

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

**N. 54/2007 Reg. Sent.**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**N. 174/2006 Reg. Ric.**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa**

**N. 244/2006 Reg. Ric.**

**Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano**

costituito dai magistrati:

**Sentenza depositata il**

Hugo DEMATTIO

- Presidente

**08.02.2007**

Luigi MOSNA

- Consigliere

Terenzio DEL GAUDIO

- Consigliere

Margit FALK EBNER

- Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

### **S E N T E N Z A**

sui ricorsi iscritti al n. **174** e al n. **244** del registro ricorsi **2006**

**presentati da**

**ricorso R.G. n. 174/2006**

**ZIMMERHOFER S.p.A.**, in persona del proprio legale rappresentante

Werner Zimmerhofer, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Sorrentino,

e Gernot Rössler, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in

Bolzano, Via Cassa di Risparmio, n. 6, giusta procura a margine del ricorso,

**- ricorrente -**

**ricorso R.G. n. 244/2006**

**PIRCHER Christian Impresa costruzioni**, in persona del titolare Pircher

Christian, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati

(associazione temporanea d'impresa) con le imprese Schönthaler A. &

Söhne Srl, Lechner S.n.c. di Lechner Sabine & Co., Stahlbau Pedross S.r.l. e

Pellegrini Robert & Co. S.a.s., rappresentata e difesa dagli avv.ti. Klaus Tarfusser e Arthur Frei, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Bolzano, Piazza Erbe, n. 3, giusto mandato speciale a margine del ricorso,

**- ricorrente -**

**c o n t r o**

**ricorso R.G. 174/2006**

**TELERISCALADAMENTO SILANDRO Srl**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Manfred Schullian, con elezione domicilio presso lo studio del medesimo in Bolzano, Viale Stazione , n. 5, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

**- resistente -**

**e c o n t r o**

**PAULMICHL Matthias & Co. snc**, in persona del legale rappresentante pro tempore, capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con le mandanti Wallnöfer & Wellenzohn snc di Wallnöfer Patrick e Wellenzohn Urban e la ditta individuale Reinalter, rappresentata e difesa dagli avv.ti Reinhart Volgger e Mirko Eller, con elezione domicilio nello studio dei medesimi in Bolzano, Via Carducci, n. 8, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

**-controinteressata e ricorrente incidentale**

-

**nonché c o n t r o**

**WALLNÖFER & WELLENZOHN SNC** di Wallnöfer Patrick e Wellenzohn Urban, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita,

**REINALTER Arnold ditta individuale**, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita,

**- controinteressate -**

**ricorso R.G. 244/2006**

**TELERISCALDAMENTO SILANDRO S.r.l.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Manfred Schullian, con elezione domicilio presso lo studio del medesimo in Bolzano, Viale Stazione , n. 5, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

**- resistente -**

**nonché c o n t r o**

**PAULMICHL Matthias & Co. S.n.c.**, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con Wallnöfer & Wellenzohn s.n.c. e con la ditta individuale Reinalter Arnold, rappresentata e difesa dagli avv.ti Reinhart Volgger e Mirko Eller, con domicilio eletto nel loro studio in Bolzano, Via Carducci, n. 8, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

**WALLNÖFER & WELLENZOHN SNC** di Wallnöfer Patrick e Wellenzohn Urban, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita,

**REINALTER Arnold ditta individuale**, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita,

**ZIMMERHOFER S.p.A.**, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Sorrentino, e Gernot Rössler, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in

Bolzano, Via Cassa di Risparmio, n. 6, giusta procura a margine dell'atto di costituzione,

**- controinteressate -**

**per l'annullamento**

**R.G. n. 174/2006**

1) del capo VI - disposizioni particolari del capitolato condizioni del bando di gara, nella parte in cui, richiamando l'art. 61 comma 2 della l.p. 6/1998, prevede la consegna immediata dei lavori dopo l'aggiudicazione;

2) dell'aggiudicazione alla Impresa Paulmichl Matthias & Co. Snc, capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con le mandanti Wallnöfer & Wellenzohn S.n.c. e la ditta individuale Reinalter, dell'appalto per la costruzione dell'impianto di Teleriscaldamento a Silandro;

**R.G. n. 244/2006**

1) dell'aggiudicazione all'impresa Paulmichl Matthias & Co. S.n.c., capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con le mandanti Wallnöfer & Wellenzohn S.n.c. di Wallnöfer Patrick e Wellenzohn Urban e la ditta individuale Reinalter, con annullamento o dichiarazione di nullità e/o inefficacia dell'eventuale contratto d'appalto *medio tempore* stipulato anche se non conosciuto;

2) dei verbali e atti di gara, in particolare del verbale di classificazione delle imprese partecipanti dd. 30.6.2006 e 3.7.2006, *in parte qua*, ove non sono state escluse la costituenda Ati Paulmichl Matthias & Co. S.n.c. e le rispettive imprese partecipanti Paulmichl Matthias & Co. S.n.c., Wallnöfer & Wellenzohn S.n.c. di Wallnöfer Patrick e Wellenzohn Urban e la ditta

individuale Reinalter Arnold, e ove non è stata esclusa l'impresa Zimmerhofer S.p.A.;

3) delle precedenti determinazioni dd. 29.6.2006 della commissione tecnica appositamente costituita, incaricata a valutare le offerte tecniche proposte dalle singole imprese partecipanti, ove ha ritenuto valida l'offerta presentata dalla Zimmerhofer S.p.A.;

Visto il ricorso n. 174/2006, notificato il 19.7.2006 e depositato presso la segreteria il 19.7.2006 con i relativi allegati;

Visto il ricorso n. 244/2006, notificato il 9.10.2006 e depositato presso la segreteria il 13.10.2006 con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Teleriscaldamento Silandro dd. 21.7.2006 e della Paulmichl Matthias & Co. S.n.c. dd. 25.7.2006 nel ricorso n. 174/2006;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Zimmerhofer S.p.A. dd. 25.10.2006 e della Paulmichl Matthias & Co. S.n.c. dd. 25.10.2006 nel ricorso n. 244/2006;

Vista l'ordinanza n. 107/2006 dd. 25.7.2006 (R.G. n. 174/2006) di questo Tribunale con la quale è stata respinta la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visto il ricorso incidentale notificato in data 2.10.2006 e depositato dagli avv.ti Reinhart Volgger e Mirko Eller in data 3.10.2006 nel ricorso n. 174/2006;

Viste le memorie prodotte;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 20.12.2006 il consigliere Margit Falk Ebner ed ivi sentito l'avv. G. Rössler per la Zimmerhofer S.p.A., l'avv. K. Tarfusser per l'Impresa costruzioni Pircher Christian, l'avv. U. Oberhammer, in sostituzione dell'avv. M. Schullian, per la Teleriscaldamento Silandro Srl e l'avv. M. Eller per la Paulmichl Matthias & Co. S.n.c.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **F A T T O**

Con bando di gara ritualmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la Società Teleriscaldamento Silandro S.r.l. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di progettazione e realizzazione di un impianto per il teleriscaldamento ai sensi dell'art. 36, comma 3, L.P. n. 6/1998 per un importo a base di gara pari a €. 3.830.000,00 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 36, comma 1 lett. b), L.P. n. 6/1998 in base ai seguenti criteri:

- prezzo 35%
- fascicolo della qualità e progetti 21%
- campione di parete in cemento dell'edificio 14%
- organigramma d'impresa e proposta per l'organizzazione e lo svolgimento dei lavori 7%
- piano operativo della sicurezza 7%
- riduzione del tempo sul termine intermedio 13%
- forma, completezza del contenuto e chiarezza della documentazione presentata per la valutazione tecnica 3%.

A norma dell'art. 28 del capitolato speciale d'appalto, tutti i costi per gli obblighi derivanti dal piano di sicurezza e coordinamento, non potevano essere soggetti a ribasso d'asta e dovevano corrispondere all'importo di 190.000,00 Euro.

Sulla base del capitolato condizioni, i partecipanti dovevano presentare un'offerta economica, con indicazione *“dell'importo forfetario offerto”* nonché *“l'elenco dettagliato dei prezzi unitari, relativo a tutte le posizioni e prezzi unitari, con l'indicazione delle quantità e degli importi totali”*.

Alla procedura hanno partecipato quattro concorrenti e precisamente l'Impresa costruzioni Pircher Christian, capogruppo mandataria di una ATI orizzontale (in seguito denominata ATI Pircher), la società Mederle S.r.l., la società Paulmichl Matthias & Co. S.n.c., capogruppo mandataria di una ATI orizzontale (in seguito denominata ATI Paulmichl) e la società Zimmerhofer S.p.A..

In data 19.6.2006 si è svolta la prima seduta della Commissione svolgente funzioni di autorità di gara, durante la quale è stata accertata la regolarità della documentazione amministrativa e sono stati ammessi alla procedura tutti e quattro i partecipanti che avevano fatto pervenire le offerte entro il termine fissato nel bando.

Dopodiché il Presidente della Commissione ha rimesso gli atti di gara all'apposita Commissione tecnica, incaricata di effettuare la valutazione tecnica ai sensi del capitolato ed ha sospeso la gara fino a data da destinarsi.

In data 30.6.2006 la Commissione si è riunita nuovamente per presentare i risultati della valutazione tecnica delle offerte, come effettuati dalla Commissione tecnica in data 29.6.2006, che aveva attribuito i seguenti

punteggi, su un massimo di 52 punti possibili:

|               |           |
|---------------|-----------|
| ATI Pircher   | 37,10/52; |
| Mederle       | 15,00/52; |
| ATI Paulmichl | 46,40/52; |
| Zimmerhofer   | 43,30/50. |

Dopo aver fatto proprie tali valutazioni tecniche, l'Autorità di gara ha proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. I soggetti partecipanti avevano offerto nell'ordine i seguenti prezzi:

|                    |                    |
|--------------------|--------------------|
| ATI Pircher        | 3.600.000,00 Euro  |
| Mederle S.r.l.     | 3.482.468,24 Euro  |
| ATI Paulmichl      | 3.169.782,31 Euro  |
| Zimmerhofer S.p.A. | 3.460.813,66 Euro. |

La miglior offerente ATI Paulmichl veniva ammessa con riserva perché *“né dall'offerta a forfait né dalla stima dei costi (Kostenschätzung) risulta rispettata la prescrizione di cui all'art. 28, comma 2, del capitolato speciale parte I ossia che i costi della sicurezza devono ammontare a 190.000,00 Euro”*.

Alla successiva seduta dd. 3.7.2006 veniva sciolta la riserva da parte dell'Autorità di gara e l'ATI Paulmichl veniva ammessa alla procedura di gara, in quanto *“l'impresa è tenuta a presentare il Piano di sicurezza e coordinamento solo dopo l'aggiudicazione, in tale sede fornirà la suddivisione dell'importo complessivo degli oneri della sicurezza pari a 190.000,00 Euro per singole voci”*.

Nella stessa seduta la Commissione procedeva quindi, tenuto conto del prezzo offerto e della valutazione tecnica, all'aggiudicazione dell'appalto

all'ATI Paulmichl per il prezzo complessivo non ritenuto anomalmente basso di €. 3.359.782,31, comprensivo anche dei costi riservati a misure di sicurezza nel cantiere ammontanti ad €. 190.000,00.

La Zimmerhofer S.p.A. si classificava seconda in graduatoria, l'ATI Pircher terza e la Mederle S.r.l. quarta.

Avverso l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Paulmichl è stata presentata in data 6.7.2006 un'istanza cautelare *ante causam* ai sensi dell'art. 2 n. 1 lett. a) della direttiva 89/665/CE e dell'art. 245 codice degli appalti da parte della Zimmerhofer S.p.A.. Con provvedimento dd. 7.7.2006 il Presidente di questo Tribunale, *“ritenuto che l'istanza appare sostenuta da apprezzabile fumus per quanto dedotto in ordine all'importo dei costi per la sicurezza indicati dall'aggiudicataria provvisoria; che risulta dagli atti l'intenzione della Commissione di gara di consegnare i lavori già il giorno 10.7.2006, che detta circostanza potrebbe pregiudicare gravemente le ragioni di difesa della ricorrente (seconda classificata); ritenuto quindi che sussistono i presupposti di gravità ed urgenza per una tutela cautelare ante causam”* ha inibito alla Società Teleriscaldamento Silandro S.r.l. di dar corso *media tempore* alla consegna dei lavori.

Con ricorso sub. n. 174/2006 Reg. Ric., notificato il 18.7.2006, la Zimmerhofer S.p.A. ha chiesto, previa sospensione dell'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Paulmichl, l'annullamento ovvero la disapplicazione del capo VI del capitolato condizioni nella parte in cui, richiamando l'art. 61, comma 2, L.P. n. 6/1998 prevede la consegna immediata dei lavori dopo l'aggiudicazione, l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Paulmichl e la condanna dell'Autorità di gara ovvero l'accertamento

dell'obbligo della stessa ad aggiudicare l'appalto ad essa.

Il ricorso è basato sui seguenti motivi:

*“1) Violazione dei principi comunitari di rango costituzionale (ex art. 117 comma 1 Cost.) da parte dell'art. 61 comma 2 L.P. 1998, richiamato dalle disposizioni particolari del capo VI del capitolato condizioni del bando di gara – annullamento del capitolato condizioni nella parte de qua – eventuale questione pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE.”.*

*“2) Violazione dell'art. 47, comma 4, D.P.G.P. 41/2001, violazione del punto 2.7 del “capitolato condizioni”, violazione dell'art. 3bis punto 2 e dell'art. 28 del capitolato speciale d'appalto per opere pubbliche. Eccesso di potere per erronea valutazione dell'offerta. Omessa e contraddittoria motivazione. Falsa presupposizione in fatto e in diritto. Violazione dei principi di parità di trattamento e continuità della gara.”.*

Con atto di costituzione dd. 21.7.2006 si è costituita in giudizio la Società Teleriscaldamento S.r.l., chiedendo in via preliminare il rigetto della domanda cautelare e di conseguenza la revoca del decreto Presidenziale emessa *ante causam* nonché, nel merito, il rigetto del ricorso perché infondato.

Con atto di costituzione e risposta dd. 25.7.2006 si è costituita in giudizio la ATI Paulmichl, chiedendo in via preliminare la revoca del decreto Presidenziale dd. 7.7.2006 ed il rigetto della domanda cautelare e nel merito il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 107/2006 dd. 25.7.2006, questo Tribunale, ritenuto che il secondo motivo di impugnazione non è sorretto dal necessario *fumus boni juris*, trattandosi nel caso de quo di una gara con aggiudicazione mediante

offerta a prezzo a forfait e che il primo motivo allo stato degli atti non appare attuale, ha rigettato l'istanza cautelare.

Con ordinanza dd. 26.9.2006 il Consiglio di Stato ha accolto l'appello della Zimmerhofer S.p.A. avverso la mancata conferma della sospensione a suo tempo concessa dal Presidente del Tribunale, concedendo la misura cautelare.

Con atto di costituzione in giudizio e ricorso incidentale, notificato il 2.10.2006, l'ATI Paulmichl, eccependo la inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse, ha chiesto l'annullamento delle determinazioni della Commissione tecnica di cui al verbale dd. 29.6.2006 e del verbale dd. 30.6.2006 dell'Autorità di gara, con cui la seconda ha fatto proprie le determinazioni della prima, limitatamente alla mancata esclusione della Zimmerhofer S.p.A. dalla gara per:

*“- violazione del capitolato ‘condizioni di partecipazione’ (richiamate nel bando), laddove rinvia ai requisiti minimi specifici dei lavori (spezifische Mindestanforderungen der auszuführenden Arbeiten) che a sua volta al punto 2 della ‘facciata’ rinvia al progetto esecutivo dell’architetto Markus Tauber; - eccesso di potere sotto il profilo di palese errore di fatto manifesta irrazionalità, inattendibilità delle operazioni tecniche sotto l’aspetto della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, omessa o quantomeno insufficiente motivazione.”*

Conseguentemente l'ATI Paulmichl ha assunto le seguenti conclusioni: *“1.) Accogliere il ricorso incidentale proposto e per l'effetto annullare i provvedimenti impugnati dalla ricorrente incidentale in parte qua con esclusione della Zimmerhofer S.p.A. dalla procedura aperta per cui è causa.*

2.) *Conseguentemente dichiarare inammissibile il ricorso proposto dalla Zimmerhofer S.p.A. per difetto di interesse.*

3.) *In via subordinata: rigettare il ricorso proposto dalla Zimmerhofer S.p.A., perché infondato.*

4.) *In ogni caso con tutte le conseguenze di legge anche in ordine a spese, competenze ed onorari oltre CAP ed IVA”.*

In data 6.10.2006 è stato notificato dall'ATI Pircher un secondo ricorso (sub n. 244/2006 Reg. Ric), con il quale l'ATI Pircher chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Paulmichl e l'annullamento ovvero la dichiarazione di nullità e/o inefficacia dell'eventuale contratto d'appalto *medio tempore* stipulato anche se non conosciuto; inoltre chiedeva l'annullamento per quanto di ragione anche dei verbali e atti di gara di classificazione delle imprese partecipanti dd. 30.6.2006 e 3.7.2006 *in parte qua* ove non sono state escluse l'ATI Paulmichl e la Zimmerhofer S.p.A., l'annullamento delle determinazioni dd. 29.6.2006 della Commissione tecnica appositamente costituita, nella parte ove ha ritenuto valida l'offerta presentata dalla Zimmerhofer S.p.a, la condanna dell'Autorità di gara all'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Pircher ovvero l'accertamento dell'obbligo della stessa ad aggiudicare l'appalto alla medesima.

In sede istruttoria ha chiesto l'assunzione di una C.T.U. per accertare se la rete metallica X-TEND, offerta dalla Zimmerhofer S.p.A., possa ritenersi equivalente o meno al tessuto Inox GKD Omega 1510 prevista nel progetto esecutivo pianta n. 4.06-1 dell'architetto Markus Tauber quale rivestimento esterno della facciata del deposito nonché per verificare ed accertare se la soluzione proposta dalla Zimmerhofer S.p.A. sul lato sud dell'edificio

caldaia corrisponda o meno al progetto definitivo pianta n. 3.01-4 del progettista architetto Markus Tauber.

Il ricorso è basato sui seguenti motivi:

*“1) Violazione dell’art. 47, comma 4, D.P.G.P. 41/2001, violazione del punto 2.7 del “capitolato condizioni”, violazione dell’art. 3bis punto 2 e dell’art. 28 del capitolato speciale d’appalto per opere pubbliche. Eccesso di potere per erronea valutazione dell’offerta. Omessa e contraddittoria motivazione. Falsa presupposizione in fatto e in diritto. Violazione dei principi di parità di trattamento e continuità della gara.”.*

*“2) Violazione del capitolato condizioni, in particolare del Capo III dello stesso capitolato, eccesso di potere per difetto di istruttoria e/o per palese travisamento dei fatti, illogicità e/o incoerenza nella determinazione della Commissione tecnica appositamente costituita, ove ha ritenuto valide le proposte offerte dalla ditta Zimmerhofer; Eccesso di potere per motivazione insufficiente.”.*

Nel giudizio si è costituita la Zimmerhofer S.p.A. con atto dd. 25.10.2006, riservandosi di concludere nel prosieguo; con memoria 6.12.2006 la medesima ha chiesto l’accoglimento del ricorso per quanto riguarda il motivo diretto all’esclusione dell’ATI Paulmichl ed il rigetto dei motivi volti alla propria esclusione perché inammissibili ed infondati.

Con atto di costituzione dd. 25.10.2006 si è costituita in giudizio pure l’ATI Paulmichl, chiedendo il rigetto del primo motivo di ricorso svolto nei propri confronti, perché infondato.

Con atto di costituzione dd. 7.12.2006 si è costituita in giudizio, infine, la Teleriscaldamento Silandro S.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso perché

infondato.

All'udienza del 20.12.2006, sentite le parti, i ricorsi sono stati trattenuti per la decisione.

In data 11.1.2007 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza mediante deposito in segreteria ai sensi dell'art. 4 comma 6 della L. n. 205/2000.

## **DIRITTO**

Preliminarmente si riuniscono i ricorsi sub. n. 174/2006 e n. 244/2006 per connessione oggettiva e soggettiva, al fine di deciderli con un'unica sentenza.

1. L'iter logico dell'esame delle questioni fatte valere con i succitati ricorsi viene determinato nel senso della priorità del ricorso incidentale in considerazione del tipo di censura sollevata con quest'ultimo da parte della controinteressata ATI Paulmichl.

La controinteressata ATI Paulmichl, infatti, svolge un ricorso incidentale cosiddetto paralizzante, ossia inteso a bloccare il ricorso principale sub n. RG 174/06, facendolo dichiarare inammissibile per carenza di interesse. e richiedendo in via principale l'annullamento delle determinazioni della Commissione tecnica di cui al verbale 29.6.2006 e del verbale 30.6.2006 dell'Autorità di gara, con cui la seconda ha fatto proprie le determinazioni della prima, limitatamente alla mancata esclusione della Zimmerhofer S.p.A. dalla gara per violazione del capitolato condizioni di partecipazione, richiamate nel bando, laddove rinvia ai requisiti minimi specifici dei lavori (spezifische Mindestanforderungen der auszuführenden Arbeiten) che, a sua volta, al punto 2 della facciata rinvia al progetto esecutivo dell'architetto Markus Tauber, nonché per eccesso di potere sotto il profilo di palese errore

di fatto, manifesta irrazionalità, inattendibilità delle operazioni tecniche sotto l'aspetto della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, omessa o quantomeno insufficiente motivazione.

Ed invero, consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur rilevando che, in linea generale, il ricorso incidentale va esaminato dopo quello principale e solo in caso di riconosciuta ed astratta fondatezza di quest'ultimo, poiché esso, di regola, opera come una eccezione processuale in senso tecnico, ha individuato delle fattispecie in cui l'esame del ricorso incidentale può, o deve, precedere la valutazione del ricorso principale. In particolare, si è sostenuto che nel caso in cui si è proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che incidono sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito (Cons. Stato, Sez. V, 29.8.2005 n. 4407). Nella citata decisione si precisa che un'ipotesi di questo genere è stata individuata quando il ricorso incidentale concerne un aspetto del procedimento in contestazione che incide sulla stessa legittimità della partecipazione del ricorrente. È il caso del ricorso principale proposto dal concorrente non vincitore di una gara o di un concorso contro la graduatoria della selezione. In tale ipotesi, quando il ricorso incidentale si rivolge contro l'ammissione del ricorrente principale, si prospetta una questione riguardante la stessa legittimazione dell'attore, che può, ed anzi, di regola,

dev'essere esaminata con priorità rispetto alle altre (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V; 8.5.2002 n. 2468, T.A.R. Bolzano 3.12.2004 n. 527; Cons. Stato, IV Sez., 30.6.2005 n. 3477).

In sostanza la ricorrente incidentale ATI Paulmichl impugna la valutazione tecnica circa l'equivalenza o meno del materiale (rete metallica X-TEND) offerto dalla ricorrente Zimmerhofer S.p.A. per il rivestimento esterno della facciata del deposito.

Espone, in particolare, la ricorrente incidentale ATI Paulmichl:

- che le condizioni di partecipazione, richiamate dal bando di gara, prevedono che *“i requisiti minimi essenziali così come riportati nella documentazione d'appalto sono vincolanti. Ciascun prodotto offerto soggetto alla valutazione della qualità deve rispettare, a pena di esclusione dell'intera offerta, i requisiti essenziali minimi”* (capo I pag. 3, punto 1.1).
- che nella descrizione dei requisiti minimi specifici dei lavori si prevede al capitolato facciata al punto 2 che i requisiti minimi sono quelli di cui al progetto esecutivo dell'arch. Markus Tauber (Fassade 2 Details Heizhaus und Lagerfassade laut Ausführungsprojekt Architekt Markus Tauber, Plan Nr. 4.01-1, 4.02-1, 4.04-1, 4.05-1, 4.06-1);
- che tale progetto esecutivo dell'architetto Markus Tauber prevede, quanto al rivestimento della facciata, che la stessa deve consistere in *“Edelstahlgewebe GKD Omega 1510 oder gleichwertig – tessuto in Inox GKD Omega 1510 o equivalente”*.
- che l'ATI Paulmichl ha offerto il materiale richiesto e cioè

*“Edelstahlnetz für die Verkleidung von Hackschnitzzellager ,HAVER + BÖCKER’ Typ OMEGA – 1510, samt allen Edelstahlhalterungen, den Spannvorrichtungen und den Anschraubkonsolen”*  
(Kostenschätzung, pag. 39).

- che la Zimmerhofer S.p.A., invece, quale presunto materiale equivalente, ha offerto: *“Produktion, Lieferung und Montage von vorgespannten Seilnetzkonstruktionen, bestehend aus Edelstahlseilen, Wertstoff 1.4401, sowie Klemmen aus Kupfer, verzinkt oder aus Edelstahl, Wertstoff 1.440 1. Die Klemmen werden kraftschlüssig verpresst. Inkl. aller erforderlichen Randseile, Befestigungen und sonst noch erforderlichen Nebenleistungen. Typ X-TEND, Maschenweite 60 mm, Seildurchmesser 1,5 mm, Randseildurchmesser 10 mm“* (Kostenvoranschlag, pag. 34).
- che la Paulmichl ha preteso per tale lavoro l’importo di Euro 258.759,72, mentre la Zimmerhofer S.p.A. ha chiesto l’importo di Euro 89.207,06.

Sostiene la ricorrente incidentale che il materiale offerto dalla Zimmerhofer S.p.A. non sarebbe assolutamente da ritenersi equivalente a quello prescritto dal bando di gara.

Ciò risulterebbe dai seguenti dati:

La rete in acciaio inossidabile tipo OMEGA-1510 offerta dalla Paulmichl costa Euro 280,00 al mq, mentre quella offerta dalla Zimmerhofer S.p.A. tipo X-TEND costa 45,00 Euro per mq;

Il materiale offerto dalla Paulmichl pesa kg 6,65/mq, mentre quello offerto dalla Zimmerhofer S.p.A. X-TEND pesa kg 0,70/mq;

Il materiale offerto dalla Paulmichl copre una superficie corrispondente ben al 64,6%, quello offerto dalla Zimmerhofer S.p.A. non copre affatto la superficie della parete.

La commissione tecnica ha ritenuto, quanto al rivestimento della facciata, l'offerta della Paulmichl di buona qualità (*“die Fassadenausbildung ist in guter Qualität nachgewiesen”*), mentre in relazione all'offerta della Zimmerhofer S.p.A. ha osservato quanto segue: *“Beim Lager wird das Edelstahlnetz, das laut Dokumentation gerade noch als akzeptabel in Bezug zu den der Ausschreibung beiliegenden Architekturpläne angesehen werden kann”*. Tale giudizio della commissione tecnica sarebbe stato acriticamente fatto proprio da parte della Autorità di gara.

Dato che il materiale offerta dalla Zimmerhofer S.p.A. non sarebbe assolutamente equivalente a quello prescritto nel progetto esecutivo dall'architetto Tauber, la mancata esclusione della medesima non solo costituirebbe una violazione del bando di gara e del capitolato, ma sarebbe anche viziata da manifesto eccesso di potere sotto il profilo di un palese errore di fatto, di manifesta irrazionalità, di inattendibilità delle operazioni tecniche sotto l'aspetto della loro correttezza sia in riferimento al criterio tecnico sia in riferimento al procedimento applicativo ed infine sotto il profilo di omessa o quantomeno insufficiente motivazione.

La censura è infondata e la richiesta di CTU è inammissibile.

È ben vero che la giurisprudenza amministrativa più recente ha abbandonato l'indirizzo giurisprudenziale che sosteneva l'assoluta insindacabilità della discrezionalità tecnica, ricorrente ogni qualvolta l'Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica

alla quale una norma giuridica attribuisce rilevanza diretta o indiretta.

Tale mutamento di indirizzo si è fondato innanzitutto sulla modifica legislativa di cui all'art. 16 della L. n. 205/2000, la quale ha potenziato i mezzi istruttori utilizzabili dal giudice amministrativo attraverso la possibilità di utilizzare la consulenza tecnica ai fini del sindacato sulle valutazioni tecniche specialistiche.

In tutte le relative decisioni la giurisprudenza ha però sempre precisato come tale sindacato non possa spingersi fino a configurare una sostituzione del giudice amministrativo per il tramite del consulente tecnico nei giudizi di tipo tecnico, formulati dall'Amministrazione.

In particolare, con riguardo alla valutazione comparativa delle offerte presentate nell'ambito di una gara di appalto, la giurisprudenza continua ad affermare come il giudizio di discrezionalità tecnica, caratterizzato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugga al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, ed in particolare difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti (Cons. Stato, Sez. VI, 4.11.2002 n. 6004, e Cons. Stato, Sez. V, 11.11.2004 n. 7346).

Quindi, l'ammissibilità o meno del sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità su una questione rientrante nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione dipende dalla natura del giudizio tecnico espresso ovvero dalla controllabilità di tale giudizio secondo i dettami della scienza applicata. Se il giudizio tecnico si forma non solo in seguito all'applicazione

di regole strettamente tecnico-scientifiche, ma è anche frutto di valutazioni e/o opinioni, come lo è nelle valutazioni della commissione giudicatrice di un pubblico concorso oppure nelle valutazioni della commissione tecnica di un pubblico appalto, ne consegue che esso è sottratto alla sindacabilità del giudice amministrativo, in quanto riguardante in realtà scelte riconducibili al merito amministrativo (cfr. Con. Stato, Sez. VI, 15.7.2005, n. 6152). In tal caso il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente limitato alla verifica della logicità, della congruità e della ragionevolezza del giudizio nonché alla correttezza della motivazione.

Nel caso de quo siamo proprio di fronte a questo tipo di discrezionalità tecnica, che la giurisprudenza suole chiamare “*pura*”, in quanto il concetto di equivalenza di prodotti e materiali non è un concetto riconducibile a regole pienamente e puramente tecnico-scientifiche, essendo il giudizio sull’equivalenza o meno di un prodotto o di un materiale connotato da un’ampia componente di giudizi valoriali opinabili. Pertanto, il sindacato del giudice amministrativo è limitato alla verifica della logicità, della congruità e della ragionevolezza del giudizio espresso dalla commissione tecnica.

Ne consegue anche che, nel caso de quo, non è ammissibile disporre una consulenza tecnica d’ufficio al fine di rinnovare la valutazione della commissione tecnica.

Orbene, secondo questo collegio, il giudizio tecnico della commissione tecnica, risultante dal verbale dd. 29.6.2006, non presenta i suddetti indici sintomatici del non corretto esercizio della discrezionalità, ed in particolare il difetto di motivazione, l’illogicità manifesta, l’erroneità dei presupposti di

fatto, l'incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti

La ricorrente incidentale ATI Paulmichl afferma l'erroneità e contraddittorietà del giudizio della commissione tecnica attraverso il confronto delle valutazioni tecniche. Tali affermazioni riguardano però manufatti diversi. Come precisa, infatti, la Zimmerhofer S.p.A., la ricorrente incidentale, al fine di sottolineare come il preteso divario esistente tra i materiali offerti dall'ATI Paulmichl e dalla Zimmerhofer S.p.A. sia stato riconosciuto dalla stessa commissione tecnica, la quale avrebbe poi contraddittoriamente omesso di escludere quest'ultima, cita il giudizio relativo alla facciata dell'offerta Paulmichl (*“die Fassadenausbildung ist in guter Qualität nachgewiesen”*) e lo confronta non con il giudizio relativo alla facciata dell'offerta Zimmerhofer S.p.A. (*“die Fassadenausbildung ist durch die komplette Fassadenplanung mit allen Details in guter Qualität nachgewiesen”*), bensì con il giudizio sulla rete di rivestimento del deposito. Se si confrontano, invece, i due giudizi relativi a tale rete di rivestimento del deposito, alla quale si riferisce il motivo del ricorso, si riscontra una differenza di valutazione nemmeno lontanamente paragonabile con quella suggerita dalla ricorrente incidentale: in tale valutazione si legge, infatti, in ordine al materiale indicato nell'offerta della Paulmichl per il rivestimento del deposito che lo stesso corrisponde a quello proposto nel progetto dell'architetto Tauber (*“Beim Lager entspricht das Edelstahlnetz dem definitiven Projekt”*); in ordine al materiale indicato nell'offerta della Zimmerhofer S.p.A. per il rivestimento del deposito si legge, invece, che tale materiale non corrisponde a quello proposto nel progetto ma gli equivale in una maniera ritenuta appena accettabile (*“Beim Lager wird das*

*Edelstahlnetz, das laut Dokumentation gerade noch als akzeptabel in Bezug zu den der Ausschreibung beiliegenden Architekturpläne angesehen werden kann*”).

Da tale confronto risulta, quindi, che la commissione tecnica – contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente incidentale – in realtà ha valutato in maniera positiva il materiale offerto dalla Zimmerhofer S.p.A., considerandolo equivalente.

Bisogna pertanto escludere che vi sia stato un giudizio manifestamente contraddittorio, irrazionale o comunque viziato per eccesso di potere.

Per quanto riguarda poi in concreto il giudizio di equivalenza tra i materiali proposti dall’architetto Tauber e quelli indicati dalle imprese partecipanti alla gara nelle proprie offerte, si osserva che in tale giudizio non ci si può limitare – come fa, invece, la ricorrente incidentale - alle singole caratteristiche tecniche dei materiali offerti, quali il prezzo, il peso, al fine di dedurre, dalla divergenza di tali valori dai valori di riferimento, la non equivalenza del materiale della Zimmerhofer S.p.A. al materiale proposto nel progetto dell’architetto Tauber, posto che il giudizio sull’equivalenza o meno di un materiale proposto rispetto al materiale di riferimento è un giudizio complesso, caratterizzato soprattutto anche dalla complessiva funzionalità dell’opera, che investe, quindi, anche profili relativi all’interesse pubblico. Ci si muove quindi proprio in quell’ambito di opinabilità cui accenna la giurisprudenza, quando parla di discrezionalità “pura”, nell’esercizio della quale l’amministrazione non si limita a recepire dei dati tecnici o ad effettuare giudizi matematici o comunque relativi a scienze esatte, ma fa influire nelle proprie scelte l’interesse pubblico e che

costituisce senza dubbio espressione del merito amministrativo.

Da quanto esposto emerge la infondatezza del ricorso incidentale.

2. Detto ciò, si può passare all'esame dei singoli ricorsi.

Posto che sia il primo ricorso proposto dalla Zimmerhofer S.p.A. sia il secondo ricorso, proposta dall'ATI Pircher, sono diretti innanzitutto all'esclusione dalla gara della prima qualificata, ATI Paulmichl, e al conseguente annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto alla stessa, appare opportuno esaminare in primo luogo la questione riguardante il divieto di ribasso sui costi per la sicurezza (secondo motivo del ricorso n. 174/2006 e primo motivo del ricorso n. 244/2006).

Al riguardo sia la Zimmerhofer S.p.A., sia l'ATI Pircher ritengono provata la violazione di tale divieto per il fatto che in sede di redazione della lista dei prezzi unitari la Paulmichl abbia incluso nei prezzi unitari una parte dei costi di sicurezza e precisamente l'importo pari a 109.692,06 Euro.

Nella lista dei prezzi unitari („Kostenschätzung“) presentata dalla Paulmichl si legge in ordine ai costi di sicurezza quanto segue: *“Die Kosten für Sicherheitsmaßnahmen belaufen sich auf insgesamt € 190.000. Diese setzen sich zusammen aus: Baustelleneinrichtung € 35.000, Sicherheitsmaßnahmen laut Position Gerüste und Arbeitspodeste € 45.308,06. Die restlichen Kosten für Sicherheitsmaßnahmen wurden in den Einheitspreisen mitkalkuliert”*.

Secondo i ricorrenti l'inserimento nei prezzi unitari delle spese per le misure di sicurezza mancanti ai fini del raggiungimento dell'importo di 190.000,00 Euro (109.692,06 Euro), renderebbe non solo impossibile la verifica dell'effettiva destinazione alle misure di sicurezza della somma di cui sopra nella sua interezza, ma costituirebbe soprattutto un'elusione del divieto di

ribasso d'asta delle spese per la sicurezza.

Inoltre rappresenterebbe un concreto pericolo che l'Amministrazione, in caso di progetti di varianti, sia tenuta a pagare i prezzi unitari caricati degli iniziali costi di sicurezza, oltre ai costi di sicurezza comunque afferenti ai progetti di variante. Una successiva estrapolazione e/o suddivisione non sarebbe attuabile, in quanto comporterebbe una modifica dei prezzi unitari. Replicano le controparti che quanto affermato dai ricorrenti in ordine alla natura dei costi di sicurezza ed al divieto di ribasso degli stessi sarebbe corretto e pacifico.

Nel caso di specie, però, si dovrebbe considerare che l'aggiudicazione è avvenuta in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, consistente in un prezzo forfetario e non in singoli prezzi unitari, soggetti a ribasso d'asta.

In una gara, in cui siano determinanti i prezzi unitari ovvero il ribasso operato dai partecipanti sui prezzi unitari, gli oneri di sicurezza effettivamente non potrebbero essere conglobati in tutto o in parte nei prezzi unitari, in quanto ciò renderebbe impossibile la verifica del ribasso operato al netto dei costi di sicurezza (in tal senso si era espressa l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con deliberazione n. 114 del 2002, chiaramente riferendosi esclusivamente all'ipotesi di aggiudicazione mediante offerta prezzi unitari).

Del tutto diversa sarebbe, invece, l'ipotesi di aggiudicazione mediante offerta economica più vantaggiosa sulla base di un prezzo a forfait. In tale ipotesi, infatti, qualora il prezzo forfetario offerto sia comprensivo dei costi di sicurezza, il prezzo offerto al netto dei costi di sicurezza (che rileva ai fini della comparazione di offerte omogenee) sarebbe immediatamente

ricavabile per semplice operazione aritmetica di sottrazione. Ne costituirebbe conferma proprio la gara di appalto per cui è causa. Il capitolato speciale d'appalto prevedeva un importo a base di gara di €uro 3.830.000,00, comprensivo di €uro 190.000,00 a titolo di costi per oneri di sicurezza. Le condizioni di partecipazione prevedevano che i partecipanti sottopongano delle offerte con indicazione di un prezzo d'appalto forfetario, e quindi comprensivo anche dei costi di sicurezza, i quali non dovevano essere rimborsati separatamente e autonomamente, ma come parte del corrispettivo globale.

In osservanza di tale disposizione sia la ATI Paulmichl sia la Zimmerhofer S.p.a. avrebbero fatto pervenire un'offerta forfetaria. La prima per un prezzo complessivo di Euro 3.359.782,31 (ovvero 3.169.782,31 al netto dei costi per la sicurezza), la seconda per un prezzo complessivo di Euro 3.650.813,66 (ovvero di Euro 3.460.813,66 al netto dei costi di sicurezza). Quindi, non sarebbe riscontrabile alcuna violazione del divieto di ribasso. Anche il fatto che la Paulmichl avesse erroneamente ritenuto di dover imputare già in sede di presentazione dell'offerta i costi di sicurezza quanto meno parzialmente a determinati prezzi unitari non costituirebbe violazione del suddetto divieto, posto che a norma dell'art. 60 LP n. 6/1998 il piano di sicurezza comunque andava presentato prima dell'inizio dei lavori e quindi solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

La tesi della Teleriscaldamento Silandro Srl e della ATI Paulmichl, anche se in un primo momento è apparsa convincente, soprattutto per le considerazioni che l'offerta economica consisteva in un prezzo forfetario, che i costi di sicurezza erano predeterminati nel loro preciso ammontare

dall’Autorità di gara nella *lex specialis*, che il piano di sicurezza doveva essere predisposto dall’aggiudicatario e che la lista dei prezzi unitari e complessivi, per espressa previsione della *lex specialis*, doveva servire alla direzione lavori per la fase di esecuzione, per eventuali progetti di variante nonché per la determinazione di eventuali nuovi prezzi (“*Tale elenco viene consegnato alla direzione lavori che ne farà uso in fase esecutiva, in caso di progetti di variante e di verbali di concordamento prezzi nuovi. Viene sottolineato nuovamente che le quantità indicate in tale elenco sono solo indicative e non sono quindi vincolanti per il committente, in quanto l’importo contrattuale si intende ‘a corpo’.*”), non può essere seguita.

Ai sensi sia della normativa nazionale in tema di appalti (legge n. 109/1994 art. 31, comma 2, ora art. 131 comma 3 codice degli appalti), sia della normativa provinciale (art. 47, comma 4, DPGP n. 41/2001) i costi di sicurezza previsti dal decreto legislativo n. 494/1996 devono essere evidenziati nei bandi di gara e non possono essere soggetti a ribassi d’asta.

Tali principi risultano espressamente richiamati anche dalla *lex specialis*. Così nel capitolato speciale d’appalto per opere pubbliche è previsto all’art. 2, punto 1, che l’importo complessivo dei lavori ed oneri compensati a misura rispettivamente a corpo, compresi nell’appalto, ammonta presuntivamente a Euro 3.830.000,00 e che lo stesso è composto dall’importo a base d’asta di Euro 3.640.000,00 e dai costi per le misure di sicurezza di Euro 190.000,00.

Nell’art. 3bis, punto 2, del capitolato speciale d’appalto per opere pubbliche è previsto che “*il piano di sicurezza e coordinamento sarà redatto in conformità all’art. 60 della LP 6/98; compreso il progetto per*

*l'installazione e l'organizzazione del cantiere (strade di accesso, gru e ponteggi, zona uffici, servizi igienici, spogliatoi, alloggiamenti, magazzini, attrezzature ed impianti vari, cassoni per la raccolta differenziata dei rifiuti, tabellone di cantiere, misure di sicurezza in generale, con specifica indicazione degli alloggiamenti del personale durante tutto il periodo di esecuzione dei lavori), tutte le lavorazioni comprese anche quelle subappaltate e stima dei costi della sicurezza comunque non inferiori a quanto indicato nel documento preliminare per il piano di sicurezza e coordinamento fornito dalla amministrazione".*

All'art. 28 del capitolato speciale è previsto, sempre in materia di piano di sicurezza e di coordinamento, che:

*"1. Tutti i costi per gli obblighi derivanti dal Piano di sicurezza e coordinamento (art. 12 D.Lgs. 494/96) e dalle leggi in materia di antinfortunistica non possono essere soggetti a ribasso d'asta.*

*2. I costi delle misure di sicurezza di cui sopra sono indicati nella stima allegata al Piano di sicurezza e coordinamento fornito dall'impresa aggiudicataria, e comunque non inferiori a quanto stabilito dall'Amministrazione all'art. 2...".*

Nel capitolato condizioni, capo III, è previsto in materia di verifica delle offerte anomale, che "il calcolo della media aritmetica al fine dell'individuazione della soglia di anomalia viene eseguito tra l'importo a base d'asta e gli importi offerti dai partecipanti al netto dei costi per la sicurezza senza preventiva verifica dei conteggi di tutte le offerte da parte dell'Amministrazione, fatto salvo la successiva verifica dell'offerta rimasta aggiudicataria" e al punto 2.7 dei criteri di valutazione delle offerte

anomale è specificato che *“tutti i costi per gli obblighi derivanti dal Piano di sicurezza e coordinamento (articolo 12 D.Lgs. 494/96) e dalle leggi in materia di antinfortunistica non possono essere soggetti a ribasso d’asta. Di conseguenza i costi per la sicurezza non devono essere indicati nel modello per l’analisi dei singoli prezzi”*.

In tale modello per l’analisi dei prezzi devono, invece, essere indicati la mano d’opera (punto 2.1), i costi elementari dei materiali (2.2), l’impiego dei mezzi d’opera e degli impianti (2.3), i trasporti (2.4), le spese generali correnti (2.5) e le spese generali fisse (2.6) nonché l’utile d’impresa (2.8).

La Paulmichl, invece, per stessa ammissione ha incluso una parte dei costi di sicurezza nei prezzi unitari. Infatti, come già citato sopra, nel documento denominato *“Kostenschätzung”* in ordine alla voce *“Kosten für Sicherheitsmaßnahmen”* si legge quanto segue: *“Die Kosten für Sicherheitsmaßnahmen belaufen sich auf insgesamt Euro 190.000,00. Diese setzen sich zusammen aus: Baustelleneinrichtung 35.000,00 Euro, Sicherheitsmaßnahmen laut Position Gerüste und Arbeitspodeste 45.308,06 Euro. Die restlichen Kosten für Sicherheitsmaßnahmen wurden in den Einheitspreisen mitkalkuliert.”*

Infine a pag. 52 del documento *„Kostenschätzung“* il totale dei costi per la sicurezza viene quantificato in Euro 45.308,06, importo che corrisponde alla sottovoce *„Gerüste und Arbeitspodeste“*, indicata a pag. 51 dello stesso documento; il totale dei costi per l’allestimento del cantiere, invece, risulta indicato a pag. 1 sempre dello stesso documento e ammonta a Euro 35.000,00. L’importo totale dei prezzi unitari (*“Gesamtbetrag Kostenschätzung”*) pari a Euro 3.359.792,31 corrisponde esattamente al

prezzo forfetario offerto dalla Paulmichl, come risulta infatti dal documento 4 del fascicolo Paulmichl nel ricorso 174/06.

Come detto sopra, l'ATI Paulmichl ha offerto l'importo forfetario di 3.359.792,31 Euro, comprensivo dei costi di sicurezza pari a Euro 190.000,00, più IVA, e quindi l'importo forfetario di Euro 3.169.792,31 al netto dei costi di sicurezza.

Se si confronta tale importo forfetario offerto dalla ATI Paulmichl al netto dei costi di sicurezza, cioè l'importo di Euro 3.169.792,31, con l'importo corrispondente alla somma dei prezzi unitari pari a 3.359.792,31 Euro, indicato nella lista dei prezzi unitari, e si detraggono da tale importo gli importi espressamente indicati dalla Paulmichl per l'allestimento del cantiere (Euro 35.000,00) e i costi di sicurezza (€ 45.308,06), ricavando un importo totale di 3.279.484,25 Euro, ci si rende conto che con questa operazione di incorporazione parziale nei prezzi unitari di parte dei costi per le misure di sicurezza, per un importo pari a Euro 109.692,06, è stato effettuato un ribasso d'asta non consentito su questa parte dei costi per le misure di sicurezza.

Tale imputazione anche solo parziale dei costi per le misure di sicurezza a determinate voci dei prezzi unitari, quindi, non può essere considerata come mero comportamento erroneo, dal quale non discendono alcune conseguenze negative.

La lista dei prezzi unitari, pertanto, solo apparentemente non sembra aver rilevanza per l'aggiudicazione dell'appalto de quo.

Infatti, la disposizione contenuta nel capitolato condizioni, secondo cui *“tale elenco viene consegnato alla direzione dei lavori che ne farà uso in fase*

*esecutiva, in caso di progetti di variante e di verbali di concordamento di nuovi prezzi*” non può essere interpretata nel senso che la stessa non abbia alcun valore per l’aggiudicazione e che pertanto l’incorporazione di una parte dei costi per le misure di sicurezza nei prezzi unitari (non si sa in quali e con quale incidenza) sia del tutto irrilevante, in quanto il prezzo dell’appalto è determinato in modo forfetario.

Così non è! Il fatto che parte dei costi per le misure di sicurezza risultano già definitivamente incorporati nei prezzi unitari comporta innanzitutto, come si è visto, un ribasso d’asta anche su tali costi per le misure di sicurezza ed inoltre la impossibilità di estrapolare successivamente tali costi senza modifica dei prezzi unitari. Ciò comporta anche il concreto pericolo che l’Amministrazione, in caso di progetti di variante, è tenuta a pagare i prezzi unitari caricati degli iniziali costi di sicurezza oltre ai costi di sicurezza comunque afferenti i progetti di variante.

Una conferma di quanto detto si ricava anche dalla natura stessa dei prezzi unitari, la quale non cambia a seconda del tipo di offerta (nel caso di offerta a corpo invece che a misura cambia in parte la rilevanza dei prezzi unitari, non però la loro natura).

L’art. 47 del D.P.G.P. 5.7.2001, n. 41 contiene al comma 3 le indicazioni per il calcolo dei prezzi unitari, qualora le imprese offerenti non debbano riferirsi all’elenco prezzi informativi provinciali per i lavori pubblici, vincolante in caso di aggiudicazione col metodo del ribasso percentuale, oppure qualora in tale elenco manchino delle voci. Scorrendo le indicazioni contenute in tale disposizione si nota come, dopo aver applicato alle quantità di materiali, manodopera ecc., i rispettivi prezzi elementari, si debba

aggiungere all'importo risultante una percentuale non superiore al 13% per spese generali ed un'ulteriore percentuale non superiore al 10% per utile dell'appaltatore. Non è assolutamente previsto, invece, che possano essere inseriti nei prezzi unitari i costi per le misure di sicurezza, intesi come costi per le misure di sicurezza da inserire nel piano di sicurezza e coordinamento, i quali sono esclusi dal ribasso. Lo stesso art. 47 precisa, infatti, che i costi per la sicurezza, nella misura prevista nel piano della sicurezza e nel bando di gara, sono compresi nell'importo contrattuale. Quindi essi non possono essere inseriti nei prezzi unitari, che sono invece posizioni determinate dalle imprese offerenti.

Ancora più chiaro al riguardo è l'elenco prezzi informativi provinciali per i lavori pubblici, richiamato anche dall'art. 47, nelle cui premesse si afferma che nei prezzi unitari „*sono compresi altresì gli oneri correnti relativi alla sicurezza nei cantieri; si dovranno quantificare separatamente i costi corrispondenti agli apprestamenti e alle attrezzature di prevenzione particolari*”. Essendo solo questi ultimi sottratti al divieto di ribasso, non è assolutamente possibile sommare ad essi gli oneri correnti per la sicurezza, inseriti nelle spese generali facenti parte dei prezzi unitari, per escludere di aver effettuato un ribasso.

Un'ulteriore conferma di quanto esposto, è contenuta anche nei “*criteri per la valutazione delle offerte anomale*”, facenti parte del capitolato condizioni, e precisamente nel punto 2 riguardante l'analisi dei prezzi unitari.

Al punto 2.5, riguardante l'elencazione delle “*spese generali correnti*”, è specificato quanto segue: “*Si devono indicare gli elementi di spese generali correnti di cantiere che devono essere inseriti nell'analisi dei prezzi con un*

*valore in percentuale non inferiore al 5% da applicarsi alla manodopera, ai materiali, ai mezzi d'opera, agli impianti, ai trasporti". Se l'impresa espone una percentuale inferiore questa deve essere giustificata. Si elencano a titolo esemplificativo alcuni dei costi indiretti di cantiere: - staff di cantiere e relativi spostamenti; - installazione, esercizio e smobilitazione finale del cantiere; - il degradamento delle attrezzature, - gli sfridi dei materiali; - oneri generali previsti dal capitolato; - oneri finanziari generali e particolari; comprendenti le assicurazioni; - oneri per la protezione antinfortunistica; - manutenzione e guardiania delle opere fino al collaudo; Si devono in ogni caso precisare ed elencare le singole voci di spesa."*

In ordine alle "spese generali fisse" è specificato al punto 2.6 che "per spese generali fisse sono da intendersi, a titolo di esempio, quelle relative a: - spese contrattuali ed accessorie; - quota parte delle spese della sede centrale; - gestione amministrativa del personale; - organizzazione tecnica e amministrativa centrale. Si deve in ogni caso giustificare adeguatamente la percentuale che s'intende adottare. Le spese generali fisse si devono computare, nell'analisi, con una percentuale non minore del 2% da applicarsi alla manodopera, ai materiali, ai mezzi d'opera, agli impianti, ai trasporti ed ai costi indiretti. Se l'impresa espone una percentuale inferiore questa deve essere giustificata."

Per i "costi per la sicurezza" è invece previsto al punto 2.7 che "tutti i costi per gli obblighi derivanti dal Piano di sicurezza e Coordinamento (articolo 12 D.Lgs. 494/96) e dalle leggi in materia di antinfortunistica non possono essere soggetti a ribasso d'asta. Di conseguenza i costi per la sicurezza non devono essere indicati nel modello per l'analisi dei singoli prezzi."

Pertanto, i costi per le misure di sicurezza non andavano, neppure parzialmente, conglobati nei prezzi unitari.

Da quanto detto, risulta che la ATI Paulmichl sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per aver violato le sopraccitate disposizioni di legge nonché le condizioni di partecipazione alla gara che vietano espressamente il ribasso d'asta sui costi per le misure di sicurezza.

Ne consegue la fondatezza del ricorso sub n. RG 174/06 in ordine al secondo motivo e del ricorso sub n. RG 244/06 in ordine al primo motivo; ciò comporta l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto de quo alla ATI Paulmichl.

3. L'accoglimento del ricorso sub n. RG 174/06 in ordine al secondo motivo e il conseguente annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto alla ATI Paulmichl determina la carenza sopravvenuta di interesse in ordine al primo motivo dedotto con il ricorso sub 174/06, con il quale la Zimmerhofer S.p.A. chiede l'annullamento ovvero la disapplicazione del capo VI delle disposizioni particolari del capitolato condizioni del bando di gara, nella parte in cui, richiamando l'art. 61, comma 2, della L. P. n. 6/1998 prevede la consegna immediata dei lavori dopo l'aggiudicazione.

4. Resta da esaminare il secondo motivo del ricorso sub n. RG 244/06 con il quale la ATI Pircher lamenta la violazione del capitolato condizioni ed in particolare del capo terzo dello stesso, eccesso di poter per difetto di istruttoria e/o per palese travisamento dei fatti, illogicità e/o incongruenza sulla determinazione della commissione tecnica appositamente costituita ove ha ritenuto valide le proposte offerte dalla Zimmerhofer S.p.A. nonché eccesso di potere per motivazione insufficiente. In particolare l'ATI Pircher

sostiene che la Zimmerhofer S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per le seguenti inosservanze delle prescrizioni minime contenute nel progetto esecutivo del arch. Markus Tauber:

- a) mancata offerta del tessuto GKD Omega 1510 o di tipo equivalente, posto che la rete metallica X-TEND non può essere ritenuta equivalente;
- b) sostituzione di pareti in vetro con una parete in cemento armato sulla facciata sud dell'edificio caldaia.

Le censure non sono fondate.

In ordine alla sindacabilità della valutazione tecnica delle offerte in generale da parte del giudice amministrativo nonché in ordine alla censura di cui al punto a) si richiama quanto detto al punto 1 con riferimento al ricorso incidentale della ATI Paulmichl.

In ordine alla censura di cui al punto b) si fa presente che la disposizione del capitolato condizioni, capo III, secondo cui *“i requisiti minimi essenziali come riportati nella documentazione d'appalto per i prodotti soggetti a qualità sono vincolanti. Ciascun prodotto offerto soggetto alla valutazione della qualità deve rispettare, a pena di esclusione dell'intera offerta, i requisiti essenziali minimi. Questa disposizione prevale su ogni altra indicazione diversa contenuta in altri elaborati di gara”*, nonché la disposizione contenuta sempre nello stesso capitolato condizioni in merito alla documentazione da presentare nella busta *“B - Documentazione tecnica”*, secondo cui *“i requisiti minimi essenziali così come riportati nella documentazione d'appalto sono vincolanti. Ciascun prodotto offerto soggetto alla valutazione della qualità deve rispettare, pena di esclusione della intera offerta, i requisiti essenziali minimi”*, non possono essere

interpretate nel senso che qualsiasi modifica apportata al progetto dell'arch. Tauber costituisca una violazione dei requisiti minimi da punire con l'immediata esclusione dalla gara. Infatti, le citate disposizioni si riferiscono ai requisiti essenziali minimi dei prodotti offerti soggetti alla valutazione della qualità e non a qualsiasi scelta tecnico-progettuale contenuta nel progetto.

La censura de qua, invece, riguarda proprio una di queste scelte tecnico-progettuali, avendo la Zimmerhofer S.p.A. sostituito nel progetto riguardante le misure antincendio due pareti in vetro con una parete in cemento armato.

È necessario al riguardo considerare che il progetto dell'arch. Tauber è un progetto esecutivo che ha la funzione di fornire un punto di riferimento per le imprese partecipanti, le quali negli appalti da aggiudicare con l'offerta economicamente più vantaggiosa hanno il compito di contribuire attraverso la elaborazione dei propri progetti ad un miglioramento del progetto proposto dall'Amministrazione. Ne costituisce una conferma il fatto che nel bando di gara al punto II.1.9. è prevista la ammissibilità di varianti.

A prescindere da ciò si osserva che, come rileva giustamente la Zimmerhofer S.p.A., questa soluzione della parete in cemento armato è contenuta nel progetto relativo alle prevenzioni incendi ("*Brandschutzkonzept hinsichtlich der Baumeisterarbeiten*") che la Zimmerhofer S.p.A. ha depositato in sede di offerta tecnica, tra l'altro come unica tra tutte le imprese offerenti. Ciò è stato riconosciuto anche dalla commissione tecnica la quale ha, infatti, verbalizzato che, per quanto riguarda la prevenzione incendi, viene presentato dalla Zimmerhofer S.p.A.

un progetto di prevenzione incendi completo e che in più si è già in possesso di un parere positivo dell'Ufficio prevenzione incendi (*“Zum Thema Brandschutz wird ein komplettes Brandschutzprojekt vorgelegt. Zusätzlich liegt ein positives Gutachten des Amtes für Brandverhütung vor.”*).

Con riguardo al progetto della Pircher, invece, si legge nella valutazione tecnica: *“Zum Thema Brandschutz werden keine speziellen Angaben gemacht.”*.

Da quanto esposto, si evince che, se variante vi è stata, essa era esclusivamente in funzione di una maggiore corrispondenza alla normativa sulla prevenzione incendi, il cui rispetto era anche previsto tra i requisiti minimi dei lavori. L'eventuale parziale ampliamento della parte di facciata in muratura con contestuale riduzione della parte di facciata in vetro costituisce dunque, a tutti gli effetti, un miglioramento del progetto iniziale oltretutto in un campo così delicato come lo è quello della prevenzione incendi.

Risulta quindi chiara la infondatezza della censura sub b).

Inoltre la ricorrente Pircher lamenta la manifesta illogicità dell'operato della commissione tecnica sotto il profilo dell'attribuzione dei punteggi. In particolare la ricorrente Pircher cita la valutazione della commissione tecnica sul rivestimento della facciata esterna del deposito ritenuta *“appena accettabile”* e cerca di suggerire come a fronte di una valutazione del genere la commissione tecnica abbia comunque attribuito alla Zimmerhofer S.p.A. cinque punti in più rispetto alla Pircher (rispettivamente 18,50 punti alla Zimmerhofer e 13,50 punti alla Pircher).

Basta esaminare l'intera valutazione tecnica delle due offerte per verificare

come tale differenza di punteggio trovi un effettivo riscontro nelle singole voci analizzate dalla commissione tecnica. A titolo meramente esemplificativo si citano le voci “*Außenbeleuchtung*”, “*Umzäunung*” “*Akustikwerte*” e “*Brandschutz*”, in ordine alle quali la commissione tecnica ha precisato che la ricorrente Pircher per tali voci non fornisce alcuna indicazione, mentre queste voci risultano indicate nel progetto della Zimmerhofer S.p.A. e vengono valutate in modo positivo o quanto meno corrispondente ai requisiti minimi nella valutazione riservata all’offerta Zimmerhofer. Da questi e da molti altri elementi emerge come il divario rilevato dalla commissione tecnica tra le offerte sia congruamente motivato e trovi puntuale giustificazione nelle valutazioni delle singoli voci.

Da quanto detto risulta la infondatezza del secondo motivo fatto valere con il ricorso sub n. RG 244/06.

5. L’accoglimento del ricorso sub n. RG 174/06 in ordine al secondo motivo e l’accoglimento del ricorso sub n. RG 244/06 in ordine al primo motivo ha come conseguenza l’annullamento dell’aggiudicazione dell’appalto per la costruzione dell’impianto di Teleriscaldamento a Silandro alla ATI Paulmichl e degli atti presupposti, in particolare dell’ammissione alla gara della ATI Paulmichl.

Sarà compito della Teleriscaldamento Silandro S.r.l. di provvedere alla aggiudicazione dell’appalto in favore della seconda classificata Zimmerhofer S.p.A., fatti sempre salvi eventuali motivi ostativi.

6. Resta da esaminare l’ulteriore domanda, con la quale si chiede la dichiarazione di nullità e/o invalidità e/o inefficacia del contratto d’appalto (eventualmente) stipulato nelle more del giudizio.

Deve rilevarsi, al riguardo, che in atti non vi è la prova dell'intervenuta stipulazione del contratto e deve essere, quindi, dichiarata inammissibile la domanda avente ad oggetto la dichiarazione di nullità e/o invalidità e/o inefficacia del contratto d'appalto (eventualmente) stipulato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione Autonoma di Bolzano -, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, previa riunione dei ricorsi sub nn. RG 174/06 e 244/06,

- **rigetta** il ricorso incidentale proposto dalla Paulmichl Matthias & Co. snc., capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con le mandanti Wallnöfer & Wellenzohn S.n.c. e la ditta individuale Reinalter, nel ricorso sub n. RG 174/06;
- **accoglie** il ricorso sub n. RG 174/06 come da motivazione;
- **accoglie** il ricorso sub n. RG 244/06 come da motivazione;
- **annulla** conseguentemente l'aggiudicazione alla Impresa Paulmichl Matthias & Co. s.n.c, capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale con le mandanti Wallnöfer & Wellenzohn s.n.c. e la ditta individuale Reinalter, dell'appalto per la costruzione dell'impianto di Teleriscaldamento a Silandro;
- **rigetta** per il resto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 20.12.2006.

IL PRESIDENTE

Hugo DEMATTIO

L'ESTENSORE

Margit FALK EBNER

*/ow/ih/ic/awr*