

N. 01558/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00938/2014 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 938 del 2014, proposto da:

Fantino Costruzioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare Loria e Luigi Cesaro, con domicilio eletto presso l'avv. Simona Dell'Oglio in Torino, corso Re Umberto 27;

contro

Comune di Cherasco, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Dal Piaz, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via S. Agostino, 12;

nei confronti di

Franco Barberis s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Barosio, Serena Dentico, Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso il primo in Torino, corso Galileo Ferraris, 120;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore della Franco Barberis s.p.a., comunicato all'impresa ricorrente in data 27 giugno 2014;
- della determinazione del Responsabile del Servizio LL.PP. n. 307 del 26 giugno 2014, nonché della determinazione del Segretario comunale n. 161 del 10 aprile 2014;
- dei verbali di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, compreso l'eventuale contratto di appalto nel frattempo stipulato, con espressa richiesta di subentro nel contratto qualora nelle more stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cherasco e di Franco Barberis s.p.a.;

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 settembre 2014 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e verificata l'integrità del contraddittorio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 18 febbraio 2014, il Comune di Cherasco ha indetto

una procedura aperta per l'appalto dei lavori di restauro del "Palazzo Salmatoris" e di riqualificazione delle aree limitrofe e dei percorsi di accesso, di importo complessivo a base di gara pari ad euro 2.706.754,47 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I lavori della commissione giudicatrice si sono protratti per dieci sedute, dal 14 aprile al 16 giugno 2014. Sono state ammesse diciotto concorrenti. All'esito dell'apertura delle offerte economiche, prima in graduatoria ed aggiudicataria è risultata la Franco Barberis s.p.a., con il punteggio complessivo di 0,964 p. (di cui 0,792 p. riferiti all'offerta tecnica).

La ricorrente Fantino Costruzioni s.p.a., seconda classificata con il punteggio complessivo di 0,928 p. (di cui 0,794 p. riferiti all'offerta tecnica), impugna l'aggiudicazione definitiva deducendo motivi così riassumibili:

- 1) violazione del bando di gara e degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006: l'aggiudicataria sarebbe stata illegittimamente ammessa, nonostante l'incompletezza delle dichiarazioni sostitutive sui requisiti morali degli amministratori e dei direttori tecnici (in particolare, sarebbe stato omesso ogni riferimento all'arch. Franco Barberis, direttore tecnico in possesso della laurea in architettura, il cui nominativo compare nell'attestazione SOA prodotta dalla società per la categoria prevalente OG2);
- 2) violazione dell'art. 76 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del

bando di gara, violazione della par condicio ed eccesso di potere per difetto di motivazione, irragionevolezza ed illogicità: l'offerta tecnica dell'aggiudicataria conterrebbe una variante progettuale sostanziale (e cioè la previsione di un nuovo impianto di riscaldamento e condizionamento a pompe di calore con scambio d'aria, in luogo del sistema a sonde geotermiche previsto nel progetto esecutivo approvato dalla stazione appaltante), che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione;

3) violazione degli artt. 87-ss. del d.lgs. n. 163 del 2006: l'aggiudicataria avrebbe reso giustificazioni parziali ed insufficienti, in sede di verifica dell'anomalia del ribasso offerto.

La ricorrente chiede inoltre il risarcimento in forma specifica nella forma del subentro nel contratto d'appalto, ove stipulato nelle more della definizione del giudizio, e in subordine la condanna del Comune al risarcimento del danno per equivalente.

Si è costituito il Comune di Cherasco, chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

La controinteressata Franco Barberis s.p.a. si è costituita, replicando nel merito alle censure di parte ricorrente e notificando altresì ricorso incidentale, volto ad ottenere l'annullamento del bando di gara ove interpretato nel senso di imporre, a pena d'esclusione, che la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 debba comprendere anche l'indicazione nominativa degli amministratori e dei direttori tecnici e che debba essere resa individualmente da tutti

costoro.

Le parti hanno depositato memorie in vista della camera di consiglio del 18 settembre 2014, nella quale la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. E' infondato il primo motivo, con il quale la ricorrente lamenta la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, in quanto la società aggiudicataria avrebbe omesso, in fase di dichiarazione sostitutiva allegata alla domanda di ammissione, ogni riferimento al direttore tecnico arch. Franco Barberis.

E' sufficiente richiamare il principio recentemente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in ordine a controversia analoga, secondo cui "la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici", con la conseguenza che una dichiarazione sostitutiva riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma "è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio" (così Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014 n. 16).

Nella specie, peraltro, è provato che:

- il legale rappresentante della Franco Barberis s.p.a. ha ritualmente compilato e sottoscritto il modulo n. 1) allegato al disciplinare di gara, attestando tra l'altro che "l'impresa non si trova in nessuna delle condizioni di esclusione dalle procedure di affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi previste dall'art. 38 del d.lgs. 163/2006" (doc. 4 della difesa del Comune);
- l'arch. Franco Barberis ha prodotto, seppur tardivamente, la propria dichiarazione sostitutiva circa l'assenza di precedenti penali e di altre cause ostative all'ammissione (doc. 6 della difesa della controinteressata).

In definitiva, il paragrafo 16 del bando di gara (che obbligava i concorrenti a presentare, in sede di offerta, la dichiarazione sostitutiva per ciascun amministratore e direttore tecnico in carica) non può che essere interpretato in conformità ai principi sopra richiamati, nel senso di non consentire l'automatica esclusione dell'impresa che abbia genericamente attestato l'assenza nei propri confronti (id est: anche nei confronti dei propri organi) delle condizioni elencate dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, dovendo viceversa assegnarsi rilevanza al dato sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti morali soggettivi da parte dei concorrenti.

Il primo motivo è perciò respinto.

2. E' conseguentemente improcedibile, per difetto d'interesse, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Franco Barberis

s.p.a. avverso il bando di gara, che va invece interpretato nel senso di non consentire la sua esclusione.

3. Con il secondo ordine di censure, la Fantino Costruzioni s.p.a. afferma che la commissione giudicatrice avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria, poiché la sua offerta tecnica sarebbe inficiata da una vera e propria variante progettuale sostanziale: si tratta, in sintesi, della previsione di un impianto di riscaldamento e condizionamento a pompe di calore con scambio d'aria, in luogo dell'impianto a sonde geotermiche nel sottosuolo che era espressamente contemplato nel progetto esecutivo predisposto dalla stazione appaltante ed allegato al bando di gara.

Il ricorso, per tale profilo, merita accoglimento.

Come è noto, la possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è oggi generalizzata ai sensi dell'art. 76 del Codice dei contratti pubblici, per qualsivoglia tipologia di appalto. E' l'amministrazione che deve indicare nella lex specialis di gara se le varianti siano ammesse e, in caso affermativo, deve identificarne i requisiti minimi ed i limiti oggettivi.

Si è così affermato che, indipendentemente dalla espressa previsione di varianti progettuali nel bando, è insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia già dettagliato, le imprese concorrenti possano proporre variazioni migliorative, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex

specialis di gara, onde non ledere la par condicio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2011 n. 1925; Id., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743).

La stessa giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri di ammissibilità delle varianti in sede di offerta:

a) si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché “non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dall'amministrazione”;

b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze dell'amministrazione sottese alla prescrizione variata;

c) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito tipico di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò premesso, il Collegio osserva che nella fattispecie controversa il Comune aveva posto a base di gara un progetto esecutivo ed aveva, in tal modo, preventivamente individuato ogni dettaglio dell'intervento di restauro del “Palazzo Salmatoris”. Per ciò solo, è evidente che la verifica di ammissibilità delle varianti progettuali avrebbe dovuto attenersi ad un rigore ben maggiore di quello normalmente richiesto negli appalti integrati di progettazione ed

esecuzione ovvero, più in generale, nella selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto qui interessa, il paragrafo 17.5 del bando di gara stabiliva: “Le proposte dovranno apportare modifiche qualitativamente apprezzabili rispetto al progetto posto a base di gara senza tuttavia stravolgerne l'identità. Il progetto esecutivo, dunque, non è suscettibile di modificazioni strutturali che alterino le principali e fondamentali scelte progettuali. Saranno pertanto escluse le offerte che prevedono una modifica sostanziale del progetto tale da snaturare, a giudizio insindacabile della commissione, il progetto posto a base di gara”.

Ai fini dell'assegnazione del sub-punteggio massimo di 55 p., il paragrafo 9.2 del bando prevedeva, nell'ambito del parametro valutativo A.2 – “Miglioramento delle caratteristiche prestazionali, energetiche, acustiche ed impiantistiche rispetto al progetto”, la possibilità per i concorrenti di introdurre soluzioni tecniche e progettuali migliorative in materia di “sostenibilità ambientale e riduzione dei costi energetici e di manutenzione, miglioramento dell'isolamento termoacustico dell'edificio”.

Orbene, il progetto esecutivo a base di gara prevedeva la sostituzione del vetusto sistema di riscaldamento esistente (alimentato da una centrale termica a gasolio) con un nuovo impianto di riscaldamento e raffreddamento ad energia geotermica, su sonde verticalmente infisse nel terreno ad una notevole profondità e collegate ad un generatore

principale costituito da una pompa di calore di tipo geotermico, al servizio di terminali di scambio operanti a temperature di progetto differenziate (ventilconvettori, pannelli radianti, batterie di scambio termico ad acqua).

L'aggiudicataria Franco Barberis s.p.a. ha invece previsto, nella propria offerta tecnica, la realizzazione di un sistema a pompe di calore aria / acqua a recupero entalpico ed a recupero da aria atmosferica, basato sull'unico generatore di calore rappresentato da una pompa di calore di tipo aerotermico scambiante con l'aria esterna.

Nelle sedute di gara del 13 maggio e del 4 giugno 2014, la commissione ha valutato favorevolmente la variante, in considerazione degli evidenti benefici sulla conduzione del cantiere e sui costi di manutenzione dell'impianto, senza tuttavia preoccuparsi di giustificare la coerenza della diversa soluzione impiantistica con l'opposta scelta effettuata dal Comune di in fase di progettazione esecutiva.

Sulla base di dati di comune esperienza (che inducono il Collegio ad escludere la necessità di apposita istruttoria tecnica), un sistema a pompa di calore che scambia l'aria con l'esterno dell'edificio è radicalmente differente ed alternativo rispetto ad un sistema a sonde geotermiche che trae energia dal sottosuolo. Le differenze tra le due soluzioni progettuali sono evidenti e riguardano non soltanto i tempi di lavorazione e gli oneri economici immediati (di realizzazione) e

differiti (di manutenzione), ma anche i risultati prestazionali ed i consumi energetici, nonché l'impatto architettonico ed acustico dell'impianto.

Dal punto di vista economico, è pacifico (ed ammesso dalle parti – cfr. pag. 8 della memoria difensiva comunale) che la variante progettuale dell'aggiudicataria determini un risparmio notevole sui costi di esecuzione dei lavori, pari a circa 120.000 euro sul corrispettivo a base d'asta di euro 2.706.754,47.

A tanto va aggiunto il risparmio economico collegato alla durata inferiore dei lavori.

La stessa difesa comunale ammette lealmente che il risparmio sulle opere impiantistiche ha consentito alla società aggiudicataria di introdurre ulteriori migliorie progettuali nella propria offerta (riguardanti, ad esempio, la coibentazione di molti locali, la sostituzione dei serramenti, le strutture espositivi interne, gli arredi urbani esterni, la fornitura di un sistema domotico di gestione remota degli impianti tecnologici).

Inoltre, è assai probabile che il risparmio preventivato in relazione all'impianto di riscaldamento abbia consentito all'aggiudicataria di offrire un maggior ribasso sul prezzo a base d'asta (23,50%) rispetto a quello dell'odierna ricorrente (18,27%) e di molte delle concorrenti ammesse (si veda la tabella completa allegata alla determinazione di aggiudicazione definitiva del 26 giugno 2014 – doc. 2 di parte ricorrente).

Così delineata nei suoi aspetti tecnici essenziali e nelle sue implicazioni economiche, la variante proposta dalla Franco Barberis s.p.a. doveva essere giudicata inammissibile, ad avviso del Collegio, per violazione della prescrizione del bando di gara secondo la quale il progetto esecutivo “non è suscettibile di modificazioni strutturali che alterino le principali e fondamentali scelte progettuali”.

Nell’ambito del restauro del “Palazzo Salmatoris”, l’integrale rifacimento dell’impianto di riscaldamento e di condizionamento assumeva un’importanza tecnico-strutturale ed economica innegabile e facilmente percepibile da parte del seggio di gara. L’indicazione formulata dalla stazione appaltante in sede di progettazione esecutiva non poteva essere stravolta, ma al più era suscettibile di variazioni marginali che rispettassero la scelta progettuale di fondo, quella di realizzare un impianto ad energia geotermica su sonde verticalmente infisse nel sottosuolo.

La mancata esclusione dell’aggiudicataria, per difformità sostanziale della sua offerta con il progetto esecutivo a base di gara, ha comportato un’immediata lesione della par condicio, alterando l’esito finale della procedura competitiva per i motivi che si sono esposti.

Ne discende la fondatezza della censura e l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva, che va annullato.

4. Resta assorbito il terzo ed ultimo motivo, attinente alla verifica di anomalia, dal cui eventuale accoglimento non verrebbe alcuna maggiore utilità alla società ricorrente.

5. Non può essere accolta la domanda di accertamento del diritto di subentro nell'affidamento dell'appalto. All'esclusione della prima classificata Franco Barberis s.p.a., infatti, segue l'obbligo della stazione appaltante di riattribuire i punteggi a tutte le imprese concorrenti, in applicazione della formula aritmetica prevista dal paragrafo 9.7 del bando di gara (metodo aggregativo-compensatore).

6. Per la stessa ragione, e tenuto conto che non vi è stata la stipula del contratto d'appalto e la consegna dei lavori, non v'è luogo per pronunciare sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente.

7. Le spese processuali possono essere integralmente compensate, avuto riguardo alla natura delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione definitiva in favore della Franco Barberis s.p.a., salvi gli ulteriori provvedimenti della stazione appaltante.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 18 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2014

IL SEGRETARIO

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