Pubblicato il 14/11/2018

N. 06423/2018REG.PROV.COLL.

N. 03877/2018 REG.RIC.

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 3877 del 2018, proposto da
Euro Strade s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Sticchi Damiani e Francesco Maresca, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, p.zza San Lorenzo in Lucina, 26;

contro

Comune di Gioia Sannitica, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;
Impregina s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Clemente Manzo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, via dei Mille, 16;
Asmel Consortile s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso lo studio legale del'avvocato Bruno Sassani in Roma, via XX Settembre, 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02437/2018, resa tra le parti, concernente aggiudicazione di gara d'appalto per l'ampliamento della rete fognaria comunale.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Impregina s.r.l. e di Asmel Consortile s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2018 il Cons. Valerio Perotti de uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani in proprio ed in dichiarata delega di Maresca, nonché Liccardo in dichiarata delega di Migliarotti e Soprano in dichiarata delega di Pinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che il Comune di Gioia Sannitica aveva indetto una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di lavori di ampliamento della rete fognaria, per un importo a base d'asta di euro 1.364.304,72.

All'esito delle operazioni di gara, con verbale n. 9 del 9 giugno 2017, prima classificata risultava la concorrente Euro Strade s.r.l., con il punteggio di 85,273 (di cui punti 70,00 per l'offerta tecnica, punti 6,5 per l'offerta tempo e 14,60 per l'offerta economica); seconda in graduatoria giungeva la Impregina s.r.l. (con il punteggio complessivo di 81,461 di cui 59,910 punti per l'offerta tecnica, 7,750 per l'offerta tempo e 23 per l'offerta economica).

Con determinazione dirigenziale n. 100 del 28 giugno 2017 la Euro Strade veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria.

Con preavviso di ricorso n. 4077 del 20 luglio 2017, Impregina s.r.l. contestava i risultati di gara, in quanto a suo dire le proposte migliorative dell'aggiudicataria provvisoria sarebbero state in realtà infirmate da plurime violazioni delle prescrizioni del disciplinare di gara, la cui osservanza era prevista a pena di esclusione.

L'iniziativa veniva riscontrata dalla stazione appaltante con nota n. 4129 del 21 luglio 2017, con cui il Rup rappresentava come effettivamente fossero state riscontrate delle anomalie nell'offerta prima graduata, soprattutto con riferimento al vincolo paesaggistico del territorio comunale cui erano sottoposte le aree oggetto di intervento. Per l'effetto, con determinazione n. 112 del 3 agosto 2017, veniva disposto l'annullamento dell'atto di aggiudicazione provvisoria, rimettendosi gli atti alla Commissione di gara presso l'ASMEL, al fine di riesaminare le offerte sia della prima che della seconda classificata.

La Commissione, riunitasi in seduta straordinaria il 6 settembre 2017, dichiarava di "*aver svolto regolarmente la procedura di attribuzione dei punteggi e la valutazione delle offerte stesse e invita*

il Rup a non disporre ulteriori verifiche a meno che non voglia destituire la presente commissione".

Con determinazione n. 221 dell'11 settembre 2017, comunicata ad Impregina s.r.l. il 14 settembre 2017, la stazione appaltante aggiudicava in via definitiva la gara ad Euro Strade s.r.l., ritenendo che "*le motivazioni addotte dalla commissione circa il riesame debbano essere approvate e quindi procedere con l'aggiudicazione al fine di evitare l'eventuale perdita del finanziamento di che trattasi*".

Avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva e contro i verbali delle operazioni di gara, Impregina s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, chiedendone l'annullamento ed il subentro nel contratto eventualmente stipulato nelle more.

Veniva censurata, in particolare, la valutazione della Commissione circa le proposte migliorative contenute nell'offerta tecnica della aggiudicataria – elemento per il quale la Euro Strade s.r.l. aveva conseguito il punteggio riparametrato di 70 pts – evidenziando che le stesse: a) interferivano palesemente con sedimi di proprietà privata (in violazione della prescrizione escludente di cui al punto 4.1, lettera d 6 del *disciplinare* di gara); b) erano in contrasto con autorizzazioni ed altri atti di assenso (in violazione della prescrizione escludente di cui al punto 4.1, lettera d5, del medesimo *disciplinare*); c) esprimevano opzioni diverse o condizioni equivoche (in violazione della prescrizione escludente di cui al punto 4.1, lettera d2 del disciplinare di gara).

In particolare, la miglioria n. 1 proposta dalla Euro Strade s.r.l. per le frazioni "Criscia" e "Calvisi", in relazione alle quali l'aggiudicataria aveva offerto il rifacimento per circa 500 metri di lunghezza e circa 4 metri di larghezza della strada, avrebbe interessato in realtà dei sedimi privati, mentre per la miglioria n. 7, avente ad oggetto la sostituzione integrale dell'impianto di depurazione in area sottoposta a vincolo paesaggistico, i pareri ottenuti dalla stazione appaltante si riferivano solamente ad interventi di manutenzione sui manufatti posti sulle aree dei depuratori.

Più in generale, l'offerta sarebbe stata indeterminata, dal momento che le proposte migliorative avrebbero potuto essere genericamente ubicate anche "*in altro luogo*", opzione però non consentita dalla *lex specialis*.

Ancora, la proposta avrebbe in realtà denotato una mancata conoscenza dello stato dei luoghi da parte dell'aggiudicataria, con conseguente violazione del progetto posto a base di gara.

Con ordinanza 8 novembre 2017, n. 1729, il Tribunale adito accoglieva la domanda cautelare proposta dalla ricorrente, ai fini del riesame del provvedimento ad opera della stazione appaltante.

Riunitasi il 22 novembre 2017 per procedere al riesame delle offerte di Euro Strade s.r.l. ed Impregina s.r.l., la Commissione di gara confermava i punteggi già attribuiti con il verbale di seduta ordinaria n. 9, oggetto di contenzioso.

A seguito però di obiezioni del Rup, che riteneva l'operato della Commissione non conforme a quanto disposto in sede cautelare dal giudice amministrativo, la Commissione nuovamente si riuniva il 28 dicembre 2017: in detta circostanza, nel rivalutare l'offerta tecnica (e, segnatamente, le proposte migliorative) di Euro Strade s.r.l., quanto al ripristino delle strade di avvicinamento ai depuratori, evidenziava che "*l'aver indicato "dell'asse viario di avvicinamento ai siti dei depuratori su menzionati o in altro luogo su diversa indicazione" è stata letta come ampia versatilità dell'offerta stessa, garantendo l'ottimizzazione dell'accesso, inteso come concetto generico, data anche la non chiara indicazione delle specifiche pertinenze e proprietà private negli elaborati progettuali. A conferma di quanto sopra è la totale assenza di specifici grafici esecutivi che chiaramente indichino i tratti viari interessati, in termini di proprietà pubblica e privata. A conferma di quanto asserito è l'aver indicato "circa 4 ml di larghezza", ovvero aver concesso all'amministrazione di definire a meglio gli interventi da porre in essere*".

In merito poi alla sostituzione dell'impianto di depurazione, sempre la Commissione osservava che "*trattandosi di un blocco prefabbricato sembra chiaro che l'operatore volesse inserire il citato prefabbricato nelle cavità entro terra già presenti, previa rimozione degli organi meccanici preesistenti. La Commissione ha ritenuto l'intervento meritevole di apprezzamento e di ottima soluzione sia in termini economici, sia in termini dei tempi di esecuzione*".

Seguivano ulteriori considerazioni sulla valenza del peso tecnico dell'offerta sulla complessità delle migliorie offerte, nonché l'indicazione di aver prestato attenzione particolare a determinate opere puntualmente specificate.

Con nota n. 517 del 26 gennaio 2018 il Rup chiedeva peraltro alla Commissione di gara di precisare se le offerte migliorative n. 1 e 7 dell'aggiudicataria fossero o meno in contrasto con i punti d6) e d5) del *disciplinare* di gara.

La Commissione nuovamente si riuniva in data 28 febbraio 2018, confermando il giudizio tecnico espresso in sede di gara sulle migliorie proposte dall'aggiudicataria.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 12 marzo 2018, Impregina s.r.l. impugnava altresì i verbali delle sedute straordinarie del 28 dicembre 2017 e del 28 febbraio 2018.

Riguardo a quest'ultimo, veniva dedotta l'irragionevolezza ed il difetto di istruttoria della valutazione dell'offerta tecnica; ribadiva inoltre le censure mosse alle proposte migliorativa dell'aggiudicataria.

Con sentenza 12 aprile 2018, n. 2437, il Tribunale amministrativo della Campania accoglieva il ricorso, conseguentemente annullando l'aggiudicazione ed i successivi verbali della Commissione di gara impugnati con i motivi aggiunti.

Avverso tale decisione la società Euro Strade s.r.l. interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado ritenendo che la miglioria n. 1 offerta da Euro Strade contrasterebbe con il punto d.2) del disciplinare di gara in quanto generica ed indeterminata.*

2) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado ritenendo che la miglioria n. 1 offerta da Euro Strade contrasterebbe con il punto d.6) del disciplinare di gara in quanto interferirebbe con sedimi privati.*

3) *Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui non ha accertato la nullità della clausola di cui al punto f) del disciplinare di gara.*

Costituitasi in giudizio, la controinteressata Impregina s.r.l. eccepiva l'infondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

Si costituiva anche Asmel Consortile s.c.a.r.l., chiedendo la propria estromissione dal giudizio.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza dell'11 ottobre 2018, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello, Euro Strade s.r.l. censura la decisione di primo grado per aver accolto le censure sollevate dalla controinteressata Impregina s.r.l. relativamente all'offerta di miglioria n. 1, per contrasto con le previsioni di cui ai punti d.6 e d.2 del *disciplinare* di gara.

Sotto il primo profilo era stata lamentata l'interferenza dell'opera con un sedime di proprietà privata, sotto il secondo la presunta genericità della stessa miglioria, non potendosi "*percepirne l'esatta ubicazione*".

Quanto sopra conseguirebbe all'erroneo presupposto che la Commissione di gara "*ha circoscritto il proprio compito ad un apprezzamento qualitativo dell'offerta tecnica di Euro Strade s.r.l. dal solo punto di vista della idoneità e convenienza delle soluzioni proposte, senza valutarne anche la rispondenza ai parametri che il disciplinare aveva posto a pena di esclusione*".

Per contro, rileva l'appellante, il complesso percorso istruttorio alla base dei giudizi espressi dalla Commissione di gara nelle tre sedute straordinarie smentirebbe tale conclusione, comprovando piuttosto come la miglioria offerta da Euro Strade sarebbe conforme alle prescrizioni del *disciplinare* e realizzabile dal punto di vista sia tecnico che giuridico.

Il motivo è fondato.

Va ribadito, al riguardo, che le valutazioni svolte dalle Commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo "*non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione*" (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2098; III, 2 aprile 2015, n. 1741).

Una tale palese evidenza di genericità ed indeterminatezza dell'offerta non risulta oggettivamente sussistere, in merito all'esatta ubicazione della miglioria, laddove l'aggiudicataria aveva indicato il rifacimento dell'asse viario di avvicinamento ai siti dei depuratori o "*in altro luogo su diversa indicazione*".

L'offerta di Euro Strade così riportava: "*Dai sopralluoghi effettuati, è emerso che la maggior parte delle strade di avvicinamento agli impianti depurativi presenti sul territorio comunale, sono pressoché inesistenti, ovvero, presentano una sede stradale sterrata, priva di un manto adeguato e infestata dalla vegetazione circostante. Tutto ciò rende poco agevole l'accesso da parte di persone e veicoli verso gli impianti di depurazione, soprattutto in caso di pioggia. Alla luce di tutto ciò, con la finalità di poter ottenere un miglioramento in termini di accessibilità ai siti dei depuratori, nonché un miglioramento complessivo sia dal punto di vista ambientale che paesaggistico, la concorrente offre il rifacimento – per circa 500 ml di lunghezza e circa 4 ml di larghezza – dell'asse viario di avvicinamento ai siti dei depuratori su menzionati o in altro luogo su diversa indicazione*".

La miglioria era poi dettagliatamente esposta nell'elaborato grafico (Tavola 1), dove erano riportati i rilievi fotografici da cui desumere lo stato di fatto delle strade di avvicinamento ai depuratori delle frazioni Gioia Capoluogo, Auduni, Calvisi e Criscia. Era stata inoltre allegata una mappa con l'indicazione, (mediante segnaposto giallo) dei siti maggiormente interessati dalla carenza infrastrutturale viaria (ossia i tratti viari di avvicinamento ai medesimi depuratori delle frazioni Gioia Capoluogo, Auduni, Calvisi e Criscia), nonché degli altri due depuratori, espressamente segnalati in blu, anch'essi oggetto dei lavori di ampliamento della rete fognaria (ossia il depuratore in località Carattano e quello in località PIP Volgari).

Sulla mappa venivano infine riportate le modalità ed il dettaglio delle lavorazioni da eseguire in relazione alla miglioria in questione, con il grafico della sede stradale e la descrizione del tipo e della quantità di materiali impiegati: "*i siti che sono maggiormente interessati dalla carenza*

infrastrutturale evidenziata, essi sono: - il depuratore della fraz. "Criscia"; - il depuratore della fraz. "Calvisi"; - il depuratore della fraz. "Auduni"; - il depuratore della fraz. "Gioia-Capoluogo".

Alla luce di tutto ciò, con la finalità di poter ottenere un miglioramento in termini di accessibilità ai siti dei depuratori, nonché un miglioramento complessivo sia dal punto di vista ambientale che paesaggistico, la concorrente offre il rifacimento – per circa 500 ml di lunghezza e circa 4 ml di larghezza – dell'asse viario di avvicinamento ai siti dei depuratori su menzionati o in altro luogo su diversa indicazione".

In ragione di ciò, appare coerente con le risultanze di causa il chiarimento fornito dall'appellante, per cui "*i siti dei depuratori su menzionati*" sono le strade di avvicinamento ai quattro depuratori situati nelle frazioni di Criscia, Calvisi, Auduni e Gioia capoluogo, laddove la locuzione "*o in altro luogo*" è finalizzata ad estendere la miglioria in questione anche ai siti degli altri due depuratori in località Carattano e PIP Volgari, ubicati pur sempre sull'asse viario di avvicinamento ai siti dei sei depuratori oggetto di appalto.

Del resto, anche alla luce delle indicazioni contenute nel progetto esecutivo – in particolare la Tavola denominata "*Depuratori 24022017*", nella quale sono riportate immagini estratte da un motore di ricerca che quali identificano con esattezza le località ove sono ubicati i depuratori esistenti e le strade a servizio degli stessi (marcate con pennarello rosso) – la miglioria proposta da Euro Strade, facendo esplicito riferimento all'asse viario di avvicinamento ai siti dei depuratori, non può che riferirsi alle strade indicate nel suddetto progetto esecutivo, con conseguente evidenza dell'ubicazione territoriale dell'intervento.

Non può quindi condividersi la conclusione di cui alle motivazioni della sentenza appellata, secondo cui non sarebbe possibile individuare l'esatta *ubicazione* di tale miglioria (in realtà individuata nell'asse viario di avvicinamento ai sei menzionati depuratori), la quale peraltro ricade all'interno delle aree di ingombro previste nel progetto esecutivo a base di gara.

Quanto poi al *contenuto* della miglioria, risultano indicate con sufficiente precisione sia l'entità delle lavorazioni offerte (pari a 500 ml di lunghezza × 4 ml di larghezza, per un totale di 2.000 mq di asfalto da realizzarsi sull'asse viario di avvicinamento ai siti di depurazione, a fronte di un più esteso asse viario già esistente), sia le modalità di esecuzione dei lavori ed il tipo e quantità dei materiali impiegati (come da Tavola 1 di 3, allegata alla proposta migliorativa n. 1).

Non risulta quindi integrato, in conclusione, il determinante presupposto dell'assoluta incertezza frutto della "*carenza degli elementi essenziali*" o, comunque, "*in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta*" che solo avrebbe potuto giustificare l'esclusione dalla gara (*ex multis*, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Cons. Stato, V, 27 marzo 2015, n. 1601; V, 11 dicembre 2015, n. 5655).

Con il secondo motivo di appello la sentenza di primo grado viene invece censurata nella parte in cui ha ritenuto sussistere un contrasto della predetta proposta migliorativa n. 1 con il punto d.6) del *disciplinare* di gara (la cui previsione era posta a pena di esclusione dalla gara), sul presupposto che la stessa sarebbe andata ad interferire con fondi di proprietà privata.

Anche questo motivo è fondato, alla luce delle considerazioni svolte su quello precedente.

La disposizione del disciplinare di gara richiamata in sentenza prevede che "*non sono ammesse le offerte tecniche che, in relazione anche ad un solo elemento di valutazione: […] interferiscono con*

sedimi di proprietà privata non previsti dal Piano Particellare integrante il progetto esecutivo se non nei limiti di tolleranza ammessi dalla documentazione a base di gara".

La sentenza impugnata anche in questo caso muove dal presupposto che la valutazione tecnico-discrezionale di competenza della Commissione di gara fosse stata erroneamente limitata all'aspetto qualitativo dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, senza "*valutarne anche la rispondenza ai parametri che il disciplinare aveva posto a pena di esclusione*". Ciò sia nell'ambito del giudizio valutativo espresso nelle sedute ordinarie, sia in quelle straordinarie del 28 dicembre 2017 e del 28 febbraio 2018.

In realtà, proprio dalla lettura del verbale di seduta straordinaria del 28 febbraio 2018 (peraltro riportato, *in parte qua*, nelle premesse "in fatto" della sentenza appellata) deve concludersi in senso difforme da quanto presupposto dal primo giudice.

In tale occasione, infatti, la Commissione di gara aveva ben rappresentato la natura giuridica (privata o pubblica) delle aree interessate dalla proposta di miglioria di cui trattasi (che dunque, anche sotto tale profilo, era chiaramente individuabile quanto ad ubicazione territoriale), dando puntualmente atto del risultato delle verifiche all'uopo compiute: *"[…] Da detta verifica si è desunto quanto segue (vedi stralci planimetrie catastali allegate):*

1. Depuratore frazione CARRATTANO: la strada di collegamento al Depuratore è una strada Vicinale di proprietà Pubblica, avente una lunghezza di circa ml. 337 e una superficie di circa mq. 1.663,00;

2. Depuratore frazione CAPOLUOGO: la strada di collegamento al Depuratore è una strada Vicinale di proprietà Pubblica, avente una lunghezza di circa ml. 480 e una superficie di circa mq. 1.760,00;

3. Depuratore frazione CRISCIA: la strada di collegamento al Depuratore è una strada Vicinale di proprietà Pubblica, avente una lunghezza di circa ml. 275 e una superficie di circa mq. 469,00;

4. Depuratore frazione AUDUNI: la strada di collegamento al Depuratore è una strada Vicinale di proprietà Pubblica, avente una lunghezza di circa ml. 80 e una superficie di circa mq. 253,00;

La parte restante del collegamento al depuratore insiste su una proprietà privata su cui si presume dovrebbe esserci il diritto di passaggio essendo il tratto riportato in rosso nel grafico Tav. denominata "Depuratori 24022017";

5. Depuratore frazione CALVISI: la strada di collegamento al Depuratore insiste su una proprietà privata su cui si presume dovrebbe esserci il diritto di passaggio essendo il tratto riportato in rosso nel grafico Tav. denominata "Depuratori 24022017" […]".

In ragione di tali documentati riscontri, la Commissione concludeva nel senso che "*a) In virtù di quanto accertato dalla Commissione, risulta che le strade di proprietà Comunale, di collegamento ai depuratori esistenti, hanno una lunghezza complessiva pari a circa ml. 1.172,00 e uno sviluppo pari a circa mq. 4.145.00;*

b) La Commissione ritiene, a seguito degli approfondimenti espletati e sulla base di quanto riportato nella Tav. denominata "Depuratori 24022017" del progetto posto a base di gara, di confermare il giudizio tecnico espresso in sede di gara sulla miglioria n. 1 presentata dall'Impresa

Euro Strade S.r.l. poiché detta miglioria risulta compatibile e non contrasta con il punto d.6) del Disciplinare di gara".

Ora, in considerazione dell'estensione delle strade di proprietà comunale interessate dagli interventi migliorativi, così come accertate dalla Commissione (dato, questo, non contestato in giudizio) e della ben minore ampiezza degli interventi migliorativi medesimi – come in precedenza riportati, parti a circa 500 ml. di lunghezza × 4 ml di larghezza, non è dato comprendere per quale obiettiva evidenza l'espressa presa d'atto, da parte della Commissione, che i suddetti interventi non sarebbero stati in contrasto con il punto d.6) del Disciplinare di gara dovrebbe ritenersi in concreto irrilevante, per essersi detto organo limitato a verificare "*[…]l'aspetto qualitativo dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria*".

Il punto d.6 del *Disciplinare*, come già detto, si riferisce esclusivamente all'eventuale interferenza delle opere con sedimi di proprietà privata. Non può quindi ritenersi, oggettivamente, che la specifica presa d'atto della Commissione di gara sulla questione si riduca ad una clausola di stile.

Ciò, a maggior ragione, ove si consideri che – come evidenziato in modo convincente dalla società appellante, esemplificando le possibili "combinazioni" di intervento (alle pagg. 15 e 16 dell'atto d'appello) – la proposta di realizzare un'asfaltatura di un tratto di circa 500 ml di lunghezza e 4 ml di larghezza era in realtà realizzabile senza alcuna interferenza con sedimi privati "*anche solo considerando due delle predette sei strade di avvicinamento ai siti dei depuratori e segnatamente proprio due delle quattro strade vicinali di proprietà pubblica individuate in via prioritaria nella offerta di Euro Strade come più carenti a livello infrastrutturale (id est, frazioni Gioia capoluogo e Criscia).*

Lo stesso dicasi se si considerano le sole strade pubbliche di avvicinamento al depuratore Criscia e al depuratore Auduni nella sua parte pubblica, oppure se si considerano le strade pubbliche di avvicinamento al depuratore Carattano e ai depuratori Gioia Capoluogo o Criscia oppure, ancora, se si considerano le strade pubbliche di avvicinamento ai depuratori Gioia capoluogo e Auduni".

Neppure appare decisiva l'ulteriore considerazione, riportata in sentenza, secondo cui non esisterebbero "*dubbi che su alcune strade di avvicinamento ai depuratori (Calvisi ed Auduni) il Comune di Gioia Sannitica non esercita un diritto di proprietà, ma sarebbe solo titolare di servitù di passaggio; ma l'esistenza di una servitù, a prescindere dalla* facultas *specifica del titolare, presuppone necessariamente che il proprietario del fondo servente non sia l'amministrazione comunale, né risulta che esistano posizioni dominicali tali da fa ricadere altrimenti le predette aree nella mano pubblica*".

Invero, proprio la riconosciuta esistenza di una servitù di uso pubblico su parte delle strade di avvicinamento ai depuratori avrebbe dovuto piuttosto rafforzare la posizione dell'aggiudicataria (come del resto riconosciuto dalla Commissione di gara), in quanto le strade vicinali, ancorché private, sono assimilate a quelle comunali ai sensi dell'art. 2, comma 6, lett. d), del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (*Codice della strada*), caratterizzandosi per la presunzione (sia pure *iuris tantum*) di uso pubblico, superabile solo con la prova contraria dell'inesistenza di tale diritto di godimento da parte della collettività (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 19 marzo 2015, n. 1515), prova che non risulta dagli atti di causa. Del resto, ai sensi dell'art. 825 Cod. civ., "*Sono parimenti soggetti al regime del demanio pubblico, i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi*".

Conclusivamente, in assenza di una palese evidenza di erroneità del giudizio della Commissione di gara circa l'insussistenza di situazioni di conflitto tra le proposte migliorative e le disposizioni della *lex specialis* di gara, le prime andranno considerate legittime.

Con il terzo motivo di appello, di carattere subordinato ai precedenti, viene infine dedotta la nullità della clausola escludente di cui al punto f) del disciplinare di gara per violazione del principio di tassatività sancito dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale "*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

Invero, rileva l'appellante, non esiste alcuna disposizione di legge per cui la presentazione di migliorie progettuali – ancorché difformi ai requisiti minimi indicati dalla stazione appaltante negli atti di gara – comporti la necessaria esclusione dalla gara dell'impresa offerente.

Piuttosto, le offerte migliorative risultano ammesse in via generale, prima dall'art. 76 del d.lgs. n. 163 del 2006 e, quindi, dal vigente art. 95, comma 14, del richiamato d.lgs. n. 50 del 2016 in tutte le gare aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa autorizzazione della stazione appaltante.

Il motivo risulta in linea di principio fondato, nei termini che si precisano.

Va infatti confermato l'orientamento giurisprudenziale – dal quale non vi è ragione di discostarsi – secondo il quale, anche in mancanza dalla previa autorizzazione di varianti (prevista dall'art. 95 cit.), deve comunque ritenersi insita nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la possibilità, per i partecipanti, di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio* tra i concorrenti (Cons. Stato, V, 27 marzo 2015, n. 1601).

Al riguardo, va detto (*ex multis*, Cons. Stato, V, 16 aprile 2014, n. 1923) che le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi 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 (in termini, anche Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 270; V, 14 maggio 2018, n. 2853; VI, 19 giugno 2017, n. 2969).

Alla luce di quanto precede, sarebbe quindi illegittima un'interpretazione della clausola di cui al capo 4, punto f) del *disciplinare* di gara – secondo cui "*il verificarsi di una delle condizioni di cui alle precedenti lettere d) oppure e), comporta la non ammissibilità dell'Offerta Tecnica e l'esclusione del relativo offerente*" – tale da comportare l'automatica esclusione delle offerte che presentino eventuali soluzioni migliorative rispetto alle prescrizioni progettuali poste a base di gara.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque accolto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza. Ritiene comunque il Collegio che la particolarità dell'oggetto della controversia giustifichi l'integrale compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio nei confronti di Asmel Consortile s.c.a r.l.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo – in riforma dell'impugnata sentenza – il ricorso a suo tempo proposto da Impregina s.r.l.

Condanna quest'ultima al pagamento, in favore dell'appellante Euro Strade s.r.l., delle spese di lite del giudizio d'appello, che liquida complessivamente in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre oneri di legge.

Compensa tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio nei confronti di Asmel Consortile s.c.a r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Valerio Perotti	Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO