



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 284 del 2018, proposto dalla Società Scarnata Costruzioni S.r.l., con sede in Campobasso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Di Niro, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Campobasso, via Duca degli Abruzzi n. 4,

contro

Provincia di Campobasso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmine Pace e Silvana D'Amico, con domicilio digitale come da p.e.c. e domicilio eletto in Campobasso, via Roma, n. 47;

nei confronti

Italscavi Costruzioni S.r.l., con sede in Campobasso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia,

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

per quanto riguarda il ricorso principale, dei seguenti atti: 1) la determinazione dirigenziale n. 1014 del 12.07.2018, comunicata alla ricorrente con nota p.e.c. del 26.07.2018, con cui è stato aggiudicato l'appalto per i “*Lavori di realizzazione del nuovo Liceo Galanti*” (CIG 7326550C50) alla Italscavi Costruzioni s.r.l.; 2) ove occorra, la nota p.e.c. del 26.07.2018, a mezzo della quale l'aggiudicazione è stata comunicata all'impresa ricorrente; 3) la proposta di aggiudicazione in favore della Italscavi Costruzioni s.r.l. e la graduatoria di gara risultante all'esito dell'esame delle offerte; 4) tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque, connessi, ivi inclusi, per quanto di ragione e di interesse, i verbali di gara n. 10 del 21.05.2018, n. 14 del 5.06.2018 e n. 16 del 9.07.2018, nelle parti in cui sono stati attribuiti all'offerta presentata dall'impresa Italscavi Costruzioni s.r.l. i punteggi per il merito tecnico e formulata la proposta di aggiudicazione alla stessa; nonché per la declaratoria di inefficacia/invalidità del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato; nonché del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara di appalto oggetto di giudizio;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Italscavi Costruzioni S.r.l. in data 20.9.2018, per l'annullamento dei seguenti atti: 1) tutti i verbali di gara, in particolare del verbale n. 15 del 12.6.2018 e del relativo allegato, nella parte in cui la commissione di gara, all'esito dell'apertura delle offerte economiche dei concorrenti, ha valutato l'offerta della ricorrente principale e ne ha disposto il mantenimento in gara, attribuendole i punteggi e collocandola in graduatoria; 2) tutti gli atti presupposti e, ove occorrer possa, la legge di gara se ritenuta ostativa all'esclusione della società Scarnata Costruzioni;

Visti il ricorso e i relativi allegati, nonché le successive memorie della ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie difensive della Provincia di Campobasso e della controinteressata, ricorrente incidentale, Italscavi Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2019, il dott. Orazio Ciliberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - In data 21.12.2017, la Provincia di Campobasso pubblicava un avviso di procedura aperta, ai sensi dell'articolo 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'esecuzione dei "*Lavori di realizzazione del nuovo Liceo Galanti*", con importo a base d'asta di euro 2.485.000,00 (oltre Iva), da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. In merito alla tipologia di migliorie ammesse per l'offerta tecnica, ai sensi del punto 5 del disciplinare di gara (recante *criteri di aggiudicazione*), si prevedeva che l'offerta tecnica "*non può stravolgere il progetto posto a base di gara; pertanto non potranno essere prese in considerazione varianti sostanziali al progetto che comportino l'acquisizione di nuovi pareri*". Pervenivano, nei termini, 25 offerte e, in data 20.3.2018, era nominata la commissione di gara, costituita da professionisti esterni alla Stazione appaltante. All'esito delle valutazioni delle offerte tecniche, all'impresa Italscavi Costruzioni (prima classificata) era attribuito il punteggio complessivo di 54,83/65, mentre all'impresa ricorrente, Scarnata Costruzioni (seconda classificata), era attribuito il punteggio di 50/65. L'offerta dell'impresa Italscavi Costruzioni superava la soglia di anomalia ed era sottoposta a verifica di congruità, ai sensi dell'art. 97, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, sennonchè il R.U.P., ritenendola congrua, con verbale del 2.7.2018 proponeva l'aggiudicazione della gara alla ditta medesima. Con determinazione dirigenziale n. 1014 del 12.7.2018, la Provincia di Campobasso aggiudicava la gara alla prima classificata, società Italscavi Costruzioni.

Insorge la ricorrente, col ricorso notificato e depositato il 21.8.2018, per impugnare

i seguenti atti: 1) la determinazione dirigenziale n. 1014 del 12.07.2018, comunicata alla ricorrente con nota p.e.c. del 26.7.2018, con cui è stato aggiudicato l'appalto per i “*Lavori di realizzazione del nuovo Liceo Galanti*” (CIG 7326550C50) alla Italscavi Costruzioni S.r.l.; 2) la proposta di aggiudicazione in favore della Italscavi e la graduatoria di gara risultante all'esito dell'esame delle offerte; 3) tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque, connessi, ivi inclusi, per quanto di ragione e di interesse, i verbali di gara n. 10 del 21.5.2018, n. 14 del 5.6.2018 e n. 16 del 9.7.2018, nelle parti in cui sono stati attribuiti all'offerta presentata dall'impresa Italscavi Costruzioni S.r.l. i punteggi per il merito tecnico e formulata la proposta di aggiudicazione alla stessa.

La ricorrente chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia o invalidità del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, nonché il riconoscimento del suo diritto all'aggiudicazione della gara di appalto. Deduce i seguenti motivi: violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 con particolare riferimento all'articolo 95, commi 6 e 14 bis, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* con riferimento al punto 5 del disciplinare di gara, violazione e falsa applicazione dell'articolo 3 della legge n. 241/1990, violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 della Costituzione, violazione e falsa applicazione del principio di *par condicio* nelle procedure ad evidenza pubblica, eccesso di potere per difetto e insufficienza di istruttoria e per motivazione, errata presupposizione dei fatti, illogicità, contraddittorietà, sviamento e sotto ulteriori profili.

Si costituisce la Provincia di Campobasso, per resistere nel giudizio. Deduce, anche con una successiva memoria, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso del quale chiede la reiezione.

Si costituisce la controinteressata, Italscavi Costruzioni S.r.l., deducendo – anche con successive quattro memorie – l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso. Propone, altresì, ricorso incidentale, notificato a mezzo p.e.c. in data 20.9.2018, per impugnare i seguenti atti: 1) tutti i verbali di gara, in particolare del verbale n. 15 del 12.6.2018 e del relativo allegato, nella parte in cui la commissione di gara,

all'esito dell'apertura delle offerte economiche dei concorrenti, ha valutato l'offerta della ricorrente principale e ne ha disposto il mantenimento in gara, attribuendole i punteggi e collocandola in graduatoria; 2) tutti gli atti presupposti e, ove occorrer possa, la legge di gara se ritenuta ostativa all'esclusione della società Scarnata Costruzioni. La ricorrente incidentale deduce le seguenti censure: violazione di legge, violazione e falsa applicazione dell'art. 32 comma 14 bis del D.Lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione dei punti 18.1 e 22 del disciplinare di gara, violazione dei principi generali in materia di appalti per mancata esclusione di offerta indeterminata e per disparità di trattamento tra i concorrenti.

Con tre successive memorie, la ricorrente principale ribadisce e precisa le proprie deduzioni e conclusioni, replicando al ricorso incidentale ed alle memorie delle parti resistenti.

Con decreto presidenziale n. 181/2018, viene respinta la domanda cautelare interinale della ricorrente principale.

Con ordinanza n. 219/2018, questa Sezione accoglie la domanda cautelare e dispone la nomina di un consulente tecnico d'ufficio (CTU), nella persona del direttore del Dipartimento di Ingegneria civile dell'Università dell'Aquila.

Con ordinanza collegiale n. 595/2018, viene respinta l'istanza dell'Amministrazione resistente di anticipazione dell'udienza di merito.

Con ordinanza collegiale n. 673/2018, è concessa proroga al consulente tecnico per il deposito della relazione ed è differita la data di udienza.

All'udienza pubblica del 6 marzo 2019, la causa è introitata per la decisione.

II – Il ricorso incidentale è infondato, il ricorso principale è ammissibile e fondato.

III – A dire della ricorrente incidentale, la società Scarnata Costruzioni non potrà mai ambire al bene della vita, cioè all'aggiudicazione, stante l'illegittimità della sua ammissione e del suo mantenimento in gara, in considerazione dell'indeterminatezza della sua offerta. Il punto 22 del disciplinare di gara

stabilisce che “*non sono ammesse le offerte... espresse in modo indeterminato*”. La società Scarnata Costruzioni ha offerto una miglioria relativa al pacchetto di tamponamento (elaborati B.2.a e B.3.a), indicando l'utilizzo del blocco di tamponatura “*poroton*” dello spessore di cm 40, in sostituzione del blocco di laterizio leggero da 30 cm, da applicarsi su 1119,38 mq di superficie, senza tuttavia indicare – a dire della ricorrente incidentale - la relativa lavorazione nel computo metrico non estimativo (allegato all'offerta tecnica) e nel computo metrico estimativo (allegato all'offerta economica). Tale mancata valorizzazione della miglioria integrerebbe un fattore di indeterminatezza dell'offerta economica, nonché del computo metrico dell'offerta tecnica, poiché non consentirebbe di individuare l'effettivo oggetto della prestazione da eseguire, intesa come elemento essenziale dell'offerta e del contratto da stipulare. Inoltre, la proposta miglioria sul pacchetto della muratura di tamponamento, a dire della deducente incidentale, inciderebbe sull'attribuzione di punteggio relativo al miglioramento delle caratteristiche di isolamento termico (criterio B2) ed al miglioramento delle finiture e dei rivestimenti esterni (criterio B3). Infine, la ricorrente incidentale osserva che l'offerta economica della ditta Scarnata Costruzione (pari ad euro 2.420.232,24) superando l'importo posto a base d'asta dell'appalto (euro 2.364.946,62), evidenzierebbe un disallineamento (pari ad euro 55.285,60) tra la valorizzazione dei magisteri che la ditta intende eseguire e l'indicazione del ribasso proposto dalla medesima, la qual cosa renderebbe inattendibile, indeterminata e incompleta l'offerta economica.

IV - Tutte le censure formulate in via incidentale sono inattendibili.

La ricorrente incidentale si riferisce all'asserita assenza dell'indicazione, nell'ambito della miglioria chiamata “pacchetto tamponatura”, contraddistinta dalla tariffa 76A09079A-BIS (proposta in sostituzione della lavorazione contraddistinta dalle tariffe 70A05009d e 71A08002d), mediante sistemazione del laterizio alveolato “*poroton*”, offerto come alternativa al laterizio standard previsto nel progetto esecutivo a base d'asta. Detta fornitura, oltre ad essere prevista in tutti gli

elaborati tecnici dell'offerta migliorativa dell'impresa Scarnata Costruzioni (in particolare, nelle schede tecniche e prestazionali, nonché al capitolo 2, recante “*miglioramento delle caratteristiche termiche dell'edificio, fascicolo relativo al sistema di realizzazione delle pareti verticali*”, dove è iscritta la lavorazione e si specifica la sostituzione del laterizio standard proposto a base di gara col blocco *poroton* di spessore 40 cm, previa indicazione delle quantità necessarie all'appalto), risulta espressamente computata alla voce nr. 38 codice A09079A-BIS del computo metrico estimativo allegato all'offerta economica. Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente incidentale, la Scarnata Costruzioni, nell'ambito della voce nr. 38 codice A09079A-BIS del computo metrico estimativo, ha indicato e valorizzato il prezzo offerto per tale voce, pari ad euro 97,27 al metro quadrato (superiore a quello previsto nella voce 70A05009d del computo metrico posto a base di gara, pari ad euro 59,68, a cui andrebbe sommata la voce 71A08002d di euro 20,90, relativa all'intonaco).

Deve, pertanto, rilevarsi che il computo metrico estimativo allegato all'offerta economica della Scarnata Costruzioni, contiene nell'ambito dell'offerta migliorativa (nr. 38 codice A09079A-BIS) l'indicazione della lavorazione con la relativa quantificazione (97,27 euro), pur mancando la dicitura “*laterizio alveolato poroton*”.

