



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**  
**Lecce - Sezione Terza**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 482 del 2012 proposto da:

Taurasia Soc. Coop. in proprio e quale mandataria della costituenda ATI Taurasia, Impresa Edile F.lli Pezzolla Angelo e Damiano, Impresa Edile Pezzolla Angelo, rappresentati e difesi dall'avv. Fabrizio Lofoco, con domicilio eletto presso l'avv. Noemi Carnevale in Lecce, via Oberdan n. 107;

***contro***

Comune di Fasano, rappresentato e difeso dall'avv. Ottavio Carparelli, con domicilio eletto presso l'avv. Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli n. 7;

***nei confronti di***

Edilsartom Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Augusto Imperatore, n. 16;

Autorita' per la Vigilanza sui contratti pubblici, non costituita;

***per l'annullamento***

- della nota provvedimento prot. n. 7561 del 29 febbraio 2012 a firma del Dirigente del settore lavori ed opere pubbliche del Comune di Fasano di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;
  - della procedura di gara;
  - della determinazione dirigenziale n. 326 del 13 febbraio 2012, della cui esistenza si è venuti a conoscenza dal contenuto della nota n. 7561, inoltrata a mezzo fax in data 29 febbraio 2012, nonchè di tutti i verbali nella stessa richiamati per quanto di interesse;
  - di tutti gli eventuali provvedimenti aventi ad oggetto l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto nei confronti della Edilsartom srl, con particolare riferimento al contratto di appalto, laddove nelle more stipulato;
  - di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o conseguente;
- nonchè per l'accertamento del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto, quale aggiudicataria definitiva dell'appalto, previa esclusione della odierna controinteressata;
- nonchè per la condanna dei resistenti al risarcimento dei danni subiti e subendi dall'A.t.i. Taurasia in ragione dei provvedimenti impugnati;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fasano e della Edilsartom Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Edilsartom Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2012 il dott. Luca De Gennaro e uditi l'avv. Lofoco per i ricorrenti, l'avv. Pellegrino per la controinteressata e, nelle preliminari, l'avv. Vantaggiato, in sostituzione dell'avv. Carparelli, per il Comune;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con bando del 29 giugno 2011 il Comune di Fasano ha indetto una gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di "riqualificazione urbana delle aree prospicienti il porticciolo di Torre Canne".

Con determina n. 326/2012 la gara è stata definitivamente aggiudicata alla EdilSartom srl, odierna controinteressata.

Avverso l'aggiudicazione e per il subentro nell'appalto la Taurasia soc. coop. propone l'odierno ricorso svolgendo le seguenti doglianze:

- violazione della lex specialis di gara, violazione dell'art. 37, comma 8, e dell'art. 34 D.lgs 163/2006, violazione art. 253 DPR 207/2010, violazione art. 48 D.lgs 163/2006, eccesso di potere, ingiustizia manifesta, violazione della par condicio;
- violazione della lex specialis, eccesso di potere;
- violazione dell'art. 46 D.lgs 163/2006, violazione dell'art. 38 D.lgs. 163/2006, violazione dell'art. 121 del regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici, eccesso di potere, violazione della par condicio, ingiustizia manifesta, violazione del giusto procedimento.

Si è costituita l'Amministrazione deducendo l'infondatezza del ricorso.

Si è costituita l'aggiudicataria Edilsartom srl chiedendo la reiezione del ricorso principale e proponendo a sua volta ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti.

All'udienza del 10 luglio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso incidentale deve essere prioritariamente esaminato in quanto - secondo l'orientamento dell'Adunanza Plenaria (4/2011) a cui si ritiene di aderire - essendo diretto a contrastare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara pone una questione pregiudiziale di rito che se fondata si riflette nella preclusione all'esame dell'impugnativa principale.

Il ricorso incidentale deve essere accolto.

Con tale impugnativa la controinteressata deduce che l'ATI Taurasia avrebbe proposto nella propria offerta varianti al progetto di gara non ammissibili; di conseguenza è illegittima la sua ammissione alla gara.

La censura è fondata.

Costituisce principio giurisprudenziale consolidato quello secondo il quale sono ammesse varianti migliorative riguardanti le modalità dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come alternativa rispetto a quello voluta dall'Amministrazione e purché non vengano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio tra le imprese concorrenti. (cfr. di recente Tar Lecce 1659/2011, Cons. Stato 3481/2008)

Si tenga inoltre conto che il bando di gara (punti 12, 27.11) ha previsto in maniera espressa che le varianti al progetto di gara sono vietate e che le migliorie, seppure ammesse, non possono alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e dovranno in ogni caso “mantenere le specificità esecutive previste dal progetto definitivo”.

Alla luce di quanto precede l’offerta della ricorrente non risulta in linea con le regole di gara in quanto:

- il progetto dell’Amministrazione prevede la sistemazione dell’area prospiciente il mare come piazza pedonale pavimentata con doghe di legno poste in unica direzione parallela; l’offerta dell’Ati Taurasia prevede invece la pavimentazione con lastre di pietra calcarea bianca; il pavimento da realizzarsi verrà frazionato da fasce poste ortogonalmente alla baia costituite da listoni in pietra lavica;
- lo stesso progetto di gara prevede la creazione di un’area attrezzata costituita da un pergolato in legno con funzione di ombreggiatura; nell’offerta della ricorrente verrebbe invece realizzata una struttura portante le travi in legno costituita da 22 pilastri circolari in cemento armato rivestiti di pietra leccese collegati superiormente da 11 putrelle in acciaio.

Secondo l’avviso del Collegio, l’utilizzo di materiali ed elementi diversi da quelli previsti nel progetto a base di gara, tenuto conto anche della finalità dell’appalto volto alla riqualificazione di uno spazio ad uso pubblico secondo una precisa impostazione progettuale che ha optato per certi materiali e per un certo impatto urbanistico, altera i caratteri essenziali delle prestazioni richieste modificando in maniera evidente i dati tecnici dell’opera e le modalità esecutive della stessa.

Tali variazioni, non consentite dalla *lex specialis*, incidono sia sulla par condicio tra i concorrenti che sulla conformità alla prestazione richiesta dall’Amministrazione aggiudicatrice con la gara in oggetto.

L’offerta dell’Ati Taurasia non avrebbe quindi dovuto essere ammessa alla gara.

L’impugnativa incidentale deve quindi essere accolta con assorbimento delle ulteriori censure ed eccezioni.

L’accoglimento del ricorso incidentale determina l’espulsione dalla gara dei ricorrenti e di conseguenza li priva della legittimazione ad agire (cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 4/2011).

In conclusione, il Tribunale accoglie il ricorso incidentale e per l’effetto dichiara inammissibile il ricorso principale per carenza di legittimazione ad agire.

Data la natura delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara l’inammissibilità del ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2012 con l’intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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