



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 512 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C.E.S.I. Cooperativa Edil Strade Imolese Societa' Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Mancinelli, con domicilio eletto presso l'Avv. Valeria Mancinelli, in Ancona, piazza Cavour, 2;

contro

Regione Marche, rappresentata e difesa dall'avv. Laura Simoncini, con domicilio eletto presso l'avv. Laura Simoncini, in Ancona, piazza Cavour, 23;

Agenzia Regionale Sanitaria, non costituita;

nei confronti di

ASUR Marche, INRCA, Gruppo PSC S.p.A., non costituiti;

G.D.M. Costruzioni S.p.A., in proprio e quale mandataria Ati con Gruppo PSC S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Manuel Rubino, Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso l'Avv. Riccardo Pagani, in Ancona, via Menicucci, 1;

per l'annullamento

- del decreto 87/ESO del 13/6/2012 a firma del dirigente della P.F. Edilizia sanitaria ed ospedaliera della Regione Marche con cui sono state approvate le operazioni di gara ed è stata deliberata la aggiudicazione definitiva all'ati costituita da GDM Costruzioni S.p.A. e gruppo PSC S.p.A. dell'appalto per la "costruzione del nuovo complesso ospedaliero per l'Area metropolitana a sud di Ancona nel comune di Camerano", provvedimento comunicato via pec in data 14 giugno 2012; limitatamente alla aggiudicazione definitiva all'ati GDM-PSC, nonchè alla approvazione delle operazioni di gara relative alla ammissione offerta GDM-PSC, alla valutazione ed al punteggio attribuito alla offerta GDM-PSC per la componente tecnica relativa al protocollo ITACA ed a quella della ricorrente C.E.S.I. per la medesima componente;

- per quanto occorrer possa, delle operazioni e deliberazioni della commissione giudicatrice come risultanti dai verbali di gara, limitatamente a quelle relative alla ammissione della offerta GDM-PSC, alla valutazione ed al punteggio alla stessa attribuito per la componente "protocollo Itaca" della offerta tecnica, nonchè alla valutazione ed al punteggio attribuito alla offerta tecnica della ricorrente C.E.S.I. per la medesima componente del "protocollo Itaca";

-in via del tutto subordinata del disciplinare di gara limitatamente all'ultimo capoverso del punto 9.2 la dove

prevede che la valutazione sulla ammissibilità delle offerte in variante tecnica sia rimessa testualmente a "giudizio insindacabile" della commissione giudicatrice,
e per la condanna
della Regione alla reintegrazione in forma specifica o al risarcimento del danno per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e di G.D.M. Costruzioni S.p.A., in proprio e quale mandataria Ati con Gruppo PSC S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da G.D.M. Costruzioni S.p.A., rappresentata e difesa come sopra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2012 il dott. Tommaso Capitano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La ditta ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Regione Marche per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo complesso ospedaliero di Camerano (importo a base di gara, al netto di IVA, € 64.307.893,84, comprensivi di € 2.392.538,38 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso). La gara d'appalto, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha visto prevalere l'a.t.i. capeggiata da G.D.M. Costruzioni S.p.A. con punteggio complessivo di 69,375/100, mentre la ricorrente si è collocata al secondo posto con punteggio di 58,263/100.

L'aggiudicazione viene censurata per i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione del punto 9.2 e del punto 11.2 sub 4 e 5 del disciplinare di gara e dell'art. 76 del D.Lgs. n. 163/2006 (l'offerta tecnica dell'a.t.i. G.D.M. andava esclusa o quantomeno penalizzata in sede di attribuzione dei punteggi, visto che essa prevede una variante progettuale che eccede i limiti consentiti dalla *lex specialis*. In particolare, il progetto G.D.M. non prevede la presenza degli isolatori sismici, per cui l'opera realizzata sarà del tutto diversa da quella voluta dalla stazione appaltante. Inoltre, anche a voler ritenere ammissibile l'offerta, la stessa andava penalizzata in sede di attribuzione dei punteggi in quanto le soluzioni ipotizzate da G.D.M. per migliorare la risposta sismica dell'edificio sono peggiorative rispetto agli standards imposti dalla vigente normativa e, in ogni caso, non debitamente giustificate da elaborati tecnici allegati all'offerta);

b) illegittimità della clausola di cui al punto 9.2. del disciplinare di gara, nella parte in cui si stabilisce che la valutazione circa la rispondenza delle soluzioni progettuali alternative proposte dai concorrenti è rimessa all'insindacabile giudizio della commissione di gara. La clausola sarebbe in contrasto con gli artt. 97 e 113 Cost.;

c) violazione e falsa applicazione dei punti 9.2 e 10, sub 2.1, del disciplinare di gara. Al riguardo si deduce che la commissione ha erroneamente assegnato i punteggi relativi al criterio di valutazione "Proposte tecniche miglioramenti Protocollo ITACA", avendo attribuito il sub-punteggio massimo di 25 all'a.t.i. G.D.M. (e soli 13,38 punti ad essa ricorrente) nonostante il progetto tecnico di C.E.S.I. fosse risultato sul punto, anche se di poco, superiore.

In data 27/7/2012 sono stati depositati motivi aggiunti, in cui sono sostanzialmente ribadite e puntualizzate meglio le doglianze contenute nel primo motivo del ricorso introduttivo.

La ricorrente chiede altresì la condanna della Regione Marche al risarcimento dei danni, in primo luogo in forma specifica e in via subordinata per equivalente monetario.

2. Si sono costituiti in giudizio sia la Regione Marche che G.D.M. Costruzioni, chiedendo il rigetto del ricorso. La controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale, censurando l'omessa esclusione dalla gara di C.E.S.I. per i seguenti profili:

a) violazione del punto 9.3. del disciplinare di gara e degli artt. 86, comma 3-bis, 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 e 26 del D.Lgs. n. 81/2008 (la ricorrente principale, in violazione delle predette norme, ha omesso, in sede di formulazione dell'offerta economica, di specificare i costi per la sicurezza indicati nel bando di gara. Inoltre, non ha specificato i costi aziendali per la sicurezza. La commissione di gara non ha rilevato questa seconda carenza, mentre con riguardo all'altro profilo ha del tutto arbitrariamente ritenuto che i costi per la sicurezza fossero ricompresi nel prezzo totale offerto);

b) violazione art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 (le dichiarazioni dell'assenza di condanne ostantive riferite a tre soggetti che rivestono cariche societarie sensibili sono nulle in quanto non corredate da fotocopie dei rispettivi documenti di identità, come prevede l'art. 38 del DPR n. 445/2000);

c) l'offerta economica di C.E.S.I. risulta priva dell'indicazione del soggetto dichiarante, per cui non è dato sapere se la stessa provenga o meno dal legale rappresentante o da un procuratore speciale munito di apposita procura.

3. Alla camera di consiglio dell'11 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione di merito, ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm., vertendo la decisione unicamente su questioni di diritto ed essendo stata la trattazione della domanda cautelare oggetto di due successivi rinvii (motivati anche dalla connessione del presente ricorso con quello proposto dalla ditta terza classificata nella graduatoria finale).

4. Ciò detto, il ricorso principale non merita accoglimento, dal che discende la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse.

5. Va innanzitutto respinto il secondo motivo, in quanto la clausola contestata (per la quale potrebbe al più valere l'antico broccardo *vitiatur sed non vitiat*) non ha impedito alla ricorrente di contestare in sede giurisdizionale l'operato della commissione di gara.

6. Anche il terzo motivo va respinto, atteso che:

- come eccepito dalla Regione e dall'aggiudicatario nei rispettivi scritti difensivi, la valutazione dei progetti in base al c.d. protocollo ITACA non si risolveva nella semplice e meccanica attribuzione del punteggio previsto per tale sub-criterio sulla base dell'incremento di punteggio dimostrato rispetto al punteggio-base attribuito al progetto posto a base di gara;

- in effetti, poiché si trattava di un criterio di valutazione qualitativa, la commissione era invece chiamata a valutare nel merito le migliori proposte da ciascun concorrente e ad assegnare, con il metodo del confronto a coppie, i relativi punteggi.

La riprova di tale assunto è del resto nella lettera del disciplinare di gara, il quale, al punto 10, dice espressamente che, in relazione al criterio di valutazione 2.1. ("Proposte tecniche miglioramenti prot. ITACA"), la commissione avrebbe "valutato" l'eventuale incremento del punteggio globale calcolato secondo le metodologie del suddetto protocollo ITACA Marche sintetico ed ottenuto in seguito alle proposte tecnico/funzionali migliorative fatte dai concorrenti, rispetto al valore di partenza riportato nella documentazione tecnica posta a base di gara.

E' evidente che, se si fosse trattato solo di verificare lo scarto fra il valore di partenza e il punteggio incrementale raggiunto da ogni singolo progetto, il disciplinare non avrebbe parlato di "valutazione" e diverso sarebbe stato anche il metodo di attribuzione del punteggio (sarebbe stato cioè adottato il medesimo sistema di attribuzione dei punteggi previsto per gli elementi di natura quantitativa – art. 10, punto b), del disciplinare).

Nel merito, poi, la ricorrente non deduce specifici e documentati profili per i quali il proprio progetto sarebbe, per l'aspetto in esame, superiore a quello dell'a.t.i. G.D.M., né indica da quali particolari vizi sarebbe affetta la

valutazione operata dalla commissione. La doglianza va pertanto respinta.

7. La trattazione del primo motivo di ricorso richiede invece un'esposizione un po' più articolata, la quale muove da alcune considerazioni preliminari.

Si deve in primo luogo evidenziare che le procedure ad evidenza pubblica non debbono mai trasformarsi in "lotterie", ossia in competizioni dove risulta vincitore il concorrente che riesce in qualche modo ad indovinare le preferenze della stazione appaltante ed a calibrare di conseguenza la propria offerta. Per scongiurare tale rischio è necessario in primo luogo che la stazione appaltante predisponga regole di gara il più possibile chiare e "neutre" e in secondo luogo che la commissione di gara e i concorrenti si attengano a tali regole.

Molto spesso, soprattutto negli appalti da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, accade che l'inevitabile indeterminatezza di alcune clausole del bando e/o del capitolato tecnico induca i concorrenti a chiedere alla stazione appaltante chiarimenti prima di predisporre l'offerta.

Come è noto, il fatto che la stazione appaltante fornisca tali informazioni è, in generale, cosa del tutto legittima, a condizione che i chiarimenti:

- a), seppure richiesti solo da alcuni concorrenti, siano resi conoscibili a tutti i possibili partecipanti;
- b) siano realmente tali e non si traducano quindi in surrettizie modifiche del bando o del capitolato;
- c) non siano di contenuto diverso a seconda del concorrente a cui sono resi o comunque contraddittori fra loro.

8. Fatta questa premessa, va osservato che nella presente gara il bando consentiva espressamente, ai sensi dell'art. 76 D.Lgs. n. 163/2006, varianti progettuali rispetto all'elaborato posto a base di gara.

Ciò costituisce un dato importante ai fini della decisione che il Tribunale ritiene di dover assumere, visto che molto spesso controversie relative all'ammissibilità di modifiche al progetto posto a base di gara insorgono perfino nell'affidamento di appalti da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma i cui bandi non consentono varianti progettuali ai sensi dell'art. 76 Codice dei contratti pubblici (al riguardo, si veda, ad esempio la vicenda definita dal Tribunale con sentenza n. 320/2012). Se perfino in quei casi si discute spesso di ammissibilità di varianti, nessuna discussione può invece aversi quando il bando, come nella specie, consente espressamente varianti progettuali.

In secondo luogo, rileva il fatto che nella specie la stazione appaltante, rispondendo a specifico quesito di un concorrente, aveva provveduto ad ulteriormente precisare l'ambito di ammissibilità delle varianti. Come si evince infatti dal documento allegato n. 19 alla produzione della Regione Marche datata 24/7/2012, la stazione appaltante aveva chiarito che le varianti vietate erano quelle che implicavano variazioni all'architettura ed alla distribuzione interna ed esterna del complesso ospedaliero, nonché la modifica delle funzionalità minime, intese in senso qualitativo, della risposta sismica e dell'efficienza energetica dell'edificio (quesito n. 13).

In relazione a quanto si diceva al precedente punto 7, la rilevanza di questo chiarimento - che ovviamente la ricorrente tende a pretermettere - è indubbia, poiché ai concorrenti è stato in sostanza comunicato che era possibile modificare, proprio con riguardo al profilo della sicurezza sismica, la soluzione prescelta in sede di progettazione dai tecnici a suo tempo incaricati dalla Regione.

A questo proposito, oltre al tenore letterale del chiarimento al quesito n. 13, rileva altresì la nota a firma di uno dei progettisti (ing. Di Bonaventura) datata 17/7/2012, con la quale sono stati resi al dirigente della P.F. Edilizia Sanitaria ed Ospedaliera della Regione Marche - ossia al soggetto che ha anche presieduto la commissione di gara ed ha adottato l'atto di aggiudicazione definitiva - ulteriori chiarimenti sulla problematica *de qua*.

Al riguardo, ed a confutazione di quanto rilevato dalla difesa di C.E.S.I. nella memoria difensiva del 5/10/2012, si deve anzitutto evidenziare che il contenuto tecnico di tale nota non è inficiato di per sé dal fatto che si tratta di una risposta a specifici quesiti che la Regione ha posto dopo aver appreso del contenuto del ricorso di C.E.S.I. Infatti,

detto che i quesiti non appaiono al Tribunale formulati in modo tale da indurre una risposta obbligata (e in qualche modo confermativa delle scelte operate dalla commissione di gara), è del tutto naturale che, a fronte di una contestazione afferente il profilo più delicato dell'opera pubblica in argomento (ossia la risposta sismica di un edificio adibito ad ospedale da costruire in una zona sismicamente sensibile), il dirigente regionale competente abbia voluto approfondire autonomamente la questione, stanti anche i risvolti di responsabilità personale che potrebbero derivare a suo carico nella malaugurata ipotesi che in futuro la zona di Camerano sia interessata da eventi sismici di una certa intensità.

Il progettista, quindi, si è limitato a rispondere ad un quesito di fondo, e cioè se la scelta di realizzare una struttura incastrata anziché una struttura munita di isolatori sismici peggiori la risposta sismica dell'edificio in relazione ai parametri di cui al D.M. 14/1/2008.

E questo è stato escluso dall'ing. Di Bonaventura laddove egli chiarisce che:

- la predetta normativa sulle costruzioni in zona sismica ammette la realizzazione di strutture incastrate alla base, le quali, se correttamente dimensionate, rispondono ai livelli di sicurezza imposti dalle norme di riferimento;

- la differenza sostanziale sta nel fatto che, in caso di evento sismico di una qualche importanza, nelle strutture isolate non si registrano quasi spostamenti interpiano, in quanto esse traslano rigidamente, mentre nelle strutture incastrate si hanno spostamenti interpiano. Nel caso di specie, comunque, lo spostamento interpiano ipotizzabile è pari a circa 3 mm, valore rientrante nella norma.

9. Una volta chiarito questo, perde di rilievo il reiterato riferimento della ricorrente al fatto che la Regione aveva voluto una struttura munita di isolatori sismici. Questo infatti è indiscutibile e non è negato da nessuno, ma il bando di gara consentiva ai concorrenti di apportare una variante avente ad oggetto proprio questo specifico profilo, a condizione, ovviamente, che fossero rispettati i livelli minimi di sicurezza di cui al D.M. 14/1/2008.

Allo stesso modo diventano irrilevanti le pur pregevoli considerazioni riportate in ricorso circa la qualificazione giuridica del contratto di appalto e la sua sostanziale differenza rispetto alla concessione di costruzione e circa il fatto che nella specie non si era in presenza di un appalto integrato.

Sul punto va osservato che non è in discussione la natura dell'appalto per cui è causa, né risulta che la soluzione progettuale dell'a.t.i. G.D.M. preveda la modifica del progetto posto a base di gara (se non con riguardo alla variante proposta). Ma del resto, se fosse vero quanto affermato da C.E.S.I., le varianti non potrebbero mai essere ammissibili, perché è evidente che anche una variante "minore" implica comunque una modifica progettuale.

In ogni caso, dalla relazione tecnica prodotta in sede di gara dall'aggiudicatario emerge che:

- non è prevista la riprogettazione delle strutture dell'ospedale, essendo state ritenute sufficienti, al fine di garantire i coefficienti minimi di sicurezza, quelle previste in progetto (pag. 35 della relazione descrittiva);

- gli spostamenti massimi interpiano previsti dalla variante, oltre a mantenersi ben all'interno dei limiti previsti dalla vigente normativa, sono altresì notevolmente inferiori a quelli desumibili dal progetto a base di gara (vedasi pagg. 37 e 38 della relazione descrittiva);

- il miglioramento della risposta sismica non è ottenuto con la semplice eliminazione degli isolatori sismici, ma anche attraverso l'inserimento di particolari giunti termici che, in condizioni normali, permettono di garantire la normale deformazione da dilatazione, mentre in caso di evento sismico assicurano la monoliticità del piano e delle pareti verticali.

Non risponde pertanto al vero che la soluzione ipotizzata dall'a.t.i. G.D.M. sia peggiorativa - o comunque non migliorativa - rispetto ai livelli minimi di sicurezza contemplati nel progetto posto a base di gara, così come non risponde al vero che la relazione descrittiva non è accompagnata da calcoli strutturali o altri elaborati (vedasi, infatti, le tavole 6/10, 7/10 e 8/10).

Che poi la soluzione progettuale dell'a.t.i. G.D.M. non sia stata premiata dalla commissione di gara (avendo infatti ottenuto, per il sub-criterio 2.2, il punteggio minimo rispetto a tutti gli altri concorrenti) è questione irrilevante ai fini della decisione, visto che nella specie le offerte tecniche andavano valutate con il metodo del confronto a coppie. Questo metodo, infatti, prevedendo una serie di "scontri diretti" fra i concorrenti, dà spesso luogo a risultati del genere. Peraltro, trattandosi anche di gara da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio complessivo è la risultante della valutazione di profili diversi, per cui ben può accadere che un concorrente penalizzato in sede di valutazione di uno degli elementi dell'offerta tecnica riesca a colmare il divario nella valutazione degli altri parametri tecnici e/o dell'offerta economica (il che è quanto accaduto nella presente gara).

E, non essendosi nemmeno superata la soglia di anomalia, l'offerta dell'a.t.i. G.D.M. è risultata nel suo complesso la più conveniente per la stazione appaltante.

9. In conclusione, il ricorso principale va respinto (ovviamente anche con riguardo alla domanda risarcitoria), per cui il ricorso incidentale va dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

Le spese di giudizio possono però essere compensate, essendo la questione dell'ammissibilità di varianti progettuali notoriamente fonte di dubbi e non essendo nella specie da ritenere manifestamente infondate le tesi della ricorrente principale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale e dichiara inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso incidentale;
- compensa le spese di giudizio fra le parti. Contributo unificato come per legge (art. 13, comma 6-bis.1, del T.U. n. 115/2002).

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2012

IL SEGRETARIO

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

