



Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2018, sentenza n. 5749.

Pres. Severnini – est. Di Matteo.

Appalti - Modifica dei contratti pubblici - Inammissibilità dell'offerta - Esclusione - Sindacato del giudice amministrativo.

Con la sentenza n. 5749 del 2018 la V sez. del Consiglio di Stato ha esaminato, tra l'altro, l'ambito di applicazione dell'art. 106, co. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 sulla "*modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*" e l'esatta portata del sindacato del giudice amministrativo in sede di verifica della conformità dell'offerta alle previsioni della legge di gara.

L'art. 106 sopra richiamato disciplina i casi di modifica dei contratti pubblici, senza necessità di una nuova procedura, ricomprendendo anche l'ipotesi in cui la necessità di modifica contrattuale discenda da errori o da omissioni nel progetto esecutivo che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione. Ciò autorizza alla modifica nel limite del 15 per cento del valore iniziale.

La sentenza di primo grado ha escluso tale possibile modifica progettuale in sede di esecuzione del contratto interpretando in senso restrittivo la disposizione richiamata: le modifiche di cui si è detto sono possibili solo se determinate da "*circostanze impreviste e imprevedibili*" e non qualora le modifiche siano rese necessarie da omissioni nella stessa relazione dell'offerta di un partecipante alla gara.

In casi analoghi è escluso che sia sufficiente apportare una modifica al contratto che impegni l'aggiudicatario alla realizzazione dell'opera in conformità alle richieste della stazione appaltante.

La V sez. Del Consiglio di Stato, confermando la sentenza appellata, ha affermato che "*Nella vicenda oggetto del giudizio, però, l'errore progettuale costituisce piuttosto un'omissione nella redazione dell'offerta la quale, se rilevata nella fase di selezione del contraente, non può essere emendata in accordo con la stazione appaltante, senza alterazione della par condicio tra i concorrenti (sui limiti entro i quali è possibile emendare mediante l'istituto del soccorso istruttorio l'offerta presentata da uno degli operatori economici, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea 28 febbraio 2018, n. 523 cause riunite C-523/16 e C-536/16 Ma.t.i. sud s.p.a.)*".

Quanto al sindacato del giudice amministrativo ed ai suoi limiti, la sez V distingue i casi il caso sia contestata la valutazione dell'offerta tecnica effettuata dalla commissione aggiudicatrice, dal diverso caso in cui sia contestata l'ammissibilità dell'offerta per difformità alla indicazioni del disciplinare di gara.

Nel primo caso in cui il motivo di ricorso sia diretto a contestare la valutazione dell'offerta tecnica effettuata dalla commissione aggiudicatrice, espressione di discrezionalità tecnica, questo sarà sindacabile sindacabile dal giudice amministrativo "*nei limiti del travisamento dei fatti, palese illogicità o manifesta irragionevolezza*".

Nel diverso caso in cui il ricorso sostenga l'inammissibilità dell'offerta "*il giudice amministrativo è tenuto ad esercitare un sindacato pieno rivolto a verificare la conformità dell'offerta con le richieste della stazione appaltante; tale verifica, infatti, attiene alla fase di individuazione dei legittimi concorrenti alla procedura, cui segue*" solo in un secondo momento e cioè quando la cerchia dei partecipanti alla procedura è definito, "*la valutazione tecnica della commissione.*

La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito che in caso di difformità dell'offerta tecnica rispetto alle previsioni della legge di gara, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'esplicita previsione, come invocato nell'atto dall'appello dalla stazione appaltante, poiché è sufficiente l'avvenuto riscontro della difformità (in termini, Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565)."



