



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 592 del 2012, proposto da:

Impresa Costruzioni Nessi & Majocchi S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Guzzetti, Mara Boffa e Mario Bassani, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, Piazza Borromeo, 12

***contro***

Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, rappresentata e difesa dall'avv. Bassano Baroni nel cui studio in Milano, Via Pattari, 6 è elettivamente domiciliata

***nei confronti di***

Consorzio Cooperative Costruzioni, in proprio e in qualità di mandatario dell'ATI costituita dal Consorzio medesimo e Consorzio Cooperative Costruzioni Bologna, Diesse Electra S.p.A. Gianni Benvenuto S.p.A., tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Enzo Robaldo, Pietro Ferraris e Francesco Caliandro ed elettivamente domiciliati presso il primo in Milano, Via Pietro Mascagni, 24

***per l'annullamento:***

del provvedimento di aggiudicazione definitiva all'ATI capeggiata dal Consorzio controinteressato dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione dei poliambulatori presso il nuovo ospedale - primo stralcio, edificio 37, assunto con delibera n. 67 del 25 gennaio 2012;

- del provvedimento di ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato;

- dei verbali della Commissione di gara in data 3 e 29 novembre 2011;

nonché:

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato a seguito della intervenuta aggiudicazione definitiva e per il risarcimento in forma specifica attraverso il subentro della ricorrente nel contratto medesimo;

in subordine per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno ingiusto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como e del Consorzio Cooperative Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso in epigrafe la S.p.A. Nessi e Majocchi ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva con il quale l'Azienda Ospedaliera S. Anna di Como, a seguito dell'espletamento di procedura ristretta, ha assegnato all'ATI capeggiata dal Consorzio Cooperative Costruzioni l'appalto integrato relativo alla progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori per la realizzazione dei poliambulatori presso il nuovo ospedale.

L'Impresa ricorrente, classificatasi al secondo posto della graduatoria, ha contestato l'esito della gara proponendo i seguenti

### MOTIVI

1) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 del D.lgs. n. 163 del 2006; violazione degli artt. 1.2 e 6.2 della lettera di invito; eccesso di potere per violazione della *par condicio* fra i concorrenti e del principio di immodificabilità dell'offerta. Avrebbe errato l'Amministrazione nel ritenere ammissibile un ribasso del 99% sul prezzo relativo alla progettazione esecutiva dell'opera, in quanto una siffatta offerta, essendo preordinata ad assolutizzare l'aspetto economico a discapito di quello qualitativo, verrebbe ad alterare l'equilibrio fra le due componenti, pregiudicando il corretto confronto concorrenziale fra le imprese concorrenti.

2) Violazione degli artt. 9.1. e 9.2 della lettera di invito, violazione dell'art. 3 della L. 241/90, dell'art. 93 del D.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 24, 26, 28 e 29 del DPR 207 del 2010; eccesso di potere per contraddittorietà, ingiustizia manifesta, travisamento.

La *lex specialis* consentiva ai concorrenti di apportare varianti migliorative al progetto definitivo, ma prevedeva che, per ogni variante apportata, il concorrente avrebbe dovuto produrre tutti gli elaborati tecnici descrittivi e computazionali atti ad adeguare o integrare gli elaborati posti a base di gara, oltre ad un computo metrico di raffronto redatto con la stessa disaggregazione di quello posto a base di gara.

L'impresa aggiudicataria avrebbe apportato significative variazioni progettuali, prevedendo la realizzazione di una scala esterna con modalità notevolmente diverse da quelle indicate nel progetto, senza, però, corredare la variante né con le relazioni di calcolo strutturale né con il computo metrico di raffronto.

Tali carenze, impedendo all'Amministrazione di verificare la realizzabilità dell'opera così come proposta, renderebbero non valutabile l'offerta presentata dall'ATI Consorzio Cooperative Costruzioni che avrebbe dovuto, conseguentemente, essere esclusa dalla gara.

3) Violazione dell'art. 18.3 del DM 18/9/2002, violazione degli artt. 6.1 e 9.3 della lettera di invito; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e ingiustizia manifesta.

Il progetto dell'ATI aggiudicataria violerebbe la normativa concernente la protezione antiincendio e non sarebbe conforme alle prescrizioni dettate sul punto dal capitolato di gara.

Nel progetto proposto dall'aggiudicataria la porzione delle scale di sicurezza ricadente nel raggio di 2,5 metri dall'edificio verrebbe rivestita da vernice intumescente non conforme alle caratteristiche di resistenza al fuoco prevista dalle norme ministeriali e dalla relazione di inquadramento della prevenzione contro gli incendi allegata al progetto, che le richiama, avendo un grado di resistenza al fuoco pari a R/90 anziché R/120, come sarebbe stato prescritto.

4) Violazione dell'art. 9.1 lett. a) della *lex specialis*; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, travisamento ed ingiustizia manifesta.

L'ATI aggiudicataria avrebbe, inoltre, ommesso di apportare al progetto posto a base di gara le modifiche necessarie a correggere gli errori da cui esso era inficiato così come la lettera di invito avrebbe imposto.

5) Violazione degli artt. 9.1. e 9.2 della lettera di invito e del punto 3.5.2.1 della relazione specialistica degli impianti. Violazione del principio di determinatezza della offerta; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, travisamento ed ingiustizia manifesta.

L'ATI aggiudicataria avrebbe apportato al progetto posto a base di gara varianti addirittura peggiorative con riguardo ai corpi illuminanti che sarebbero di potenza inferiore a quelli ivi previsti (13 W anziché 18) con conseguente drastica riduzione delle condizioni di illuminazione.

Anche sotto tale profilo l'offerta non avrebbe, quindi, potuto essere valutata.

Si sono costituiti l'Amministrazione resistente e la controinteressata per resistere al ricorso.

All'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012, relatore il dott. Raffaello Gisondi, uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio ritiene fondato ed assorbente il terzo motivo di ricorso.

L'eccezione d'inammissibilità di tale mezzo perché non accompagnato dalla prova che il suo accoglimento potrebbe comportare il conseguimento della aggiudicazione (cd. prova di resistenza) deve essere respinta.

Infatti, la censura tende a dimostrare che l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa delle carenze documentali della sua proposta di variante progettuale.

Poiché l'impresa ricorrente risulta classificata al secondo posto della graduatoria, la sussistenza del suo interesse alla estromissione della prima classificata appare di tale evidenza da rendere superflua ogni ulteriore considerazione sul punto.

Come anticipato in parte narrativa con il motivo in esame la S.p.A. Nessi e Majocchi ha denunciato che la variante progettuale concernente la scala esterna non sarebbe stata corredata da alcuni elaborati essenziali richiesti dalla *lex specialis* e dal DPR 207 del 2010 quali la relazione di calcolo statico della nuova struttura e il computo metrico di raffronto.

Nelle loro difese l'Amministrazione e la controinteressata hanno contestato tale assunto in linea di fatto, sicché il Collegio ha ritenuto che sul punto fosse necessario un approfondimento istruttorio a mezzo di CTU, non trattandosi di operare un sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica della p.a. ma solo di appurare se le caratteristiche tecniche della variante proposta dalla ATI aggiudicataria comportassero la necessità di allegare all'offerta determinati elaborati e se, in effetti, la loro produzione fosse stata omessa (Cons. Stato, V, 6/12/1999 n. 812).

Sul punto il CTU è giunto alle seguenti conclusioni:

1) Il progetto originario prevedeva che 3 dei 6 pilastri di sostegno della scala esterna di sicurezza si sarebbero venuti a trovare in corrispondenza di un tunnel sotterraneo, con conseguente necessità di effettuare demolizioni e ripristini interni al tunnel atti a consolidare la struttura a fine di poter reggere il nuovo carico. La soluzione proposta dalla ATI controinteressata prevede, invece, una struttura portante della scala più massiccia di quella originaria e con le rampe esterne realizzate a sbalzo in modo da non interferire con il tunnel. La nuova scala si erigerebbe sopra uno "zatterone" a platea esterno rispetto all'incavo sottostante.

2) Il nuovo progetto presenta il vantaggio di eliminare le interferenze fra la scala ed il tunnel, ma modifica il quadro statico della soluzione messa a gara in quanto scarica sul terreno tensioni più elevate in virtù del maggior peso della struttura in acciaio e della minor superficie della platea e produce altresì una azione di spinta orizzontale nei confronti del muro dell'edificio sul quale la platea di fondazione scarica una parte della tensione proveniente dalla scala.

3) In conseguenza di quanto sopra la variante progettuale avrebbe dovuto essere corredata da nuovi calcoli strutturali come previsto dall'art. 9.2 del disciplinare in base al quale le varianti proposte dai concorrenti dovevano

essere corredate da tutti gli elaborati tecnici, descrittivi computazionali e quantitativi, necessari ad adeguare o integrare il progetto definitivo, allegando altresì un elenco nel quale venisse specificato quali fossero gli elaborati che avessero subito modifiche.

4) Inoltre, con riferimento alle migliorie costituenti variante, il concorrente avrebbe dovuto predisporre l'ulteriore documentazione prevista dal punto 9.4 del disciplinare consistente in un computo metrico estimativo di raffronto, contenente il confronto, per ogni voce variata, fra le quantità previste dal progetto originario e quelle previste nella variante proposta dal concorrente.

5) L'ATI aggiudicataria non ha allegato alla propria offerta gli elaborati sopra indicati ai punti nn. 3 e 4, ma si è limitata a correderla con una sintetica relazione delle soluzioni innovative per l'inserimento delle tre scale metalliche illustrata da elaborati grafici. Sicchè la variante risulta carente sia sotto il profilo della verificabilità della tenuta statica del manufatto (essendo stati mantenuti i calcoli relativi al progetto originario) sia sotto quello del computo delle lavorazioni necessarie a realizzarla, in quanto sono rimaste inalterate le voci del vecchio computo che prevedevano opere di ripristino e rinforzo interne al tunnel e non prevedevano, invece, gli scavi, le quantità di calcestruzzo e i Kg di barre di armatura necessari per la realizzazione della nuova platea esterna.

Da parte dell'Azienda si contesta che i predetti elaborati avrebbero dovuto essere allegati alla offerta dell'ATI aggiudicataria, assumendo che le modifiche da questa proposte non costituirebbero vere e proprie varianti in senso tecnico giuridico, ma semplici "miglioramenti" o "affinamenti" del progetto originario.

Segnatamente, secondo l'Azienda, potrebbero considerarsi varianti in senso tecnico solo gli interventi qualificati come tali dalla legislazione sui lavori pubblici e da quella che disciplina l'edilizia privata. Sicchè, non potrebbero rientrare nella predetta nozione le modifiche progettuali che, come quella di specie, si risolvano in vantaggi per l'amministrazione e che non determinino variazioni di costo superiori al 5% dell'ammontare dei lavori (art. 132 del D.lgs. n. 163 del 2006) o che non comportino variazioni essenziali in termini di altezza, cubatura o superficie (art. 32 DPR 380/2000).

In proposito il Collegio deve osservare che non esiste una nozione giuridica di variante universalmente applicabile ad ogni questione che riguardi le modifiche ad un progetto precedentemente approvato.

La nozione di variante prevista dal T.U. dell'edilizia è, infatti, volta ad attuare un temperamento fra le esigenze di semplificazione amministrativa e quelle di assicurare alla p.a. adeguati strumenti per il controllo sull'uso del territorio, mentre la nozione di variante prevista dalla normativa sui lavori pubblici è volta a limitare solo ad alcuni casi specifici le modifiche progettuali successive alla stipulazione del contratto di appalto in un'ottica di programmazione e contenimento dei costi delle opere pubbliche.

E' evidente che nessuna delle predette esigenze appare pertinente alla vicenda in esame.

La questione di cui si discute nel caso di specie è, infatti, se le varianti progettuali proposte dalle imprese concorrenti debbano essere correlate dagli stessi elaborati previsti dal codice sui contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione per i progetti approvati dalla p.a.

La risposta non può che essere affermativa, posto che nel momento in cui dispone l'aggiudicazione, l'amministrazione fa propria anche la soluzione progettuale proposta dall'impresa che deve essere completa di tutti gli elaborati previsti dalla legge per verificarne la fattibilità ed i costi.

Ciò vale anche per le varianti di un progetto base posto a base di gara che incidano sulle sue componenti tecniche: appare ovvio, infatti, che le modifiche incidenti sugli elementi statici devono essere corredate da nuovi calcoli (art. 24 comma 2 lett. f) del DPR 207/2010), così come quelle comportanti variazioni nelle quantità di lavorazioni dei materiali devono essere accompagnate da un nuovo computo estimativo (art. 24 comma 2 lett. m) del DPR 207/2010).

E' indifferente ai fini della necessità di presentare i predetti elaborati che le variazioni proposte possano o meno inquadarsi nell'ambito di interventi ad altri fini considerati come varianti in corso d'opera da questa o quella legge.

Ciò che rileva è, infatti, solo l'esigenza che l'amministrazione aggiudichi la gara sulla base di un progetto completo di cui siano preventivamente accertati la fattibilità e i relativi elementi di costo.

Nel caso di specie, il C.T.U. ha convincentemente evidenziato che il progetto della nuova scala proposto dalla ATI aggiudicataria modifica significativamente la distribuzione dei carichi della struttura sia in orizzontale che in verticale: e ciò, a meno di accettare l'idea che l'amministrazione potesse approvare tale soluzione al buio, comportava la necessità di corredare gli elaborati grafici e le relazioni illustrative con nuove relazioni di calcolo.

Lo stesso è a dirsi con riguardo alla necessità di allegare all'offerta il computo metrico estimativo di raffronto, derivante anche essa dalle modifiche intervenute nelle quantità di lavorazioni e materiali necessari per dare esecuzione all'opera rispetto al progetto originario.

La controinteressata nelle sue difese afferma che tali aspetti potevano essere risolti (così come si sarebbe poi verificato) in fase esecutiva una volta aggiudicato l'appalto.

Ma tale obiezione non può essere condivisa poiché, in ossequio al fondamentale principio della *par condicio* fra i partecipanti, che connota le procedure pro concorrenziali, gli elaborati progettuali, costituendo componenti dell'offerta, devono essere prodotti al momento della sua presentazione e non possono essere surrogati da verifiche postume compiute dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione.

Sia l'Amministrazione che la controinteressata rilevano ancora che la mancata allegazione all'offerta dei predetti elaborati non poteva, in ogni caso, comportare l'esclusione dalla gara in assenza di una previsione del bando che sanzionasse in tal modo la loro omissione.

Anche tale argomento non può essere condiviso dal Collegio.

E' pacifico, infatti, che l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l'esclusione dalla gara anche a prescindere dal fatto che ciò fosse espressamente sanzionato in termini specifici dalla *lex specialis* con l'esclusione. E ciò, in particolare, accade tutte le volte in cui la previsione del bando o della legge sia posta a presidio di un interesse pubblico effettivo e rilevante (Consiglio di Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4334).

Tale deve sicuramente considerarsi l'interesse pubblico sotteso alle norme che configurano la progettazione come fase preliminare all'affidamento dell'opera e ne stabiliscono i contenuti a garanzia della sua fattibilità e della programmazione della spesa necessaria per realizzarla (che deve avvenire in modo analitico attraverso la scomposizione delle diverse voci di costo nell'ambito del computo metrico estimativo).

Nel caso in cui la gara preveda che una o più fasi della progettazione siano demandate ai concorrenti il medesimo interesse pubblico impone alla stazione appaltante di verificare la rispondenza del progetto ai contenuti essenziali previsti dalla legge e di escludere le offerte che non risultino ad essi conformi (Cons. Stato, V, 6/12/1999 n. 812). E ciò anche nel caso in cui manchi nella *lex specialis* una espressa comminatoria di esclusione, perché, come si è già detto, non può ammettersi né che l'amministrazione approvi a scatola chiusa il progetto dell'opera né che la verifica sulla sua idoneità tecnica avvenga a posteriori dopo la conclusione della gara.

L'accoglimento del predetto motivo ha carattere assorbente in quanto determina la definitiva estromissione dalla gara della ATI aggiudicataria e la necessità di affidare i lavori alla seconda classificata.

Non sussistono, peraltro, ostacoli al subentro della S.p.A. Nessi e Majocchi nel contratto già stipulato in quanto, alla luce dei documenti che sono stati versati in giudizio si desume che, sebbene sia avvenuta la consegna delle aree, il predetto accordo non ha ancora avuto esecuzione né in relazione alla redazione degli elaborati della progettazione

esecutiva né, tantomeno, con riguardo all'effettivo inizio dei lavori.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- 1) annulla il provvedimento impugnato;
- 2) dichiara inefficace il contratto stipulato fra la Stazione appaltante e i controinteressati;
- 3) ordina alla Azienda Ospedaliera Ospedale S. Anna di Como di aggiudicare l'appalto all'impresa ricorrente e, previa effettuazione delle verifiche di legge, di stipulare con essa il relativo contratto;
- 4) condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese legali che liquida nella misura di € 14.000,00, oltre IVA e c.p.a. ed al pagamento delle spese di CTU che liquida in € 6.000,00 per onorario e 316 per spese. Compensa le spese fra i controinteressati e la Società ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2013

IL SEGRETARIO

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