

## **Le varianti al progetto posto a base di gara nelle procedure da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiose determinano l'esclusione del concorrente che propone le varianti, anche in assenza di una specifica previsione**

*di Fabrizio Garzuglia*

*Data di pubblicazione: 25-10-2017*

Nelle gare pubbliche da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016 resta il discrimine, ai fini dell'ammissione dell'offerta tecnica, tra la proposta migliorativa e la variante al progetto posto a base di gara.

Nel caso in cui l'offerta di concorrente rechi una variante non prevista e/o autorizzata dalla lex specialis di gara si impone l'esclusione della concorrente e non il semplice "azzeramento" del punteggio da parte della Commissione di gara. Una tale soluzione è prevista anche nel caso in cui la lex specialis contempli espressamente la sanzione dell' "esclusione".

1. *Conforme: Consiglio di Stato, sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633;*

### **Guida alla lettura**

Il Tar Umbria nella sentenza in commento esamina la censura proposta nel ricorso incidentale della controinteressata aggiudicataria di un appalto per l'esecuzione di lavori di realizzazione della Piazza dell'Archeologia presso il Comune di Città di Castello. In particolare, la controinteressata, richiamando il disposto dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, ha eccepito che l'offerta presentata dall'aggiudicataria avrebbe avuto la consistenza di vera e propria variante in quanto comportante alterazione dei caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto come definiti nel progetto approvato dalla stazione appaltante; la soluzione proposta inciderebbe, alterandole, sulle caratteristiche strutturali del progetto. Pertanto, secondo l'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, non essendo ammesse dal bando di gara varianti al progetto e, quindi, all'offerta la stessa andava esclusa. Sull'argomento, quindi, secondo la controinteressata era da considerare illegittima l'ammissione della concorrente/ricorrente.

Il Giudice Umbro, aderendo a tale tesi argomentativa, ha ripercorso, nell'ambito delle procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i principi già affermati dalla giurisprudenza, secondo i quali resta la netta distinzione tra proposta migliorativa suscettibile di punteggio e la variante al progetto posto a base di gara. Ed infatti,

afferma il Tar, “mentre 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 dal punto di vista tecnico, salva la immodificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, 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 (ex plurimis Consiglio di Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2504; id. sez. V, 9 settembre 2014, n. 4578; id., 7 luglio 2014, n. 3435; id., 16 aprile 2014, n. 1923; id., 20 febbraio 2014, n. 814; id., 24 ottobre 2013, n. 5160)”.

Partendo da tale assunto il Tar Umbria ha evidenziato che la *lex specialis* non consentiva la presentazione di varianti. In un tale contesto, dunque, la Commissione avrebbe dovuto non limitarsi ad assegnare zero punti alla componente dell'offerta tecnica oggetto di variante, ma avrebbe dovuto escludere la concorrente dalla gara e ciò indipendentemente dal fatto che non vi era un'espressa comminatoria di esclusione. La decisione del Tar Umbria appare coerente rispetto alla previsione di cui all'art. 95 co. 14 del D.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui: “14. Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

a) le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Esse indicano nel bando di gara ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti sono comunque collegate all'oggetto dell'appalto; (260)

b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti

c) solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione”. La decisione del Giudice umbro - nel sanzionare con l'esclusione l'offerta che non rispetta i requisiti minimi previsti nel bando e reca anzi una variante (non ammessa) agli elementi progettuali essenziali posti a base di gara - sembra porsi anche in linea con il principio di par condicio fra i concorrenti, nonché quello di affidamento da essi riposto nelle regole di gara e nella predisposizione delle rispettive offerte (cfr. Cons. Stato Ad. Plen., 13-11-2015, n. 10).

