



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 il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8813 del 2010, proposto da:
CR Costruzioni Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Navarra e Lucrezia
Vaccarella, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma,
Piazzale Porta Pia, 121;

contro

Comune di Albano Laziale, in persona del Sindaco in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Caputo, con domicilio
eletto in Roma, via Ugo Ojetti n.114;

nei confronti di

- Soc EDIL Giancamilli Srl (in proprio ed in qualità di mandataria
dell'ATI con Soc Sotec A Rl e Soc Edile F.lli Salvatori A Rl), in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avv. Matteo Micheli e Leonardo Sebastì, con domicilio eletto

presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Po, 49;

- PRENESTE Appalti Spa e PICCA Prefabbricati Spa (ATI costituenda), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avv. Antonio Radice, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marcello Pizzi in Roma, viale dell'Università 27;

per l'annullamento

- della determinazione n. 136 del 12 luglio 2010 avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI EDIL Giancamilli della gara indetta per l'affidamento dei lavori di adeguamento sottopasso ferroviario di via Vascarelle nel Comune di Albano Laziale;

- dei verbali nn. 4, 5 e 6 del 17 e 21 giugno 2010 e 12 luglio 2010 di valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti alla gara;

- del bando di gara del 3 gennaio 2010;

- di ogni altro atto connesso e dell'eventuale contratto stipulato tra il Comune e l'aggiudicatario;

- della nota n. 550866 del 23 settembre 2010 inviata dal Comune alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Albano Laziale, di EDIL Giancamilli Srl, di PRENESTE Appalti Spa e di PICCA Prefabbricati Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 il Primo Ref. Daniele Dongiovanni e uditi l'avv. Vaccarella per la ricorrente, l'avv. Caputo per il Comune resistente, l'avv. Radice per l'ATI PRENESTE e gli avv.ti Micheli e Sebasti per la società EDIL Giancamilli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Albano Laziale, in data 20 agosto 2009, ha bandito una prima gara (appalto concorso) con procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento del sottopasso ferroviario di via Vascarelle. Entro il termine di presentazione delle offerte (fissato al 29 ottobre 2009), alla predetta selezione ha partecipato la sola ATI PRENESTE (controinteressata).

Il Comune resistente, tuttavia, decideva di riaprire i termini di presentazione delle offerte in ragione della necessità di sottoporre il progetto preliminare alla valutazione di RFI (Rete ferroviaria italiana) che, con nota del 16 ottobre 2009, aveva rappresentato che i lavori di adeguamento, non sottoposti alla preventiva valutazione, interferivano con l'esercizio e la sicurezza ferroviaria.

Alla nuova gara bandita il 22 gennaio 2010 (il cui progetto preliminare era stato quindi sottoposto alla valutazione da parte di RFI), hanno partecipato tre concorrenti ovvero la ricorrente CR Costruzione, l'ATI PRENESTE e l'ATI EDIL Giancamilli.

La decisione del Comune resistente di riaprire i termini della procedura di gara è stata, tuttavia, avversata dall'ATI PRENESTE

con il ricorso RG n. 3881/2010 (anch'esso chiamato in decisione alla odierna pubblica udienza).

La gara è stata aggiudicata all'ATI EDIL Giancamilli (formata con SOTEC s.r.l. e EDILE F.lli Salvatori s.r.l.) avendo raggiunto il punteggio più alto di 91,10 punti; al secondo posto, si è classificata l'ATI PRENESTE (formata con PICCA Prefabbricati Spa) con punti 85,86 ed al terzo ed ultimo posto, l'ATI CR Costruzioni (formata con FIM s.p.a.) con punti 55,70.

Avverso l'esito della selezione, e tutti gli atti ad esso connessi, ha proposto impugnativa la società CR Costruzioni chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, e la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato tra le parti, per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 del DPR n. 34 del 2000, degli artt. 24 e 8 del DPR n. 554 del 1999, degli artt. 2 lett. k), 3 lett. a), b), c), 5 lett. d1), f3) del disciplinare, nonché degli artt. 8 e 28 del capitolato speciale, degli artt. IV.2.1) e II.1.5) del bando; violazione dell'art. 37, commi 4 e 5, del D.lgs n. 163 del 2006; eccesso di potere per omessa, insufficiente e carente istruttoria nonché per disparità di trattamento; illogicità ed inadeguatezza della motivazione; travisamento dei presupposti.

Nel progetto preliminare posto a base di gara, sottoposto alla valutazione della RFI (Rete ferroviaria italiana), è stata prevista la realizzazione del sottopasso attraverso un impalcato in cemento armato precompresso (CAP).

In ragione di ciò, nel bando, il Comune resistente ha richiesto per i concorrenti il possesso, tra l'altro, della qualificazione SOA superspecialistica OS13 avente ad oggetto proprio le strutture prefabbricate in cemento armato precompresso.

Ciò nonostante, le due ATI controinteressate (PRENESTE ed EDIL Giancamilli), nelle loro offerte tecniche, hanno previsto la realizzazione di una struttura diversa da quella prevista dalla documentazione di gara ovvero un impalcato di tipo metallico (e non in CAP) che, infatti, richiede il possesso della differente qualificazione SOA OS18.

Tale difformità dell'offerta costituisce un evidente motivo di esclusione dalla gara.

Va altresì precisato che, a fronte di una soluzione tecnica che differisce da quella prevista in sede di gara, le ATI controinteressate sono altresì sprovviste della qualificazione SOA superspecialistica OS18, il che costituisce un ulteriore elemento di esclusione dalla selezione.

A nulla valgono, al riguardo, le argomentazioni svolte dal Comune resistente con riferimento al fatto che la qualificazione SOA superspecialistica OS18 deve essere posseduta solo da coloro che producono in proprio l'impalcatura in metallo e non dai soggetti che provvedono soltanto alla posa in opera.

In ogni caso, l'art. 3 del disciplinare di gara prevede che il progetto definitivo deve costituire uno sviluppo di quello preliminare e che le offerte che si pongono in contrasto con le clausole essenziali previste

nel capitolato devono essere escluse dalla selezione.

Nelle offerte delle ATI controinteressate, manca, altresì, l'indicazione delle parti di lavorazione che sarebbero state svolte dai singoli partecipanti del raggruppamento, in violazione dell'art. 37 del D.lgs n. 163 del 2006.

Nonostante la documentazione di gara abbia previsto il necessario possesso della qualificazione SOA OS13, le ATI controinteressate, al contrario, da un lato, hanno proposto una struttura metallica e, dall'altro, non hanno certificato il possesso della qualifica OS18 né indicato la ripartizione delle prestazioni relativa a quella categoria di lavorazione;

2) violazione dell'art. 46 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione del punto IV.2.1 del bando; illogicità nelle valutazioni, carenza di adeguata istruttoria; disparità di trattamento.

Le valutazioni svolte dalla Commissione di gara con riferimento alla proposta dell'ATI ricorrente (CR Costruzioni) sono illogiche e denotano una disparità di trattamento rispetto ai punteggi assegnati alle altre due concorrenti.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Albano Laziale, EDIL Giancamilli Srl, PRENESTE Appalti Spa e PICCA Prefabbricati Spa (le ultime due società, riunite in ATI), chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

Con ordinanza n. 5119/2010, è stata respinta la domanda di sospensiva; il Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza n. 314/2011, pur respingendo l'appello cautelare, ha tuttavia sollecitato la fissazione

della pubblica udienza da parte del Tribunale, ai sensi dell'art. 55, comma 10, del D.lgs n. 104 del 2010.

In prossimità della trattazione del merito, tutte le parti hanno depositato memorie insistendo nelle loro rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 20 aprile 2011, la causa, dopo la discussione delle parti, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. La censura con cui la ricorrente lamenta la mancata esclusione dalla gara delle ATI controinteressate per aver proposto l'impalcatura in metallo invece di quella in cemento armato precompresso (CAP) è infondata.

1.1 Al riguardo, è necessario precisare quanto segue:

- la gara (appalto concorso) indetta dal Comune resistente ha ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento del sottopasso ferroviario di via Vascarelle, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di gara. In particolare, quindi, l'amministrazione comunale ha posto a base di gara il progetto preliminare in relazione al quale i concorrenti avrebbero dovuto redigere il progetto definitivo da presentare in sede di offerta tecnica;
- il criterio di aggiudicazione della gara è stato individuato dal Comune nell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- il riferimento alla struttura del sottopasso ferroviario in cemento armato precompresso (CAP) è contenuto unicamente negli elaborati grafici allegati alla relazione illustrativa redatta dall'Ing. Resta, al fine di ottenere il parere da parte di RFI (Rete ferroviaria italiana) dopo

che quest'ultima, nell'ottobre 2009, aveva espresso il proprio dissenso in ragione della mancata sottoposizione al suo giudizio del progetto di che trattasi, seppure interferente sulla linea ferroviaria;

- nell'ambito del disciplinare di gara e del capitolato speciale prestazionale, non viene riportato alcun riferimento espresso alla necessità che la struttura del sottopasso sia in cemento armato precompresso bensì viene indicato che la progettazione deve “*essere coerente con il progetto preliminare*” (punto 3.1 lett. a del disciplinare) e non deve essere in contrasto con le linee guida del capitolato prestazionale (punto 5. lett. d.1 del disciplinare);

- il punto 3.1 lett. c) del disciplinare prevede, poi, che sono ammesse varianti rispetto al progetto preliminare con riferimento, tra l'altro, alla qualità architettonica ed ingegneristica (come uso di soluzioni o componenti innovative), alla qualità dei materiali, alle caratteristiche tecniche (come “durabilità e ciclo di vita utile dei materiali”) ed alla facilità di manutenzione.

1.2 Ciò premesso, il Collegio, in ragione delle caratteristiche della gara bandita dal Comune resistente (in particolare, il fatto che, a base di gara, è stato posto il progetto preliminare al quale era possibile apportare varianti e che il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), ritiene che la proposta delle ATI controinteressate di prevedere una struttura metallica dell'impalcatura al posto di quella in cemento armato precompresso (contemplata – come detto - in uno degli elaborati grafici allegati alla relazione illustrativa redatta dall'Ing. Resta del novembre 2009) non

costituisca una variante non ammessa dal bando di gara, tale da imporre l'esclusione dalla selezione.

Del resto, la scelta del legislatore di ammettere varianti progettuali in sede di offerta (ora generalizzata dall'art. 76 del D.lgs n. 163 del 2006), unitamente alla possibilità di affidarsi nel sistema di selezione delle offerte al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riposa sul fatto che alla stazione appaltante vuole riconoscersi una ampia discrezionalità in modo tale da poter scegliere il contraente valutando la complessità dell'offerta proposta in sede di gara anche per non precludere, nel corso del procedimento di selezione, la possibilità di ottenere necessari aggiustamenti al progetto base elaborato dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, 11 luglio 2008 , n. 3481).

Ciò vale a maggior ragione quando, a base di gara, viene posto, come nel caso di specie, il solo progetto preliminare ovvero una fase di elaborazione tecnica in cui la stazione appaltante si limita a stabilire le caratteristiche ed i profili più significativi degli elaborati dei successivi livelli di progettazione.

Del resto, la stessa giurisprudenza amministrativa, in presenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha ammesso la possibilità di apportare varianti, laddove ammesse dal bando, anche nel caso in cui fosse posto a base di gara il progetto definitivo.

Al riguardo, è stato, infatti, affermato che deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa il fatto 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 tecnologiche, purché non vengano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio*.

In particolare, è stato ritenuto che le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera sono ammesse purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, del tutto alternativo rispetto a quello voluto dall'amministrazione, e che l'offerente dia prova del fatto che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze dell'amministrazione sottese alla prescrizione variata (T.A.R. Calabria, sez. II, 29 ottobre 2008 , n. 1480).

Se ciò è ammissibile in caso di progetto definitivo, non può essere revocato in dubbio che tale facoltà sia ammessa a maggior ragione anche nella fattispecie in esame nella quale:

- a base di gara è stato posto il solo progetto preliminare;
- il disciplinare prevede la possibilità di apportare varianti progettuali;
- il criterio di selezione è stato individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa che, come detto, riserva alla stazione appaltante un ampio margine di valutazione delle offerte presentate in sede di gara in ragione dell'esigenza di valutare, in concreto, l'efficienza della soluzione proposta.

1.3 Ciò posto, il fatto (sostenuto dalla ricorrente) che, nel capitolato speciale prestazionale (art. 8) e nel disciplinare, sia stato richiesto in capo ai concorrenti il possesso della qualificazione SOA OS13 non risulta dirimente del fatto che era necessaria una struttura in CAP, in quanto ciò si basa su una logica deduttiva indiretta (ovvero che la

qualifica OS13 cristallizzava la necessità di proporre la struttura in CAP) che risulta invece smentita dall'esame di tutta la documentazione di gara dove tale necessità non risulta esplicitata ed, in particolare, dalla circostanza che era ammessa la possibilità di presentare varianti al progetto preliminare.

1.4 Del resto, non può sottacersi il fatto che la variante sul materiale presentata dalle ATI controinteressate non costituisce una modifica che coinvolge le funzioni essenziali del manufatto descritte nel progetto preliminare in quanto l'impalcatura in struttura metallica, oltre a non risultare smentito che si tratti di una soluzione tecnica accettata da RFI, è comunque idonea a garantire le finalità sottese all'intervento di che trattasi.

1.5 La prospettazione di parte ricorrente si rivela, quindi, infondata.

2. Le suesposte argomentazioni consentono altresì di rigettare anche la seconda censura contenuta nel primo motivo ovvero che le ATI controinteressate avrebbero dovuto essere escluse in quanto il possesso della qualificazione SOA specialistica OS13 si è rivelato inutile non avendo i due raggruppamenti proposto la realizzazione di un impalcatura in CAP (cemento armato precompresso); in particolare, ciò costituisce, per la ricorrente, una violazione dell'art. 37 del D.lgs n. 163 del 2006 che prevede l'obbligo di specificare le quote e le parti di lavorazione svolte da ogni singolo membro del raggruppamento temporaneo.

2.1 Ora, pur risultando suggestiva la prospettazione della ricorrente, non può non rilevarsi che, dal punto di vista formale, le ATI

controinteressate hanno comunque rispettato le prescrizioni di gara in quanto, come riconosciuto dalla stessa società istante, le prime due classificate erano in possesso della qualificazione SOA OS13.

Pur tuttavia, come si è avuto modo di rilevare nei punti precedenti, la documentazione di gara ha ammesso la possibilità di presentare varianti in sede di offerta che, con riferimento alle due ATI controinteressate, hanno avuto l'effetto di rendere inutile il possesso di quella qualificazione (OS13), pure richiesta dal punto 2.3 del disciplinare di gara.

Ed invero, le ATI controinteressate hanno proposto una struttura in metallo (in maniera legittima, secondo le ragioni sopra esposte) tanto che non era necessario possedere la predetta qualificazione SOA (OS13) riguardante, infatti, le impalcature in cemento armato precompresso.

Del resto, lo scrupolo manifestato dalle ATI controinteressate è condivisibile in quanto, in caso contrario (ovvero presentarsi in gara con un raggruppamento privo della qualifica OS13), avrebbe potuto determinare l'esclusione dalla gara, pur non essendo necessario il possesso in ragione della presentazione di una soluzione diversa, pure ammessa dal bando.

2.2 Né può affermarsi, al riguardo, che fosse necessario il possesso della qualifica OS18 (riguardante le strutture metalliche) in quanto non risulta altresì smentito che le ATI controinteressate non sono produttori di tali strutture ma si limitano alla sola posa in opera dell'impalcatura.

In questo caso, si rivela corretta la valutazione della stazione appaltante che non ha ritenuto necessario il possesso della qualificazione in argomento né ciò era richiesto dal disciplinare di gara quale requisito di ammissione.

2.3 Con riferimento alla ripartizione dei lavori tra i singoli componenti del raggruppamento temporaneo, va altresì osservato che, in ragione della variante proposta dalle ATI controinteressate, risulta sufficiente il possesso della qualifica SOA OG3 per la realizzazione dei lavori di che trattasi.

Il fatto, quindi, che i due raggruppamenti ne abbiano certificato il possesso consente di ritenere che gli stessi sono abilitati ad eseguire le opere proposte in sede di gara.

Ciò è sufficiente per ritenere infondata la censura in esame in quanto, sul punto della violazione dell'art. 37, comma 6, del D.lgs n. 163 del 2006 (non risultando corretto il richiamo della società istante al comma 4, riferito invece agli appalti di forniture e servizi), la ricorrente non ha apportato concreti elementi tali da far dubitare della correttezza della ripartizione interna alle ATI delle lavorazioni proposte in sede di gara bensì si è limitata a svolgere ragionamenti induttivi tali da far ritenere violata la disciplina in materia di raggruppamenti temporanei in ragione dell'inutilità del possesso della qualifica OS13 da parte delle ATI controinteressate.

Il rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non ammette, invero, ulteriori analisi sul punto.

3. Il secondo motivo risulta, invece, inammissibile in quanto, in

disparte il fatto che la Commissione di gara conserva un'ampia discrezionalità nelle valutazioni operate in sede di gara nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, discrezionalità sindacabile nei ristretti limiti della manifesta irragionevolezza (da ultimo, Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 687), la ricorrente non ha comunque dato prova che, in caso di accoglimento di tutte le censure, sarebbe riuscita a colmare la differenza di punteggio esistente con la prima classificata (ovvero punti 35,40).

4. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

5. Le spese di giudizio, stante la complessità della questione, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), 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 Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere

Daniele Dongiovanni, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2011

IL SEGRETARIO

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