



N. 5145/2008

Reg. Dec.

N. 2563 Reg. Ric.

Anno 2008

**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 Quarta)

ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E**

sul ricorso in appello iscritto al NRG 2563 dell'anno 2008 proposto dalla Impresa Pizzarotti & C. Spa in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con il Consorzio di Cooperative di Produzione e Lavoro, rappresentata e difesa dal prof. avv. Mario Sanino e dal prof. avv. Vittorio Angiolini, con domicilio eletto presso lo studio legale Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

**contro**

Imac - Impresa Appalti e Costruzioni Srl, Edil Contract Srl, Gestecos Srl, Soinci Srl, Studio Latini Srl, Ese Engineering Srl, in persona degli amministratori unici e legali rappresentanti pro tempore, tutte rappresentate e difese dall'avv. Antonio Romei ed elettivamente domiciliate presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

**e nei confronti**

del Ministero delle Infrastrutture, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello

Stato, presso i cui uffici domicilia *ope legis* in Roma, via dei Portoghesi 12;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, n.288 del 7 febbraio 2008;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto gli atti di costituzione in giudizio di Imac - Impresa Appalti e Costruzioni Srl, Edil Contract Srl, Gestecos Srl, Soinci Srl, Studio Latini Srl, Ese Engineering Srl e del Ministero delle Infrastrutture;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 15 luglio 2008, il Consigliere Goffredo Zaccardi;

Uditi l'avv. Sanino, l'avv. Angiolini e l'avv. Mastroianni, su delega dell'avv. Romei;

Visto il dispositivo di decisione n. 560/2008;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**F A T T O**

1) La sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto in primo grado dalla Associazione Temporanea di Imprese guidata dalla IM.A.C Impresa Appalti e Costruzioni s.r.l. (in seguito ATI IMAC) per l'annullamento del provvedimento di cui alla nota n. 261 del 10 gennaio 2007 di aggiudicazione provvisoria della procedura ristretta accelerata svolta per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova Casa Circondariale di Savona, primo

lotto funzionale, all'Associazione Temporanea di Imprese  
Impresa Pizzarotti s.p.a e Consorzio fra Cooperative di  
Produzione e Lavoro Cons. Coop. (in seguito ATI Pizzarotti).

La sentenza, premesso che il punto G1 del disciplinare  
di gara prevede che la proposta progettuale deve essere  
conforme al Progetto Definitivo dell'opera da realizzare, ha,  
essenzialmente, ritenuto che l'offerta della ATI Pizzarotti sia  
andata oltre la possibilità, concessa negli atti di gara, di  
apportare variazioni migliorative, perché caratterizzata anche  
da differenze strutturali rispetto al progetto.

Sulla base di tale presupposto il primo giudice ha  
affermato che non trovavano una giustificazione razionale i  
punteggi assegnati dalla Commissione di gara all'ATI  
Pizzarotti, posto che erano stati valutati anche elementi che  
non potevano essere presenti nell'offerta e, quindi, non  
consentiti, e che avevano determinato la irregolarità  
dell'offerta dell'ATI Pizzarotti in quanto difforme, in più punti,  
dal progetto dell'opera.

2) Nell'appello l'ATI Pizzarotti contesta detta  
impostazione deducendo, in particolare, che: a) lo  
scostamento dell'offerta dell'appellante sarebbe stato accertato  
non sulla base della Relazione tecnica sulle offerte acquisita  
nel corso del primo grado di giudizio in esito ad istruttoria  
disposta dal TAR (Relazione depositata in atti il 23 luglio  
2007) né in forza delle censure espresse nell'atto introduttivo  
del giudizio, bensì secondo una ricostruzione autonoma della

vicenda ; b) è erroneo l'assunto secondo cui la Commissione di gara avrebbe indebitamente sopravvalutato l'offerta dell 'ATI Pizzarotti; c) è stato dato rilievo alla circostanza dell'arretramento degli edifici quando tale possibilità era prevista negli atti di gara; d) le modifiche al Progetto erano solo diverse sistemazioni meramente conservative e migliorative, come tali consentite dal disciplinare di gara anche con riguardo alle sistemazioni esterne; e) non vi è stata alcuna modifica delle funzioni dei vari edifici, ma solo una diversa sistemazione delle aree esterne agli stessi, anche questa ammessa dagli atti di gara; f) sono stati effettuati apprezzamenti di merito sulla congruità dell'offerta in palese violazione dei poteri del giudice amministrativo, che non possono incidere sul merito di scelte essenzialmente tecniche ; g) non può avere ingresso l'affermazione che il punteggio assegnato all'ATI Pizzarotti è troppo alto in forza di una nuova valutazione delle offerte effettuata direttamente dal giudice; h) nel caso di specie il giudice è incorso nella falsa applicazione dell'articolo 76 del D. Lvo n. 163 del 12 aprile 2006 perché detta norma consente varianti migliorative della tipologia di quelle proposte dall'ATI Pizzarotti e non esprime un disfavore generale per le modifiche da apportare ai progetti di opere pubbliche da aggiudicare ed, inoltre, il disciplinare di gara le ha previste, e non è contestato che quelle proposte dalla ATI appellante rimanessero nei limiti del Capitolato ma solo la eccessiva valutazione dell'offerta così formulata; i) vi è stata

pronuncia “ totalmente di scienza propria” da parte del TAR sulle offerte dei concorrenti e ciò non è ammissibile, il giudice è andato oltre anche le censure avanzate in primo grado e, quindi, oltre le tesi svolte dalla ATI IMAC.

3) La ATI appellata ha confutato nel merito la fondatezza dell'appello chiedendone la reiezione.

4) La controversia è passata in decisione alla udienza del 15 luglio 2008, uditi i difensori innanzi indicati.

### **DIRITTO**

1) Appare utile preliminarmente precisare che il disciplinare di gara per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova Casa Circondariale di Savona, primo lotto funzionale, la cui aggiudicazione alla ATI Pizzarotti con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa è stata impugnata in primo grado dalla ATI IMAC con ricorso accolto con la sentenza oggetto di questa fase di giudizio, prevedeva al punto G 1 che: “la proposta progettuale: presentata secondo le modalità e nei termini prescritti dalla lettera di invito, deve essere conforme al progetto definitivo. I candidati hanno facoltà di inserire nell'offerta la proposta di variazioni progettuali migliorative, fermo restando i vincoli posti dal capitolato speciale di appalto”.

Risulta da tale prescrizione che la Stazione Appaltante, Ministero delle Infrastrutture, Provveditorato Interregionale alle Opere pubbliche per la Lombardia e la Liguria, ha

esercitato la facoltà prevista dall'articolo 76, primo comma, del D. Lvo n. 163 del 12 aprile 2006 (D Lvo 163/2006) indicando, a tenore del successivo terzo comma, i "requisiti minimi" che le varianti dovevano presentare per essere ammissibili, e, precisamente, la corrispondenza al progetto definitivo ed il rispetto delle prescrizioni di capitolato speciale.

E' utile ricordare al riguardo che il quarto comma dello stesso articolo dispone che le stazioni appaltanti " prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti".

Non è dubbio, ad avviso del Collegio, che la formulazione prescelta sia particolarmente rigorosa e che detto rigore sia, coerentemente, confermato dalla parte che segue dello stesso punto G 1 del disciplinare di gara dove sono indicati i criteri in base ai quali la proposta progettuale, nel suo complesso, sarà valutata .

Ed invero, se si ha riguardo alle indicazioni date in proposito dalla Stazione Appaltante, risulta come, in relazione ai cinque elementi di valutazione (qualità dei materiali, pregio tecnico, caratteristiche tecniche, caratteristiche funzionali e facilità di funzionamento), i criteri di valutazione attengano ad elementi, se non secondari, di certo non incidenti sugli aspetti strutturali e più significativi dell'opera da realizzare . E questa scelta si spiega agevolmente avuto riguardo alla natura ed alla funzione dell'edificio da realizzare.

In particolare: a) per la qualità dei materiali il

riferimento è alla qualità dei materiali di finitura; b) per il pregio tecnico si considera il miglioramento estetico e l'inserimento ambientale, ma si ribadisce la salvaguardia della localizzazione e della sagoma strutturale e delle strutture portanti prevista nel Progetto definitivo; c) per le caratteristiche tecniche si indicano due criteri : la durabilità dei materiali e l'efficienza degli impianti; d) per la caratteristiche funzionali vengono sollecitate modifiche alle sistemazioni interne ed esterne, con salvezza, però, di tutte le funzioni previste ; e) quanto alla facilità di funzionamento, si richiama la possibilità di miglioramenti alla funzionalità stessa ed ad una maggiore economia nel conseguirla.

Dal quadro qui delineato discende, ad avviso del Collegio, che non erano consentite varianti coinvolgenti aspetti strutturali, ovvero attinenti alle funzioni essenziali cui i manufatti erano destinati nel Progetto definitivo.

2) E' ora possibile esaminare la questione di diritto posta all'attenzione del Collegio tenendo presenti, per gli aspetti più squisitamente tecnici, i dati contenuti nella Relazione depositata in atti il 23 luglio 2007 dal Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Lombardia e la Liguria (che è anche Stazione appaltante della gara in questione) in esito ad una ordinanza istruttoria adottata dal giudice di primo grado, e diretta ad ottenere chiarimenti sul progetto redatto dalla stazione appaltante e sulle offerte presentate dai concorrenti.

Si premette che il Collegio ritiene esaustiva - per quel che qui interessa - detta Relazione e, per tale motivo, non appare utile procedere a consulenza tecnica sulle risultanze della gara.

2.1. Da tale ricordata Relazione emergono alcuni distinti profili di criticità della proposta della ATI Pizzarotti: da un lato, per la diversità sostanziale della offerta dal progetto, non consentita a tenore delle prescrizioni del disciplinare di gara qui esaminate; e, da altra angolazione, per la evidente irrazionalità delle valutazioni effettuate dalla Commissione di gara.

2.2. Il primo aspetto (esaminato al punto 4.1.1 del documento) concerne la qualità dei materiali, elemento in ordine al quale la Relazione conclusivamente così si esprime: “Si deve rilevare al di là di qualunque valutazione di merito sulla qualità delle varianti proposte, che l’oggetto di tali varianti afferisce per gran parte ad elementi strutturali degli edifici, con esclusione delle tende frangisole, e specifici impianti anzichè, come richiesto dal disciplinare di gara, la qualità dei materiali di finitura rappresentati dai rivestimenti esterni ed interni quali pavimentazioni, tinteggiature, infissi, serramenti, etc...”

In effetti l’offerta della ATI Pizzarotti prevedeva anche modifiche al progetto: a) sulla chiusura orizzontale verso terra degli edifici (basamento) con la sostituzione della struttura in calcestruzzo armato gettata sul materiale di sottofondo

prevista in progetto, con un vespaio areato costituito da getto di magrone di pulizia, posa in opera di casseri in plastica, getto di soletta armata con rete elettrosaldata, ventilazione verso le murature con tubi in PVC e griglia; b) sulla chiusura verticale verso l'esterno (muri perimetrali), con la sostituzione delle murature di tamponamento in calcestruzzo alleggerito previste in progetto, con muratura a cassa vuota con paramento esterno in laterizio pieno, isolamento di lana di vetro e paramento interno in laterizio forato; c) chiusura orizzontale verso l'esterno (vale a dire la copertura) dove la copertura piana a solaio con impermeabilizzazione mediante doppia guaina in conglomerato bituminoso e coibentazione di spessore di 5 cm con massetto di calcestruzzo per la posa di marmettoni in cemento viene sostituita con copertura piana di tipo ventilato realizzata con solaio in cls, barriera al vapore, manto e casseri in materiale plastico, guaina bituminosa e protezione mediante ghiaietto di fiume.

Le modifiche strutturali sono evidenti: e, posto che la salvezza delle previsioni di progetto non è stata limitata nel disciplinare di gara alle strutture portanti ma anche agli altri elementi strutturali (sul punto torna la Relazione nel punto 1.5 dove esplicitamente si fa riferimento agli orizzontamenti di tipo piano a "predalles" ad armatura lenta o precompressa quali elementi strutturali caratterizzanti l'opera), queste varianti non dovevano essere consentite o, quanto meno, non dovevano entrare in valutazione al fine del conseguimento di

un punteggio utile.

In altri termini, a tenore delle prescrizioni del disciplinare di gara, non era consentita la facoltà di modificare il basamento, le mura perimetrali ed il tetto rispetto a quanto previsto nel Progetto definitivo.

Il punteggio massimo assegnato all'ATI Pizzarotti (28 punti su 35) dalla Commissione di gara non appare sorretto da valutazioni congrue dal punto di vista della qualificazione giuridica degli interventi modificativi previsti, considerati quali varianti migliorative rispettose del Progetto definitivo, anziché varianti attinenti ad aspetti strutturali dell'opera.

Appare, pertanto, fondata la censura svolta nell'atto di motivi aggiunti proposto in primo grado dall'ATI IMAC con cui, appunto, si censurava la illegittimità della valutazione della Commissione di gara per aver assegnato il massimo punteggio per la voce in esame ad una offerta che non rispondeva alle richieste della Stazione appaltante in quanto non riferita ai materiali di finitura, ma ad elementi strutturali dell'opera .

2.3 Per quel che riguarda le caratteristiche tecniche della proposta dell'ATI Pizzarotti la Relazione osserva, quanto al primo elemento di valutazione (durabilità e ciclo di vita dei materiali), che detta proposta “ non presenta varianti esplicite al progetto di gara in termini di durabilità e ciclo di vita utile dei materiali non fornendo elementi tecnici specifici dei materiali che l'offerente propone di utilizzare”; con riguardo all'altro elemento di valutazione, l'efficienza degli impianti, il

commento è, testualmente: “la proposta progettuale ripropone, con lo stesso testo, quanto già inserito nella busta 2” qualità dei materiali” relativamente all’impianto a collettori solari, ai gruppi frigoriferi con recupero di energia ed al sistema di accumulo di acqua piovana. Non sono presenti valutazioni in merito all’efficacia di questa specifica tipologia di impianti né varianti migliorative su tutti le altre tipologie di impianti come elencati negli atti di gara”.

Si prende, inoltre, atto nella stessa Relazione che nella offerta è presente una analisi degli effetti ambientali non prescritta dal bando di gara, ma si aggiunge che, in mancanza della possibilità di un confronto tra la soluzione proposta e quella scelta dalla Stazione Appaltante con l’applicazione di analoga metodologia, si possono solo enunciare i benefici che l’ATI Pizzarotti si prefigura con l’utilizzo dell’analisi in questione.

Sulla base di tali valutazioni, da un lato emerge ancora una volta una diversità non minimale dal Progetto definitivo e, da altra angolazione, si deve constatare che, di fronte ad elementi di valutazione tutti non positivi ovvero non valutabili, non ha, oggettivamente, alcuna spiegazione plausibile l’attribuzione del massimo punteggio per la voce qui in esame all’ATI Pizzarotti .

Non si può, in effetti, ritenere che la valutazione tecnica della Commissione di gara possa sconfinare nell’arbitrio e sia, quindi, libera dai vincoli che le norme di gara ed un

comportamento (oltre che imparziale, avveduto), impongono nell'esercizio di funzioni amministrative così complesse e delicate.

2.4 Non si può sul punto trascurare che, con riguardo al rilevante numero di impianti previsti nel Progetto definitivo e riassunti nella Relazione (meccanici punto 1.6 tra i quali sono compresi quelli termici, quelli idrico sanitari e quelli antincendio, elettrici punto 1.7 e speciali punto 1.8 tra i quali sono compresi quelli di videosorveglianza, di sicurezza, di trasmissione dati e supervisione), l'offerta della ATI Pizzarotti non conteneva varianti migliorative su tutte le tipologie di impianti elencati nel progetto Definitivo. Questo aspetto di sicuro rilievo costituiva oggetto di apposita censura in primo grado nel terzo motivo aggiunto.

2.5 Significative, e chiaramente non riconducibili alle previsioni del disciplinare di gara, sono poi le modifiche proposte dalla ATI attuale appellante con riguardo alle caratteristiche funzionali dell'opera così sintetizzate nella Relazione: a) spostamento dell'edificio Block-house di fronte allo spigolo del muro di cinta in prossimità della zona dei parcheggi per i dipendenti; b) recupero dei parcheggi sottratti dal precedente spostamento mediante arretramento del complesso; c) realizzazione a fianco della caserma agenti del nucleo alloggi per semiliberi (quattro camere); d) riallocazione dell'infermeria nello snodo centrale al secondo piano fuori terra, anziché al piano terra della sezione detentiva; e)

riallocazione della cucina al piano terra della sezione detentiva; f) collegamento chiuso tra edificio nuovi giunti e sezione detentiva ai piani interrato e terra originariamente compreso nell'edificio infermeria; g) riallocazione della lavanderia al piano interrato dello snodo centrale.

Da tali varianti consegue una diversa configurazione fisica e funzionale degli edifici, con la conseguenza che “ lo snodo centrale sarebbe libero al piano terra ed occupato ai piani superiori da attività e funzioni da rilocalizzare nella seconda fase di completamento. La cucina avrebbe, invece, carattere definitivo”. In questo senso, testualmente, la Relazione.

Non è dubbio, ad avviso del Collegio, che queste varianti incidano sull'assetto funzionale degli edifici (che è mutato quantomeno per infermeria, cucina e lavanderia), e che determinano la necessità di aggiustamenti funzionali ulteriori rispetto alla prima fase di esecuzione dei lavori (il primo lotto di cui si discute in questa sede) da apportare con modifiche di progetto nella fase di completamento .

Ciò è incompatibile con le norme del disciplinare di gara ricordate in precedenza ed, inoltre, con il Progetto definitivo del primo lotto funzionale.

2.6 E' utile al riguardo precisare che non ha rilievo decisivo la circostanza che il giudice di primo grado abbia equivocato sulla facoltà di arretramento degli edifici verso monte, prevista nella progettazione definitiva dell'opera come

eventualità, e quindi legittimamente contemplata dall'ATI Pizzarotti nella sua offerta: le modifiche qui riassunte sono tali da richiedere una ulteriore fase di progettazione del secondo lotto, e ciò basta per sorreggere la decisione appellata.

2.7 Né vi è stata pronuncia "ultra petita". Infatti, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, terzo motivo seconda parte, è contenuta espressa censura sulla questione specifica della necessità per l'Amministrazione di rivedere in futuro la progettazione sulla base delle modifiche funzionali previste dall'ATI Pizzarotti in relazione alla riallocazione di infermeria e cucina.

Anche in questo caso il punteggio massimo assegnato alla aggiudicataria provvisoria punti 8, 60 – e non 8,50 come erroneamente indica parte appellata nei suoi atti difensivi- contro gli 8, 50 attribuiti alla ATI IMAC) è privo di ogni ragionevole supporto se si tiene conto delle varianti non consentite apportate al progetto.

3) Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello va respinto essendo confutate tutte le censure svolte dalla difesa dell'ATI Pizzarotti, con la ulteriore precisazione che le argomentazioni svolte nell'appello in ordine alla irregolarità della offerta dell'ATI IMAC per ragioni analoghe a quelle contestate all'ATI appellante non possono trovare ingresso in questa sede perché è mancato in primo grado un ricorso incidentale sul punto.

Va, da ultimo, chiarito che, come risulta dalla

esposizione che precede, gli elementi valutati dal primo giudice, in modo obiettivo come si conviene a tutti gli atti di giudizio, attengono a profili di legittimità degli atti impugnati senza alcuno sconfinamento nel merito delle valutazioni tecniche.

4) Sussistono ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio.

**P. Q. M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe, lo rigetta con conferma della sentenza appellata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato, Sezione Quarta, riunito in camera di consiglio, addì *15 luglio 2008*, con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Luigi COSSU	- Presidente
Goffredo ZACCARDI	- Consigliere, est.
Carlo SALTELLI	- Consigliere
Sergio DE FELICE	- Consigliere
Vito CARELLA	- Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Goffredo Zaccardi	Luigi Cossu

IL SEGRETARIO  
Giacomo MANZO

***Depositata in Segreteria***

Il 21/10/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186) Per il / Il Dirigente Dott. Giuseppe Testa

