

N. 00592/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01326/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1326 del 2010, proposto da:
Consorzio Artigiani Romagnolo Società Cooperativa, rappresentato
e difeso dagli avv. Giovanni B. Ghini, Francesco Sassone, con
domicilio eletto presso Francesco Sassone in Bologna, via Valle
D'Aosta N.36;

contro

Adopera S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Federico Gualandi,
Francesca Minotti, con domicilio eletto presso Federico Gualandi in
Bologna, Galleria Marconi N. 2;

nei confronti di

Cooperativa Edile Appennino S.C.A.R.L., S.E.A.F. S.r.l., Sgargi S.r.l.,
Schiavina S.r.l., Consorzio Grandi Impianti S.C.A.R.L., C.I.P.E.A.
Soc. Coop., Cofely S.p.A.;

per l'annullamento

dell'ignoto atto di Adopera s.r.l. a mezzo del quale la procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di "Ampliamento della scuola elementare Viganò a Casalecchio di Reno in viale della Libertà — 1° stralcio aule" è stata definitivamente aggiudicata a Cooperativa Edile Appennino s.c.a r.l.;

dei verbali di gara nelle parti che rappresentano la valutazione delle migliorie recate dalle offerte delle concorrenti ed assegnano i rispettivi punteggi ai controinteressati;

dei verbali di gara nelle parti in cui dispongono l'aggiudicazione provvisoria a Cooperativa Edile Appennino s.c.a. r.l. ed individuano la seconda classificata nel costituendo RTC tra S.E.A.F. s.r.l. e Sgargi s.r.l., la terza classificata nel costituendo RTC tra Schiavina s.r.l. e Consorzio Grandi Impianti s.c.a r.l. e la quarta classificata nel costituendo RTC tra C.I.P.E.A. soc. coop. e Cofely s.p.a.;

della nota prot. 18618 del 6/07/2010 con cui la Stazione Appaltante respinge le richieste della ricorrente di procedere all'annullamento in autotutela degli atti di gara viziati da illegittimità;

della nota prot. N. 836/U/2010/p dell'11/10/2010, ricevuta via fax dal Consorzio Artigiani Romagnolo soc. coop. 11/10/2010, con cui la Stazione Appaltante, restituendo la cauzione provvisoria ai concorrenti, comunica alla ricorrente l'esito della procedura di gara, ovvero l'adozione dell'ignoto atto con cui Adopera. s.r.l. dispone

l'aggiudicazione definitiva in favore di
Cooperativa Edile Appennino s.c.a. r.l. controinteressata;
del contratto di appalto conseguente ove nelle more sottoscritto
ovvero per la declaratoria di inefficacia dello stesso;
di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente ancorchè
sconosciuto alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Adopera S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2011 il dott.
Alberto Pasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Riferisce il ricorrente Consorzio Artigiani Romagnolo (C.A.R.),
quinto classificato nella gara indetta da Adopera srl (società
partecipata del Comune di Casalecchio) per l'ampliamento della
scuola elementare Viganò in Viale della Libertà, che le prime quattro
classificate, avendo offerto di realizzare le strutture portanti in legno
anziché cemento armato come previsto dalla "lex specialis",
dovevano essere escluse per avere offerto "aliud pro alio", o, quanto
meno, avrebbero dovuto ottenere punteggio zero alla voce di offerta

tecnica “soluzioni tecniche migliorative”, avendo ecceduto i limiti tematici imposti dal bando per la valutazione di tali varianti.

Resiste Adopera srl.

Va respinta l'eccezione di tardività perché il termine decorre dalla notizia della aggiudicazione al terzo e non dalla sua ammissione in gara, che non può essere considerata immediatamente lesiva con giudizio “ex ante”.

Rileva anzitutto il Collegio che “la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è generalizzata dall'art.76 D.Lgs n.163/2006 per qualsivoglia tipologia di appalto (cfr. Cons. Stato, V, 8.9.2010, n.6500), cioè non è circoscritta, come sostiene invece il ricorrente, agli appalti di progettazione, di cui alle lettere b) e c) dell'art.53 D.Lgs 163/06, ma comune anche a quelli di mera esecuzione di opere, di cui alla lett. a) dello stesso articolo, alla sola condizione che siano autorizzate e disciplinate nei requisiti dalla “lex specialis”, come previsto dal primo e terzo comma dell'art.76 stesso.

E' quanto avviene nella fattispecie.

Del resto, è proprio quando la gara ha per oggetto la sola esecuzione (di un progetto già definito dall'appaltante) che può massimamente configurarsi la possibilità logica e la convenienza pratica di consentire e di valutare modifiche migliorative del progetto; perché a rigore di logica, quando la gara si svolge invece sulla miglior progettazione, le varianti potranno riguardare soltanto le fasi

progettuali a monte, già definite dalla stazione appaltante e non poste in gara.

Comunque, poiché la possibilità di acquisire alla gara varianti progettuali non è esclusa dall'art.76 del D.Lgs 163/06, è alla "lex specialis", non impugnata, che occorre avere riferimento esclusivo per verificarne i limiti di ammissibilità nella gara in considerazione.

Sul punto, va rilevato anzitutto che l'art. 20 del bando, nell'elencare gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, indica al punto a) le "soluzioni tecniche migliorative rispetto al progetto esecutivo", attribuendo ad esso il maggior peso comparativo con punti 45, contro 13 per l'elemento b), 6 per il c), 8 per il d) (gli altri 28 punti su 100 sono riservati alla valutazione dell'offerta economica).

Già tale premessa può costituire un rilevante fattore interpretativo nel senso di una ampia facoltà di proporre varianti, se ad esse viene attribuito il massimo peso comparativo in confronto a tutti gli altri elementi di valutazione dell'offerta tecnica (punti 45 su 72 totali).

La definizione di "soluzioni tecniche migliorative" non circoscrive in alcun modo le "varianti" ammesse, trattandosi di espressioni equivalenti, mentre il riferimento "rispetto al progetto esecutivo" non può essere inteso, come pretende il ricorrente, nel senso che solo il progetto esecutivo possa essere oggetto di modifiche, poiché nulla depone in tal senso. L'esecutivo è l'ultima fase di progettazione, la più dettagliata, che assorbe in sé tutti gli elementi già definiti in sede di progettazione preliminare e definitiva, che pure sono

suscettibili di migliorie, siccome facenti parte dell'unico progetto posto a base di gara, che è appunto il progetto esecutivo dell'opera, cioè quello che presenta il livello di dettaglio necessario alla sua diretta esecuzione.

Siccome è questo il progetto posto a base di gara, questo è il termine di riferimento delle "soluzioni tecniche migliorative" previste dall'art. 20 lett. a) del bando.

Nessun altro significato può essere attribuito all'espressione "Soluzioni tecniche migliorative rispetto al progetto esecutivo", secondo il senso fatto palese da tali parole in sé e nella loro connessione logica.

Per la individuazione dei limiti di ammissibilità delle varianti, l'art.21 del bando rinvia invece, ed esclusivamente, al disciplinare, il quale alla pag. 6 commina espressamente l'esclusione solo per le varianti che stravolgano l'identità del progetto posto a base di gara, ovvero lo snaturino a giudizio insindacabile della Commissione.

Tra l'altro, tali definizioni confermano quanto già osservato in ordine all'indifferente uso, nella "lex specialis", delle espressioni progetto esecutivo e progetto a base di gara, considerate equivalenti.

Il giudizio insindacabile (rectius: altamente discrezionale) della Commissione sulla compatibilità delle varianti, proposte dai primi quattro classificati, con la natura e l'identità del progetto posto a base di gara, è stato molto chiaramente espresso dalla Commissione in sede di diniego di autotutela ex art. 243 del Codice appalti, con

argomentazioni che non si espongono a censure di illogicità od errore di fatto, peraltro non dedotte (invarianza del disegno architettonico, della distribuzione e sistemazione degli spazi esterni, attinenza delle migliorie alla valutazione complessiva di biocompatibilità ed efficienza energetica dell'edificio).

La disposizione di pag. 6 del disciplinare reca anche una definizione positiva delle varianti migliorative ammesse, dovendosi intendere per tali non soltanto le “integrazioni esecutive”, ma anche gli “accorgimenti tecnici incidenti sulla funzionalità”, e non è contestabile, né contestato tra le parti, che la censurata sostituzione dell'elemento strutturale di progetto (cemento armato) con il legno, pur trascendendo il concetto di “integrazione esecutiva”, sia pur sempre un “accorgimento tecnico”, ed abbia migliorato efficienza energetica, biocompatibilità, ecosostenibilità ed organizzazione dei cantieri. Nemmeno parte ricorrente contesta la effettività di tali benefici, ma solo la loro valutabilità in quanto ottenuti mediante una variante a suo dire inammissibile, comportante esclusione delle offerte proponenti.

Per quanto detto, tale censura è infondata a norma dell'art. 76 del D.Lgs 163/06, del bando e del disciplinare di gara.

Ma il ricorrente ritiene anche che tali varianti, a prescindere dalla sanzione dell'esclusione, non fossero comunque valutabili mediante attribuzione del punteggio a disposizione per le “soluzioni tecniche migliorative” (max punti 45) aventi determinati oggetti

tassativamente individuati dal disciplinare, in quanto eccedenti tali limiti tematici.

Il che evidentemente non è.

E' sufficiente infatti leggere le proposte migliorative delle prime quattro classificate per rendersi conto che la sostituzione del cemento armato con la struttura in legno è assolutamente pertinente a quanto indicato dal disciplinare sub 1.1 di pag.4 e sub 3 di pag. 6, cioè, rispettivamente, al miglioramento dell'involucro esterno (quanto a dispersione termica, ecocompatibilità e biosostenibilità) ed alla ben più agevole organizzazione del cantiere, trattandosi, grazie alla struttura in legno anziché c.a., del solo montaggio di elementi prefabbricati.

La variante incide infatti sull'involucro esterno (comprendente, nelle strutture tradizionali, sia gli elementi portanti che i tamponamenti), come è reso evidente dalla lettura di pagina 2 della prescritta relazione descrittiva delle "soluzioni tecniche migliorative" proposte dalla aggiudicataria : " realizzazione di una struttura in legno massivo tipo X-Lam al posto della tradizionale struttura portante in c.a. e successivi tamponamenti e orditure orizzontali".

Lo stesso vale per le successive tre classificate:

"sostituzione della struttura muraria dell'edificio di tipo tradizionale con struttura in legno", ovvero "sostituzione completa della struttura muraria così come da progetto, con una struttura portante in legno della ditta Wood Boton" (cfr. pag. 14 del ricorso);

“sistema costruttivo costituito da blocchi in legno – cemento tipo Isotex” (cfr. pag. 15 del ricorso).

“prefabbricazione a secco nella quale tutte le strutture portanti (solai, pareti, coperture) sono costituite da pannelli strutturali in legno a più strati” (cfr. pag. 15 del ricorso);

Che tale accorgimento sia migliorativo del coefficiente di dispersione termica e delle caratteristiche di biocompatibilità ed ecosostenibilità dell'edificio non è mai stato contestato; pertanto esso integra perfettamente la fattispecie descritta al punto 1.1 di pag. 4 del disciplinare:

<<Miglioramento del sistema dell'involucro esterno (pareti e coperture) al fine di un maggior coefficiente per il contenimento della dispersione termica e delle sue caratteristiche di sostenibilità e biocompatibilità>>. E tale indiscutibile attinenza ne impone la valutazione quale soluzione tecnica migliorativa (max 45 punti).

Nemmeno è stato contestato, anzi è espressamente riconosciuto dallo stesso ricorrente, che la struttura in elementi prefabbricati in legno agevoli sensibilmente la “organizzazione del cantiere e lo svolgimento dei lavori” (cfr. pag. 23 e 24 del ricorso); quindi essa è anche assolutamente pertinente all'ulteriore elemento di valutazione dell'offerta tecnica di cui al punto c) di pag. 2 del bando, che ne rimane significativamente influenzato (punteggio a disposizione max 6).

Si confronti ad esempio sul punto la relazione descrittiva

dell'aggiudicatario, ultimo capoverso di pag. 1 e primi due capoversi di pag.2.

Infine, nella categoria generale OG1, che la stazione appaltante ha scelto come categoria unica per la realizzazione delle opere, era sicuramente ricompresa anche la realizzazione di struttura in legno ("OG 1 : EDIFICI CIVILI E INDUSTRIALI: Riguarda la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi puntuali di edilizia occorrenti per svolgere una qualsiasi attività umana, diretta o indiretta, completi delle necessarie strutture, impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e finiture di qualsiasi tipo nonché delle eventuali opere connesse, complementari ed accessorie.

Comprende in via esemplificativa le residenze, le carceri, le scuole, le caserme, gli uffici, i teatri, gli stadi, gli edifici per le industrie, gli edifici per parcheggi, le stazioni ferroviarie e metropolitane, gli edifici aeroportuali nonché qualsiasi manufatto speciale in cemento armato, semplice o precompresso, gettato in opera quali volte sottili, cupole, serbatoi pensili, silos ed edifici di grande altezza con strutture di particolari caratteristiche e complessità").

Si noti come la indicazione del cemento armato sia soltanto esemplificativa.

Deve pertanto ritenersi che nè il progetto, nè la categoria abbiano impedito al ricorrente la formulazione di analoga offerta, e che l'ammissione della contestata variante non abbia quindi in alcun

modo violato la “par condicio”.

Secondo il ricorrente Consorzio, poi, i punteggi ottenuti, mediante la illegittima valutazione della contestata variante, alle predette voci a) e c) dell’offerta tecnica, non potrebbero nemmeno essere considerati ai fini del superamento della clausola di sbarramento di cui al Capo I di pag. 7 del disciplinare, che richiede determinati punteggi minimi (alle voci di offerta tecnica) per l’ammissione alla valutazione dell’offerta economica.

Si tratta, tuttavia, di un particolare aspetto della medesima questione già esaminata, anche questo superato dalla piena ammissibilità e valutabilità della variante a tutti gli effetti.

Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto in tutti i motivi dedotti.

Le spese sono compensate, con riguardo alla complessità e al carattere interpretativo della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Alberto Pasi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2011

IL SEGRETARIO

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