

**N. 01923/2014REG.PROV.COLL.
N. 02778/2013 REG.RIC.
N. 03850/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2778 del 2013, proposto dalla s.r.l. 3R Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Gherardo Maria Marengi e Luisa Marrone, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, piazza di Pietra, n. 63;

contro

La Castellese Costruzioni s.r.l. (anche appellante incidentale), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rossella Verderosa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte, in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

Comune di Orsara di Puglia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Augusto e Roberto D'Addabbo, con domicilio eletto presso il loro studio, in Roma, viale G. Mazzini, n. 73 -

Sc. B/2;

sul ricorso numero di registro generale 3850 del 2013, proposto dal Comune di Orsara di Puglia, in persona del Sindaco pro tempore, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato;

contro

La Castellese Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

nei confronti di

3R Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi, della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sezione I, n. 257/2013, resa tra le parti, concernente la richiesta di annullamento della determinazione del Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Orsara di Puglia n. 143 del 19 settembre 2011 (con la quale si sono approvati i verbali di gara e si è disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di consolidamento e regimentazione idraulica del Canale Catello in favore della società 3R Costruzioni s.r.l.), nonché dei verbali di gara del 22 luglio 2011, del 26 luglio 2011, del 29 luglio 2011 e del 9 agosto 2011 (con i quali erano state ammesse le ditte alla gara, erano stati valutati i progetti tecnici e le offerte economiche delle imprese concorrenti ed era stata redatta la graduatoria finale), della clausola del disciplinare di gara nella parte in cui non ha sanzionato con l'esclusione l'omessa dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del d.lgs. n. 163/2006 da parte dei soci e direttori tecnici; infine, ai sensi dell'art. 124 del c.p.a., per

l'accoglimento della domanda volta a conseguire l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, ed, in subordine, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente;

nonché, a seguito di appello incidentale della La Castellese Costruzioni s.r.l., per la riforma del "quantum" del risarcimento del danno riconosciuto con la impugnata sentenza con integrale riconoscimento dei danni risultanti dalla consulenza tecnica di parte prodotta in primo grado;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti, nel ricorso n. 2778/2013, gli atti di costituzione in giudizio della La Castellese Costruzioni s.r.l e del Comune di Orsara di Puglia e, nel giudizio n. 3850/2013, della La Castellese Costruzioni s.r.l.;

Visto, nel ricorso n. 2778/2013, l'appello incidentale proposto dalla La Castellese Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 31 luglio 2013, n. 2925;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Annalisa Di Giovanni, su delega dell'avv. Luisa Marrone, Rossella Verderosa e Roberto D'Ababbo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I.1.- Con il ricorso n.1861 del 2011, proposto al T.A.R. Puglia, Bari, la ditta La Castellese Costruzioni s.r.l., che aveva partecipato alla gara di appalto per l'affidamento dei lavori di consolidamento e regimentazione idraulica

del Canale Catello, classificandosi al secondo posto in graduatoria, ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe indicati, nonché l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, ed, in subordine, la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

I.2.- Con la sentenza in epigrafe indicata detto T.A.R. ha respinto il ricorso incidentale proposto da 3R Costruzioni s.r.l., ha dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse la domanda impugnatoria e quella volta alla tutela in forma specifica contenute nel ricorso principale, ha accertato, ai sensi dell'art. 34, comma 3, del c.p.a., l'illegittimità degli atti impugnati con il ricorso principale ed ha accolto la domanda risarcitoria per equivalente, condannando il Comune di Orsara di Puglia e la controinteressata 3R Costruzioni s.r.l. in solido tra loro al risarcimento dei danni in favore della ricorrente principale La Castellese Costruzioni s.r.l..

I.3.- Con il ricorso in appello, che ha assunto il n. di R.G. 2778/2013, la 3R Costruzioni s.r.l. ha chiesto la riforma di detta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

3.1.- Violazione e falsa applicazione dei punti 14 e 17 del bando di gara.

Il non impugnato bando di gara non prevedeva, a differenza di quanto previsto dall'art. 76, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006, i requisiti minimi che le varianti dovessero rispettare; infatti il punto 17 affermava genericamente che il progetto esecutivo posto a base di gara avrebbe potuto essere utilmente migliorato con proposte aventi carattere migliorativo, senza stravolgimenti dell'impianto progettuale e che comunque rispondessero a requisiti minimi raggiunti con il progetto esecutivo, mentre il precedente punto 14, disciplinante i criteri di valutazione, non conteneva statuizioni in

ordine ai requisiti che le proposte migliorative avrebbero dovuto possedere, sicché la commissione era titolare di un ampio margine di discrezionalità nel distinguere le varianti sostanziali dalle migliorie aggiuntive sindacabile solo per manifesta illogicità.

Comunque la 3R Costruzioni s.r.l. aveva introdotto nell'offerta tecnica solo integrazioni ed elementi qualificanti il progetto a base di gara, senza introdurre stravolgimenti o interventi nuovi e non inseriti nell'area di intervento, rispettando pienamente le indicazioni del bando, peraltro privo di parametri di riferimento vincolanti per le imprese per distinguere gli interventi migliorativi dalle varianti non ammissibili.

Il Giudice di primo grado ha invece recepito acriticamente le risultanze di una verifica errata (in quanto era stata valutata l'area di intervento come quella coincidente con l'impronta delle opere di progetto e non già come l'area dell'intero canale nel tratto urbano indicato nel progetto esecutivo, come indicato nell'ordinanza con la quale era stata disposta la verifica) assumendo che la società in questione avesse proposto sistemazioni di aree non coincidenti con quelle del progetto posto a base di gara e distanti dal canale Catello, ovvero estranee allo spirito della gara.

Quindi erroneamente le proposte migliorative di cui ai punti 5, 6, 7, 8 e 9 sono state considerate estranee all'area di intervento e non autorizzate, mentre costituivano integrazioni con carattere migliorativo che non stravolgevano l'impianto progettuale, come da perizia tecnica di parte.

I.3.2.- Violazione e falsa applicazione dei punti 14 e 17 del bando di gara.

Era fondato il ricorso incidentale di primo grado perché la offerta della La Castellese Costruzioni s.r.l. era compromessa, contrariamente a quanto sostenuto dal primo Giudice, che ha recepito acriticamente le risultanze

della disposta verifica, da quattro varianti estranee al progetto posto a base di gara costituite dal rivestimento in pietra di muri, dalla pavimentazione con cubetti di porfido dell'area di attraversamento, dal ripristino e rivestimento di una fontana e dal ripristino e rifacimento del marciapiede e della staccionata in legno dell'area di attraversamento.

I.3.3.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 del c.c..

Il Giudice di prime cure ha condannato la appellante al risarcimento del danno in solido con l'Amministrazione, mentre la responsabilità ex art. 2043 del c.c. avrebbe dovuto gravare solo sull'Amministrazione, che, disponendo una aggiudicazione illegittima, aveva prodotto il danno ingiusto alla appellata.

I.4.- Con atto notificato il 2 maggio.2013 e depositato il 7 maggio 2013 la società La Castellese Costruzioni s.r.l. si è costituita in giudizio, deducendo la infondatezza dell'appello e del riproposto ricorso incidentale di primo grado, ed ha proposto appello incidentale con riguardo al "quantum" risarcitorio, deducendo le seguenti censure:

I.4.1.- In primo grado la ditta La Castellese Costruzioni s.r.l. ha provato, mediante relazione con relativi allegati, di aver subito danni (per mancato utile, per danno curriculare e per rimborso costi e spese) quantificati in complessivi € 164.991,00, ma la sentenza ha ridotto del 50% l'ammontare della somma spettante a titolo di lucro cessante ed ha liquidato il danno curriculare nella misura del 2% dell'importo globale dei lavori, a fronte del 5% richiesto, ed ha respinto la richiesta di risarcimento delle altre voci di danno, pur avendo la società assolto all'obbligo probatorio, documentando di non aver potuto diversamente utilizzare mezzi e maestranze predisposti per l'esecuzione dei lavori in questione e pur essendo la giurisprudenza

attestata su una percentuale maggiore di risarcimento del danno curriculare.

I.5.- Con memoria depositata il 7 maggio 2013 la ditta La Castellese Costruzioni s.r.l. ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

I.6.- Con memoria depositata il 17 maggio 2013 si è costituito in giudizio il Comune di Orsara di Puglia, che ha richiamato le argomentazioni contenute nell'autonomo appello proposto contro la sentenza in esame, deducendo che essa è viziata da violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 17 del bando di gara, da erronea motivazione, da contraddittorietà e da travisamento delle risultanze della disposta verifica; ha quindi concluso per la riforma della gravata sentenza e per la reiezione del ricorso introduttivo del giudizio.

I.7.- Con ordinanza 31 luglio 2013, n. 2925, la Sezione ha disposto la riunione dell'appello in esame con l'appello n. 3850 del 2013 ed ha accolto la istanza di sospensione della esecutività della sentenza impugnata, con riguardo alla condanna risarcitoria.

I.8.- Con memoria depositata il 23 dicembre 2013, il Comune di Orsara di Puglia ha ribadito le proprie tesi e richieste, contestando, in via subordinata, la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della richiesta risarcitoria spiegata in primo grado dalla ricorrente principale, con particolare riguardo alla sussistenza dell'elemento della colpa.

I.9.- Con memoria depositata il 3 gennaio 2014, la ditta La Castellese Costruzioni s.r.l. ha contestato la tesi che le proposte progettuali della 3R Costruzioni s.r.l. costituissero mere migliorie consentite dalla legge di gara e che l'area di intervento non poteva identificarsi con il solo alveo, ha ribadito la infondatezza del ricorso incidentale della 3R Costruzioni s.r.l., ha evidenziato che la stazione appaltante non aveva dimostrato l'assenza della

colpa o la sussistenza dell'errore scusabile, ha ribadito la fondatezza del proprio appello incidentale e la correttezza delle solidarietà passiva riconosciuta in sentenza; ha quindi concluso per la reiezione dell'appello del Comune di Orsara di Puglia, per la reiezione dell'appello proposto dalla 3R Costruzioni s.r.l. e del ricorso incidentale ivi contenuto, per l'accoglimento dell'appello incidentale e per la condanna in via solidale delle controparti al risarcimento dei danni nella misura di € 164.991, 00, come da c.t.p. o, in subordine, in via equitativa, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del c.p.a. sulla base delle circostanze e del comportamento complessivo delle parti, ovvero per la conferma della sentenza impugnata.

II.1.- Con appello notificato il 15/16 maggio 2013 e depositato il 22 maggio 2013, il Comune di Orsara di Puglia ha impugnato la sentenza in epigrafe indicata, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 17 del bando di gara, erronea motivazione, contraddittorietà, travisamento delle risultanze della verifica.

Gli interventi proposti dalla 3R Costruzioni s.r.l. contribuivano a migliorare le caratteristiche di funzionalità, efficienza, durata e manutenzione di tutta l'opera nel suo complesso, senza stravolgere le linee fondamentali del progetto esecutivo e rispettandone i requisiti minimi stabiliti, come consentito, essendo la gara di cui trattasi caratterizzata dal criterio di aggiudicazione della offerta più vantaggiosa, se non alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla "lex specialis" e se non violata la "par condicio", in base a giudizio ampiamente discrezionale della commissione di gara.

Nel caso di specie, il bando di gara, anche se, al punto 17, escludeva

l'ammissibilità di offerte in variante ex art. 76, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006, ha espressamente previsto che il progetto esecutivo posto a base di gara avrebbe potuto essere migliorato con proposte che avrebbero dovuto avere carattere migliorativo senza stravolgimenti dell'impianto progettuale e comunque rispondenti ai requisiti minimi raggiunti con il progetto esecutivo; al punto 14 ha anche previsto l'attribuzione di punti 40 su 60 complessivi per il sub criterio 19, ovvero proposte migliorative inerenti la qualità, il pregio tecnico, i servizi successivi alla realizzazione delle opere, la redditività e le caratteristiche funzionali, con utilizzo di soluzioni tecniche atte a garantire bassa invasività ed economicità nella gestione e nella manutenzione comprese nel prezzo offerto, atte ad ottimizzare la funzionalità all'opera anche nel tempo.

Poiché la sistemazione idraulica dell'alveo del corso d'acqua in questione comporta anche la sistemazione, pulizia e manutenzione delle aree che immettono nel corso d'acqua le precipitazioni meteoriche, tutte le opere da realizzarsi sulle aree limitrofe o sovrastanti il corso d'acqua devono essere considerate come migliorie alla regimentazione idraulica.

In particolare, contrariamente a quanto affermato con la impugnata sentenza, l'intervento n. 6 prevedeva il miglioramento ed un leggero incremento dell'area giochi, nonché la sistemazione e pulizia dell'area circostante una cabina ENEL confinante con la sponda sinistra del canale, e quindi di stretta pertinenza allo stesso, incrementando la sicurezza e la facilità di manutenzione delle aree e dell'alveo del canale, sicché non configurava una variante progettuale.

L'intervento n. 7 prevedeva la realizzazione sull'area sovrastante l'attraversamento n. 5, opere adatte ad un miglior deflusso delle acque

meteoriche, nonché la sistemazione a verde di una superficie di circa 2.500 mq.. Sebbene l'area non fosse strettamente confinante con l'alveo del canale, comunque era limitrofa e le precipitazioni confluivano nel canale, sicché dette opere erano considerabili interventi di carattere idraulico atti a migliorare il deflusso delle acque e a facilitare la manutenzione, qualificabili come migliorie e non varianti.

L'intervento n. 9, relativo alla sistemazione dell'area circostante il campo di calcetto, era da considerare di stretta pertinenza del canale perché con essa confinante; comunque la sistemazione di tale area, elevata rispetto al letto del canale, è stata realizzata con consolidamento della scarpata, coincidente con la sponda sinistra del canale, e migliorava la stabilità e la sicurezza della zona sovrastante il canale.

Le conclusioni cui è pervenuto il T.A.R. sono in contrasto con le risultanze della disposta verifica (in cui detti interventi sono stati qualificati come soluzioni migliorative e non come varianti), che è stata disattesa con riguardo agli interventi proposti dalla appellante e condivisa con riguardo a quelli proposti dalla La Castellese Costruzioni s.r.l..

Comunque non condivisibile è l'assunto contenuto in sentenza che gli interventi n. 7 e n. 9 proposti dalla appellante configurassero varianti perché collocati al di fuori dell'area oggetto di intervento, essendo la conclusione dovuta all'erronea ed indivisibile individuazione da parte del verificatore dell'area oggetto di intervento in quella coincidente con l'impronta delle opere di progetto, quindi con l'alveo del canale, il che ha portato a considerare tutti gli interventi volti ad incidere sulle aree limitrofe come esterni, anche se non estranei al progetto. In particolare, con riguardo all'intervento n. 9, il verificatore aveva indicato la misura di m. 34, 64

avrebbe potuto avere un valore anche maggiore se il direttore dei lavori avesse indicato zone di intervento non adiacenti al canale di cui trattasi. Inoltre poiché un intervento della La Castellese Costruzioni s.r.l., il n. 7, è stato ritenuto in sentenza che non costituisse variante anche se situato a m. 47, 25 dal bordo più vicino al canale, non è chiaro perché l'intervento n. 9 della appellante, situato a distanza di m. 96,53, sia stato considerato opera esterna all'area di intervento

2) Comunque erroneamente sono stati ritenuti sussistenti i presupposti per l'accoglimento della domanda risarcitoria, non sussistendo l'elemento soggettivo della colpa della Amministrazione, in considerazione delle previsioni contenute nella disciplina di gara, della complessità della situazione di fatto e dell'inesistenza di precedenti giurisprudenziali.