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 584 del 2018, proposto da

Filvit s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria dell'A.t.i. costituita con Geg costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Guido Rodio e Fernando Rodio, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Globo Impianti s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con Ecoclima s.a.s. di Vincenzo Mattiace & C., in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dall'avvocato Rocco De Bonis, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.B. Martini, 2; Provincia di Matera, in persona del Presidente della Provincia in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli e Nicola Rocco, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1042 del 2018, proposto da

Provincia di Matera, in persona del Presidente della Provincia in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli e Nicola Rocco, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13;

contro

Globo Impianti s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con Ecoclima s.a.s. di Vincenzo Mattiace & C., in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dall'avvocato Rocco De Bonis, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.B. Martini, 2;

Filvit s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Guido Rodio e Fernando Rodio, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

per entrambi i ricorsi in appello:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Basilicata (sezione Prima) n. 00785/2017, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Globo Impianti s.r.l., della Provincia di Matera e di Filvit s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Tozzi, su delega dell'avv. Rodio, Michele

Perrone, su delega dell'avv. De Bonis e, in sostituzione dell'avv. Rocco, Pierluigi Piselli, Alessandro Tozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 5 aprile 2017 la Provincia di Matera indiceva una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento della struttura scolastica polivalente sita nella frazione di Marconia del Comune di Pisticci.

1.1. Il disciplinare di gara (al punto 1.4 “*Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara*”) stabiliva che i lavori sarebbero dovuti essere realizzati così come “*descritti dagli elaborati di progetto e degli altri atti di gara*” (punto 1), che l'importo complessivo dell'appalto, compresi gli oneri per la sicurezza, IVA esclusa, ammontava ad € 3.872.000,00 soggetto a ribasso e € 69.300,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso (punto 1.1.). Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2. Espletate le operazioni di gara, si classificava al primo posto l'A.t.i. con Filvit s.r.l. come mandataria e GEG costruzioni s.r.l. quale mandante, e al secondo posto, l'A.t.i. Globo impianti s.r.l. come mandataria e la Ecoclina s.a.s. di Vincenzo Mattiace & C. come mandante.

Il Dirigente dell'Area tecnica della Provincia di Matera, pertanto, con determinazione 29 giugno 2017, n. 984 aggiudicava provvisoriamente la gara all'A.t.i. Filvit s.r.l. e, successivamente, verificata la regolarità della documentazione, del DURC, della certificazione del casellario giudiziale e dell'Agenzia delle entrate, con determinazione 4 luglio 2017 l'aggiudicava definitivamente.

2. L'A.t.i. Globo impianti s.r.l. e la Ecoclina s.a.s. di Vincenzo Mattiace & C. impugnavano il provvedimento di aggiudicazione al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata sulla base di tre motivi. Con il primo motivo sostenevano che l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria, non solo non conteneva proposte

migliorative, ma risultava peggiorativa del progetto posto a base di gara per aver previsto la realizzazione di una vasca idrica antincendio di dimensioni inferiori a quelle imposte dalla normativa vigente in materia.

Con il secondo motivo si contestava la violazione delle disposizioni del disciplinare di gara per essere stata redatta l'offerta tecnica in un numero di righe superiore a quello ammesso; infine, con il terzo motivo era contestato alla stazione appaltante di non aver verificato i requisiti di regolarità contributiva e fiscale della mandante GEG costruzioni s.r.l. alla data di presentazione dell'offerta, ma solo in data successiva.

2.1. Nel giudizio si costituivano la Provincia di Matera e la Filvit s.r.l. in qualità di mandataria della costituenda A.t.i. con la mandante GEG costruzioni s.r.l.. Il Tribunale amministrativo regionale pronunciava la sentenza, sez. I, 19 dicembre 2017, n. 785 di accoglimento del ricorso e conseguente annullamento dell'aggiudicazione all'A.t.i. Filvit s.r.l.; le spese erano compensate tra le parti in causa.

3. Propone appello la Filvit s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria dell'A.t.i. con la GEG costruzioni s.r.l.. Nel giudizio (Rg. 584/18) si sono costituite la Globo Impianti s.r.l. e la Provincia di Matera. La sentenza è stata appellata anche dalla Provincia di Matera. Nel giudizio (Rg. 1042/17) si è costituita la Globo Impianti s.r.l..

Le parti hanno presentato memorie ai sensi dell'art. 73 Cod. proc. amm.. All'udienza del 5 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Preliminarmente va disposta la riunione dei due appelli ai sensi dell'art. 96, comma 2, Cod. proc. amm. poiché proposti avverso la medesima sentenza.

5. La sentenza appellata ha accolto il primo motivo di ricorso della Globo Impianti s.r.l. per accertata difformità dell'offerta dell'aggiudicataria con le richieste progettuali della stazione appaltante giusta la previsione della costruzione di una vasca interrata di riserva idrica di soli 15 mc, laddove, invece, il progetto esecutivo

posto a base di gara e, in particolare, le prescrizioni contenute nella Relazione prevenzione incendi, imponevano la costruzione di una riserva idrica interrata di minimo 25 mc.

5.1. Nell'unico motivo di appello proposto Filvit s.r.l. lamenta che la sentenza che appella abbia erroneamente interpretato gli atti di gara e segnatamente la documentazione a corredo della sua offerta tecnica.

La riserva idrica di 15mc, sostiene l'appellante, costituiva una proposta migliorativa da costruire in aggiunta alla vasca interrata di riserva idrica di 25 mc già prevista dal progetto posto a base di gara. Del resto, per l'appellante, non v'era motivo di riportare in offerta la vasca interrata di riserva idrica di 25 mc visto che, per indicazione del disciplinare di gara, le imprese concorrenti non erano tenute a riproporre il contenuto del progetto esecutivo.

Che la propria proposta prevedesse anche la costruzione della vasca interrata di riserva idrica di 25 mc, conforme alle norme vigenti - aggiunge infine - era possibile desumere altresì dall'aver applicato il ribasso percentuale anche sugli impianti (tubazioni, idranti, estintori) a servizio della riserva idrica contenuti nel computo metrico estimativo realizzato dalla stazione appaltante; non avrebbe avuto senso effettuare un ribasso su opere attinenti ad un impianto antincendio reso inutilizzabile dalla mancata previsione della riserva idrica.

6. Il motivo è infondato.

6.1. L'art. 17 del disciplinare di gara (Contenuto della Busta "B Offerta Tecnica" e criteri motivazionali di valutazione del merito tecnico) prevedeva il contenuto dell'offerta tecnica in questi termini: *“Costituisce oggetto dell'offerta tecnica l'insieme delle soluzioni tecniche proposte per aumentare il grado di qualità, il livello tecnico e/o il livello prestazionale dei materiali impiegati, l'incremento delle dotazioni e delle prestazioni degli impianti, sia in fase di cantiere che di vita del fabbricato.”*.

Risulta chiaro, dalla disposizione trascritta, che ai concorrenti era richiesto di indicare nell'offerta tecnica proposte migliorative rispetto alle previsioni progettuali.

La “*Relazione per la valutazione progetto antincendio*”, parte integrante del progetto posto a base di gara, prevedeva la realizzazione di una “*riserva idrica antincendio del tipo interrata, costituita da vasca in cemento armato della capienza di circa 25mc*”.

6.2. Definito l’impegno richiesto ai concorrenti quanto alla “*riserva idrica*” da utilizzare nell’ambito del sistema antincendio, è necessario esaminare l’offerta tecnica dell’A.t.i. Filvit s.r.l.; ritiene il Collegio, conformemente all’appellata sentenza, che dall’esame della documentazione integrante l’offerta non si ricavi, come invece pretende l’appellante, che la riserva idrica integrata ivi suggerita costituisca una seconda riserva oltre quella imposta dal progetto esecutivo posto a base di gara.

Vi sono, anzi, elementi che portano a ritenere che essa sia la sola riserva idrica prevista nel progetto dell’A.t.i. Filvit s.r.l.; in particolare, depone in tal senso la descrizione della stessa come “*serbatoio per antincendio che consente di realizzare riserve idriche sia interrate (che minimizzano l’impatto architettonico e ambientale) che fuori terra (che rappresentano la soluzione più economica)*”. Ad accogliere la tesi dell’appellante – che si tratti di una seconda riserva idrica che si affianca alla prima vasca interrata – la proposta migliorativa avrebbe l’effetto di affiancare alla vasca interrata di cemento armato, richiesta dal progetto esecutivo, un serbatoio, anch’esso eventualmente interrato, privo delle richieste caratteristiche – la struttura in cemento armato – e di minor capienza.

Si tratta di una proposta illogica, considerata la necessità di predisporre per il funzionamento della stessa ulteriori tubazioni, pompe idrauliche ed impianti in generale.

Si aggiunga – e l’elemento appare decisivo – che in due occasioni il serbatoio proposto è definito come “*intervento non previsto dal bando*”, laddove invece, come già chiarito, la presenza di una vasca interrata come riserva era imposta ai concorrenti dalla relazione antincendio.

La sentenza appellata, per la quale il serbatoio non poteva essere qualificato come variante migliorativa, è, dunque esente da errore e si sottrae alle censure rivolte dall'appellante.

In particolare, non conduce ad una diversa conclusione l'argomento ancora speso in questa sede dell'attribuzione di un ribasso anche alle voci del computo metrico estimativo predisposto dalla stazione appaltante aventi ad oggetto il sistema antincendio; di ciò – di assegnare un costo a tutte le voci del computo metrico – il concorrente era onerato per la natura di “*appalto a misura*” del contratto posto a gara. L'art. 3, comma 1, lett. eeeee) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, definisce l’“*appalto a misura*” come il contratto in cui il corrispettivo è determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro i prezzi unitari dedotti in contratto. Dall'assegnazione di un costo alle singole parti del lavoro non può tarsi alcun elemento in ordine al contenuto progettuale migliorativo proposto dall'appellante.

7. La sentenza ha disposto l'esclusione dalla gara dell'A.t.i. Filvit s.r.l. e, in conseguenza, l'annullamento dell'aggiudicazione in ragione dell'accoglimento del motivo di ricorso.

7.1. La decisione di disporre l'esclusione dell'aggiudicataria è contestata dalla Provincia di Matera nel motivo di appello proposto con cui è censurata la sentenza per “*Violazione artt. 106, comma 2° d.lgs. n. 50/2016, nonché artt. 88 c.p.a., 112 e 132 c.p.c.: motivazione illogica contraddittoria e carente*”.

Per l'appellante la sentenza avrebbe errato a non considerare che, anche a voler ammettere che l'offerta tecnica dell'A.t.i. Filvit s.r.l. prevedesse una riserva idrica non conforme a quella della Relazione antincendio, il dubbio sarebbe potuto risolversi in sede contrattuale mediante la stipulazione di un atto integrativo al contratto specificante che nell'offerta era compresa anche l'esecuzione della vasca idrica antincendio come da Relazione antincendio (oltre al serbatoio aggiuntivo costituente la previsione migliorativa).

7.2. La Provincia appellante richiama, a tal fine, l'art. 106 (*Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*), comma 2, d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50 che disciplina i casi di modifica dei contratti pubblici, senza necessità di una nuova procedura, ricomprendendo anche l'ipotesi in cui la necessità di modifica contrattuale discenda da errori o da omissioni nel progetto esecutivo che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione; situazione che autorizza alla modifica nel limite del 15 per cento del valore iniziale.

7.3. La sentenza ha escluso tale possibile modifica progettuale in sede di esecuzione del contratto interpretando in senso restrittivo la disposizione richiamata: le modifiche di cui si è detto sono possibili solo se determinate da “*circostanze impreviste e imprevedibili*”.

8. Il motivo è infondato e va respinto.

La Provincia di Matera contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui ha disposto l'esclusione della Globo impianti s.r.l.; a suo dire, in vicende come quelle oggetto dell'odierno giudizio, non va disposta l'esclusione dell'operatore economico che sia incorso in un errore progettuale, poiché è sufficiente apportare una modifica al contratto che impegni l'aggiudicatario alla realizzazione dell'opera in conformità alle richieste della stazione appaltante.

Il riferimento normativo richiamato dalla Provincia appellante, tuttavia, non corrisponde allo scopo avuto di mira: l'art. 106 d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, infatti, si applica nella fase esecutiva, cioè quando, a contratto già concluso, ci si avvede, nella realizzazione dell'opera, che errori od omissioni progettuali ne impediscono la realizzazione o l'utilizzazione; in questo caso la legge, in applicazione del principio di efficienza dell'azione amministrativa, ha escluso che l'opera debba essere posta nuovamente a gara previa elaborazione di un nuovo progetto, consentendo, invece, alla possibilità di una modifica contrattuale per portare a compimento l'opera stessa. Nella vicenda oggetto del giudizio, però, l'errore progettuale costituisce piuttosto un'omissione nella redazione dell'offerta la quale, se rilevata nella fase di selezione

del contraente, non può essere emendata in accordo con la stazione appaltante, senza alterazione della *par condicio* tra i concorrenti (sui limiti entro i quali è possibile emendare mediante l'istituto del soccorso istruttorio l'offerta presentata da uno degli operatori economici, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea 28 febbraio 2018, n. 523 cause riunite C-523/16 e C-536/16 *Ma.t.i. sud s.p.a.*)

9. Con un secondo motivo di appello la Provincia di Matera censura la sentenza di primo grado per “*Violazione artt. 88 c.p.a., 112 e 132 c.p.c., motivazione illogica, contraddittoria e carente*”.

Secondo l'appellante la sentenza avrebbe indebitamente sostituito il proprio giudizio a quello della commissione aggiudicatrice nella valutazione dell'offerta tecnica dell'A.t.i. Filvit s.r.l.; la commissione, infatti, nel valutare l'offerta tecnica non applica scienze esatte, ma formula un giudizio tecnico connotato da un margine di opinabilità del quale va dimostrata l'inattendibilità ove si voglia contestarne la legittimità. Nel caso, però, il giudizio della commissione sull'offerta dell'aggiudicataria non presenterebbe profili di inattendibilità o manifesta irragionevolezza e sarebbe, per questo, rientrante nell'ambito di opinabilità dei giudizi tecnici ritenuto insindacabile dalla giurisprudenza.

La censura è proposta anche da Filvit s.r.l. nell'ambito dell'unico motivo di appello articolato.

10. Il motivo è infondato.

Il motivo di ricorso proposto dalla Globo impianti s.r.l. non era diretto a contestare la valutazione dell'offerta tecnica effettuata dalla commissione aggiudicatrice – effettivamente espressione di discrezionalità tecnica e per questo sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti del travisamento dei fatti, palese illogicità o manifesta irragionevolezza – quanto piuttosto a sostenere l'inammissibilità dell'offerta in quanto non conforme alle indicazioni del disciplinare di gara.

In tal caso, il giudice amministrativo è tenuto ad esercitare un sindacato pieno rivolto a verificare la conformità dell'offerta con le richieste della stazione appaltante; tale

verifica, infatti, attiene alla fase di individuazione dei legittimi concorrenti alla procedura, cui segue, quando la cerchia dei partecipanti alla procedura è definita, la valutazione tecnica della commissione.

La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito che in caso di difformità dell'offerta tecnica rispetto alle previsioni della legge di gara, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'esplicita previsione, come invocato nell'atto dall'appello dalla stazione appaltante, poiché è sufficiente l'avvenuto riscontro della difformità (cfr. Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565).

11. In conclusione gli appelli riuniti vanno respinti, con effetto di conferma della sentenza di primo grado.

12. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna in solido la Provincia di Matera e la Filvit s.r.l. al pagamento delle spese di lite, che liquida in € 6.000,00, oltre accessori e spese di lite, a favore di Globo impianti s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO