni sopra indicate, impuginate dalla ricorrente principale, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione di SIT;

- ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo, ivi compresi – ove e per quanto occorra – i richiamati bando e annesso disciplinare, la determina di indizione e approvazione degli stessi, la citata determina n. 116 del 15 novembre 2022, il capitolato speciale d'appalto, lo schema di contratto e gli allegati tutti, impugnati dalla ricorrente principale, se ed in quanto interpretabili in danno della ricorrente incidentale.

5. Il Tar, con sentenza 6 aprile 2023 n. 2152, ha estromesso dal giudizio per difetto di legittimazione passiva l'ing. Enrico Colangelo, ha respinto il ricorso introduttivo e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

6. SIT ha appellato la sentenza con ricorso n. 3389 del 2023, contenente istanza cautelare respinta con ordinanza 5 maggio 2023 n. 1775 e poi con ordinanza 23 giugno 2023 n. 2579.

6.1. Con memoria depositata il 16 giugno 2023 l'appellante ha chiesto di “*rendere una sentenza in forma semplificata, con anticipazione del dispositivo ex art. 120 comma 11 c.p.a. ed art. 121 comma 2 c.p.a.*”

7. Nel corso del giudizio si sono costituiti Socos, il Comune di Solopaca e l'ingegner Enrico Colangelo.

7.1. Socos, oltre ad avere illustrato le proprie tesi difensive, ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., il motivo non esaminato dal Tar e relativo all'invalidità

della clausola escludente riguardante l'omessa (in tesi) sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tecnico abilitato con memoria depositata il 26 aprile 2023.

7.2. L'ingegner Colangelo ha svolto le proprie tesi difensive motivando in particolare le ragioni della sua estromissione e chiedendo di "accertare e dichiarare che l'azione svolta nei confronti dell'Ing. Colangelo è temeraria con connotazione di mala fede o quantomeno colpa grave e per l'effetto condannare l'appellante al risarcimento del danno che si quantifica in via equitativa in €. 20.000,00, ovvero nella diversa misura ritenuta di ragione".

8. All'udienza del 5 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

9. L'appello è infondato.

10. Si osserva preliminarmente che:

- l'appello può essere deciso senza necessità di dare corso alle richieste istruttorie dell'appellante, anche in ragione del fatto che le censure possono essere respinte senza necessità di entrare nel merito tecnico delle stesse;
- i motivi di appello contenenti censure alla sentenza impugnata sono scrutinati considerando anche le argomentazioni spese nei "*motivi riproposti*" nella parte finale dello stesso ricorso, indipendentemente dal fatto che costituiscano motivi riproposti ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a. o motivi di censura a capi della sentenza gravata ai sensi dell'art. 101 comma 1 c.p.a.

11. In via pregiudiziale si rileva che la questione relativa alla mancanza di una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti SOA, a far data dal 25 maggio 2023 e sino al 14 giugno 2023, e quindi in un periodo successivo all'aggiudicazione, non rientra nel *thema decidendum* del presente giudizio.

Essa infatti non è stata oggetto della domanda introduttiva, né vi sono i presupposti perché possa essere qualificata in termini di motivi aggiunti proposti in secondo grado in quanto, in disparte il limitatissimo ambito di applicazione dell'istituto, è stata dedotta da SIT con memoria non notificata.

Inoltre l'asserita mancanza della SOA dovrebbe quanto meno essere previamente valutata dall'amministrazione e comunque si riverbera su un atto, il contratto, non oggetto del presente giudizio (Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8).

Non è quindi dirimente sul punto la decisione di questa Sezione n. 434 del 12 gennaio 2023, avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione (nel caso qui controverso insussistente), che peraltro accerta "*l'assenza, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del DPR n. 207 del 2010, di qualsivoglia istanza di rinnovo nei 90 giorni antecedenti la scadenza del termine del 20 aprile 2021*", mentre, per quanto interessa la presente controversia, l'art. 77 comma 3 del d.P.R. n. 207 del 2010 prescrive la sottoscrizione del contratto per la verifica triennale entro la data di scadenza, con l'obbligo di eseguire la verifica nei successivi 90 giorni. Nella specie, il contratto è stato sottoscritto con congruo anticipo; tanto è vero che la verifica è stata eseguita già in data 14.06.2023.

12. Si rileva altresì che non rientrano nel *thema decidendum*, in quanto non dedotti in primo grado, i profili relativi alle criticità idrogeologiche e sismiche della zona, che, in ogni caso, scontano il fatto che l'attività progettuale è stata compiuta dalla stazione appaltante, anche in riferimento al tratto fognario escluso, e le soluzioni tecniche contenute nell'offerta tecnica si basano su detta progettazione.

13. Si premette altresì che la consulenza tecnica di parte costituisce una semplice allegazione difensiva a contenuto tecnico, priva di autonomo valore probatorio, sicché la relativa produzione, in quanto sottratta al divieto di cui all'art. 104 comma

2 c.p.a., è ammissibile anche in appello (Cons. St., sez. II, 10 gennaio 2021 n. 633 e Cass., sez. II, 15 febbraio 2022 n. 4933).

14. Superate le questioni pregiudiziali può essere scrutinato il merito del ricorso in appello.

15. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha estromesso l'ingegner Enrico Colangelo per carenza di legittimazione processuale nella presente controversia.

15.1. Il motivo è infondato.

La legittimazione nel processo amministrativo spetta ai soggetti titolari del rapporto controverso, dal lato attivo o passivo, tra i quali non può annoverarsi il professionista che sia stato incaricato (da una delle parti titolari del predetto rapporto) di svolgere la propria attività.

Il professionista infatti è privo della qualità di concorrente alla gara e quindi di soggetto direttamente interessato dalla controversia, riguardante appunto una procedura a evidenza pubblica (Cons. St., sez. V, 11 novembre 2022 n. 9923).

L'Adunanza plenaria ha infatti precisato che il professionista *“va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico”* (9 luglio 2020 n. 13).

16. Possono quindi essere affrontati i motivi di merito, preso atto della contestazione, di per sé non conducente rispetto alla finalità di riformare la pronuncia, circa la modalità utilizzata dal giudice di primo grado per argomentare la decisione.

17. Con plurime censure l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto legittima l'ammissione della controinteressata, interpretando l'art. 46 del d.P.R. n. 328 del 2001 senza giungere alla conclusione che

l'ingegnere *junior* potrebbe soltanto progettare opere di edilizia civile non già opere pubbliche, non considerando il contenuto del progetto presentato dalla stessa, che avrebbe richiesto l'apporto di un professionista *senior*, e valorizzando "erroneamente" il soggetto che avrebbe predisposto il progetto comunale.

Con ulteriore motivo (riproposto) SIT ha impugnato il bando di gara "*se e nella parte in cui ammetteva che l'offerta fosse sottoscritta da un ingegnere junior*".

17.1. I suddetti motivi, che si esaminano congiuntamente in quanto fra loro connessi, sono infondati.

17.2. Si premette quanto segue.

Il bando prescrive che l'offerta tecnica deve essere "*predisposta mediante la sottoscrizione da parte del legale rappresentante della Ditta (o di un suo procuratore a ciò abilitato) e costituita da elaborati che descrivano dettagliatamente la proposta di realizzazione dell'appalto e controfirmata (a pena di esclusione) da un professionista abilitato*" (punto 17 lett. a).

Il punto 17 del disciplinare prevede che "*La medesima offerta dovrà essere controfirmata, a pena di esclusione, da un professionista abilitato*".

Nel medesimo punto 17 del disciplinare si legge altresì che "*Tale documentazione dovrà essere debitamente sottoscritta digitalmente (in formato.p7m) da parte dei medesimi soggetti che sottoscrivono la dichiarazione di partecipazione e da un tecnico abilitato ed iscritto al proprio Ordine/ Collegio di appartenenza nella qualità di progettista delle Proposte Migliorative*".

La *lex specialis* richiede la sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tecnico abilitato ma non richiede che l'offerta sia corredata da progetti.

La gara è stata infatti indetta con determinazione dirigenziale del 15 novembre 2022 n. 259, sulla scorta del progetto esecutivo dell'opera, approvato con delibera della giunta comunale di Solopaca del 9 novembre 2022 n. 62.

I lavori oggetto di affidamento attengono al “*completamento ed adeguamento del sistema di collettamento fognario e depurativo sul territorio comunale nonché opere urgenti per il ripristino della funzionalità idraulica di tratti fognari fatiscenti all'interno del centro urbano*”.

Per la realizzazione dei suddetti lavori il Comune ha posto a base di gara la progettazione esecutiva, approvata con delibera di giunta comunale 9 novembre 2022 n. 62.

Tanto è chiarito dal disciplinare, base al quale “*l’offerta di valore tecnico che, nel rispetto del progetto esecutivo posto a base di gara, integra e/ o apporta soluzioni migliorative nell’ambito degli aspetti sottoelencati?*” (punto 17).

Come è dato leggere nella delibera n. 62 del 2022, il progetto esecutivo posto a base di gara è stato corredato da numerosi elaborati progettuali (“1) *Relazione illustrativa, 1b) Piano di Utilizzo delle materie prime, 1c) Relazione sulle interferenze, 2) Relazione Specialistica, 3) Relazione Geologica, 4) Stralcio PRG e NTA; 5) Corografia, 6) Planimetria Generale; 7) Planimetria Generale, Risoluzione infrazione, 8) Profili Longitudinali 1, 2 e 3, 9) Impianto di Depurazione, 10) Impianto di Sollevamento, 11) Particolari Costruttivi e CU, 12) Computo Metrico; 13) Elenco e Analisi Prezzi; 14) Stima Incidenze Manodopera e Sicurezza; 15) Piano di Sicurezza e Coordinamento; 16) Cronoprogramma Lavori; 17) Capitolato d’appalto e schema di contratto; 18) Piano di manutenzione*”).

L’opera pubblica da realizzare si fonda quindi su un progetto già definito dalla stazione appaltante, considerato anche che non si verte in ipotesi di appalto integrato ma di appalto di lavori. Con la conseguenza che l’offerta tecnica da presentarsi nella gara *de qua* non ha contenuto progettuale.

L’offerta tecnica contiene piuttosto l’attuazione del progetto esecutivo già redatto dalla stazione appaltante e la presentazione di proposte migliorative dello stesso. Nondimeno residua la possibilità (su cui *infra*) che, fra le proposte migliorative, sia

presentato un intervento relativo all'ingegnerizzazione del tratto fognario escluso dalla stazione appaltante per motivi di copertura della spesa.

A fronte di tali previsioni di gara, gli elaborati della Socos sono stati predisposti e firmati dall'ingegnere *junior* Enrico Colangelo, in possesso di laurea triennale e iscritto nella sezione B, e non nella sezione A, dell'albo professionale di cui al d.P.R. n. 328 del 2001.

La Socos ha inserito nell'offerta tecnica una proposta migliorativa relativa all'ingegnerizzazione del tratto fognario stralciato dalla stazione appaltante affermando, nella relazione tecnica migliorativa di cui al criterio A.1 del disciplinare di gara, che *“la scrivente al fine di consegnare un'opera globalmente perfezionata e funzionante soprattutto dal punto di vista fognario, ha intenzione di includere e farsi carico dei lavori esclusi dal progetto per l'adeguamento dei prezzi. Inoltre si farà onere degli interventi di ingegnerizzazione del progetto”* (relazione criterio A).

Tale proposta migliorativa, oggetto di censura quanto all'ammissione in gara (ritenuta infondata *infra*) richiede quindi una progettazione integrativa (da svolgere in sede esecutiva), come risulta evidente dal contratto stipulato in fase esecutiva con un ingegnere *senior*, proprio al fine di predisporre il relativo progetto (*“contratto di progettazione esecutiva cantierabile migliorie”*, stipulato il 18 maggio 2023), nel cui preambolo si legge che *“si rende necessaria la redazione dell'integrazione al progetto esecutivo posto a base di gara con le migliorie offerte dalla concorrente e la cantierizzazione delle stesse”* e nel quale risulta che l'ingegnere incaricato è *“in possesso di tutti i titoli abilitativi atti a garantire la prestazione affidatagli”*.

17.3. Si premette altresì che la questione controversa, relativa alla non esclusione dell'aggiudicataria nonostante l'offerta tecnica sia sottoscritta da un ingegnere iscritto alla sezione B dell'albo professionale, sottende la (diversa) problematica

relativa alla competenza a redigere e sottoscrivere il successivo progetto integrativo, necessario in sede esecutiva per attuare la proposta formulata.

La valutazione in ordine alla sottoscrizione del progetto *de quo* (che è cosa diversa dalla sottoscrizione dell'offerta tecnica, non avente appunto contenuto progettuale) sconta la necessità di interpretare la normativa di settore, oltre che di valutare il progetto nella sua specificità.

A tale ultimo riguardo il settore ingegneria civile e ambientale, che interessa in questa sede, comprende infatti *“la pianificazione, la progettazione, lo sviluppo, la direzione lavori, la stima, il collaudo, la gestione, la valutazione di impatto ambientale di opere edili e strutture, infrastrutture, territoriali e di trasporto, di opere per la difesa del suolo e per il disinquinamento e la depurazione, di opere geotecniche, di sistemi e impianti civili e per l'ambiente e il territorio”* (art. 46 comma 1 lett. a) n. 1).

Agli iscritti nella sezione A dell'albo competono le attività *“che implicano l'uso di metodologie avanzate, innovative o sperimentali nella progettazione, direzione lavori, stima e collaudo di strutture, sistemi e processi complessi o innovativi”* (art. 46 comma 2).

Per gli iscritti nella sezione B formano oggetto dell'attività professionale *“le attività basate sull'applicazione delle scienze, volte al concorso e alla collaborazione alle attività di progettazione, direzione dei lavori, stima e collaudo di opere edilizie comprese le opere pubbliche”*, nonché *“la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza, la contabilità e la liquidazione relative a costruzioni civili semplici, con l'uso di metodologie standardizzate”* (art. 46 comma 3 lett. a) n. 1 e 2).

L'articolazione delle competenze tra ingegnere iscritto nella sezione A e ingegnere iscritto nella sezione B (art. 46 commi 2 e 3 del d.P.R. n. 328 del 2001) si pone in riferimento al grado di specializzazione, poiché le competenze del primo si distinguono laddove connotate da un maggiore grado di complessità.

All'ingegnere *junior* sono invece riservate le attività di collaborazione con altro professionista e, in via autonoma, le attività relative a costruzioni civili semplici, con l'utilizzo di metodologie standardizzate.

La suddetta normativa non contiene quindi una prescrizione specifica in ordine alla tipologia di progetto sottoscrivibile dall'ingegnere *senior* o *junior*, richiedendo piuttosto un'analisi sostanziale dei concetti giuridici e tecnici che sovrintendono alla distinzione di competenze e in particolare di cosa si intenda per costruzioni civili semplici, e di apporto collaborativo o in concorso con altro professionista.

Ciò è ulteriormente reso complesso dal decreto ministeriale 8 gennaio 2018, recante *“istituzione del Quadro nazionale delle qualificazioni rilasciate nell'ambito del Sistema nazionale di certificazione delle competenze di cui al decreto legislativo 16 gennaio 2013 n. 13”*: il QNQ (Quadro Nazionale delle Qualificazioni) è un sistema di riferimento che confronta e collega le qualifiche dei diversi paesi dell'Unione europea, permettendo di interpretarle secondo un codice condiviso. Esso non ha quindi la finalità di modificare la disciplina dei singoli paesi in punto di requisiti per l'iscrizione alle differenti sezioni degli albi professionali e di perimetro di attività ammesse per i rispettivi iscritti, che anzi la presuppone. Nondimeno, nel descrivere le modalità di parificazione delle qualifiche dei diversi paesi, ne descrive gli ambiti e le misure di competenza.

Dette considerazioni, pur riguardando il progetto e quindi non interessando direttamente l'offerta tecnica presentata da Socos, sono rilevanti nei limiti che saranno esposti nel prosieguo.

17.4. Svolta la premessa possono essere affrontate nel merito le censure.

17.5. Innanzitutto, considerato appunto che l'offerta tecnica di Socos è stata controfirmata da un ingegnere iscritto nella sezione B dell'albo professionale e non

nella sezione A, occorre valutare se ciò avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a escludere il concorrente.

Il Collegio ritiene si debba dare risposta negativa al quesito. E ciò indipendentemente dal soggetto firmatario del progetto del Comune, dal quale è stato appunto stralciato il tratto oggetto della miglioria controversa (su cui *infra*), considerato anche che la *lex specialis* non è stata impugnata censurando il profilo del soggetto sottoscrittore del progetto comunale (peraltro oggetto di una specifica normativa).

Una duplice argomentazione giustifica la reiezione dei motivi, senza che possa venire in aiuto la sentenza n. 4589 del 2023 (Cons. St., sez. III, 8 maggio), resa con riferimento al diverso caso di un'offerta non sottoscritta da alcun tecnico, in presenza di legge di gara contenente la previsione della sottoscrizione della stessa da parte di un "tecnico" o "professionista" abilitato o di un "tecnico abilitato per gli aspetti specialistici".

17.6. Quanto alla prima, in base alle sopra riferite previsioni del bando:

- la *lex specialis* richiede la sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tecnico abilitato ma non richiede che l'offerta sia corredata da progetti;
- la possibilità (su cui *infra*) che, all'interno delle proposte migliorative, ve ne sia una relativa all'ingegnerizzazione del tratto fognario escluso dalla stazione appaltante è eventuale;
- essa è altresì residuale in quanto il contenuto dell'offerta tecnica risponde in massima parte all'esigenze di attuare il progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante;
- in ogni caso la formulazione, appunto solo residuale ed eventuale, di detta proposta comporta la redazione solo in fase esecutiva del progetto integrativo.

Atteso che nella gara qui controversa l'offerta tecnica non ha contenuto progettuale diviene recessivo il tema della necessità, o meno, dell'iscrizione nella sezione A dell'albo professionale degli ingegneri per la presentazione del progetto in fase esecutiva.

Ciò in quanto la firma è richiesta dalla disciplina sopra illustrata per la redazione del progetto e non costituisce invece un requisito posto dalla legge per la presentazione di elaborati tecnici non corredati dal progetto. Non può quindi ammettersi sul punto l'eterointegrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, l'esclusione del concorrente (Ad. plen. 27 luglio 2016 n. 19).

La previsione della legge di gara deve quindi essere intesa nel senso che sia sufficiente, per evitare l'effetto escludente, la sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del professionista abilitato allo svolgimento dell'attività principale oggetto dell'appalto.

L'esigenza della stazione appaltante di disporre già in sede di gara di sufficienti garanzie di attendibilità, fattibilità e funzionalità delle prestazioni migliorative proposte e quindi di serietà dell'offerta è assicurata, nel rispetto del principio di proporzionalità, dalla firma del professionista abilitato all'esecuzione dell'intervento già corredato da progetto esecutivo, che rappresenta la massima parte dell'oggetto del contratto affidando, per come delineato dall'amministrazione.

La prestazione principale dell'appalto è infatti la realizzazione di lavori edili per la ristrutturazione di alcuni tratti della rete fognaria comunale, per la quale esiste una progettazione definitiva ed esecutiva realizzata dal Comune ed allegata al bando.

Le eventuali e ulteriori prestazioni contenute nelle offerte tecniche dei concorrenti attengono a prestazioni accessorie, che non modificano la prestazione principale né

la progettazione esecutiva redatta dal Comune. Queste sono peraltro eventuali e residuali, potendo richiedere solo marginalmente una successiva attività progettuale. In tale contesto l'ingegnere iscritto alla sezione B dell'albo professionale ha la competenza per vagliare appieno la massima parte dell'offerta tecnica e, anche con riferimento alla proposta che richiede una (successiva) progettazione integrativa, il professionista *junior* è comunque tenuto a valutarne il contenuto, assumendo la responsabilità della compatibilità dello stesso con il rimanente intervento e della valutazione in ordine al necessario apporto di altro professionista in fase esecutiva. Di talché la firma apposta dallo stesso all'intera offerta tecnica sta comunque a significare che le linee generale di detta proposta migliorativa non potranno essere smentite in sede progettuale, potendo all'ingegnere *junior* essere altrimenti imputata la responsabilità di detta mancata corrispondenza: la professionalità del medesimo gli impone infatti detto controllo.

E' quindi sufficiente, e proporzionata rispetto all'obiettivo, la previsione della sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte dell'ingegnere abilitato a occuparsi del contenuto principale dei lavori messi a gara, senza che sia necessario vagliare la necessità che, nel caso di specie, il successivo progetto integrativo sia redatto e sottoscritto da un ingegnere iscritto alla sezione A.

Del resto, se si ritenesse diversamente, si ancorerebbe la valutazione di ammissibilità dell'offerta a una condizione diversa per ogni concorrente e che dipende dalla valutazione nel merito degli elaborati tecnici e del successivo progetto.

La legge di gara stabilisce invece una precisa scansione della procedura, incompatibile con la valutazione di ammissibilità dell'offerta tecnica svolta dopo avere esaminato nel merito la stessa.

L'art. 14 del disciplinare dispone infatti che, concluso lo scrutinio della busta amministrativa, la commissione giudicatrice provvederà a valutare l'ammissibilità dell'offerta tecnica, provvedendo:

- *“ad aprire le buste virtuali “Busta B) - Offerta tecnica” e ad esaminarne il contenuto al solo scopo di constatare ed accertare la presenza del contenuto, senza alcun esame in merito o altra valutazione, elencando a verbale il contenuto, in base ai titoli assegnati agli atti presentati, ad indicazioni dell'oggetto o ad altri elementi identificativi degli stessi atti”;*
- *“ad ammettere al prosieguo della gara, tutti i concorrenti che hanno presentato la documentazione tecnica in maniera corretta e completa come previsto dagli atti di gara, ovvero ad ammettere i concorrenti medesimi con riserva in caso di irregolarità che non comportano esclusione dalla gara ma che necessitano di essere sanate tramite quanto previsto al punto successivo”;*
- *“ad escludere i concorrenti che hanno omesso di presentare la documentazione tecnica obbligatoria richiesta dagli atti della gara o la cui documentazione tecnica è caratterizzata da difetto di sottoscrizione tale da renderla non valutabile e quindi inammissibile”.*

Solo all'esito della valutazione di ammissibilità dell'offerta tecnica, comprensiva del *“difetto di sottoscrizione”* della medesima, *“la Commissione Giudicatrice, procederà a valutare la qualità delle offerte tecniche pervenute sulla base dei criteri descritti”.*

Ne deriva che l'esame dell'ammissibilità dell'offerta tecnica in punto di sottoscrizione della medesima (da parte del tecnico abilitato) è compiuta prima, e quindi prescinde, dal fatto che l'offerta tecnica comprenda una proposta migliorativa che necessita di apposita progettazione esecutiva (in fase di attuazione del contratto), non dovendosi quindi porre la questione della competenza dell'ingegnere junior a sottoscrivere il (futuro) progetto.

In tale prospettiva è quindi sufficiente, per considerare ammissibile l'offerta tecnica, la sottoscrizione del professionista abilitato allo svolgimento dell'attività principale oggetto dell'appalto.

Sicché l'offerta di Socos risulta ammissibile in quanto controfirmata da ingegnere iscritto nella sezione B dell'albo professionale.

17.7. In ogni caso, in base a un secondo percorso motivazionale, si perviene alla stessa decisione di infondatezza delle censure qui in esame.

E' infatti nulla la clausola della *lex specialis* interpretata nel senso che la prescrizione della sottoscrizione, a pena di esclusione, dell'offerta tecnica da parte di professionista abilitato richieda (all'operatore economico prima e alla stazione appaltante poi) di valutare quale sia il professionista abilitato a sottoscrivere il successivo progetto, nel caso residuale in cui sia necessario e pur in assenza di atti progettuali da presentare in gara.

Ed è nulla per violazione del principio di tassatività: atteso che l'offerta tecnica non ha contenuto progettuale, risulta un aggravio non richiesto dalla normativa la controfirma da parte dell'ingegnere abilitato alla firma del progetto (in tesi, l'ingegnere iscritto alla sezione A dell'albo professionale).

L'art. 83 comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016, nel disciplinare i criteri di selezione e il soccorso istruttorio, stabilisce infatti che *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle*

*previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*'.

Tale disposizione mitiga la discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9).

In particolare comporta che la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, dell'amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione che siano coerenti e proporzionati all'appalto, non consente alla stessa di imporre adempimenti che ostacolino la partecipazione alla gara senza adeguata copertura normativa e quindi in violazione del principio della concorrenza. Nel caso di specie l'offerta tecnica non deve, a tenore della *lex specialis*, essere corredata da progetti e, in particolare, neppure deve essere accompagnata dal progetto inerente l'eventuale proposta migliorativa che, nei limiti di ammissibilità della stessa, richieda una successiva integrazione progettuale, da effettuarsi in fase esecutiva.

Come già visto, non si rinviene nell'ordinamento alcuna disposizione che fissi, per gli appalti di lavori, l'obbligo di sottoscrizione dell'offerta tecnica non avente contenuto progettuale da parte del professionista abilitato a firmare il progetto (in tesi, l'ingegnere iscritto alla sezione A dell'albo professionale).

La *lex specialis* pertanto risulta in tal senso prevedere, a pena di esclusione, un aggravio non richiesto dalla normativa, così violando il principio di tassatività delle cause escludenti.

Né può ritenersi che detta previsione sia correlata all'esigenza della stazione appaltante di disporre già in sede di gara di sufficienti garanzie (come appunto quella rappresentata dalla sottoscrizione degli elaborati descrittivi delle proposte

migliorative da parte di un tecnico abilitato) di attendibilità, fattibilità e funzionalità delle prestazioni migliorative proposte e quindi di serietà dell'offerta.

Invero detta serietà può essere assicurata dalla firma di un professionista abilitato all'esecuzione dell'intervento già corredato da progetto esecutivo, che rappresenta la massima parte dell'oggetto del contratto *affidando*, per come delineato dall'amministrazione.

Richiedere la sottoscrizione dell'ingegnere competente a firmare il progetto (in tesi, l'ingegnere *senior*) nell'ipotesi in cui l'offerta tecnica contenga una proposta, non avente natura progettuale, ma che richiede la redazione di un progetto in fase esecutiva, non solo risulta ultroneo, ma anche controproducente rispetto alla finalità perseguita (appunto quella della serietà dell'offerta).

Depongono in senso contrario allo scopo perseguito una serie di considerazioni.

Depone innanzitutto in tal senso la circostanza, sopra illustrata, che la necessità della firma del professionista iscritto nella sezione A dipenda da una prescrizione che non è direttamente applicabile al caso *de quo*. Ciò in quanto, da un lato, l'offerta tecnica non ha contenuto progettuale e, dall'altro lato, la disciplina di settore non richiede in modo espresso la sottoscrizione dell'ingegnere *senior*, essendo questa conclusione piuttosto il portato di un'attività esegetica di natura complessa, basata su una fonte normativa non richiamata nella *lex specialis* e non contenente (come sopra anticipato) una prescrizione specifica, neppure con riferimento al progetto.

In particolare detta necessità può essere accertata solo a valle di una duplice valutazione.

Essa innanzitutto dipende dallo specifico contenuto dell'offerta tecnica presentata e quindi dalle concrete scelte effettuate dall'operatore economico, nel caso di specie Socos, circa la presentazione, appunto solo eventuale, di un'offerta tecnica avente

un contenuto che richiede in parte una futura progettazione, per la quale si postula la necessità che sia sottoscritta da un ingegnere *senior*.

Inoltre, la competenza dell'ingegnere attiene, e quindi dipende, dallo specifico e concreto contenuto del progetto: è solo quindi in relazione a quest'ultimo che può stabilirsi con certezza la competenza professionale richiesta per la sottoscrizione, divenendo impervia detta valutazione in mancanza dell'elaborato che ne costituisce l'oggetto.

L'eventualità dipende anche, nella gara *de quo*, dal fatto che l'offerente utilizzi una condizione (quella di presentare la proposta relativa al tratto fognario escluso dalla stazione appaltante) residuale (limitata dalla *lex specialis*, come si vedrà *infra*), eventuale (deriva dalle scelte del singolo offerente) e accertabile solo a posteriori, dopo avere valutato nel merito l'offerta tecnica.

La necessità della firma da parte dell'ingegnere iscritto alla sezione A dell'albo è pertanto, nella gara controversa (e con specifico riferimento all'offerta presentata da Socos), di difficile intellegibilità per l'operatore interessato e di impervia applicazione per la stazione appaltante.

I suddetti fattori introducono numerosi profili di criticità alla valutazione di coerenza e attualità dell'obbligo di firma da parte del professionista *senior*.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione postula invece, a monte, l'inequivocità della prescrizione (Cons. St., sez. IV, 31 ottobre 2022 n. 9415).

I profili di incertezza sopra descritti rivelano quindi l'inadeguatezza della stessa rispetto agli scopi (di serietà) perseguiti.

Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono infatti a tutti i soggetti

interessati oneri di partecipazione di cui debbono essere certi e che, se attengono alla stessa ammissibilità dell'offerta, debbono poter percepire con certezza *ex ante*.

Sicché, una clausola siffatta, oltre a non essere richiesta espressamente dalla normativa, neppure risulta coerente con la *ratio* di assicurare la serietà dell'offerta e l'affidabilità del concorrente.

17.8. Pertanto è nulla la clausola della *lex specialis* interpretata nel senso che la prescrizione della sottoscrizione, a pena di esclusione, dell'offerta tecnica da parte di professionista abilitato richieda all'operatore economico prima e alla stazione appaltante poi di valutare quale sia il professionista abilitato a sottoscrivere il successivo progetto.

Si tratta di una nullità parziale, che non invalida l'intero bando.

La clausola, in quanto non produttiva di effetti, è da considerare come non apposta e quindi disapplicabile.

Non sono quindi meritevoli di accoglimento le doglianze contenute nell'appello principale che, impugnando la statuizione del Tar, sono volte alla declaratoria di illegittimità dell'aggiudicazione in quanto la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere Socos proprio in ragione del fatto che l'offerta della medesima non sarebbe conforme alla suddetta clausola, appunto nulla.

17.9. In conclusione e in ragione di tutto quanto sopra argomentato le censure esaminate sono infondate.

18. Con ulteriori motivi l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la quarta censura sollevata davanti al primo giudice, basata sulla qualificazione delle migliori presentate dalla controinteressata Socos come varianti non ammesse dal bando di gara.

18.1. I suddetti motivi, connessi fra loro dal richiamo alla nozione di variante, sono infondati.

Si premette che in primo grado la censura è stata illustrata con il periodo iniziale del motivo. Nel prosieguo dell'argomentazione essa è ripresa nel punto A) con riferimento alla *“realizzazione del tratto escluso da progetto”*, rispetto al quale è altresì dedotto che *“risulta di difficile comprensione se l'aggiudicataria si limita a realizzare il tratto escluso da progetto posto a base di gara oppure ne voglia realizzare anche altri, visto che la miglioria è stimata a corpo”*.

Successivamente, senza soluzione di continuità, né articolazione di ulteriore censura, l'appellante ha, nel ricorso di primo grado, dedotto la presenza, nell'offerta di controparte, di discrasie fra le opere di cui alla relazione e le opere di cui ai computi. Ha lamentato ancora la ricorrente che l'installazione di stazione idrometrica con pannello fotovoltaico sul fiume Calore non avrebbe potuto essere inserita nell'offerta tecnica, spettando gli interventi sul corso d'acqua alla Provincia di Benevento, richiedendo le autorizzazioni delle Amministrazioni interessate, ed essendo tale opera estranea al progetto.

Infine nella conclusione del motivo si legge che *“l'aumento delle quantità di lavorazioni, qualora comporti la realizzazione di opere non previste nella documentazione tecnica, introduce un elemento estraneo al progetto esecutivo posto a base di gara la cui valutazione risulta preclusa dall'art. 95 comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016”*.

Il Tar ha motivato la reiezione affermando che:

- le soluzioni migliorative proposte (quanto a tubazione, pozzetti, gruppo elettrogeno, stazione idrometrica con pannello fotovoltaico, asfalti e rinterri, implementazione videosorveglianza impianto depuratore e allarme di sicurezza remoto) si mostrano correlate al progetto e quindi non vietate dalla *lex specialis*;

- l'asserita difformità con i computi non rileva in quanto il corrispettivo dell'appalto è determinato "a corpo" (art. 3 del bando);
- la "Realizzazione tratto escluso da progetto" non costituisce una modifica progettuale ma un'integrazione di carattere economico, poiché non si risolve in un "progetto nuovo e diverso, trattandosi di proposte del concorrente coerenti con la possibilità, ad esso riconosciuta, di apportare soluzioni che lo integrino e, come detto, non è sindacabile la valutazione della Commissione che non palesa vizi di irragionevolezza".

In appello SIT ha dedotto la presenza di varianti con riferimento al "*tratto fognario escluso dal progetto a base di gara*", oltre che alla sostituzione delle tubazioni previste a base di gara, alla predisposizione di allacci fognari pozzetto tipo sifobox, all'inserimento dei pozzetti di cacciata, oltre che alla fornitura e posa in opera al di sotto del tappetino stradale di un'armatura di rinforzo con geogriglia bidirezionale e ad altri profili solo accennati e richiamati nel prosieguo.

Con il motivo l'appellante ha censurato la sentenza nella parte in cui il Tar ha affrontato la censura relativa alla proposta di una stazione idrometrica con pannello fotovoltaico sul fiume Calore.

Nei suddetti termini sono articolati i motivi di appello devoluti a questo giudice.

18.2. Precisato quanto sopra ed enucleato nei termini anzidetti il contenuto delle censure devolute in appello e qui in esame si rileva quanto segue.

18.3. La sussistenza di asserite varianti al progetto è approfondita specificamente con riferimento al "*tratto fognario escluso dal progetto a base di gara*" ed è richiamata anche nei motivi riproposti nella parte finale del motivo in appello.

La censura è infondata.

L'aggiudicataria Socos ha presentato, in sede di offerta tecnica, la miglioria "*tratto fognario escluso dal progetto a base di gara*", dichiarando che "*ha intenzione di includere e farsi carico dei lavori esclusi dal progetto per l'adeguamento dei prezzi*".

Con tale miglioria Socos si è impegnata a realizzare un tratto di collegamento del sistema fognario, di completamento, che originariamente era previsto nel progetto e che, successivamente, è stato stralciato dalla stazione appaltante in sede di approvazione del progetto esecutivo posto a base di gara.

Si tratta di valutare se detta proposta è stata considerata dalla stazione appaltante nel rispetto della *lex specialis*: a detta dell'appellante il Tar non avrebbe rilevato che Socos, con la suddetta miglioria, avrebbe offerto di eseguire un tratto di collegamento del sistema fognario escluso dal progetto a base di gara "*violando quanto richiesto dal disciplinare di gara in quanto le soluzioni migliorative non prevedono varianti al progetto posto a base di gara*". Pertanto il profilo censurato è quello dell'ammissibilità. Anche il (diverso) profilo del punteggio attribuito alla proposta, pure richiamato dall'appellante, si fonda sulla medesima tematica sottesa all'ammissibilità della stessa, essendo finalizzato ad affermare che non dovesse essere assegnato alcun punteggio a detta proposta, e non a contestare lo specifico punteggio attribuito in ragione di specifiche motivazioni tecniche, chiedendo la sola decurtazione dello stesso (censura espressamente indicata a partire dalla memoria depositata il 13 settembre 2023).

Con il punto 5 del bando si dispone che "*Sono ammesse esclusivamente proposte migliorative e/o integrative al progetto posto a base di gara ed accettate dall'apposita commissione*".

La disposizione di cui al punto 5 del bando deve essere interpretata nel senso che sono ammesse solamente proposte che siano migliorative e integrative del progetto e che siano accettate dalla commissione.

Considerata la presenza di due aggettivi che specificano la natura delle proposte ammesse, tra loro collegati dalla congiunzione “e”, si desume che sono ammesse non solo proposte migliorative, ma anche proposte integrative. La previsione è pertanto ampia e rende ammissibili proposte aventi un contenuto non solo migliorativo (altrimenti non si spiega l'accostamento dei due attributi legati dalla copula), con il limite derivante dall'uso dell'avverbio “*esclusivamente*”.

Pertanto il Collegio ritiene che l'espressione utilizzata in sede di *lex specialis* valga a legittimare un vasto novero di proposte, con l'unico limite delle proposte avulse dal programma della stazione appaltante. Deve infatti rilevarsi che la disposizione non contiene un divieto espresso di varianti e che queste non sono in generale vietate, con la sola conseguenza di cui all'art. 95 comma 14-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, la cui violazione è stata dedotta in primo grado ma non reiterata con il ricorso in appello.

L'interpretazione prospettata è suffragata anche dalla clausola del bando che prevede che il tecnico che controfirma l'offerta tecnica deve possedere l'abilitazione necessaria per poter assumere la qualifica di progettista delle proposte migliorative (“*tecnico abilitato ed iscritto al proprio Ordine/ Collegio di appartenenza nella qualità di progettista delle Proposte Migliorative*”): detta previsione presuppone che vi sia necessità di una progettazione per la proposta migliorativa. Ne deriva che la stazione appaltante ha considerato proposta ammissibile anche la proposta migliorativa che richieda una fase progettuale.

Costituisce elemento equilibrante dell'ampio spettro delle proposte ammissibili l'altra condizione di ammissibilità delle proposte migliorative e integrative posta dal punto 5 del bando, quella di essere approvate dalla commissione.

Detto ciò in punto di interpretazione della *lex specialis*, la proposta del “*tratto fognario escluso dal progetto a base di gara*” presenta, in fatto, una connotazione tutt’affatto particolare nell’ambito dell’opera oggetto della gara d’appalto.

Come verificato dal Tar, e non contestato dalla SIT con il ricorso in appello, il tratto fognario oggetto della proposta di Socos, escluso dal progetto esecutivo a base di gara, è riportato nei grafici allegati dalla stessa stazione appaltante al progetto stesso, ossia nell’elaborato 6 “*Planimetria generale*” e nell’elaborato 8.2 “*Profili Longitudinali*”, di cui alla relazione tecnica depositata in giudizio il 6 febbraio 2023.

Esso pertanto rientra nel programma di intervento pubblico voluto dall’amministrazione, come testimoniato dall’inserimento dello stesso nel progetto, ed essendo stato stralciato per il solo motivo della mancanza di copertura finanziaria. La circostanza che sia stato escluso in sede di progettazione esecutiva non risulta determinante in quanto non è espressione della mancanza di un interesse pubblico alla relativa realizzazione ma è il portato della consapevolezza della scarsità delle risorse.

Sicché, anche a ritenere che la nozione di variante contenuta nell’art. 95 comma 14-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, fondata sulla difformità dal progetto esecutivo, sia applicabile anche al fine di valutare la nozione di proposta ammissibile e non solo al fine dell’attribuzione del punteggio, la proposta *de quo* non ne intercetta la *ratio*.

Il divieto di attribuzione di punteggi per opere aggiuntive rispetto a quelle previste dal progetto a base di gara (di cui al richiamato art. 95 comma 14-*bis*) risponde alla *ratio* di precludere che l’aggiudicazione possa essere disposta premiando l’offerta di opere aggiuntive e avulse rispetto a quelle volute dall’amministrazione e previste nella progettazione esecutiva.

Il contenuto della progettazione esecutiva è quindi parametro dell'esistenza della variante in quanto espressione dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'intervento aggiuntivo, così come predeterminato prima della valutazione delle offerte.

Nel caso di specie, per la particolare congiuntura che ha reso finanziariamente impraticabile la realizzazione di quel tratto fognario per l'aumento generale dei prezzi, è comprovato *per tabulas* che l'intervento *de quo* risponde all'interesse pubblico, così come esplicitato dalla stessa stazione appaltante nelle fasi prodromiche all'indizione della gara: quindi non solo risponde all'interesse pubblico ma rispetta anche il parametro della predeterminazione dello stesso.

A fronte di ciò la circostanza che esso sia stralciato dal progetto esecutivo non risulta di per sé determinante.

E ciò senza contare che la traslazione di una regola, quale quella contenuta nell'art. 95 comma 14-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, che incide sul punteggio da attribuire all'offerta, a norma di ammissibilità dell'offerta sconta la necessità che sia posta in modo chiaro e predeterminato.

Ne consegue che la realizzazione del tratto qui controverso non può considerarsi variante vietata dalla *lex specialis* perché trattasi di un mero completamento stralciato per motivi di copertura di spesa e comunque riportato negli elaborati redatti dalla stazione appaltante e allegati ai documenti di gara pubblicati dalla stessa (salvo essere stato escluso per motivi di spesa e non essere quindi richiesto tra le opere da eseguire). E ciò anche in presenza della necessità di redigere il progetto integrativo (in una fase successiva, non essendo prescritto in sede di gara, come già illustrato sopra, con conseguente irrilevanza, in fase di gara, delle problematiche tecniche connesse).

Il fatto che trattasi di intervento già elaborato dalla stazione appaltante comporta anche che lo stesso non possa considerarsi indeterminato.

Si aggiunge che nel caso di specie non si pone un tema di accettazione da parte della commissione (condizione posta, come illustrato, dal punto 5 del disciplinare per l'ammissione delle proposte integrative), atteso che la proposta di aggiudicazione presuppone la previa accettazione della proposta migliorativa di Socos.

Non si rinvencono quindi i profili di criticità dedotti dall'appellante al fine di qualificare la proposta presentata da Socos come una variante inammissibile.

Né rilevano le problematiche relative ai costi dell'opera e all'inserimento, o meno, della stessa nei computi metrici, nei quali è comunque previsto un costo a corpo per la realizzazione del tratto aggiuntivo (“14 - N.P.O.M.13 [...] *Realizzazione tratti aggiuntivi* [...] *SOMMANO a corpo* [...] € 250.000,00”, così dal computo metrico delle sole migliorie estimativo) atteso che il costo aggiuntivo derivante dalla esecuzione delle offerte migliorative è a carico dell'offerente (art. 59 comma 5-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016). L'appalto è infatti a corpo, come si evince dall'art. 18 del disciplinare, che prevede la formulazione di un'offerta economica complessiva in ribasso sull'importo a base d'asta, omnicomprensiva delle migliorie formulate dal concorrente. Non rientrano invece nel *thema decidendum* profili riguardanti la sostenibilità del costo connesso alla proposta, atteso che il mancato inserimento dell'opera nei computi metrici non è stato dedotto in primo grado a tal fine (ma al fine di censurare l'incongruenza fra gli elaborati tecnici e i computi metrici).

Neppure è dirimente, al fine di scrutinare la legittimità dell'aggiudicazione, la necessità, o meno, che il progetto integrativo del tratto fognario escluso dovesse essere approvato dall'amministrazione, riguardando comunque una fase successiva alla conclusione della gara, che sconta comunque il fatto che l'amministrazione

avesse previsto l'ingegnerizzazione di quel tratto, per poi stralciarlo con motivazioni meramente finanziarie.

18.4. Rimangono da esaminare le censure relative alle altre (rispetto al tratto fognario escluso) presunte varianti, illustrata anche nei motivi riproposti nella parte finale del motivo in appello.

E' dedotto, quale doglianza riproposta, anche il mancato inserimento delle proposte migliorative nei computi metrici: il riferimento è riferimento alla sostituzione delle tubazioni previste a base di gara, alla predisposizione allacci fognari pozzetto tipo sifobox, all'inserimento dei pozzetti di cacciata, alla fornitura e posa in opera al di sotto del tappetino stradale di un'armatura di rinforzo con geogriglia bidirezionale, oltre che alle migliorie presenti nei criteri a.1.3 e a.2.1 (asfalto additivato con inerti riciclati, asfalto antismog, rinterro con stabilizzato riciclato – implementazione video sorveglianza impianto depuratore e implementazione allarme di sicurezza remoto collegato a videosorveglianza).

Le censure sono infondate in quanto si tratta di proposte coerenti con la possibilità, prevista dalla legge di gara, di apportare soluzioni che migliorino e integrino il progetto, attinenti a materiali in parte diversi, a tecniche costruttive e a modalità di posa materiali, nonché a turnazioni di lavorazioni, che non modificano il progetto a base di gara, né la sua portata o estensione, e la cui valutazione, che spetta alla Commissione, non risulta viziata da profili di irragionevolezza.

Si rileva altresì che, a fronte della perizia depositata da controparte davanti al Tar, che ha qualificato le stesse in termini di proposte migliorative e integrative, come tali ammesse dal bando di gara (*“Sono ammesse esclusivamente proposte migliorative e/o integrative al progetto posto a base di gara ed accettate dall'apposita commissione”*), così il punto 5), gli approfondimenti istruttori presentati da SIT in appello non apportano

elementi di supporto alla tesi dell'appellante: né la perizia depositata in appello, specificamente riferita al “*tratto fognario escluso dal progetto a base di gara*”, né la perizia presentata in primo grado, volta a evidenziare i profili di difformità fra quanto descritto nelle relazioni tecniche e i computi presentati, oltre che l'indeterminatezza dell'offerta di Socos.

In particolare, l'appellante si è riferito innanzitutto alla sostituzione delle tubazioni previste a base di gara con tubazioni Strutturato tipo ECOPIPE 70.

Nella relazione tecnica è descritta una tubazione in estruso di nuova generazione, prodotta in conformità alle normative EN 13476-3 con SN 8 kN, mentre nei computi metrici allegati alla relazione stessa sarebbe riportata una tubazione in polietilene rinforzato con acciaio avente SN 16 kN.

La predetta difformità tra elaborati tecnici dello stesso concorrente non trova riscontro nella documentazione di gara e comunque non può ritenersi rilevante, atteso che l'amministrazione ha affermato che sono “*del tutto compatibili tra di loro*” (memoria depositata dal Comune il 2 maggio 2023, pag. 17) e, in ogni caso, non risulta comprovato, né evincibile sulla base della comune esperienza, l'impatto rilevante, in termini di vera e propria variante, derivante dal cambiamento del materiale delle tubazioni rispetto al progetto esecutivo, anche se ciò comporta una modifica della sezione, comunque negata da controparte (che ha affermato l'identità dei diametri) o di organizzazione dello scavo.

Per gli stessi motivi non costituiscono una variante inammissibile la previsione di allacci fognari pozzetto tipo Sifobox, l'inserimento dei pozzetti di cacciata e la fornitura e posa in opera al di sotto del tappetino stradale di un'armatura di rinforzo con geogriglia bidirezionale, così come le altre migliorie, alle quali l'appellante dedica un mero cenno, come l'asfalto additivato con inerti riciclati, l'asfalto antismog, il

rinterro con stabilizzato riciclato, l'implementazione video sorveglianza impianto depuratore e l'implementazione allarme di sicurezza remoto collegato a videosorveglianza. Rispetto a esse non risulta comprovato l'impatto rilevante e non coerente con il progetto esecutivo.

Si aggiunge che risulta recessivo il mancato inserimento di dette proposte migliorative nell'ambito dei computi metrici, atteso che si tratta di appalto a corpo. Non vi sono quindi motivi per ritenere superato il giudizio del Tar e la decisione amministrativa circa la conformità di dette proposte alla *lex specialis*.

18.5. Quanto alla censura, richiamata anche nei motivi riproposti nella parte finale del motivo in appello, relativa all'impossibilità (in tesi) di prevedere l'installazione di una stazione idrometrica con pannello fotovoltaico sul fiume Calore poiché l'intervento sarebbe di spettanza della Provincia e necessita di autorizzazioni (motivo M), va confermato, in uno con il Tar, che ciò non preclude l'inserimento della proposta migliorativa nell'offerta tecnica, non riscontrandosi un insanabile conflitto della soluzione progettata con eventuali divieti, per cui alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta può essere applicata.

Del resto, altrimenti, l'offerente avrebbe dovuto chiedere l'autorizzazione prima di conoscere gli esiti della gara, così ponendo in essere un'attività del tutto inefficiente, sia per la parte privata (che si assume costi potenzialmente inutili), sia per la parte pubblica complessivamente intesa (che deve svolgere un procedimento di autorizzazione in mancanza di un interesse attuale e concreto).

18.6. Tanto basta per respingere le censure appena sopra esaminate.

19. E' infondata anche la censura con la quale l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura basata sul fatto che i computi metrici richiamerebbero il prezzario regionale, così da contenere

informazioni da cui possono evincersi elementi dell'offerta economica, in violazione di quanto previsto a pena di esclusione dal disciplinare.

Non è ravvisabile nella circostanza denunciata l'anticipata esternazione di elementi dell'offerta economica, nella busta contenente l'offerta tecnica, in quanto l'indicazione dei prezzi, priva del ribasso offerto, non lascia desumere l'entità dell'offerta economica, anche in ragione del fatto che questa è formulata a corpo (il bando precisa che l'offerta economica deve indicare il ribasso in punti percentuali che l'operatore offre rispetto all'importo posto a base di gara pari ad € 4.487.947,50). Pertanto dal prezzario non sarebbe stato possibile per la commissione, comprendere, nella fase di apertura delle offerte tecniche, il ribasso economico offerto.

Il principio di segretezza dell'offerta economica non è stato quindi violato.

20. In considerazione di quanto sopra sono quindi infondate le censure dedotte in appello.

Ne consegue che la domanda demolitoria deve essere respinta.

Viene così meno anche il presupposto della domanda di tutela in forma specifica e di risarcimento per equivalente.

21. In conclusione, l'appello deve essere respinto e, assorbita ogni ulteriore censura, pur se riproposta, deve essere confermata la sentenza gravata.

22. La novità e la particolarità delle questioni sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Sara Raffaella Molinaro**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**