Si deve, in sostanza, tener conto delle seguenti osservazioni e considerazioni: 1) il prezzo complessivo del “pacchetto tamponatura”, offerto in miglioria, è superiore alla somma delle voci delle lavorazioni previste dal computo metrico per la lavorazione a base di gara; 2) il prezzo della lavorazione è coerente con l'analisi dei prezzi depositata nell'offerta economica; 3) la fornitura del mattone è riportata nelle schede tecniche allegate all'offerta; 4) la mancata indicazione della dicitura “*mattone poroton*” rappresenta un mero refuso che non inficia la regolarità del computo metrico presentato dalla ditta Scarnata Costruzioni; 5) deve considerarsi, infine, che nella declaratoria della voce A09079A-BIS, relativa al pacchetto-

tamponatura offerto in migliororia è presente la seguente dicitura “*compreso quant’altro necessario per dare l’opera compiuta a perfetta regola d’arte*”, sicché nella voce può ritenersi compresa la fornitura del mattone. In ragione di quanto evidenziato, non sussistono dubbi sulla tipologia di lavorazione o fornitura e sul relativo prezzo offerto per la migliororia dall’impresa Scarnata Costruzioni.

Il CTU ha rilevato, nella sua perizia, a pagina 30, che nell’elaborato di computo metrico estimativo dell’impresa Scarnata Costruzioni, relativo all’offerta migliorativa, non risulta computata né quantificata la muratura di tompagno. Nondimeno, va detto che dal considerevole incremento d’importo della lavorazione si evince che lo stesso rappresenta il costo complessivo della lavorazione, comprensivo di tutti i magisteri e delle forniture necessari, quali pannello, rasante, collante e mattone, come si rileva dalla documentazione tecnica presente nella stessa offerta tecnica.

Anche se, per ipotesi, detta voce mancasse dai computi presentati dalla ditta Scarnata Costruzioni, da tale lacuna non potrebbe derivare l’indeterminatezza dell’offerta con la conseguente esclusione dell’impresa dalla gara. La giurisprudenza richiamata a supporto delle proprie argomentazioni dalla ricorrente incidentale (T.a.r. Campania Napoli n. 3389/2018) si riferisce al caso, ben differente, in cui a mancare sia il “*computo metrico estimativo relativo all’offerta migliorativa nel suo complesso*”, non già a quello della mancanza di una singola voce del computo relativa alla migliororia. Sullo specifico punto della mancanza di una sola voce del computo metrico estimativo, la giurisprudenza, viceversa, ha avuto modo di osservare che l’omessa inclusione nell’offerta economica del prezzo specificamente riferibile a una “*soluzione tecnica migliorativa*” non comporta sostanziale incertezza in ordine all’entità dell’offerta economica, per cui tale mancanza non conduce *ex se* all’esclusione della concorrente dalla gara (cfr.: Cons. Stato VI, 21.05.2013, n. 2726; idem 24 ottobre 2013, n. 5160). L’asserita mancanza di una voce di prezzo, quand’anche confermata, non può determinare l’esclusione dalla gara dell’offerta dell’impresa concorrente.

Generica e poco comprensibile è la contestazione della ricorrente incidentale in merito alla indicazione nel computo metrico estimativo della ditta Scarnata Costruzioni di un importo maggiore rispetto a quello posto a base d'asta. Sul punto, occorre considerare che proprio il criterio di aggiudicazione prescelto dalla committente prevede e consente di offrire migliori rispetto alle previsioni minime contenute nella progettazione esecutiva posta a base di gara. Pertanto, i concorrenti per ottenere un punteggio "positivo" in base ai criteri previsti nella *lex specialis* (punto 5 del disciplinare di gara), devono offrire "migliorie" rispetto alle caratteristiche minime contenute nel progetto esecutivo posto a base di gara. E' evidente che tali migliorie possano avere un costo maggiore rispetto alle stime delle lavorazioni previste nell'esecutivo a base d'asta e questo costo debba essere quantificato nel computo metrico estimativo allegato all'offerta economica.

Nel caso di specie, il costo complessivo per la Scarnata Costruzioni risulta di entità superiore rispetto a quello contenuto nelle stime della committente, poiché le migliorie offerte determinano un aumento di costo pari ad euro 55.285,60, rispetto al prezzo a base d'asta. E' altresì evidente che il ribasso espresso sullo specifico modulo dalla concorrente Scarnata Costruzioni, pari al 25,20%, è formulato sull'importo a base di gara, senza alcuna offerta in aumento, risultando dunque conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

Con riguardo, infine, alla domanda subordinata di annullamento degli atti di gara, formulata dalla ricorrente incidentale, essa è inammissibile, poiché non supportata da idonea *causa petendi*.

V – Stabilito che l'accertata infondatezza del ricorso incidentale consente un giudizio di ammissibilità del ricorso principale, il Collegio rileva che i motivi del ricorso principale, esaminati alla luce delle risultanze peritali della CTU, sono da ritenersi attendibili e meritevoli di accoglimento.

VI – La ricorrente principale esprime, in sintesi, le seguenti due doglianze: 1) la Scarnata Costruzioni S.r.l. avrebbe dovuto essere dichiarata aggiudicataria della

gara, atteso che la Stazione appaltante ha ritenuto, erroneamente, di valutare la miglioria (o variante) relativa al criterio di aggiudicazione n. 3, quale proposta dall'aggiudicataria Italscavi Costruzioni, sebbene tale miglioria (o variante) implichi la necessità di acquisire ulteriori pareri, ai fini dell'indispensabile cantierabilità del progetto, e ciò sia espressamente vietato dal punto 5 del disciplinare di gara; 2) con riferimento ai criteri nn. 1 e 2, la commissione di gara non ha rilevato che l'offerta tecnica della ditta Italscavi Costruzioni contiene soluzioni tecniche progettuali non migliorative bensì "peggiorative", in quanto determinanti un livello di isolamento inferiore rispetto a quello minimo garantito di cui alla progettazione esecutiva posta a base di gara, di guisa che non vi sarebbero i presupposti per attribuire all'aggiudicataria un punteggio superiore a quello dato alla ricorrente Scarnata Costruzioni, che ha formulato un'offerta tecnica recante un aumento di isolamento termico superiore a quello minimo garantito dal progetto esecutivo di gara ed a quello offerto dalla Italscavi Costruzioni.

VII - Il punto 5 del disciplinare di gara, invero, prevede che l'offerta tecnica "*non può stravolgere il progetto posto a base di gara; pertanto non potranno essere prese in considerazione varianti sostanziali al progetto che comportino l'acquisizione di nuovi pareri*". La perizia del CTU, tenuto conto delle caratteristiche complessive della tettoia proposta dalla Italscavi Costruzioni (dimensioni, peso, dati strutturali, amovibilità, modifica del prospetto) assevera e conferma quanto dedotto nell'atto introduttivo del giudizio, con riguardo all'indispensabile acquisizione di pareri, anzi di veri e propri titoli abilitativi, segnatamente del permesso di costruire per la realizzazione di siffatta struttura di copertura dell'edificio. L'elemento, di fatto, pone la proposta progettuale della Italscavi Costruzioni al di fuori della previsione del disciplinare di gara, a mente della quale non possono essere prese in considerazione proposte che "stravolgano" lo schema progettuale dell'esecutivo a base di gara e prevedano, all'uopo, l'acquisizione di ulteriori pareri.

Il CTU, esaminando il progetto della tettoia di 210 mq di superficie, configurato

dalla ditta Italscavi Costruzioni, ritiene che per la realizzazione di esso sarebbe stata indispensabile non solo l'acquisizione del permesso di costruire, ma anche di un'apposita validazione progettuale, nonché dell'autorizzazione sismica, ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale 9.9.2011 n. 25 (che tuttavia non può essere concretamente richiesta, perché la Regione non ha ancora adottato il regolamento attuativo della legge).

Il CTU rileva nella tettoia, quale proposta dalla progettazione tecnica della ditta Italscavi Costruzioni, le specifiche caratteristiche tecniche che la farebbero rientrare nel *genus* delle migliorie piuttosto che in quello delle varianti intese come “*modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale*”; afferma, cioè, che si tratterebbe non tanto di una variante progettuale quanto di un'offerta tecnica migliorativa. Ciò sulla scorta di un noto orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr.: sentenza n. 2853 del 23 maggio 2018) che ha chiarito la differenza tra “offerte migliorative” e “varianti progettuali”, precisando che le prime consistono in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione, sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni (rimanendo, comunque, preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione), mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale.

La classificazione suggerita dal CTU, invero, è abbastanza discutibile, poiché sembra non del tutto coerente con altre affermazioni contenute nell'analisi peritale, né del tutto conforme alla tassonomia indicata nella citata pronuncia del Consiglio di Stato. È lo stesso CTU ad affermare, a pagina 25 della perizia che la progettazione esecutiva della tettoia *de qua* necessiterebbe di una validazione, ex art. 26, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016. È lo stesso CTU ad affermare, a pagina 21 della perizia, che la detta tettoia, ai fini della normativa di prevenzione sismica (art. 4, comma 3, L.R. 9.9.2011 n. 25) non è una semplice modifica architettonica ma

deve essere considerata *nuova costruzione* e, come tale, dovrebbe essere assoggettata ad autorizzazione sismica (anche se nel Molise ciò non avviene per mancanza del regolamento attuativo della L.R. n. 25/2011). Ed è lo stesso CTU ad affermare, a pagina 25 della perizia, che la tettoia in argomento è da ritenersi nuovo elemento strutturale, per il quale sarebbe richiesta - e tuttavia manca - una progettazione strutturale e una verifica degli elementi (travi, pilastri, isolatori), in assenza delle quali, prescindendo dalle lacune della normativa regionale molisana, è rilevabile, comunque, una “*violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica*” - che andrebbe a integrare il carattere di “*variazione essenziale del progetto*” di cui all’art. 32, comma 1 lett. e), del Testo unico dell’edilizia (D.P.R. n. 380/2001). Per le medesime ragioni e per il fatto che la tettoia modifica il prospetto dell’edificio, è altresì rilevabile un “*mutamento delle caratteristiche dell’intervento edilizio assentito*”, ex art. 32, comma 1 lett. d) dello stesso Testo unico, che fa dell’intervento proposto una variante essenziale.

Dal punto di vista tipologico, si evidenzia che la tettoia proposta dalla ditta controinteressata, oltre a determinare una modifica del prospetto, per cui necessita del permesso di costruire (pag. 4 – 9 elaborato peritale CTU), costituisce nuova costruzione (pag. 9 e 21 elaborato peritale CTU). Dal punto di vista strutturale, si evidenzia che la tettoia introduce elementi strutturali non presenti nel progetto originario (pag. 22 e 23 elaborato peritale CTU), rispetto ai quali lo stesso CTU ritiene necessaria “*una progettazione strutturale della tettoia stessa, oltre che una verifica degli elementi strutturali (isolatori, travi e pilastri) dell’edificio originario all’incremento delle sollecitazioni statiche e dinamiche indotte dalla presenza della tettoia*”, tutti elementi che indicano una consistente e, dunque, inammissibile modifica strutturale del progetto esecutivo posto a base di gara.

Ad ogni buon conto, nel caso di specie, la distinzione tra *migliorie* e *varianti* è da ritenersi recessiva se non proprio inconferente, rispetto al limite di “non stravolgimento” del progetto esecutivo a base di gara. La circostanza che la caratteristica progettuale della copertura sia già definita nel progetto esecutivo

posto in gara, unitamente alla circostanza che il disciplinare di gara escluda in radice la possibilità di ricorrere a soluzioni che necessitino di acquisizione di ulteriori pareri, porta a concludere che il progetto proposto dall'aggiudicataria (miglioria o variante che sia) non sia conforme al disciplinare di gara.

Il disciplinare non è chiuso alla possibilità che si formulino proposte progettuali diverse dall'esecutivo a base di gara ma intende prevenire il rischio che il progetto proposto sia così difforme da comportare una fase di nuova valutazione tecnica e urbanistica del progetto. La *ratio* della disposizione del disciplinare di gara, allora, non è tanto quella di impedire le migliorie ovvero le varianti, ma è quella di impedire che la rielaborazione del progetto comporti un ulteriore *iter* procedimentale complesso di valutazioni del progetto da realizzare. Ciò che rileva non è il *nomen juris*, non è quindi la qualificazione formale della proposta progettuale come variante o come miglioria, bensì il fatto che per essa sia necessario rivolgersi alle competenti autorità di vigilanza per ottenere nuove valutazioni, pareri, permessi, affrontandosi così i rischi di rallentamenti o impedimenti alla realizzazione dell'opera. Ne consegue che l'elemento differenziale tra uno "stravolgimento" del progetto e una modifica progettuale compatibile è costituito non dall'incerta distinzione tra migliorie e varianti, bensì dal discrimine tra interventi liberamente eseguibili e interventi soggetti a speciali valutazioni, pareri, istruttorie o nuove determinazioni delle autorità competenti.

Ad ogni modo, quand'anche la miglioria così proposta fosse stata ammissibile, la proposta tettoia non avrebbe potuto rientrare nel novero delle "*opere aggiuntive valutabili*", di cui all'art. 95, comma 14-bis, del D.Lgs. n. 50/2016, stante il dettato della norma, a tenore della quale "*14-bis. In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 (offerta economicamente più vantaggiosa), le Stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta*".

La Stazione appaltante ha ritenuto, erroneamente, di valutare come miglioria la

tettoia proposta dall'aggiudicataria, sebbene per quest'ultima fosse necessario acquisire ulteriori pareri, ai fini dell'indispensabile cantierabilità, e lo ha fatto in palese violazione del divieto recato dalla disciplina di gara. Inoltre, la stessa Stazione appaltante ha attribuito, per la detta copertura, un maggiore punteggio alla Italscavi Costruzioni rispetto alla Scarnata Costruzioni, pur trattandosi di opera aggiuntiva non valutabile, a tenore della citata normativa dell'art. 95, comma 14-bis, del D.Lgs. n. 50/2016.

VIII – Risulta, altresì, verificato, alla luce della menzionata perizia del CTU, che, con riferimento ai criteri di aggiudicazione nn. 1 e 2, la commissione di gara non ha rilevato né considerato che l'offerta tecnica della ditta Italscavi Costruzioni contiene soluzioni tecniche tutt'altro che migliorative, in quanto propone soluzioni progettuali che determinano un livello di isolamento inferiore rispetto a quello "minimo" garantito dalla progettazione esecutiva posta a base di gara, di guisa che mai si sarebbe dovuto attribuire all'aggiudicataria un punteggio superiore a quello della ricorrente Scarnata Costruzioni, che ha formulato un'offerta tecnica recante un più consistente aumento dell'isolamento termico.

Il CTU ha osservato che il livello di isolamento termico effettivamente garantito dalle soluzioni proposte dalla Italscavi Costruzioni risulta inferiore a quello dichiarato dalla stessa ditta, nelle proprie relazioni tecniche. In particolare, per l'isolamento termico della copertura, rispetto al dichiarato miglioramento del 38% sul pacchetto posto a base di gara, il CTU ha rilevato non un miglioramento, bensì un peggioramento nella misura dello 0,66% rispetto al livello minimo posto a base di gara. Emerge dai dati della perizia del CTU che l'offerta tecnica prodotta dall'aggiudicataria non rispetti i requisiti tecnici minimi prescritti dalla "*lex specialis*" risultando, quindi, peggiorativa rispetto allo stato di progetto (cfr.: elaborato peritale pag. 28). Ciò mette in parentesi la plausibilità dell'attribuzione di un elevato punteggio per il miglioramento delle caratteristiche di isolamento termico della ditta Italscavi Costruzioni.

Si deve considerare, a tal riguardo, che il progetto esecutivo posto a base d'asta

imponere che i concorrenti dovessero garantire prestazioni minime relativamente agli orizzontamenti di copertura dell'immobile, realizzando le seguenti misure tecniche: a) un doppio strato di guaina elastomerica in polimero (-25°C) per la creazione dello strato impermeabile di sicurezza, in caso di infiltrazione dalla copertura metallica; b) una lamiera metallica autoportante fissata a piedini regolabili in altezza, a formare le pendenze di scolo delle acque nei pluviali; c) un isolamento termico realizzato a contatto con il solaio di copertura eseguito con pannelli rigidi in materiale isolante costituiti da polistirene espanso estruso con sola aria nelle celle con conduttività termica con spessore variabile da 5 cm a 35 cm per consentire la creazione delle pendenze (si evidenzia una media ponderata sulle superfici a spessore crescente di spessore di isolamento pari a 20,3 cm). Nonostante la chiarezza e la puntualità delle suddette prescrizioni tecniche minime, la Italscavi Costruzioni - discostandosi da esse - ha offerto uno spessore dell'isolamento pari a 14 cm, quindi inferiore a quello posto a base di gara, prevedendo, inoltre, l'applicazione della guaina impermeabile ed eliminando totalmente la copertura metallica. A fronte delle suddette discordanze rispetto alle prescrizioni minime contenute nel progetto esecutivo, che si concretano in varianti tecnologiche peggiorative, la Italscavi Costruzioni avrebbe dovuto quantomeno ricevere un punteggio di offerta tecnica di molto inferiore.

IX – Per le ragioni sin qui esposte, l'esclusione del progetto dell'aggiudicataria controinteressata, per violazione del disciplinare di gara e per inadeguatezza, appare più confacente al caso di specie, considerato che, per pacifico orientamento giurisprudenziale, *“le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla Stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto”* (cfr.: Cons. Stato III,

21.10.2015; idem I, 1.7.2015, n. 3275; idem V, 17.2.2016, n. 633; idem III, 21.10.2015, n. 4804; T.a.r. Marche I, 17.11.2017, n. 86). Nondimeno, se pur si volesse giungere alla conclusione di non dover escludere l'offerta della Italscavi Costruzioni dalla gara, si dovrebbe, comunque, ammettere che, tenuto conto della non valutabilità, ai sensi dell'art. 95, comma 14-bis dell'opera aggiuntiva proposta (tettoia – criterio 3), nonché delle oggettive e misurabili minori *performance* complessive dell'isolamento termico rispetto a quelle della Scarnata Costruzioni (relative al criterio n. 2), l'aggiudicataria non avrebbe potuto mai ottenere un punteggio superiore a quello attribuito dalla commissione alla Scarnata Costruzioni, considerata peraltro la lieve entità del divario di punteggi tra la prima e la seconda classificata (54,83/65 e 50/65 punti).

In ragione dei manifesti errori nella valutazione delle offerte tecniche, confermati dalle osservazioni del CTU (come la mancanza dei dati, nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria per calcolare la trasmittanza degli infissi e il peggioramento rispetto allo stato di progetto degli orizzontamenti di copertura proposti dalla stessa), il giudizio tecnico espresso dalla commissione di gara, valutato *ab extrinseco* ma con riguardo ai contenuti interni evidenziati mediante la perizia del CTU, risulta viziato da profili di irragionevolezza e da errori di fatto ed è, pertanto, inattendibile, tenuto peraltro conto che, nella specie, i criteri di valutazione delle offerte tecniche indicati e prescritti dalla *lex specialis* erano obiettivi ed offrivano ridotti margini di apprezzamento discrezionale (cfr.: Cons. Stato IV, 11.10.2017 n. 4706).

X – In conclusione, il ricorso incidentale deve essere respinto e il ricorso principale deve essere accolto, con la conseguenza dell'annullamento, *in parte qua*, degli atti impugnati e dell'accertato diritto della ricorrente ditta all'aggiudicazione della gara di appalto oggetto di giudizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la Provincia di Campobasso e la ditta Italscavi Costruzioni.

XI - Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da

dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara infondato il ricorso incidentale e accoglie il ricorso principale, per l'effetto annullando, *in parte qua*, gli atti impugnati.

Dichiara, pertanto, il diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara di appalto oggetto di giudizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la Provincia di Campobasso e la ditta Italscavi Costruzioni.

Condanna l'Amministrazione resistente e la ditta controinteressata, in solido tra loro, a rifondere le spese di giudizio sostenute dalla ricorrente, liquidate in euro 3.000,00, oltre Iva, c.p.a. e rimborso del contributo unificato.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese della perizia di CTU, da liquidarsi con separato decreto.

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

Così deciso in Campobasso, nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2019, con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore

Rita Luce, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Orazio Ciliberti

IL PRESIDENTE

Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO

