

Publicato il 04/07/2024

N. 01099/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01537/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1537 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Appalto Semplice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9611885A6B, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Lucisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Cosenza, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Leporace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Condotte S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Crescenzo Santuori e Raffaele Ruocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cosmo S.r.l., Paf S.r.l., Consorzio Stabile Medil S.c.a r.l., Consorzio Stabile Olimpia, Consorzio Fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Cons. Coop, Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

- della delibera del Commissario Straordinario del Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino del 14 settembre 2023, n. 3, avente a oggetto *“Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 2 Componente 4 (M2C4) – “Investimento 4.3. – Investimenti nella resilienza dell’agrosistema irriguo per una migliore gestione delle risorse idriche” – Progetto esecutivo: “interventi di miglioramento ed adeguamento dei sistemi di adduzione e delle reti di distribuzione del sistema irriguo consortile Mucone”. CUP: E47J21000030006 – CIG: 9611885A6B. Presa d’atto operato della Commissione di gara ed aggiudicazione dell’appalto”*;

- della comunicazione di aggiudicazione dell’appalto del 14 settembre 2023, avente prot. n. 4703;

- del verbale di verifica delle giustificazioni dell’offerta anomala;

- di ogni atto preordinato e consequenziale;

e per il risarcimento del danno;

con i motivi aggiunti:

- del contratto d’appalto sottoscritto dal Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino con RTI da costituirsi di tipo misto tra Condotte S.r.l. (capogruppo), Cosmo S.r.l. (mandante)- PAF S.r.l. (mandante), in data 28 dicembre 2023.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Cosenza, del Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino e di Condotte S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2024 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Avendo partecipato alla gara per l'assegnazione dell'appalto per la realizzazione interventi di miglioramento e adeguamento dei sistemi di adduzione e delle reti di distribuzione del sistema irriguo consortile Mucone, bandito dalla Provincia di Cosenza per conto del Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino, Appalto Semplice S.r.l. ne ha contestato gli esiti d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale.

In particolare, pur avendo proposto, secondo la valutazione della commissione valutatrice, l'offerta economicamente più vantaggiosa, Appalto Semplice S.r.l., all'esito della valutazione della congruità dell'offerta – risultata anomala – da parte del responsabile unico del procedimento, era stata esclusa dalla procedura.

Ciò perché, in sostituzione delle tubature vetuste in cemento, aveva proposto di installare non già delle tubature in polietilene, per come previsto nel progetto esecutivo, bensì delle tubature in PVC-A. Ciò è stato ritenuto, dal responsabile unico del procedimento, un'inammissibile variante al progetto.

Inoltre, le giustificazioni del ribasso del prezzo offerto non sono state ritenute, dal medesimo RUP, valide e pertinenti in relazione alla struttura organizzativa dell'offerente e compatibili con la tipologia di servizi offerti in appalto.

Con la delibera meglio indicata in oggetto, e oggetto di impugnativa, quindi, il Commissario straordinario del Consorzio aveva aggiudicato la gara ad altro

operatore economico, e cioè al RTI di tipo misto in corso di costituzione ad opera di Condotte S.r.l. (capogruppo), Cosmo S.r.l. e PAF S.r.l.(mandanti)

2. – Appalto Semplice S.r.l. ha lamentato, con il primo motivo, l'incompetenza del responsabile unico del procedimento, in capo al quale difetterebbe l'attribuzione del potere di ricusare l'offerta della ricorrente, già valutata sul piano tecnico dalla commissione valutatrice. In sostanza, il responsabile non avrebbe potuto qualificare come variante al progetto posto a base della gara una caratteristica (l'uso di tubazioni in PVC-A) che la commissione valutatrice non ha considerato tale, e che anzi ha valutato quale miglioria.

Con il secondo motivo, è stato affermato che la mancata anticipazione, alla società ricorrente, della possibile valutazione dell'offerta in termini di variante al progetto, con conseguente mancato coinvolgimento endoprocedimentale, rappresenterebbe una violazione dei principi di partecipazione.

Con il terzo e il quarto motivo la ricorrente censura la condotta del responsabile unico del procedimento in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, perché, anziché procedere ad una valutazione globale e sintetica della congruità dell'offerta, egli ha ripetutamente richiesto documentazione e integrazioni. Ma, principalmente, la ricorrente si duole dell'insufficienza e, comunque, dell'illogicità della motivazione con cui l'offerta economica è stata ritenuta non congrua, benché redatta in conformità con il prezzario regionale.

Ancora, nella seconda parte del terzo motivo deduce che sarebbe errato ritenere che l'uso di tubature in PVC-A rappresenti un'inammissibile variante, posto che l'uso del diverso materiale non determinerebbe alcuna variazione strutturale, giacché le caratteristiche meccaniche e geometriche dei due materiali, a parità di condizioni al contorno, si possono considerare equivalenti, anche per quanto concerne i valori di sovrappressione generati in caso di manovre di brusca chiusura/apertura di organo di sezionamento.

Sulla base dei motivi sin qui illustrati, Appalto Semplice S.r.l. ha quindi domandato l'annullamento della determinazione conclusiva della gara e il

risarcimento del danno.

3. – Si è costituito per resistere il Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino, il quale ha difeso la correttezza della procedura seguita, evidenziando come il RUP abbia svolto con il necessario approfondimento le verifiche di sua competenza, giungendo a una valutazione di inattendibilità e incongruità dell'offerta della ricorrente, che non è sindacabile se non nei limiti della palese illogicità e irragionevolezza, nella specie non sussistenti.

Simili argomentazioni ha speso la Provincia di Cosenza, anch'essa costituitasi in giudizio.

4. – Condotte S.r.l., costituitasi in proprio e quale mandataria del costituendo RTI ha non solo argomentato circa la correttezza dell'esclusione della società ricorrente, ma ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti di gara, nella parte in cui la stazione appaltante non ha disposto l'esclusione della Società ricorrente: *a)* tanto per l'irregolarità dell'offerta, formulata in violazione delle specifiche tecniche e recante una variante in contrasto con le caratteristiche minime previste dal progetto, tal che già la commissione valutatrice avrebbe dovuto disporre tale esclusione; *b)* tanto per ragioni di insostenibilità e inaffidabilità dell'offerta economica, non evidenziate dal RUP nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

5. – Il Tribunale ha disposto l'integrazione del contraddittorio con il Ministero dell'Agricoltura e della Sovranità Alimentare, trattandosi di intervento finanziato con i fondi del PNRR.

Quindi, dopo che la società ricorrente ha proposto, con motivi aggiunti, domanda di annullamento anche del contratto nelle more stipulato, all'udienza pubblica del 26 giugno 2024 il Tribunale Amministrativo Regionale ha riservato la decisione.

7. – Parte ricorrente ha domandato il differimento della decisione sul ricorso in attesa di definizione dell'appello interposto avverso sentenza pronunciata in giudizio sovrapponibile al presente.

Il rinvio non può essere concesso alla luce delle esigenze di celerità che connotano il contenzioso sugli appalti pubblici, in particolare ove finanziati, come nel caso di specie, con fondi PNRR.

8. – Va osservato, preliminarmente, che appare logicamente prioritario l'esame del primo motivo del ricorso incidentale, con il quale si deduce l'illegittimità dell'operato della commissione valutatrice, che non avrebbe rilevato l'inammissibilità dell'offerta tecnica presentata da Appalto Semplice S.r.l.

Infatti, se tale censura si dimostrasse fondata, e si accertasse pertanto che la società ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara già in sede di valutazione dell'offerta tecnica, essa non avrebbe interesse all'esame dei motivi di ricorso principale.

Tali motivi, invero, sono incentrati esclusivamente sulla contestazione della legittimità dell'esclusione successivamente deliberata dal responsabile del procedimento, di cui si deduce l'incompetenza in favore – appunto – della commissione valutatrice, per ragioni in parte sovrapponibili a quelle fatte valere con il ricorso incidentale.

9. – Il ricorso incidentale è fondato nei termini che seguono.

9.1. – Il progetto esecutivo posto alla base della gara è corredato da una relazione idraulica e da una relazione sui materiali.

Nella relazione idraulica si legge che la sostituzione delle preesistenti condotte in cemento sarà effettuata *«utilizzando una condotta in polietilene, mantenendo le medesime caratteristiche dimensionali»*.

La relazione presenta alcuni calcoli e simulazioni relativi alle soluzioni progettuali scelte, i quali sono effettuati tenendo conto del materiale (polietilene) con cui verranno sostituite le condotte in cemento.

La relazione sui materiali è intesa proprio a individuare i materiali da usare per la sostituzione delle condotte, individuando il polietilene come materiale che, *«oltre a garantire ottima tenuta, si adatta in genere molto bene alle deformazioni dovute ai naturali movimenti del terreno»*, consentendo così di *«inalterate le livellette e le sezioni di deflusso, consente inoltre grazie alla sua tenacità resistenza agli urti e alle basse*

temperature, resistenza alla corrosione anche in presenza di correnti vaganti, ridotte perdite di carico grazie ad una superficie liscia ed alla bassa scabrezza del materiale che impedisce l'insorgere di incrostazioni».

La relazione contiene un'ampia analisi dei pregi, e anche dei difetti, del materiale prescelto ai fini della sostituzione delle condutture.

9.2. – In questa sede contenziosa le scelte tecniche dell'amministrazioni non sono sindacabili, giacché l'impugnazione non riguarda la *lex specialis* di gara, di cui il progetto esecutivo è parte integrante.

Dunque, non occorre verificare se le condotte in PVC-A siano idonee alla realizzazione di impianti di distribuzione dell'acqua.

Ciò che conta, a parere del Tribunale, è che l'amministrazione ha operato una consapevole opzione per il polietilene quale materiale per la sostituzione delle obsolete condotte in cemento.

9.3. – Assumendo questa prospettiva, risulta allora evidente che l'offerta tecnica di Appalto Semplice S.r.l. rappresenta una vera e propria variante al progetto esecutivo posto a base della gara.

Si ricordi, in proposito, come la giurisprudenza abbia chiarito che *«il discrimine tra una variante inammissibile ed una miglioria ammessa non può essere affidato a una autonoma valutazione giudiziale dei bisogni che l'Amministrazione intende soddisfare con l'indizione della procedura di gara, dal momento che le clausole del bando sono di stretta interpretazione e la lex specialis vincola non solo i concorrenti ma anche la stazione appaltante, che non ha alcun margine di discrezionalità nella sua concreta attuazione, non potendo disapplicare le regole ivi contenute nemmeno qualora esse risultino formulate in modo inopportuno o incongruo, potendo nel caso, semmai, ricorrere all'autotutela; nell'individuare tale discrimine si deve pertanto far riferimento ai criteri più volte enunciati in giurisprudenza e precisamente: le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si*

sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante» (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2021, n. 7602; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2021, n. 1080).

È chiaro che nello specifico appalto oggetto del contendere, la scelta del materiale delle tubature non rappresenta un aspetto tecnico lasciato aperto dalla legge di gara a diverse soluzioni, ma rappresenta una precisa scelta progettuale da parte dell'amministrazione.

La società ricorrente, avendo presentato un'offerta in variante, rispetto alle consapevoli scelte progettuali dell'amministrazione, doveva essere esclusa dalla gara sin dal momento della valutazione della qualità della sua offerta tecnica.

10. – L'accoglimento, nei termini illustrati, del ricorso incidentale rende improcedibile, come già illustrato, il ricorso principale.

Il ricorso incidentale va quindi accolto, con assorbimento di ogni ulteriore questione.

11. – La regolamentazione delle spese di lite segue il principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in accoglimento del ricorso incidentale proposto da Condotte S.r.l., dichiara improcedibile il ricorso principale.

Condanna Appalto Semplice S.r.l. alla rifusione, in favore della Provincia di Cosenza e del Consorzio di Bonifica Integrale dei Bacini Meridionali del Cosentino, delle spese e competenze di lite, che liquida nella somma di € 8.000,00 per ciascuno, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

Condanna Appalto Semplice S.r.l. alla rifusione, in favore della Condotte S.r.l., delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 12.000,00, oltre

al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere, Estensore

Vittorio Carchedi, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO