



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1522 del 2012, proposto da:
E.Ma.Pri.Ce. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rosalia Jevolella Zambon, Sebastiano Artale e Giuliano Neri, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Venezia, S. Marco, 4325;

contro

Provincia di Treviso, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Botteon, Antonio Sartori e Mario Feltrin, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

nei confronti di

Brussi Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Carfagna, con domicilio eletto presso Margherita Bonifacio in Venezia, S. Croce 312/A - Fondamenta Rizzzi;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della determinazione del dirigente del settore “Nuova viabilità” della Provincia di Treviso n. 3144/2012 del 19.9.2012, con la quale sono stati approvati i verbali della gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di realizzazione della variante alla s.p. 38 “F. Fabbri” nei comuni di Susegana, S. Pietro di Feletto e Conegliano in località Parè, e disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata;
- della nota prot. n. 105896 del 25.9.2012;
- della nota prot. n. 106228 del 26.9.2012;
- di tutti i verbali della commissione di gara;
- della nota prot. n. 82056 del 19.7.2012;
- della nota prot. n. 116802 del 22.10.2012;
- nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Treviso e di Brussi Costruzioni s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Brussi Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Carfagna, Alfredo Biagini, Oliver Cristante, con domicilio eletto presso Margherita Bonifacio in Venezia, S. Croce 312/A - Fondamenta Rizzi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2013 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto di ricorso (n.r.g. 1522/12) notificato il 25.10.2012 e depositato il successivo 30.10.2012, E.Ma.Pri.Ce. s.p.a. ha adito l'intestato Tribunale per

chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, concernenti la procedura di evidenza pubblica indetta dalla Provincia di Treviso con bando in data 28 febbraio 2012, per l'affidamento dei lavori di *“Realizzazione della variante alla SP 38 <<F. Fabbri>> nei Comuni di Susegana, San Pietro di Feletto e Conegliano in località Paré”* per un importo a base d'asta di € 6.146.564,54.

Espone di aver partecipato alla suddetta procedura di gara all'esito della quale si è classificata al secondo posto della graduatoria di merito dopo la società aggiudicataria dei lavori Brussi Costruzioni s.r.l..

Asserisce che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver proposto varianti progettuali concernenti la struttura dei ponti facenti parte dell'opera viaria in esame, non contemplate nel progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante.

Nello specifico la ricorrente ha proposto le seguenti doglianze:

I. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara: art. 17 del bando; clausole di cui alle pagg. 14-16 e alla lettera e) delle “disposizioni varie” a pag 23 del disciplinare in relazione all'art. 756 del d.lgs. 163/06 – Eccesso di potere: travisamento, illogicità, difetto dei presupposti, contraddittorietà manifesta anche con riguardo agli atti presupposti della procedura di gara, carenza assoluta di istruttoria e motivazione; perplessità – Violazione di legge: artt. 142 e 146 del d.lgs. 42/2004, art. 76, in particolare commi 2 e 4 del d.lgs. 163/06.

Afferma, a tale riguardo, che la società aggiudicataria avrebbe proposto delle varianti progettuali non consentite dal disciplinare di gara in quanto recanti modalità strutturali, architettoniche e materiali in larga parte differenti da quelli prescelti dalla stazione appaltante.

II. Violazione di legge: art. 119 del d.P.R. n. 207/2010; violazione della legge di gara: art. 3 (oggetto della gara) e allegati (progetto esecutivo e computo metrico) – Eccesso di potere: travisamento, illogicità, carenza di istruttoria e motivazione; violazione del principio di parità di condizioni e trattamento dei concorrenti.

Riferisce, in proposito, che la scelta contenuta nell'offerta aggiudicataria di mutare il progetto esecutivo posto a base di gara nella parte in cui prevede tre attraversamenti di alcuni corsi d'acqua, avrebbe comportato un'illegittima riduzione delle quantità di acciaio previste nel progetto stesso.

La Provincia di Treviso si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, contestando le censure *ex adverso* svolte e concludendo per la reiezione delle domande avanzate dalla ricorrente.

Si è, altresì, costituita in giudizio la società controinteressata la quale ha presentato ricorso incidentale avverso i verbali di gara nella parte in cui dichiarano ammissibile l'offerta presentata dalla ricorrente principale collocandola seconda nella graduatoria di merito.

Con ordinanza n. 7027/2012 il Collegio ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente principale ravvisando, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, i presupposti per il suo accoglimento.

In prossimità dell'udienza di merito, tutte le parti hanno depositato memorie di replica e controreplica.

Alla pubblica udienza del giorno 28 marzo 2013, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il presente gravame viene in contestazione la legittimità delle varianti progettuali proposte dalla società aggiudicataria della gara bandita dalla Provincia di Treviso per l'affidamento dei lavori di "*Realizzazione della variante alla SP 38 <<F. Fabbri>> nei Comuni di Susegana, San Pietro di Feletto e Conegliano in località Paré*" per un importo a base d'asta di € 6.146.564,54.

Preliminarmente il Collegio deve passare in esame il ricorso incidentale con cui la contro interessata ha impugnato i verbali di gara nella parte in cui dichiarano

ammissibile l'offerta presentata dalla ricorrente principale collocatasi al secondo posto della graduatoria di merito.

A tale riguardo, va anzitutto respinta l'eccezione d'inaammissibilità per carenza d'interesse, con cui si asserisce che E.Ma.Pri.Ce. s.p.a. non sarebbe in grado di dimostrare che l'espunzione della variante proposta dalla società aggiudicataria nell'ambito del progetto esecutivo posto a base di gara, avrebbe comportato una riduzione del punteggio conseguito da quest'ultima tale da farle perdere la posizione di prima graduata, atteso che con l'atto introduttivo del presente gravame si deduce che tale variante avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'offerta vincitrice.

Deve, altresì, essere respinto il primo motivo di ricorso incidentale con cui si afferma che l'offerta economica presentata dalla ricorrente principale avrebbe diminuito la quantità di acciaio prevista dal computo metrico estimativo della Provincia di Treviso al di fuori delle varianti consentite dal bando di gara, essendo invero tale facoltà espressamente contemplata dall'art. 119 del d.P.R. 207/2010 il quale consente al concorrente di *“integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive (...), rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale nonché negli altri documenti che è previsto facciano parte integrante del contratto”*.

Parimenti infondato, è il secondo motivo di ricorso incidentale con cui si lamenta la presentazione da parte della ricorrente principale di una variante progettuale concernente la realizzazione di passarelle ciclopedonali, che richiederebbe per essere eseguita un nuovo pronunciamento della Soprintendenza, atteso che tale soluzione, proposta anche dalla contro interessata Brussi s.r.l., risulta conforme alla disposizione di cui all'art. 17 del bando nella parte in cui prevede la possibilità di proporre *“opere aggiuntive finalizzate al completamento funzionale della viabilità minore (...), nonché finalizzate alla sicurezza della viabilità carraiata e ciclopedonale”*, le quali sono passibili

di essere sottoposte al successivo parere favorevole della Soprintendenza solo in caso di aggiudicazione dei lavori oggetto di gara.

Non meritevole di accoglimento è anche la successiva doglianza con cui la controinteressata deduce nei confronti di E.Ma.Pri.Ce. s.p.a. la violazione della normativa in materia di barriere stradali di sicurezza di cui al d.m. 21 giugno 2004, per mancata previsione da parte di quest'ultima di un dispositivo di ritenuta e di sicurezza stradale ai lati della duna in terra rinforzata posta a margine della carreggiata stradale, atteso che nessuna disposizione del menzionato decreto ministeriale impone al costruttore di predisporre barriere di sicurezza stradale a protezione di opere intrinsecamente deformabili (e quindi idonee ad attutire l'eventuale impatto con i veicoli) come le dune in terra rinforzata previste, in luogo dei muri di sostegno in cemento armato, nell'offerta presentata dalla ricorrente principale.

Deve, infine, essere respinto l'ultimo motivo di ricorso incidentale con cui si lamenta che nell'offerta di E.Ma.Pri.Ce. s.p.a., sarebbero stati proposti percorsi ciclopeditoni ulteriori rispetto a quelli previsti nel progetto esecutivo, con ingiustificata riduzione dei volumi d'invaso in esso previsti, posto che tale soluzione non incide sulla invarianza idraulica complessiva dell'opera, essendo stata contemplata la compensazione dei volumi dei fossati modificati per l'inserimento del nuovo percorso ciclopeditono, con pari volumi dislocati lungo lo sviluppo dell'opera stessa.

Appurata, pertanto, l'infondatezza delle censure esposte nel ricorso incidentale, si può passare in esame il ricorso principale il quale va accolto con riferimento al primo motivo di doglianza, con cui E.Ma.Pri.Ce. s.p.a. lamenta la mancata esclusione della società aggiudicataria avendo quest'ultima proposto, in violazione del principio di *par condicio* dei partecipanti alla procedura di evidenza pubblica, una

variante sostanziale al progetto esecutivo predisposto dall'Amministrazione appaltante.

Giova rilevare in proposito che l'art. 17 del bando di gara ha previsto, ai fini dell'attribuzione dei punteggi concernenti gli elementi qualitativi dell'offerta, la possibilità di proporre varianti al progetto predisposto dall'Amministrazione provinciale, *“con i limiti previsti dal disciplinare”*.

A norma del predetto disciplinare, le variazioni progettuali consentite al progetto esecutivo riguardano le seguenti componenti: *“3) organizzazione del cantiere, finalizzata a ridurre le interferenze con la rete viaria esistente, i tempi di interruzione/riduzione della carreggiata della SP 38, SS13 e via Einaudi e finalizzata, altresì, a ridurre i disagi nella zona industriale di S. Pietro di Feletto e all'abitato di Parè; 4) opere aggiuntive finalizzate al completamento funzionale della viabilità minore interessante le zone a nord-ovest e a sud-est di Via Einaudi, nonché finalizzate alla sicurezza della viabilità carraia e ciclopedonale della predetta zona; 5) opere migliorative all'impianto di illuminazione pubblica finalizzate al risparmio energetico, nonché opere migliorative atte ad aumentare la sicurezza negli attraversamenti pedonali e nei percorsi dedicati; 6) opere migliorative riguardanti la mitigazione ambientale e la mitigazione acustica lungo il tracciato; 7) soluzioni migliorative atte a ridurre la pericolosità nell'attraversamento del sottopasso in prossimità del torrente Valbona; 8) opere migliorative sul pacchetto stradale finalizzate ad aumentare la capacità portante, fono assorbente ed a migliorare le caratteristiche della superficie di scorrimento nonché finalizzate alla riduzione degli oneri di manutenzione durante il ciclo di vita del prodotto; 9) possibilità di realizzazione dei rilevati con aumento delle capacità portanti e con minor uso dei materiali di cava con conseguente minor movimento di mezzi in modo da aumentare il rispetto dell'ambiente”* (cfr. art. 17 del bando e pagg. 14-16 del disciplinare).

Ad avviso del Collegio siffatta previsione, ancorché non sia stata espressamente presidiata dalla sanzione dell'esclusione dalla gara, deve comunque essere intesa, sul piano logico-formale, nel senso che la proposizione di varianti non

tassativamente contemplate nell'elenco predisposto dalla stazione appaltante debba necessariamente comportare l'esclusione dalla competizione del concorrente che non si sia uniformata alle prescrizioni contenute nel bando.

Sarebbe, infatti, *inutiliter data* l'espressa elencazione nel disciplinare di gara delle varianti proponibili, se in caso di presentazione di varianti diverse da quelle contemplate nella *lex specialis* la commissione non escludesse l'impresa che le abbia proposte, e ciò per la decisiva considerazione che è stata la stessa stazione appaltante ad autovincolarsi valutando *ex ante* che l'opera sia realizzata con le precise caratteristiche definite in sede di progettazione esecutiva (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 settembre 2008, n. 2090).

Ed invero, ammettere che la commissione possa derogare *ex post* a quanto stabilito nel bando e nel disciplinare di gara, equivarrebbe a consentire un'inammissibile violazione del principio dell'affidamento e della *par condicio*, avuto riguardo ai concorrenti che invece si sono attenuti alle prescrizioni del bando formulando un'offerta conforme alle previsioni del progetto esecutivo (*ex multis*, T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 novembre 2009, n. 2553).

Orbene, rileva il Collegio che nel caso in esame la società aggiudicataria ha proposto, nell'ambito delle “*opere migliorative riguardanti la mitigazione ambientale e la mitigazione acustica lungo il tracciato*” (cfr. criterio n. 6), di costruire i tre ponti facenti parte dell'opera viaria in questione con modalità strutturali differenti da quelle contemplate nel progetto esecutivo posto a base di gara, prevedendo la loro realizzazione in “*struttura metallica composta da travi longitudinali laterali sagomate ad arco anziché travi a sezione costante*” (cfr., verbale n. 6, seduta riservata del 6 luglio 2012).

Alla luce delle richiamate coordinate giurisprudenziali tale soluzione progettuale avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione dalla gara dell'offerta vincitrice in considerazione del fatto che, oltre a determinare una diversa e inammissibile configurazione dei ponti facenti parte dell'opera viaria in questione, ha consentito

una cospicua riduzione delle quantità di acciaio (circa 200.000,00 Kg) previste dal progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante permettendo così alla società controinteressata di giovare di una artificiosa riduzione dei costi, e di alterare l'esito della procedura in violazione del richiamato principio di *par condicio* dei partecipanti alla selezione (cfr. Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743; Cons. St., sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481).

Tanto basta ad accogliere il ricorso principale con assorbimento delle ulteriori censure proposte.

In considerazione della complessità della fattispecie controversa si ravvisano giustificati motivi per compensare, tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale.

Compensa integralmente tra le parti in causa e spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2013

IL SEGRETARIO

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