II.2.- Con memoria depositata il 25 luglio 2013 si è costituita in giudizio la La Castellese s.r.l., che ha asserito che la sentenza impugnata è da confermare perché l'offerta dichiarata aggiudicataria aveva apportato modifiche sostanziali in variante al progetto approvato dal Comune. La società ha quindi sostenuto che la stazione appaltante non aveva fornito la prova della assenza di colpa o la sussistenza di errore scusabile e che comunque il "quantum" risarcitorio stabilito in sentenza era stato oggetto di suo appello incidentale. Ha concluso per la reiezione dell'appello principale e per l'accoglimento dell'appello incidentale.

III.- Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2014 i ricorsi in appello sono stati trattenuti in decisione, alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

IV.- Innanzitutto, il collegio prende atto che i gravami in esame, per la palese loro connessione oggettiva (trattandosi della stessa sentenza

impugnata) e soggettiva sono stati riuniti con ordinanza 31 luglio 2013, n. 2925, sicché i medesimi devono essere esaminati e decisi con un'unica pronuncia.

V.- Gli appelli sono fondati.

V.1.- Va premesso che la impugnata sentenza ha, con riguardo alla offerta della 3R Costruzioni s.r.l., evidenziato che il verificatore aveva segnalato che le opere n. 5 (sistemazione dell'area compresa tra l'attraversamento 1° e 3°), n. 7 (sistemazione area compresa tra Via della Croce e Via Matteotti), n. 8 (sistemazione slargo compreso tra Via D. Maffia e Via della Croce), n. 9 (sistemazione area circostante il campo sportivo) e n. 11 (ristrutturazione fontana e zona antistante) si collocavano in nuove aree di intervento (fuori alveo) rispetto a quelle progettualmente previste (con una distanza massima degli interventi fuori alveo ed in particolare dell'intervento n. 7 consistente nella sistemazione area compresa tra Via della Croce e Via Matteotti, pari a 96,53 metri dal bordo più vicino del Canale Catello); inoltre tra dette opere era anche contemplata una maggiore estensione del parco giochi di circa 50 metri quadri rispetto all'intervento previsto in progetto (intervento n. 6).

In particolare, dalle risultanze della verifica, cui il T.A.R. ha aderito, emergeva che l'intervento n. 9 (sistemazione area circostante il campo sportivo avente una superficie di 300 mq.) proposto dalla 3R Costruzioni s.r.l. si collocava totalmente al di fuori dall'area oggetto di intervento e che appariva completamente estraneo allo spirito della "lex specialis" di gara.

In conclusione, gli interventi in esame (n. 6, n. 7 e n. 9) proposti dalla 3R Costruzioni s.r.l. sono stati ritenuti varianti sostanziali vietate dalla "lex specialis" di gara (art. 14 e 17 del bando) e dall'art. 76 d.lgs. n. 163/2006, perché con essi era stata proposta la sistemazione di aree non coincidenti

con quelle del progetto posto a base di gara e situate a notevole distanza dal bordo più vicino del Canale Catello, ovvero la realizzazione di opere totalmente estranee allo spirito della gara, ed è stato quindi deciso che detta società avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Ciò premesso, al riguardo rileva la Sezione che il bando di gara, al punto 17, ha espressamente previsto che il progetto esecutivo posto a base di gara avrebbe potuto essere migliorato con proposte che avrebbero dovuto avere carattere migliorativo senza stravolgimenti dell'impianto progettuale e comunque rispondenti ai requisiti minimi raggiunti con il progetto esecutivo; al punto 14 ha ammesso la presentazione di proposte migliorative inerenti la qualità, il pregio tecnico, i servizi successivi alla realizzazione delle opere, la redditività e le caratteristiche funzionali, con utilizzo di soluzioni tecniche idonee a garantire bassa invasività ed economicità nella gestione e nella manutenzione comprese nel prezzo offerto, nonché a migliorare la funzionalità all'opera anche nel tempo.

Con la impugnata sentenza solo gli interventi di cui ai nn. 6, 7 e 9 sono stati sostanzialmente ritenuti varianti sostanziali vietate da dette disposizioni, sicché ad essi va circoscritta la verifica della condivisibilità delle censure che gli appellanti hanno formulato al riguardo, non essendo stato impugnato con appello incidentale l'implicito riconoscimento contenuto in sentenza che gli altri interventi migliorativi proposti dalla 3R Costruzioni s.r.l. non costituissero inammissibili varianti.

Tanto premesso, la Sezione non condivide la tesi – ritenuta fondata dal TAR - che detti interventi n. 6, n. 7 e n. 9 fossero da considerare varianti progettuali solo perché proponevano la sistemazione di aree non coincidenti con quelle del progetto posto a base di gara e situate a notevole

distanza dal bordo più vicino del Canale Catello, oppure la realizzazione di opere non conformi allo spirito della gara.

Invero 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 dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, 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 previsione 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.

La possibilità per le imprese di proporre variazioni migliorative, indispensabili sotto l'aspetto tecnico, incontra quindi il limite intrinseco consistente nel divieto di alterare i caratteri essenziali, i cosiddetti requisiti minimi, della prestazione oggetto del contratto, in maniera da non modificare i profili strutturali, qualitativi, prestazionali o funzionali dell'opera, come definiti nel progetto posto a base di gara.

Possono quindi essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, al fine di non ledere la "par condicio" e lo stesso interesse della stazione appaltante al conseguimento delle funzionalità perseguite.

Nel caso di specie unico limite alla presentazione di varianti migliorative era quindi costituito dall'esigenza di non offrire un "aliud" rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante ai detti punti 17 e 14.

Invero nel caso di specie l'intervento n. 6, secondo la relazione prodotta dal verificatore nominato in primo grado, prevedeva il miglioramento ed un incremento di 50 mq. del parco giochi di via Gramsci, la attrezzatura della stessa con giochi, il posizionamento di elementi di arredo urbano, la realizzazione di una balaustra in legno di fronte all'area, la sistemazione e pulizia, eliminando rovi e sterpaglie, in particolare nell'area circostante una cabina dell'ENEL.

E' da rilevare in proposito, che, come risulta dalla documentazione di causa, tale cabina è confinante con la sponda sinistra del canale e può quindi ritenersi che la sistemazione e pulizia dell'area fosse idonea – in modo del tutto manifesto - ad incrementare la sicurezza e la facilità di manutenzione delle aree confluenti nell'alveo del canale di cui trattasi.

Aggiungasi che il computo metrico estimativo di cui al bando di gara prevedeva anche la posa in opera di arredi urbani, giochi in legno del tipo a molla, staccionate e sistemazione a verde a prato.

Tanto esclude che l'intervento migliorativo in questione configurasse una variante perché estraneo alla gara, non comportando stravolgimenti dell'impianto progettuale e comunque essendo manifestamente idoneo ed utile, sia pure non direttamente e principalmente, a migliorare la funzionalità all'opera nel tempo.

L'intervento n. 7 prevedeva, secondo la relazione del verificatore, la sistemazione dell'area compresa tra via della Croce e via Matteotti, sovrastante l'attraversamento n. 5, "al fine di migliorare le caratteristiche

funzionali e di regimentazione delle acque meteoriche verso il canale Catello”, mediante realizzazione di una cunetta in pietra, con immissione nel canale attraverso una tubazione in PVC, previa sistemazione della pendenza e stabilizzazione del fondo per una superficie di 500 mq., mentre l’area restante, dalla superficie di circa 2.500 mq., sarebbe stata sistemata a verde e delimitata con cordoli di 10 cm di altezza.

Riguardo “all’intervento migliorativo n. 7” il verificatore ha evidenziato che la distanza massima in prossimità dell’attraversamento n. 5 era di m. 96,53 dal bordo più vicino del canale.

Osserva la Sezione che, anche se l’area non era strettamente confinante con l’alveo del canale, comunque era, per un tratto, ad esso limitrofa e le precipitazioni confluivano nel canale, sicché erano considerabili, come ANCHE evidenziato in una consulenza tecnica di parte redatta dall’ing. Angelantonio Iacoviello e prodotta dalla 3R Costruzioni s.r.l. in appello, interventi di carattere idraulico atti a migliorare il deflusso delle acque meteoriche nel canale e a facilitarne la manutenzione.

Del tutto logicamente l’amministrazione non ha qualificato tale intervento come variante, contribuendo comunque alla regimentazione delle acque comunque confluenti nel canale Catello.

L’intervento n. 9 è stato descritto dal verificatore come relativo alla sistemazione dell’area circostante il campo sportivo al “fine di migliorare le caratteristiche estetiche, funzionali e di stabilità della zona sovrastante il canale Catello”, mediante stabilizzazione con palificata del precipizio sottostante per una lunghezza di 60 m, coincidente con una sponda del canale, e spianamento dell’area adiacente per una superficie di circa 300 mq.; inoltre è stata prevista la illuminazione della passerella d’accesso al

campo sportivo.

L'intervento appare chiaramente volto a migliorare la stabilità e la sicurezza della zona sovrastante una sponda dell'adiacente canale Catello e quindi non è considerabile variante.

In conclusione gli interventi n. 6, n. 7 e n. 9, oggetto di proposte migliorative della 3R Costruzioni s.r.l., non possono considerarsi, secondo la Sezione, varianti progettuali non ammesse dalle previsioni poste a base della gara, diversamente da quanto ha ritenuto il Giudice di rimo grado, in quanto non erano idonee ad alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e erano comunque volte a migliorare manifestamente il regime delle acque confluenti nel canale di cui trattasi.

In particolare, appare non condivisibile anche l'assunto del T.A.R. secondo cui dalla verifica sarebbe emerso "come l'intervento n. 9 (sistemazione area circostante il campo sportivo avente una superficie di 300 mq.) proposto dalla controinteressata 3R Costruzioni s.r.l. si collochi totalmente al di fuori dall'area oggetto di intervento e appaia completamente estraneo allo spirito della lex specialis di gara", dal momento che il medesimo intervento confinava con un lato del canale e ne stabilizzava la scarpata sovrastante per una lunghezza di 60 m.

Comunque non è neppure condivisibile la statuizione del primo Giudice secondo cui gli interventi n. 7 e n. 9 proposti dalla 3R Costruzioni s.r.l. potessero ritenersi varianti, anche se, come in precedenza osservato, contribuivano alla regimentazione delle acque confluenti nel canale, solo perché collocati al di fuori dell'area oggetto di intervento, essendo la conclusione dovuta alla individuazione da parte del verificatore dell'area oggetto di intervento in quella coincidente con l'impronta delle opere di

progetto, quindi sostanzialmente con l'alveo del canale, il che ha portato a considerare tutti gli interventi volti ad incidere sulle aree limitrofe come esterni, anche se non estranei al progetto.

Doveva invece, secondo la Sezione, identificarsi l'area di intervento con quella che comunque comportava influenze sul regime delle acque in esso confluenti.

Va anche rilevato come il primo Giudice abbia ritenuto che l'intervento n. 7 della La Castellese Costruzioni s.r.l. non costituisca variante, anche se situato a m. 47, 25 dal bordo più vicino al canale, mentre contraddittoriamente l'intervento della società appellante, situato a distanza di m. 96,53, è stato considerato opera esterna all'area di intervento.

VI.- Gli appelli riuniti in esame devono essere conclusivamente accolti e, in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso introduttivo del giudizio, quanto alle domande di annullamento degli atti impugnati e di risarcimento danni con esso formulata.

VII.- Tanto comporta l'assorbimento del riproposto ricorso incidentale di primo grado della 3R Costruzioni s.r.l. e la improcedibilità dell'appello incidentale proposto dalla La Castellese Costruzioni s.r.l. con riguardo alla quantificazione del risarcimento del danno disposta dal primo Giudice a seguito dell'annullamento della aggiudicazione della gara alla 3R Costruzioni s.r.l..

VIII.- Le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie – previa loro riunione – gli appelli in

esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

Pone a carico dell'appellata La Castellese Costruzioni s.r.l. gli onorari e le spese del doppio grado, liquidati nella complessiva misura di € 7.000,00 (settemila/00) a favore del Comune di Orsara di Puglia e nella complessiva misura di € 7.000,00 (settemila/00) a favore della 3R Costruzioni s.r.l., oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2014

IL SEGRETARIO

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

