

Limiti all'ammissibilità delle offerte in variante al progetto esecutivo posto a base di gara

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 8-3-2018

Nelle gare d'appalto di lavori, le clausole della *lex specialis* devono essere interpretate alla stregua del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (nella specie, sono state ritenute ammissibili le offerte che prevedevano i lavori di completamento di un intero edificio, anche nella parte stralciata dal progetto posto a base di gara).

(1) Conforme: Cons. Stato, Sez. IV, 14 marzo 2016, n. 1015; idem, 11 ottobre 2016, n. 4180; Cons. Stato, Sez. V, 17 novembre 2016, n. 4793; Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809.

Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

Il caso sottoposto all'esame del T.A.R. di Bari riguarda l'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione relativo a una gara indetta da un Comune, con **procedura aperta ex art. 60, d.lgs. n. 50/2016**, per l'affidamento di lavori di ristrutturazione di un edificio scolastico, da eseguirsi mediante demolizione e successiva ricostruzione dei piani seminterrato e rialzato; l'aggiudicazione è stata disposta dalla stazione appaltante in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'**art. 95 del d.lgs. n. 50/2016**.

La prima classificata, al pari delle concorrenti collocatesi al secondo e terzo posto in graduatoria, aveva offerto una soluzione dei lavori di completamento della struttura del fabbricato che prevedeva, oltre ai livelli succitati, anche la realizzazione di un **ulteriore piano fuori terra**. Quest'ultimo, inizialmente previsto, era stato poi stralciato dal progetto esecutivo posto a base di gara, a causa del mancato ottenimento del finanziamento dell'opera.

La ricorrente, posizionata al quarto posto, è insorta dianzi il G.A. barese con ricorso e annessa istanza di misura cautelare, lamentando la mancata esclusione delle prime tre classificate le quali, a suo avviso, avevano violato la clausola del bando che vietava espressamente, a pena di esclusione, le **offerte in variante**. Esse, infatti, in aggiunta a quanto richiesto dalla stazione appaltante, avevano offerto la costruzione del piano superiore stralciato, il che, ad avviso della deducente, andava a integrare un **nuovo e diverso progetto**.

Il ricorso è stato respinto poiché ritenuto infondato.

Il Collegio, confermando il convincimento assunto *in nuce* in sede cautelare, ha osservato che il riferimento testuale contenuto nella menzionata **clausola della *lex specialis*** al “completamento” della struttura dell’edificio di progetto, contemplasse, in egual misura, gli interventi relativi (anche) al primo piano del fabbricato; in talché, ritenendo ammissibili le offerte che prevedessero l’ultimazione dell’intera scuola.

Tanto il G.A. ha statuito applicando il principio per cui, nell’ipotesi di clausole della legge di gara dal **contenuto incerto**, ovvero suscettibili di **interpretazioni contrastanti**, occorre privilegiare quella che agevoli il più ampio confronto competitivo tra gli operatori economici, in nome del principio del ***favor participationis***.

Inoltre, a giudizio del T.A.R., siffatta esegesi risultava, in fatto, preferibile alla luce dell’**ulteriore previsione**, contenuta **nel disciplinare**, della facoltà della stazione appaltante di accettare, in tutto o in parte, le “*modifiche ed i miglioramenti tecnici*” proposti nell’ambito della procedura di evidenza pubblica: circostanza da cui ha inferito la possibilità per i concorrenti di proporre non solo miglioramenti, ma altresì “modifiche” al progetto esecutivo a base di gara, impregiudicato il **potere discrezionale** della P.A. di valutarne l’utilità e convenienza.

La pronuncia merita una riflessione posto che, proprio a causa della rilevata nebulosità della clausola di gara, la ricorrente poteva essere stata verosimilmente **indotta in errore**, avendo il bando *prima facie* escluso la possibilità di lavori aggiuntivi sull’opera i quali, seppur *ab origine* progettati, non avevano trovato ingresso nell’oggetto dell’appalto. Ove, dunque, la *lex specialis* non avesse reso incerta la possibilità di interventi sull’intero stabile, non poteva escludersi che anche la ricorrente **estendesse la propria offerta** al piano non finanziato dell’edificio.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 539 del 2017, proposto da:

Sedir S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Caputi Iambrenghi e Francesco Caputi Iambrenghi, con domicilio eletto presso Vincenzo Caputi Iambrenghi, in Bari, via Abate Eustasio, 5;

contro

Comune di Cerignola, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Paradiso, con domicilio eletto presso Francesco De Robertis, in Bari, via Davanzati 33;

Centrale Unica di Committenza del Tavoliere, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Edil Fasano S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Dionigi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Bari, via Fornari 15/A; Imedil S.r.l., Costruzioni L. & S. S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

1) dell'aggiudicazione della procedura aperta per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'edificio "A" della scuola elementare "G. Di Vittorio" sito in Cerignola alla via Ercolano n. 7, primo stralcio funzionale, pronunciata in favore della Edil Fasano s.r.l. con determina del Dirigente del Settore LL.PP. del Comune di Cerignola del 19 aprile 2017, n. V/90, comunicata via p.e.c. in pari data ai sensi dell'art. 76, co.5, del D.Lgs. n. 50/2016;

2) delle determinazioni contenute nei verbali di gara del 13, 19 e 21 dicembre 2016 nella parte in cui non è stata sanzionata l'esclusione dalla procedura delle concorrenti Edil Fasano s.r.l., Imedil s.r.l. (seconda graduata) e Costruzioni L. & S. s.r.l. (terza graduata) per aver presentato offerte tecniche in variante al progetto esecutivo a base di gara, nonché nelle parti in cui tali offerte sono state considerate ed è stato attribuito loro un coefficiente ed un punteggio, ivi comprese, nella parte d'interesse, le graduatorie delle offerte tecniche, dei tempi ed economiche, nonché la graduatoria finale;

3) per quanto occorrer possa, dell'aggiudicazione provvisoria contenuta nel verbale di gara n. 3 del 21.12.2016, e del provvedimento di presa d'atto della stessa da parte del Responsabile

della Centrale Unica di Committenza del Tavoliere del 23.12.2016, n. 42;

4) di tutti gli atti presupposti, connessi o consequenziali, anche se non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cerignola e della Edil Fasano S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2018 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel medesimo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 9.5.2017 e depositato in Segreteria in data 24.5.2017, la società Sedir S.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere le pronunce meglio indicate in oggetto.

La vicenda in esame trae origine dall'indizione da parte della Centrale Unica di Committenza del Tavoliere della gara dei lavori di *"ristrutturazione (ricostruzione) dell'edificio "A" del plesso scolastico sede della scuola elementare "G. Di Vittorio" sito in via Ercolano n. 7 – Primo stralcio funzionale"* nel Comune di Cerignola, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il progetto posto a base di gara prevedeva la demolizione e ricostruzione del seminterrato e del piano rialzato della scuola, mentre era stata stralciata la realizzazione dell'ulteriore piano fuori terra a seguito della rielaborazione di un precedente progetto non interamente finanziabile dalla Regione nell'ambito dei piani regionali annuali e triennali di edilizia scolastica.

Con determina n. 438/90 del 19.4.2017 il Dirigente del Settore LL.PP. del Comune di Cerignola aggiudicava definitivamente la procedura in favore della controinteressata Edil Fasano S.r.l.

La ricorrente si classificava al quarto posto, preceduta dalla Imedil S.r.l. e dalla Costruzioni L. & S. S.r.l.

La Sedir S.r.l. impugnava gli atti menzionati in epigrafe per i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento, difetto di motivazione, contraddittorietà.

La Commissione di gara avrebbe errato nella trasformazione in punteggi dei giudizi

discrezionali attribuiti alle offerte tecniche dei concorrenti.

In particolare, nel trasformare i coefficienti in punteggi per il criterio B, la Commissione avrebbe agito come se si trattasse di unico punteggio, senza applicare il metodo aggregativo compensatore e la formula prevista nel disciplinare di gara per ogni sotto criterio.

A comprova, la ricorrente allegava i propri conteggi da cui sarebbe emersa una parziale rettifica di quelli attribuiti dalla Commissione di gara.

Precisava, tuttavia, che anche a seguito della correzione dei calcoli non mutavano le posizioni in graduatoria delle concorrenti (cfr. pag. 13 ricorso in atti).

2) Violazione dell'art. 95, commi 1, 2, 6 e 14 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione del punto 20, lettera m) del bando di gara, della clausola a pag. 14 del disciplinare, dei criteri di aggiudicazione. Violazione dei principi di buon andamento, par condicio e affidamento. Eccesso di potere per difetto di proporzionalità, ingiustizia manifesta, travisamento, difetto di motivazione e sviamento.

La ricorrente evidenziava che il punto n. 20 lett. m) del bando vietava a pena di esclusione la presentazione di offerte in variante al progetto esecutivo posto a base di gara e che la clausola a pag. 14 del disciplinare prevedeva – sempre a pena di esclusione – che nessun *sub* elemento potesse comportare la modifica del progetto esecutivo approvato.

Senonché, per il criterio B.1 “*completamento delle opere strutturali*” le tre concorrenti avevano previsto la realizzazione *ex novo* a rustico del primo piano o piano di copertura.

Infatti:

- la Edil Fasano S.r.l., aggiudicataria della procedura, aveva previsto la realizzazione del secondo impalcato fuori terra, identificato come piano di copertura delle tavole allegate al bando di gara;

- la Imedil S.r.l. aveva offerto il completamento delle opere strutturali relative al piano piano, con la realizzazione della struttura portante completa ripristinando l'originaria volumetria;

- la Costruzioni L. & S. S.r.l. aveva proposto la realizzazione dell'intera struttura, comprensiva del primo piano, oltre ad alcuni interventi di impermeabilizzazione delle fondamenta, rinforzo delle travi rovesce e realizzazione di pareti in controterra in cemento armato.

In tesi ricorrente, dunque, le concorrenti avevano violato la *lex specialis* che si limitava ad attribuire punteggio alle soluzioni per completare la struttura dell'edificio di progetto.

Secondo la ricorrente, tale norma andava interpretata nel senso che le offerte migliorative potessero concernere solo il progetto esecutivo stralcio a base di gara, non essendo invece ammesse varianti o progetti radicalmente diversi.

L'aggiunta di un intero piano all'edificio scolastico di progetto rappresentava una macroscopica modifica dello stesso sotto il profilo strutturale, qualitativo e funzionale e, pertanto, un'inammissibile variante del medesimo, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione delle tre concorrenti.

Sotto altro profilo, la Sedir S.r.l. contestava le modalità di redazione dei progetti migliorativi delle controinteressate in quanto predisposti non già sulla scorta di un progetto esecutivo a base di gara ai sensi dell'art. 59, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, bensì prendendo spunto da alcune planimetrie e dai calcoli strutturali che riportavano il riferimento al primo piano pur se quest'ultimo era stato espunto dalla *lex specialis*.

Le offerte, dunque, difettavano anche del collegamento tecnico giuridico con il progetto dedotto in gara, non costituendo una miglioria, bensì un nuovo progetto contrastante con le previsioni di quello di primo stralcio.

In via subordinata, la ricorrente avanzava l'ipotesi per cui la Commissione di gara avesse anticipato la verifica della rispondenza delle offerte tecniche migliorative alle previsioni della *lex specialis* nonché al progetto a base di gara già nel corso della prima seduta di gara, avendo ritenuto genericamente le offerte "congrue" rispetto a quanto previsto nel disciplinare e capitolato.

Per tale eventualità, deduceva l'illegittimità di tale verifica anticipata delle offerte per violazione del divieto di presentazione di varianti.

In via ulteriormente subordinata, la ricorrente sosteneva che - nel caso in cui la presentazione delle varianti non fosse considerata causa di esclusione dalla procedura - quanto meno i concorrenti avrebbero dovuto ottenere per il parametro B1 un punteggio pari a 0.

Di conseguenza, la Sedir S.r.l. sarebbe risultata prima classificata.

In via ancor più gradata, ferma restando l'attribuzione del punteggio pari a 0 per la Edil Fasano S.r.l. e la Imedil S.r.l., nell'eventualità in cui le proposte di Costruzioni L. & S. S.r.l. - fatta eccezione per la realizzazione del primo piano dell'edificio scolastico - fossero comunque meritevoli dell'assegnazione di un coefficiente e del relativo punteggio, la ricorrente proponeva l'attribuzione di un coefficiente medio pari al 40% di quello assegnato dalla Commissione.

Anche in tal caso, la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria.

In via di estremo subordine, la Sedir S.r.l. chiedeva che gli atti venissero rimessi alla Commissione giudicatrice in diversa composizione per riassegnare i parametri B.1 e riformulare la graduatoria.

3) Violazione dell'art. 77, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta.

La composizione della Commissione giudicatrice avrebbe violato l'art. 77, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 in quanto il commissario dott. Delvino aveva reso il parere di regolarità contabile e copertura finanziaria della spesa della determina a contrarre.

4) Violazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi di buon andamento, determinatezza, trasparenza, *par condicio*, affidamento. Eccesso di potere per contraddittorietà, ingiustizia manifesta, travisamento, illogicità.

In via subordinata, la ricorrente deduceva l'illegittimità della *lex specialis* di gara per violazione dell'art. 95, commi 1, 2, 6 e 14 del D.Lgs. n. 50/2016.

Ciò in quanto, in primo luogo, era stata omessa l'indicazione della possibilità di variare il progetto a base di gara e la conseguente specificazione dei requisiti minimi delle varianti.

In secondo luogo, la Stazione Appaltante avrebbe violato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consentendo l'incremento della prestazione da parte dell'appaltatore senza un adeguato riscontro sul piano del prezzo.

Ciò premesso, la società ricorrente avanzava richiesta di sospensione degli atti impugnati.

In data 29.5.2017 si costituiva formalmente in giudizio la Edil Fasano S.r.l.

Con memoria depositata in pari data, l'aggiudicataria evidenziava in fatto che il punto 13, criteri B1, B6, B7, B8 del bando di gara prevedevano criteri di valutazione per il completamento delle opere strutturali, dell'impianto dati, della rilevazione incendi e dell'impianto fonico e che a pag. 15 del disciplinare fosse prevista la facoltà della S.A. di accettare, non accettare o accettare in parte le modifiche ed i miglioramenti tecnici proposti in sede di gara.

Inoltre, evidenziavano che le planimetrie, i grafici strutturali di cantiere e la relazione di calcolo dell'intera struttura provavano che l'intenzione della Stazione Appaltante era quella di ottenere la realizzazione della scuola completa anche del primo piano e della copertura.

Nel merito, deducevano l'inammissibilità della prima censura per difetto di interesse, avendo la ricorrente affermato che anche dall'applicazione corretta della formula le posizioni in graduatoria non sarebbero mutate.

In relazione agli ulteriori motivi di ricorso, sosteneva che:

- il sotto criterio B1 si riferiva all'edificio oggetto di demolizione e ricostruzione, ossia all'edificio A del plesso scolastico adibito a scuola elementare Di Vittorio e, dunque, anche al primo piano temporaneamente stralciato per la riduzione del finanziamento;

- anche nell'ipotesi in cui le proposte fossero ritenute estranee al progetto, ciò non avrebbe potuto comportare l'espulsione dell'impresa né la riparametrazione dei punteggi come prospettata dalla ricorrente, in quanto la sanzione per l'offerta di opere aggiuntive prevista dalla *lex specialis* era la non valutazione della stessa;

- le censure contro l'ammissione della Edil Fasano S.r.l. erano inammissibili per mancata immediata impugnativa dei provvedimenti di ammissione;

- la tardività della contestazione relativa alla nomina del dott. Delvino quale commissario.

Con memoria del 30.5.2017, il Comune di Cerignola si costituiva in giudizio deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso in particolare in quanto il sotto criterio B.1 si riferiva all'intero edificio oggetto di demolizione e ricostruzione, ossia all'Edificio 'A' del plesso scolastico adibito a scuola elementare Di Vittorio, e, dunque, anche al primo piano momentaneamente stralciato per la riduzione del finanziamento.

A sostegno di tale opzione ermeneutica, richiamava le planimetrie, i grafici strutturali di cantiere e la relazione di calcolo dell'intera struttura.

In subordine, ad ogni modo, evidenziava che in virtù della nota a pag. 15 del disciplinare di gara e del generale principio dell'*utile per inutile non vitiatur* la sanzione per la previsione di opere aggiuntive e le migliorie non ammissibili avrebbe potuto eventualmente essere soltanto la non valutazione dell'opera aggiuntiva e non l'esclusione delle concorrenti.

In relazione al terzo motivo di ricorso, il Comune di Cerignola deduceva la tardività per omessa tempestiva impugnativa del provvedimento di nomina della Commissione di gara, nonché l'infondatezza del medesimo motivo, posto che il Dott. Delvino non aveva partecipato alla redazione degli atti di gara.

Infine, eccepiva la tardività delle censure proposte nei confronti della *lex specialis* per omessa immediata impugnazione.

Con ordinanza cautelare n. 225/2017 pubblicata il 8.6.2017, il Collegio respingeva l'istanza cautelare rilevando l'assenza di un sufficiente *fumus boni iuris*.

Con ordinanza cautelare n. 3713/2017 pubblicata il 8.9.2017, il Consiglio di Stato, adito in sede di appello cautelare, respingeva il ricorso ritenendo prevalente l'esigenza di non incidere sui lavori in corso.

All'udienza pubblica del 10.1.2018, la causa veniva definitivamente trattenuta in decisione.

Ciò premesso in punto di fatto, il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato.

Il primo motivo di ricorso appare inammissibile per difetto di interesse.

La Sedir S.r.l. ha contestato l'errato calcolo matematico operato dalla Commissione giudicatrice nell'applicazione della formula prevista dalla *lex specialis* per l'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche.

Senonché, la stessa ricorrente ha altresì precisato che anche mediante la corretta applicazione della predetta formula la posizione in graduatoria delle concorrenti non sarebbe

mutata.

Pertanto, anche dall'accoglimento della doglianza la ricorrente non otterrebbe alcuna utilità.

Non è inoltre meritevole di positivo apprezzamento la censura relativa all'inammissibilità delle offerte tecniche delle prime tre classificate Edil Fasano S.r.l., Imedil S.r.l. e Costruzioni L. & S. S.r.l. per aver violato il divieto di presentazione di offerte in variante previsto dal punto n. 20, lett. m) del bando.

Il Collegio ha già evidenziato in sede cautelare come il *“sotto criterio di valutazione dell’offerta relativo al “Completamento delle opere strutturali dell’edificio” poteva intendersi riferito anche ad opere di completamento strutturale relative al primo piano dell’edificio A oggetto di appalto”*.

Invero, il criterio B.1 valorizzava la presentazione di *“soluzioni proposte per completare la struttura dell’edificio di progetto”*; tale formulazione letterale ben poteva intendersi come completamento dell’intera scuola comprensiva del primo piano.

Sul punto, inoltre, deve richiamarsi il pacifico indirizzo giurisprudenziale secondo cui, nei casi di incertezza del contenuto delle clausole, va preferita l’interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura, in nome del principio del *favor participationis* e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 14.3.2016, n. 1015).

Non si ritiene, pertanto, soprattutto alla luce della *lex specialis* per come in concreto confezionata, che l’offerta della realizzazione del primo piano dell’edificio possa qualificarsi come variante non ammessa e comportare l’esclusione delle tre concorrenti.

Ad abundantiam, il Collegio condivide la difesa del Comune resistente e della controinteressata secondo cui la proposta di costruzione del primo piano dell’edificio avrebbe potuto determinare tutt’al più la mera non valutazione della stessa, per stralcio dal resto dell’offerta, e non l’esclusione delle concorrenti.

Invero, il disciplinare di gara a pagina 15 prevedeva che la Stazione Appaltante avesse *“la facoltà di accettare, non accettare o accettare in parte le modifiche ed i miglioramenti tecnici proposti in sede di gara (così come dettagliati dalle relazioni tecniche dell’offerta). Qualora le modifiche od i miglioramenti non siano accettati dalla stazione appaltante, l’aggiudicatario avrà l’obbligo di ricondurre l’offerta tecnica alla tipologia e/o alle prestazioni previste dal capitolato speciale d’appalto posto a base di gara sulla base degli indirizzi espressi dal DL.”*

Siffatta clausola, per un verso, induce a ritenere che le concorrenti potessero proporre non solo miglioramenti, ma altresì modifiche, e, per altro verso, ha attribuito al Comune di Cerignola il potere discrezionale di valutarne l’utilità e convenienza, nonché, eventualmente, di stralciarle dal resto dell’offerta tecnica.

Le proposte di completamento, inoltre, appaiono essere state redatte proprio prendendo

spunto da alcune planimetrie e dai calcoli strutturali che riportavano il riferimento al primo piano (come riconosciuto anche dalla ricorrente); di conseguenza, non si ritiene fondata la contestazione sull'assenza di collegamento con il progetto a base di gara, per come originariamente concepita e solo successivamente frustrata nella sua concreta realizzazione, a causa dei tagli ai finanziamenti regionali.

Sotto tali profili, dunque, la censura non può trovare accoglimento.

Con il medesimo motivo di ricorso, la ricorrente ha avanzato l'ipotesi per cui la Commissione di gara avesse illegittimamente anticipato la verifica della rispondenza delle offerte tecniche migliorative alle previsioni della *lex specialis*, nonché al progetto a base di gara, già nel corso della prima seduta dei lavori della stessa, avendo ritenuto genericamente le offerte "congrue" rispetto a quanto previsto nel disciplinare e capitolato.

Anche sotto tale aspetto la censura non appare fondata in quanto nel corso della prima seduta la Commissione giudicatrice risulta aver meramente aperto la busta relativa alla documentazione amministrativa per l'ammissione delle partecipanti e verificato l'integrità della documentazione tecnica, mentre l'esame della stessa è avvenuta nelle successive sedute.

La valutazione di congruità ha, in altri termini, riguardato il mero aspetto formale della presentazione dell'offerta, non la sostanza dei contenuti della medesima.

Nel caso di accertata ammissibilità delle offerte tecniche, la ricorrente ha proposto in subordine:

- a) l'attribuzione di un punteggio pari a 0 per il criterio B.1 per tutte e tre le concorrenti;
- b) l'attribuzione di un punteggio pari a 0 per il criterio B.1 per la Edil Fasano S.r.l. e la Imedil S.r.l., mentre l'applicazione di un coefficiente medio per la Costruzioni L. & S. S.r.l. pari al 40% di quello assegnato dalla Commissione, avendo la società proposto anche altre opere migliorative oltre alla costruzione del primo piano dell'edificio.

Tali argomentazioni non hanno pregio giuridico.

In primo luogo, deve rilevarsi che, posto che si è già detto che il criterio B.1 della *lex specialis* ben poteva essere interpretato nel senso di ritenere ammissibili proposte che prevedessero il completamento dell'intero edificio, ne deriva logicamente l'infondatezza delle censure che ambiscono ad una diversa articolazione dei punteggi.

Diversa sarebbe stata l'ipotesi in cui si fossero ritenuti inammissibili i progetti delle concorrenti nella sola parte in cui prevedevano la costruzione del primo piano dell'edificio.

Anche in tale eventualità, comunque, sarebbe stato inammissibile un sindacato giurisdizionale volto all'attribuzione dei punteggi per il criterio B.1 alle offerte tecniche delle concorrenti.

Il terzo motivo di ricorso è, inoltre, inammissibile oltre che infondato.

La nomina della commissione, in ragione dell'autonoma efficacia immediatamente lesiva, doveva essere autonomamente impugnata senza attendere o condizionarne l'impugnazione all'esito dell'aggiudicazione dell'appalto all'impresa controinteressata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17.11.2016, n. 4793).

Nel merito, comunque, la censura è infondata.

L'art. 77, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che *“i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

La *ratio* dell'incompatibilità in esame è da rinvenirsi nel principio di imparzialità dell'azione amministrativa, giacché essa mira a prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi e favoritismi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7.7.2015, n. 3352).

In tesi ricorrente, tale ipotesi di incompatibilità sarebbe stata integrata dalla presenza in Commissione giudicatrice del dott. Delvino, avendo quest'ultimo reso il parere di regolarità contabile sulla determina a contrarre.

Il Collegio ritiene che tale circostanza non possa aver influito in alcun modo sullo svolgimento della funzione di giudice della gara, non incidendo sull'imparzialità e terzietà del dott. Delvino rispetto agli operatori economici partecipanti alla procedura, né implicando “a monte” un ruolo redazionale diretto in relazione agli atti di gara.

Diversamente si sarebbe potuto ritenere qualora il dott. Delvino avesse viceversa redatto, approvato o comunque concretamente influito sui contenuti degli atti di gara.

Infine, con l'ultimo motivo di ricorso la ricorrente ha domandato l'annullamento dell'intera procedura di gara per violazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 per l'ipotesi in cui la previsione del sotto criterio B.1 potesse essere interpretato nel senso di consentire l'ammissione alla gara alle concorrenti Edil Fasano S.r.l., Imedil S.r.l. e Costruzioni L. & S.

Il Comune di Cerignola e la Edil Fasano S.r.l. hanno dedotto l'inammissibilità dell'impugnativa, sussistendo l'onere di immediata impugnazione del bando nei trenta giorni dalla sua pubblicazione.

Il Collegio non ritiene di condividere tale argomentazione, in quanto, per costante giurisprudenza, l'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste solo in caso di clausole escludenti, tra cui quelle che impediscono la partecipazione alla gara, o prescrivono requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alla gara arbitrari e discriminatori, altrettanto non potendo sostenersi per le previsioni della *lex specialis* che, invece, disciplinano la fase di valutazione delle offerte o per le clausole per le quali la lesività si

manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della Commissione di gara (*ex multis*, cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 18.4.2017, n. 1809; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11.10.2016, n. 4180).

Nel caso di specie, si ritiene che lesività della *lex specialis* per la ricorrente si sia manifestata effettivamente solo a seguito dell'applicazione da parte della Commissione giudicatrice del criterio valutativo B.1 sopra delineato.

Ad ogni modo, nel merito la censura è infondata e non merita accoglimento.

Non risulta, invero, che il bando possa ritenersi illegittimo per non aver indicato la possibilità di variare il progetto e i requisiti minimi di tale variante, in quanto, come esposto in relazione alla seconda censura, il completamento dell'edificio mediante la realizzazione del primo piano era valutabile nell'ambito del criterio valutativo B.1 e non costituiva una variante del progetto posto a base di gara.

Né appare fondata la tesi secondo cui risulterebbe violata la norma che individua l'offerta economicamente più vantaggiosa come quella che presenta il miglior rapporto qualità - prezzo, posto che rientra nella discrezionalità della Stazione Appaltante la determinazione dei criteri di valutazione, anche premiando l'offerta di prestazioni aggiuntive.

Conclusivamente, stante l'infondatezza del ricorso nel merito, la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati non può trovare accoglimento.

Da ultimo, tenuto conto della oggettiva peculiarità della vicenda in esame e della controversa interpretazione della *lex specialis* di gara di cui si è dato atto *supra*, appaiono pienamente sussistere i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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