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 178 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da: CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori Soc. Consortile a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3 ai sensi di legge;

***contro***

Comune di Città di Castello, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorian Maccari, con domicilio presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3 ai sensi di legge;

***nei confronti di***

Corbo Group s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lipani, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Degli Esposti in Perugia, via della Luna 19;

***per l'annullamento******previa sospensiva***

per quanto riguarda il ricorso principale:

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura aperta indetta dal Comune di Città di Castello per "l'appalto dei lavori di realizzazione della Piazza dell'Archeologia con parte del corrispettivo costituito da trasferimento di immobile", nella misura in cui la S.A. ha aggiudicato la procedura all'impresa Corbo Group s.p.a., anziché al ricorrente Consorzio CEC e, in particolare:
- del provvedimento di aggiudicazione della procedura in favore di Corbo Group (non conosciuto nei suoi estremi e nel tenore), della cui adozione la S.A. ha offerto all'esponente comunicazione a mezzo pec in data 29.3.2017;
- ove occorra, della nota pec a mezzo della quale l'aggiudicazione è stata comunicata all'esponente;
- della proposta di aggiudicazione in favore della Corbo Group s.p.a. e della graduatoria di gara risultante all'esito del riesame delle offerte;

- di tutti gli atti, i verbali delle sedute di gara (pubbliche e riservate), dei verbali di verifica di congruità delle offerte e di nuova valutazione dell'offerta CEC, nella misura in cui, a graduatoria ormai stilata ed a offerte cognite, il RUP ritenendo di dover ravvisare pretese criticità nell'offerta tecnica di CEC relativamente al criterio valutativo n. 3, ha richiesto alla Commissione giudicatrice di espletare una nuova valutazione in merito a tale aspetto dell'offerta e la Commissione, rivalutata l'offerta, ha azzerato il punteggio prima attribuito all'esponente, con conseguente deteriore collocazione di CEC in graduatoria e contestuale vantaggio in favore dell'aggiudicatario Corbo Group;

- in particolare della nota/provvedimento prot. 50413 del 23.12.2016, a mezzo del quale il RUP, investito della verifica di congruità, ha chiesto alla Commissione giudicatrice di riesaminare l'offerta CEC e la graduatoria di gara, del verbale di rinnovazione della valutazione del 29.12.2016, del giudizio espresso in tale occasione dalla Commissione e delle sottese valutazioni del RUP;

- di tutti gli ulteriori atti, anche istruttori, e verbali relativi alle operazioni di gara ed alla rinnovazione della valutazione;

- di tutti gli atti e le risultanze della fase di verifica dei requisiti di legge in capo all'aggiudicatario, anche nella misura in cui la S.A non ha riscontrato e sanzionato con l'esclusione l'inveridica dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80, co 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, ovvero sempre in sede di verifica non ha riscontrato e sanzionato il difetto in capo all'aggiudicatario del requisito di cui dell'art. 80, co 5, lett. c), cit.;

- per le medesime ragioni, degli atti e dei provvedimenti di ammissione della Corbo Group alla procedura;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente, ancorché non conosciuto;

con richiesta di subentro della società ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con Corbo Group s.p.a., previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare l'intera procedura;

in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da CORBO GROUP s.p.a.:

- degli atti tutti della gara di appalto bandita dal Comune di Città di Castello (PG) avente ad oggetto l'affidamento dell'appalto dei "lavori di realizzazione della Piazza dell'Archeologia con parte del corrispettivo costituito da trasferimento dell'immobile", ed in particolare del provvedimento di cui al verbale della Commissione giudicatrice del 29.12.2016, nella (sola) parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente principale CEC Consorzio stabile europeo Costruttori Soc. Consortile a r. l. la cui offerta risulta difforme perché contenente una

variante progettuale non consentita dalla *lex specialis*;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenti; in via subordinata, nella (sola) parte in cui non è stato rilevato che la detta variante consiste in una modifica anche strutturale del progetto posto a base di gara.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da CEC CONSORZIO STABILE EUROPEO COSTRUTTORI SOC. CONSORTILE a. r. l. :

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura aperta indetta dal Comune di Città di Castello per "l'appalto dei lavori di realizzazione della Piazza dell'Archeologia con parte del corrispettivo costituito da trasferimento di immobile", nella misura in cui la S.A. ha aggiudicato la procedura all'impresa Corbo Group s.p.a., anziché al ricorrente Consorzio CEC e, in particolare:

- del provvedimento di aggiudicazione della procedura in favore di Corbo Group (non conosciuto nei suoi estremi e nel tenore), della cui adizione la S.A. ha offerto all'esponente comunicazione a mezzo pec in data 29.3.2017;

- ove occorra, della nota pec a mezzo della quale l'aggiudicazione è stata comunicata all'esponente;

- della proposta di aggiudicazione in favore della Corbo Group s.p.a. e della graduatoria di gara risultante all'esito del riesame delle offerte;

- di tutti gli atti, i verbali delle sedute di gara (pubbliche e riservate), dei verbali di verifica di congruità delle offerte e di nuova valutazione dell'offerta CEC, nella misura in cui, a graduatoria ormai stilata ed a offerte cognite, il RUP ritenendo di dover ravvisare pretese criticità nell'offerta tecnica di CEC relativamente al criterio valutativo n. 3, ha richiesto alla Commissione giudicatrice di espletare una nuova valutazione in merito a tale aspetto dell'offerta e la Commissione, rivalutata l'offerta, ha azzerato il punteggio prima attribuito all'esponente, con conseguente deteriore collocazione di CEC in graduatoria e contestuale vantaggio in favore dell'aggiudicatario Corbo Group;

- in particolare della nota/provvedimento prot. 50413 del 23.12.2016, a mezzo del quale il RUP, investito della verifica di congruità, ha chiesto alla Commissione giudicatrice di riesaminare l'offerta CEC e la graduatoria di gara, del verbale di rinnovazione della valutazione del 29.12.2016, del giudizio espresso in tale occasione dalla Commissione e delle sottese valutazioni del RUP;

- di tutti gli ulteriori atti, anche istruttori, e verbali relativi alle operazioni di gara ed alla rinnovazione della valutazione;

- di tutti gli atti e le risultanze della fase di verifica dei requisiti di legge in capo all'aggiudicatario, anche nella misura in cui la S.A non ha riscontrato e sanzionato con l'esclusione l'inveridica dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80, co 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016,

ovvero sempre in sede di verifica non ha riscontrato e sanzionato il difetto in capo all'aggiudicatario del requisito di cui dell'art. 80, co 5, lett. c), cit.;

- per le medesime ragioni, degli atti e dei provvedimenti di ammissione della Corbo Group alla procedura;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente, ancorché non conosciuto;

- della determinazione dirigenziale del Comune di Città di Castello numero 283 del 6/04/2016, mai comunicata all'odierno esponente e conosciuta solo in occasione dell'udienza camerale del 6 giugno 2017;

- di tutto gli ulteriori atti già sopra indicati;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente alla stessa, ancorché non conosciuto;

con richiesta di subentro della società ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con Corbo Group s.p.a., previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare l'intera procedura;

- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Città di Castello e della Corbo Group s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Corbo Group s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-Con determinazione dirigenziale n. 945 del 15 settembre 2016 il Comune di Città di Castello ha indetto, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016, procedura aperta per l'aggiudicazione, mediante criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto dei lavori di realizzazione della Piazza dell'Archeologia con parte del corrispettivo costituito da trasferimento di immobile, per un importo complessivo a base d'asta di euro 1.242.173,45.

Nel suddetto bando venivano predeterminati gli elementi di valutazione relativi al pregio tecnico delle offerte tra cui (elemento 3) la riduzione del tempo di consegna dell'opera, nella misura massima di 60 giorni, con l'attribuzione di punteggio massimo di 8 punti da graduarsi secondo sub-criteri proporzionali alla riduzione proposta (da "inadeguato" per assenza di riduzione a "eccellente").

All'esito della seduta pubblica del 12 dicembre 2016 la ricorrente è risultata seconda con punti 75 per l'offerta tecnica e 20,953 per l'offerta economica per complessivi 95,953 punti, dietro alla Arpe Appalti s.r.l. con 75 punti per l'offerta tecnica e 25 per quella economica per complessivi 100 punti. Al terzo posto si classificava la Corbo Group s.p.a. con 75 punti per l'offerta tecnica e 15,631 per l'offerta economica per complessivi 90,631 punti.

A seguito di riesame delle offerte sollecitato dal RUP con nota prot. 50413 del 23.12.2016, la Commissione nella seduta del 29 dicembre 2016 verificava che la soluzione migliorativa proposta da CEC, consistente nell'utilizzo per l'impalcato del piano terra di travi prefabbricate di tipo REP in soletta piena, seppur ritenuta non difforme dalle caratteristiche strutturali di progetto, produceva risultato non rispondente alle finiture architettoniche/estetiche richieste, azzerando così il punteggio di 8 punti inizialmente attribuito a CEC per il criterio valutativo 3 "Tempi di consegna dell'opera".

La graduatoria veniva allora rideterminata, collocando la Corbo Group al secondo posto, dietro la Arpe Appalti, con punti 90,631 ed al terzo posto la CEC con punti 87,953.

All'esito poi della verifica di congruità di cui all'art. 97 c. 3 del Dlgs. 50/2016 l'impresa prima graduata è stata esclusa, sì che la Corbo Group veniva dichiarata aggiudicataria con comunicazione del 29 marzo 2017, nonostante quest'ultima avesse riportato da parte della medesima stazione appaltante in pregresso contratto d'appalto una risoluzione contrattuale in danno con escussione della cauzione definitiva.

Il Consorzio CEC impugna la suddetta aggiudicazione definitiva, unitamente agli ulteriori atti della gara meglio specificati in epigrafe, deducendo motivi così riassumibili:

I.Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 31, 77 e 95 del D.lgs. 50/2016, violazione delle previsioni concorsuali in punto di elementi di valutazione dell'offerta e migliorie proponibili, illegittima ingerenza del RUP nell'attività propria della commissione giudicatrice, incompetenza, illogicità, irragionevolezza ed incongruenza della seconda valutazione della commissione, eccesso di potere per difetto di istruttoria, perplessità e sviamento: né il progetto né la *lex specialis* limitavano la possibilità per i concorrenti di apportare migliorie al solaio del

piano terra o ad altre parti dell'opera da realizzare; il criterio valutativo sub 3 (tempo di consegna dell'opera) consentiva espressamente di introdurre senza limitazioni di sorta soluzioni progettuali idonee a ridurre i tempi di esecuzione; la proposta tecnica effettuata dalla ricorrente rappresenterebbe la stessa soluzione strutturale prevista nel progetto a base di gara realizzata con una diversa modalità operativa; l'ingerenza del RUP nell'attività di valutazione propria della Commissione travalicherebbe le regole di principi consolidati in tema di distinzione delle competenze tra i diversi organi della stazione appaltante, in violazione delle norme del vigente Codice appalti;

II. In via subordinata: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016, delle previsioni concorsuali in punto di elementi di valutazione dell'offerta e migliorie proponibili avuto particolare riguardo al criterio sub 3, difetto di proporzionalità, illogicità, irragionevolezza ed incongruenza della seconda valutazione della commissione, eccesso di potere per difetto di istruttoria, perplessità e sviamento: la soluzione migliorativa proposta dal Consorzio CEC era soltanto una delle diverse migliorie proposte in funzione della riduzione dei tempi di esecuzione, si che la Commissione avrebbe dovuto anziché azzerare il punteggio per l'elemento valutativo in questione, valutare tali ulteriori soluzioni, si da assegnare a CEC tali punteggi, utili a conservare la propria posizione in graduatoria;

III. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 32, 80 c. 5 lett. f e 85 del D.lgs. 50/2016, violazione dei principi generali di *par condicio*, trasparenza, correttezza, buona fede e trasparenza; violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.P.R. 445/2000 e delle previsioni delle leggi di gara in punto di attestazione dei requisiti; eccesso di potere per difetto di istruttoria, perplessità e sviamento: nel corso delle verifiche previste sull'aggiudicatario la stazione appaltante non avrebbe sanzionato la ricorrenza di una dichiarazione inveritiera resa da Corbo Group in merito ai requisiti di cui all'art. 80 c. 5 lett. c) del Codice dei contratti, non avendo quest'ultima dichiarato in sede di gara di aver subito dal Comune di Città di Castello, nel 2014, una risoluzione in danno da precedente contratto d'appalto con escussione nel 2015 della cauzione definitiva; anche ai sensi delle recenti Linee Guida ANAC n. 6/2016 in merito all'applicazione dell'art.80 c. 5 lett. c) del D.lgs. 50/2016, le dichiarazioni sostitutive rilasciate in sede di gara devono avere ad oggetto tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio l'integrità o affidabilità del concorrente, essendo rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla gravità dei comportamenti e alla loro rilevanza ai fini dell'esclusione; l'esclusione della Corbo Group discenderebbe comunque anche dal disposto di cui all'art. 75 del d.P.R. 775 del 2000; in subordine, anche a voler prescindere dalla infedeltà della dichiarazione, la stazione appaltante avrebbe dovuto comunque escludere la Corbo Group in considerazione della rilevanza e gravità dell'illecito professionale in questione, della vicinanza nel tempo dei fatti oltre che del danno economico subito dal Comune.

La ricorrente principale avanza inoltre anche domanda consequenziale di tutela in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, ed in subordine di risarcimento per equivalente per tutti i danni subiti.

Si è costituito il Comune di Città di Castello eccependo anzitutto l'inammissibilità del gravame, poiché ai sensi dell'art. 204 c. 2-bis del D.lgs. 50/2016 il ricorso contro l'ammissione della Corbo Group avrebbe dovuto proporsi non oltre il 25 dicembre 2016, essendosi pubblicati il 25

novembre 2016 sul portale della stazione appaltante l'esito del sub procedimento di ammissione/esclusione. Ad avviso dell'Amministrazione la migliore proposta dalla CEC inciderebbe sulle caratteristiche essenziali dell'opera si da escludere qualsiasi punteggio attribuibile in relazione al citato criterio 3. Infine, la difesa comunale eccepisce l'inammissibilità dell'atto di motivi aggiunti in quanto redatto in violazione dei doveri di sinteticità e chiarezza di cui all'art. 3 cod. proc. amm.e dei limiti dimensionali fissati con decreto n. 167/2016 del Presidente del Consiglio di Stato.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Corbo Group proponendo ricorso incidentale avverso gli atti della gara, lamentando in particolare la mancata esclusione della CEC per difformità dell'offerta tecnica proposta rispetto al progetto posto in gara.

A supporto dell'impugnazione incidentale deduce i seguenti motivi:

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 95 del D.lgs. 50/2016 e della *lex specialis*, illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione: l'offerta presentata da CEC avrebbe consistenza di vera e propria variante in quanto comportante alterazione dei caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto come definiti nel progetto approvato dalla stazione appaltante; la soluzione proposta inciderebbe, alterandole, sulle caratteristiche strutturali del progetto come peraltro avrebbe ammesso la stessa CEC in sede di offerta, trattandosi di un sistema da progettare *ex novo*, bisognoso dei calcoli strutturali e dell'autorizzazione sismica. A sostegno del gravame incidentale deposita perizia giurata a firma dell'Ing. S. Fedele.

Quanto al ricorso principale la controinteressata ne eccepisce anzitutto l'irricevibilità poiché - a suo dire - esso avrebbe dovuto proporsi entro il 4 gennaio 2017, avendo la stazione appaltante pubblicato il 5 dicembre 2016 sul proprio profilo *web* ai sensi dell'art. 29 c. 1 del D.lgs. 50/2016 l'esito del sub procedimento di ammissione/esclusione dei concorrenti. Ne eccepisce poi l'improcedibilità in relazione alla mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva intervenuto con la determinazione dirigenziale n. 283 del 6 aprile 2017, avendo il Consorzio CEC impugnato soltanto la mera proposta di aggiudicazione. Eccepisce, infine, l'inammissibilità della domanda di tutela in forma specifica, dovendo in ogni caso la sua offerta essere sottoposta alla verifica di anomalia come per legge. Quanto al merito evidenzia l'infondatezza di tutti i motivi *ex adverso* dedotti, rilevando in particolare quanto al III motivo come l'incompletezza della dichiarazione sostitutiva resa in sede di gara avrebbe dovuto essere sanata tramite il soccorso istruttorio di cui all'art. 83 c. 9 del D.lgs. 50/2016 e che nella fattispecie l'Amministrazione avrebbe comunque ben potuto e dovuto apprezzare d'ufficio (ai sensi dell'art. 18 c. 2, L. 241 del 90) la pregressa risoluzione contrattuale trattandosi di fatto già conosciuto e che avrebbe interessato solo di riflesso la Corbo Group quale mandante dell'a.t.i. aggiudicataria.

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2017, con ordinanza n. 93/2017 la domanda incidentale cautelare di cui al ricorso principale è stata respinta "atteso - impregiudicato l'esame nella sede di merito del ricorso incidentale "paralizzante" proposto dalla Corbo Group - di non poter apprezzare favorevolmente le esigenze cautelari, attesa sia la carenza del "*periculum in mora*" in considerazione della imminente trattazione nel merito (U.P. 4 luglio 2017) sia l'eccepita

irricevibilità delle doglianze inerenti l'ammissione alla gara della stessa Corbo Group ai sensi del rito "super speciale" di cui all'art. 120 comma 2-bis cod. proc. amm. introdotto dal D.lgs. 50 del 2016".

Con atto di motivi aggiunti la ricorrente principale ha esteso l'impugnativa alla determinazione dirigenziale n. 283 del 6 aprile 2017, mai comunicata e conosciuta solo in occasione dell'udienza camerale del 6 giugno 2017, deducendo motivi in via derivata rispetto a quanto proposto con il gravame introduttivo.

La ricorrente principale ha ampiamente controdedotto a tutte le eccezioni anche in rito *ex adverso* sollevate oltre a contestare la fondatezza del ricorso incidentale

In particolare ad avviso del Consorzio CEC quanto al ricorso principale:

- difetterebbero nel caso di specie i presupposti di operatività del rito c.d. super accelerato di cui all'art. 120 c. 2 bis cod. proc. amm. avendo CEC contestato l'attività di verifica sul possesso dei requisiti successivamente posta in essere dalla stazione appaltante;

- la decorrenza del termine di trenta giorni previsto nell'ambito del rito "super-speciale" presupporrebbe, oltre alla pubblicazione sul sito *web*, l'indicazione della motivazione di ammissione/esclusione; alla pubblicazione sul profilo del committente dovrebbe seguire la comunicazione individuale a mezzo pec dell'avvenuta pubblicazione;

- la comunicazione pec del 29 marzo 2017 effettuata dal Comune, ai sensi dell'art. 76 del D.lgs. 50/2016, indicava l'affidamento dell'appalto alla Corbo Group unitamente alla stipulazione del contratto alla scadenza del periodo di "*stand still*" "decorrente dalla data della presente comunicazione", si da ingenerare la convinzione dell'esistenza di una aggiudicazione definitiva;

- il denunciato superamento dei limiti dimensionali di cui al decreto del Consiglio di Stato n. 167/2016 non sarebbe mai idoneo a determinare l'inammissibilità del ricorso bensì la mera impossibilità per il giudice di non tener conto delle parti eccedenti.

Quanto invece al ricorso incidentale:

- la soluzione proposta atterrebbe alle sole modalità esecutive idonee a ridurre i tempi di esecuzione senza alterazione delle caratteristiche strutturali di progetto;

- non sarebbe variante progettuale in quanto non risulterebbero variate le caratteristiche strutturali e le prestazioni in termini di requisiti di sicurezza statica e antisismica prevista in progetto;

- non sarebbe necessaria una diversa ed ulteriore autorizzazione sismica rispetto a quella di progetto, in quanto rimarrebbero invariati i parametri di calcolo in riferimento alla normativa tecnica;

- ogni concorrente potrebbe proporre soluzioni migliorative nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara.

Con memorie di replica sia il Consorzio CEC che la Corbo Group hanno insistito per l'accoglimento delle rispettive domande; il Comune di Città di Castello ha evidenziato la priorità dell'esame del ricorso incidentale in quanto escludente, ricorso che a suo parere sarebbe fondato in quanto la Commissione avrebbe dovuto, anziché limitarsi a penalizzare l'offerta del Consorzio CEC nell'attribuzione del punteggio, radicalmente escluderla quale variante non autorizzata.

All'udienza pubblica del 4 luglio 2017 la difesa della CEC ha precisato che, diversamente da quanto affermato dall'Amministrazione nella memoria di replica, la determina dirigenziale n. 283/2017 risulta pubblicata, ai sensi dell'art. 29 Codice dei Contratti, in data 14 aprile 2017, come da verbale d'udienza; indi, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

2. - E' materia del contendere la legittimità della procedura aperta indetta dal Comune di Città di Castello inerente l'aggiudicazione mediante criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'appalto dei lavori di realizzazione della Piazza dell'Archeologia con parte del corrispettivo costituito da trasferimento di immobile, per un importo complessivo a base d'asta pari ad euro 1.242.173,45.

L'impresa seconda classificata Consorzio CEC ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa Corbo Group, odierna controinteressata, la quale ha di contro proposto ricorso incidentale escludente avverso gli atti di gara nella parte in cui la ricorrente principale non è stata esclusa per difformità dell'offerta tecnica proposta rispetto al progetto posto in gara.

3. - Ritiene il Collegio di dover anzitutto stabilire l'ordine logico di trattazione delle suddette impugnative.

3.1. - In conformità a quanto recentemente affermato dal Consiglio di Stato (sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708) sulla scia del principio enunciato dalla Corte di Giustizia (Grande Sezione, 5 aprile 2016, C - 689/13) deve ritenersi che, nel caso di un giudizio concernente appalti pubblici, l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doveroso, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento. Di contro, è da ritenere inammissibile il ricorso principale nel caso in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità neanche in via mediata e strumentale (*ex multis* T.R.G.A., Trento 8 agosto 2017, n. 252; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 marzo 2017, n. 273).

3.2. - Va comunque esaminato con priorità il ricorso incidentale, attese la natura escludente o “paralizzante”.

4. - Come indicato nella parte in fatto il Consorzio CEC non ha ottenuto punti quanto all'elemento di valutazione 3 “Tempi di consegna dell'opera” (inizialmente attribuito nella misura massima di 8 punti in considerazione nella riduzione a 60 giorni) poiché la Commissione, su sollecitazione del RUP, ha ritenuto che la soluzione proposta da CEC tesa alla riduzione dei tempi di consegna - consistente nell'utilizzo per l'impalcato del piano terra di travi prefabbricate di tipo REP in soletta piena - seppur non difforme dalle caratteristiche strutturali di progetto, producesse un risultato non rispondente alle finiture architettoniche/estetiche richieste.

Ad avviso della Corbo Group l'offerta presentata da CEC avrebbe consistenza di vera e propria variante in quanto comportante alterazione dei caratteri essenziali della prestazione oggetto del contratto come definiti nel progetto approvato dalla stazione appaltante. La soluzione proposta inciderebbe, alterandole, sulle caratteristiche strutturali del progetto come peraltro avrebbe ammesso la stessa CEC in sede di offerta, trattandosi di un sistema da progettare *ex novo*, bisognoso dei calcoli strutturali e dell'autorizzazione sismica. A sostegno del gravame incidentale deposita perizia tecnica asseverata a firma dell'Ing. S. Fedele.

4.1. - Ritiene il Collegio di condividere tale doglianza.

4.2. - Come noto, nelle gare pubbliche da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti; ed infatti, mentre 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 dal punto di vista tecnico, salva la immodificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, 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 (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2504; id. sez. V, 9 settembre 2014, n. 4578; id., 7 luglio 2014, n. 3435; id., 16 aprile 2014, n. 1923; id., 20 febbraio 2014, n. 814; id., 24 ottobre 2013, n. 5160).

4.3. - Ciò premesso, nel caso di specie va evidenziato come la *lex specialis* non abbia consentito la variazione proposta dalla CEC.

La possibilità di varianti migliorative risulta infatti prevista limitatamente ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica nn. 4 e 5 relativi alla pavimentazione del piano interrato o per l'impianto della pubblica illuminazione. Nell'ambito invece del criterio n. 3 “Tempi di consegna dell'opera” la stazione appaltante ha consentito all'offerente di proporre soluzioni tecniche, logistiche ed organizzative volte a ridurre i tempi di realizzazione dell'opera, nel logico presupposto che tali soluzioni debbano riguardare modalità di organizzazione del lavoro e di esecuzione del progetto approvato non potendo consistere in varianti al progetto stesso,

consentite solo nelle parti espressamente previste dai criteri 4 e 5.

Nella fattispecie la proposta realizzazione di un solaio intervallato da fasce metalliche in luogo di un solaio di cemento armato dall'aspetto uniforme e liscio integra la volontà di realizzare una struttura del tutto diversa, in grado di incidere - diversamente da quanto ritenuto dalla Commissione - oltre che sull'aspetto esteriore anche sull'aspetto strutturale ovvero sulle caratteristiche minime del progetto vincolanti per tutti i concorrenti (cfr. art. 6 disciplinare di gara).

Come ben evidenziato nella stessa relazione tecnica asseverata depositata dalla ricorrente incidentale, il solaio progettato dalla stazione appaltante è costituito da un getto monolitico di calcestruzzo armato in cui la struttura è in grado di trasmettere e distribuire carichi bidirezionali direttamente ai pilastri e da questi alle fondazioni. La soluzione alternativa proposta da CEC prevede invece un solaio a Predalles a lastra con armatura modirezionale, il quale scarica gli sforzi monodirezionalmente prima sulla trave, quindi sui pilastri ed infine sulle fondazioni. Mentre poi le travi di supporto al solaio stesso nel progetto posto in gara sono in cemento armato e vincolate rigidamente agli estremi, le travi proposte da CEC sono REP con ala inferiore in ferro e schema statico in semplice appoggio.

Ciò determina sia dal punto di vista statico che da quello del comportamento al fuoco - come documentato nella citata perizia - un ricalcolo della struttura progettata unitamente all'ottenimento delle prescritte autorizzazioni.

D'altronde di tale incidenza - al di là delle argomentazioni difensive spese in giudizio - pare ben consapevole la stessa ricorrente principale in sede di offerta, nella parte in cui ha subordinato la soluzione proposta proprio "alla verifica delle strutture e all'autorizzazione degli enti competenti".

4.4. - Ne consegue che in presenza di un offerta consistente in un "*aliud pro alio*" l'esclusione - diversamente da quanto argomentato dalla difesa della ricorrente principale - è obbligatoria, anche in assenza di una specifica previsione nell'ambito della *lex specialis* (Consiglio di Stato, sez. III, 11 giugno 2016, n. 3029).

4.5. - E' pertanto condivisibile quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale in merito alla doverosa esclusione, dal momento che la difformità dell'offerta tecnica rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante legittimano appunto l'esclusione e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella attribuzione del punteggio come invece effettuato dalla Commissione (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633; id. 23 settembre 2015, n. 4460; id. sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804).

4.6. - Il ricorso incidentale va dunque accolto, con l'effetto dell'annullamento degli atti di gara limitatamente alla parte in cui il Consorzio CEC non è risultato escluso.

5. - Quanto al ricorso principale ritiene il Collegio che esso sia inammissibile per carenza di interesse.

5.1. - Secondo quanto già indicato sub 3.1. l'esigenza di effettività di tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impone l'esame del ricorso principale qualora nonostante l'accoglimento del ricorso incidentale escludente esaminato con priorità, sia individuabile in capo al ricorrente principale l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708). Tale interesse strumentale è configurabile non solamente quando le imprese in gara sono due, bensì anche nelle ipotesi in cui a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla identità divergenza delle censure escludenti incrociate, il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche alle offerte di tutte le imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento potrebbe derivare l'esclusione anche di quest'ultime, in via di autotutela, con conseguente rinnovazione della procedura (ancora Consiglio di Stato sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708). L'interesse all'esame del ricorso principale sussiste poi anche ove esso contenga censure idonee alla caducazione dell'intera gara (T.A.R. Veneto, sez. I, 15 marzo 2017, n. 273) potendo anche in questo caso il ricorrente principale vantare un indubbio interesse strumentale.

5.2. - Nel caso di specie posto che le imprese ammesse alla gara risultano ben più di due e precisamente 13, non emerge in capo alla ricorrente principale, da ritenersi irrimediabilmente esclusa per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, la permanenza di alcun interesse strumentale alla rinnovazione della gara, non emergendo dagli atti di causa alcuna identità di vizi né tantomeno vizi idonei alla caducazione dell'intera gara, ben potendo la stazione appaltante in ipotesi di accoglimento anche del ricorso principale, affidare i lavori ad altra impresa in graduatoria subordinatamente alle verifiche di legge.

5.3. - Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso principale va dunque dichiarato inammissibile per difetto di interesse in quanto ove, nelle gare pubbliche, vi sono più offerte valide oltre a quelle del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, in caso di fondatezza del ricorso incidentale il ricorso principale non può essere esaminato, atteso che in tale ipotesi l'accoglimento contestuale del ricorso principale e del ricorso incidentale, con la conseguente esclusione dalla gara sia del ricorrente principale che del ricorrente incidentale, determinerebbe comunque un esito privo di utilità per entrambe le parti, in quanto dall'accoglimento di entrambe le domande impugnatorie discenderebbe l'aggiudicazione dell'appalto in favore di un terzo concorrente, che non ha impugnato l'esito della gara (*ex multis* T.A.R. Basilicata, sez. I, 13 aprile 2017, n. 307; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 marzo 2017, n. 273).

6. - Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, in considerazione della obiettiva complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, così decide:

a) accoglie il ricorso incidentale;

b) dichiara inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario