

**Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 6615 del 21 dicembre 2012**

*Varianti progetto posto a base di gara – Limiti- Non alterazione dell'oggetto del contratto*

**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 4995 del 2011, proposto da:  
Nicoli' Srl, rappresentato e difeso dall'avv. ..., con domicilio eletto presso l'avv.  
..... in Roma, via .....

***contro***

Provincia di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. ....., con domicilio eletto  
presso l'avv. .... in Roma, via .....;  
Impresa Troso Osvaldo Srl, rappresentato e difeso dall'avv. ....., con domicilio  
eletto presso l'avv. .... in Roma, via ....., 271;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE  
III n. 00802/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di  
completamento recupero dell'ex .....

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Lecce e di Impresa Troso  
Osvaldo Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati ....., per delega dell'Avvocato ....., e Vantaggiato in proprio e per delega dell'Avvocato .....

#### FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, Sez. III, con la sentenza n. 802 del 5 maggio 2011, ha respinto il ricorso, proposto dall'attuale appellante, per l'annullamento della determinazione n. 3300 del 17 dicembre 2010, comunicata a mezzo fax il 22 dicembre 2010, con la quale il Dirigente del Settore Lavori Pubblici e Mobilità – Servizio Edilizia e Patrimonio della Provincia di Lecce aveva aggiudicato in via definitiva alla Troso Osvaldo s.r.l. la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei “Lavori di completamento del recupero dell'ex Convitto Palmieri” per un importo di euro 1.529.639,20 al netto del ribasso offerto, oltre a euro 10.000,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso ed IVA come per legge per lavori ed euro 49.536,20 per spese di progettazione oltre Inarcasse ed IVA come per legge.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è generalizzata dall'art. 76 D.lgs. 163-2006, quando il sistema di selezione delle offerte è basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: la stazione appaltante sceglie il contraente, in questo caso, valutando non solo criteri quantitativi legati al prezzo, ma alla complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti del progetto base elaborato dall'amministrazione.

Per il TAR, deve inoltre ritenersi insito nella scelta di tale criterio selettivo che, quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, sia consentito alle imprese

proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze o capacità tecniche, purché non vengano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio*.

In particolare, le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, del tutto alternativa rispetto a quello voluto dalla P.A.

Nel caso di specie, conclude il TAR, tale facoltà è espressamente contemplata dalla disciplina di gara, secondo una lettura complessiva e unitaria degli atti della procedura.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, rilevando che la possibilità di presentare varianti non era stata autorizzata in sede di bando e che, comunque, le varianti proposte dall'aggiudicataria dovevano ritenersi inammissibili, realizzando un'ipotesi di *aliud pro alio*; con l'appello in esame, chiedeva pertanto l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto dell'appello.

Con ordinanza cautelare d'appello di questa Sezione n. 3208 del 20 luglio 2011, veniva respinta la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

All'udienza pubblica del 20 novembre 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia infondato.

Preliminarmente deve essere evidenziato che, per conforme giurisprudenza di questo Consiglio, l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento

dell'Amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell'atto, tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c. gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere; ciò anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980).

Da tale premessa, deriva, quale diretto corollario, la regola secondo la quale solo in caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando e degli atti che regolano i rapporti tra cittadini e Amministrazione può ammettersi una lettura idonea a tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede, non potendo generalmente addebitarsi al cittadino un onere di ricostruzione dell'effettiva volontà dell'Amministrazione mediante complesse indagini ermeneutiche ed integrative.

Nel caso di specie, la contestata possibilità di presentare varianti è stata, secondo il Collegio, sicuramente autorizzata in sede di bando, come emerge da un'interpretazione letterale e complessiva degli atti di gara, privi di qualsivoglia ambiguità su tale punto.

La *lex specialis* della gara richiedeva, infatti, la presentazione di “un progetto definitivo, indicante le proposte migliorative rispetto al progetto a base di gara”, composto da una serie di elaborati minimi, sovrapponibili a quelli previsti dall'art. 25 del D.P.R. 554-99, non la mera elaborazione di opere aggiuntive o integrative ai lavori previsti dal progetto posto a base della procedura di gara; l'estratto del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, predisposto secondo i formulari standard, al punto 11.1.9 prevedeva espressamente la possibilità di varianti; gli

stessi criteri di valutazione indicavano in quale ambito le migliorie potevano essere operate dal momento che in quello stesso ambito sarebbero state valutate.

Anche le risposte ai quesiti posti prima della presentazione delle offerte, pur non avendo efficacia interpretativa piena, attestano la compatibilità dell'opzione ermeneutica prescelta dall'Amministrazione e condivisa dal TAR; infatti, in essi veniva ribadito che l'offerta tecnica avrebbe dovuto consistere nella indicazione delle proposte migliorative rispetto al progetto posto a base di gara da riportare organicamente negli elaborati eventualmente riformulati, nonché in ulteriori elaborati ritenuti necessari a chiarire e specificare le soluzioni progettuali proposte, evidenziando che l'Amministrazione non aveva inteso delimitare a specifiche aree tematiche le proposte dei concorrenti lasciando alla capacità degli stessi la possibilità di proporre soluzioni migliorative rispetto ai contenuti definiti nel progetto a base di gara e che tale scelta era stata effettuata in relazione alla valenza storico artistica dell'immobile oggetto dell'intervento di restauro.

Quindi, avuto riguardo all'insieme degli atti di gara emerge chiaramente che la facoltà di presentazione di varianti progettuali era stata espressamente voluta dall'Amministrazione con un'prescrizione non equivoca.

Nel merito dell'ammissibilità delle varianti in concreto proposte dall'appellato, oggetto del secondo motivo d'appello, incentrato sull'ipotizzato *aliud pro alio*, il Collegio ritiene che le proposte migliorative non risultino aver reso l'immobile diverso per qualità e funzione, migliorandone, invece, la fruibilità, assecondando così le finalità che l'Amministrazione intendeva raggiungere con l'indizione della gara.

Peraltro, è noto che l'ipotesi di *aliud pro alio* ricorre non solo quando la cosa consegnata appartenga ad un genere del tutto diverso da quello a cui appartiene la cosa pattuita, ma anche quando difetti delle particolari qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale (cfr., *ex multis*, Cassazione

civile, sez. II, 4 maggio 2012, n. 6787): ipotesi che chiaramente non ricorre nel caso di specie.

Nello specifico campo degli appalti di opere pubbliche, inoltre, è noto che, ai sensi dell'art. 76 del Codice dei contratti pubblici, le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto (Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2012, n. 4916); pertanto, le varianti incontrano il solo limite della non alterazione degli elementi essenziali dell'oggetto del contratto che, nel caso di specie, non risultano pregiudicati.

Deve, inoltre, essere precisato che il progetto della società aggiudicataria volto alla risistemazione della piazzetta Carducci non è certo limitato alla sola eliminazione della barriera architettoniche, come ipotizza, senza supporti probatori convincenti, la parte appellante, atteso che, in realtà, il progetto proposto prospetta una soluzione organica e sistematica delle questioni poste dal progetto definitivo a base di gara.

Infatti, la risistemazione della piazzetta Carducci, oggetto della gara, è principalmente volta ad eliminare le barriere architettoniche per la presenza di gradini che impediscono l'accesso ai disabili. Orbene, mentre la soluzione prospettata dal progetto definitivo a base di gara immuta le quote attuali della piazza, innalzandole gradualmente, con il conseguente necessario smontaggio e rimontaggio di tutto il "basolato" e spostamento della statua del Carducci, la soluzione adottata dall'aggiudicataria mantiene l'attuale conformazione della piazzetta, proponendo la realizzazione di due rampe d'accesso, con un apprezzabilissimo intento maggiormente conservativo e meno invasivo.

Ciò posto in rilievo sul piano fattuale, il Collegio non può affermare che, alla luce degli approfonditi esami e confronti degli atti di gara e degli elaborati tecnici depositati in giudizio, che il progetto della società che si è aggiudicata la gara non

riduce la sistemazione della piazzetta Carducci alla sola eliminazione della barriera architettoniche: al contrario, il progetto citato risolve organicamente tutti i temi affrontati dal progetto definitivo posto a base di gara.

Conclusivamente, si deve ancora chiarire che il ricorso incidentale di primo grado, non esaminato dal giudice di primo grado, per avere questi immediatamente disposto circa l'infondatezza del ricorso principale, non è oggetto di questo grado di giudizio non essendo stato riproposto con lo specifico mezzo dell'appello incidentale.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando per l'effetto al sentenza impugnata.

Condanna parte appellante alla rifusione delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 3500,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte costituita in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2012

IL SEGRETARIO

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