



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 512 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ruggieri Giovanna, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.P. con TECO e con Studio Tecnico Associato di Ingegneria e Architettura, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Pancera, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, Via Santa Tecla, 5

contro

il Comune di Limbiate, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Marta Longoni, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR

nei confronti di

Piola Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Catalano, con

domicilio eletto presso lo studio associato Cavallaro e Nocerino in Milano, Via A. De Togni, 28

per l'annullamento

della determinazione n. S03/10 dell'11 gennaio 2011, comunicata in data 27 gennaio 2011, con cui il Comune di Limbiate ha disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio di "Progettazione definitiva nuovo edificio scolastico elementare Anna Frank e ampliamento scuola materna Madre Teresa di Calcutta";

della comunicazione di aggiudicazione provvisoria inviata a mezzo posta elettronica il 10 gennaio 2011;

dei verbali di gara n. 1, 2, 3, 4, 5 e 6;

della determinazione/comunicazione del 2 febbraio 2011, con cui il Comune di Limbiate ha respinto la richiesta di autotutela contestuale al preavviso di ricorso inoltrato il 26 gennaio 2011;

di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale e del bando di gara e del disciplinare di gara, ove non definiscono una articolazione dei punteggi - qualità idonei a giustificare la valutazione dei progetti;

per la declaratoria di inefficacia e caducazione del contratto eventualmente stipulato con aggiudicazione dell'appalto a favore del costituendo R.T.P. Arch. Giovanna Ruggieri (mandataria capogruppo) con TECO e Studio Tecnico Associato di Ingegneria e Architettura, Arch. Giovanni Maggioni, Arch. Davide Sprefico, Arch. Luca Nuzzo (mandanti) e subentro nella stipula del contratto;

dei criteri con cui la commissione ha scelto di selezionare il progetto analogo da utilizzare per il confronto a coppie, delle modalità di

utilizzazione dei detti criteri, delle schede di valutazione e della relazione prodotta (atti impugnati con motivi aggiunti);

nonché per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente nella denegata ipotesi in cui non venisse dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato o venisse dichiarata l'inefficacia temporalmente limitata e per l'applicazione delle sanzioni alternative ex art. 123 c.p.a.

infine, in via subordinata, per l'annullamento della procedura di gara e condanna al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Limbiate e di Piola Engineering S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto il dispositivo n. 1214/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2011, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Limbiate ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva relativa alla realizzazione di una nuova scuola elementare e all'ampliamento di una

scuola materna da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa su base d'asta di € 137.151,63.

La ricorrente ha partecipato alla gara classificandosi seconda dopo Piola Engeneering s.r.l. e ritenendo illegittima l'aggiudicazione, sia per la mancata rispondenza del progetto della controinteressata ai requisiti minimi economici fissati dalla *lex specialis* sia per vizi prevalentemente afferenti alla valutazione comparativa dei progetti e ai criteri di valutazione seguiti dalla commissione, l'ha impugnata unitamente agli ulteriori atti in epigrafe, chiedendone l'annullamento con conseguente aggiudicazione in proprio favore o, in subordine, con condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Il Comune intimato e la controinteressata si sono costituiti in giudizio contestando le avverse censure e chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 478 del 10 marzo 2011 è stata disposta istruttoria mediante acquisizione di documentazione da parte del Comune che, una volta depositata, è stata fatta oggetto di ricorso per motivi aggiunti.

Hanno ulteriormente resistito le altre parti e, previo deposito di memorie conclusive e repliche, all'udienza pubblica del 4 maggio 2011 la causa è stata discussa ed è passata in decisione.

2. Per inquadrare correttamente la vicenda per cui è causa va fatta chiarezza sulle parti salienti, e rilevanti ai fini del decidere, della disciplina di gara racchiusa nel bando e nel disciplinare, a sua volta composto di due parti.

Il bando di gara prevede al punto III.2.3, integrato dal punto 2.3 del

disciplinare di gara, quale requisito di capacità tecnica, l'aver svolto servizi tecnici di cui all'art. 50 del D.P.R. n. 554 del 1999, nei limiti indicati dalla tabella ivi inclusa, nei migliori 5 anni tra gli ultimi 10 antecedenti alla data del bando, per lavori appartenenti a ciascuna delle classi e categorie di cui al punto VI.3, lettera o) del bando, per un importo di lavori, per ciascuna classe e categoria, non inferiore a tre volte l'importo dei lavori per i quali devono essere svolti i servizi da affidare.

Il punto VI.3 lettera o) del bando, nell'indicare gli importi necessari per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica, precisa che i lavori per i quali devono essere svolti i servizi sono di importo complessivo di € 3.200.000,00 suddivisi per i singoli lavori come segue: a) progettazione definitiva opere edili – classe Ib – importo opere € 1.750.000,00, b) progettazione definitiva opere strutturali – classe Ig – importo opere € 600.000,00, c) progettazione definitiva impianto elettrico - classe IIIc – importo opere € 400.000,00, d) progettazione definitiva impianto idrico – sanitario – classe IIIa – importo opere € 150.000,00, e) (indicata ancora come lettera d) progettazione definitiva impianto meccanico – termico – classe IIIb – importo opere € 300.000,00, f) (indicata come lettera e) opere conglomerate.

A fianco di ciascuna delle suddette voci sono riportati gli importi stimati dei servizi da affidare: a) € 57.374,22 per la progettazione di opere edili, b) € 15.877,73 per la progettazione di opere strutturali, c) € 18.789,26 per la progettazione dell'impianto elettrico, d) € 4.830,26

per la progettazione dell'impianto idrico-sanitario, e) € 8.646,02 per la progettazione dell'impianto meccanico-termico, f) € 31.634,14 per spese conglobate.

Il bando prevede poi, al punto IV.2.1. che l'aggiudicazione debba avvenire selezionando l'offerta economicamente più vantaggiosa indicando tra i criteri qualitativi al n. 1 la "professionalità desunta da almeno un progetto analogo".

Detta previsione è integrata dal punto 3.1.1 del disciplinare ove, in merito a tale criterio, si precisa: "gli interventi illustrati devono essere relativi a lavori della classe e categoria che qualifica il lavoro per il quale devono essere affidati i servizi di cui alla presente gara, in quanto di maggiore importo tra le classi indicate al punto VI.3, lettera o) del bando di gara, fermo restando che la valutazione tenderà a privilegiare gli interventi che contengano anche lavori svolti nel decennio antecedente la pubblicazione del bando".

Infine, nella parte seconda del disciplinare, ove è descritta la procedura di aggiudicazione, dopo aver precisato che la valutazione delle offerte tecniche debba avvenire con il sistema del confronto a coppie, al punto 3.1.b.1. è indicato come criterio di preferenza nella valutazione del parametro "professionalità desunta da un progetto analogo": "il maggior valore ambientale e paesistico delle opere progettate, la maggior completezza e il miglior livello di definizione progettuale, il più elevato grado di complessità delle opere progettate, anche in relazione alla presenza più significativa di elementi analoghi a quelli dell'intervento oggetto della gara".

3. Le censure della ricorrente, racchiuse in 5 motivi, sono accorpabili e sintetizzabili come segue:

I) il “progetto analogo” presentato da Piola Engeneering s.r.l. non sarebbe idoneo in quanto di importo complessivo di € 980.000,00, ossia al di sotto dei parametri monetari indicati al punto VI.3 lettera o) del bando, ciò in quanto l’espressione “di maggiore importo”, contenuta nel punto 3.1.1 del disciplinare sarebbe da interpretare nel senso che il progetto analogo debba non solo riguardare le opere edili (classe e categoria Ib), ma anche essere relativo ad opere di importo superiore a € 1.750.000,00;

II) l’attribuzione del punteggio al parametro “professionalità desunta da almeno un progetto analogo” sarebbe irragionevole ed abnorme dal momento che alla controinteressata, che ha presentato un solo progetto, è stato attribuito il punteggio massimo (20 punti), mentre alla ricorrente, che ha presentato 19 progetti, di cui 5 comprendenti sia la scuola materna che la elementare, sono stati attribuiti punti 11,05 sulla base di motivazioni non ricavabili dagli atti della commissione e in mancanza di criteri ponderali da utilizzare nell’attribuzione dei punteggi.

Non essendovi in atti elementi sufficienti per risalire alle valutazioni operate dalla commissione, è stata disposta l’acquisizione istruttoria di copia delle schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi compilate da ciascun componente della commissione, nonché le relative schede riepilogative riguardanti i progetti della ricorrente e dell’aggiudicataria sottoposti a valutazione, oltre a una dettagliata

relazione in cui sia indicato quale dei progetti proposti dalla ricorrente sia stato esaminato dalla commissione ai fini della valutazione del requisito di professionalità e per quale ragione esso sia stato scelto escludendo gli altri.

Il Comune ha prodotto i documenti richiesti.

In particolare nella relazione, redatta dalla commissione di gara appositamente convocata, sulla premessa che i concorrenti (in numero di 36 di cui 3 esclusi) hanno presentato “un’estrema diversificazione tipologica e progettuale degli interventi proposti”, si afferma che la commissione ha dovuto scegliere, tra i vari progetti presentati da ciascun concorrente, quello da sottoporre a valutazione nel confronto a coppie.

La commissione elenca le ragioni per le quali ha escluso gli altri progetti della ricorrente, affermando di aver selezionato il progetto relativo al “polo scolastico materna ed elementare San Lazzaro di Savena – Bologna” che sarebbe risultato analogo sulla base dei 7 criteri (ivi elencati) che la commissione afferma di aver desunto dalle caratteristiche del Documento Preliminare alla Progettazione e del progetto preliminare predisposto dall’Ufficio Tecnico comunale che, ai sensi del punto 3 lett. f) del disciplinare (pag.28), fanno parte della documentazione di gara.

Tali documenti sono stati impugnati con motivi aggiunti con cui la ricorrente, in estrema sintesi, ha dedotto l’assoluta arbitrarietà con la quale, in assenza di parametri e di indicazioni da parte della *lex specialis*, la commissione abbia scelto un progetto da sottoporre a

confronto.

Il Comune ha eccepito la tardività dei motivi aggiunti.

4. Preliminarmente il Collegio deve respingere l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti, atteso che la relazione depositata dal Comune in ottemperanza all'ordinanza istruttoria costituisce un *quid novum*, ossia un documento creato espressamente in risposta al quesito posto dal Collegio, che, pertanto, non sarebbe stato acquisibile dalla ricorrente, proprio perché inesistente.

4.1. Passando all'esame del merito, la censura relativa all'asserita non conformità del progetto della controinteressata ai requisiti minimi di cui al disciplinare non è fondata.

Dalla lettura della disciplina di gara, il cui testo in verità non brilla né per chiarezza né per semplicità, si ricava che la fissazione degli importi dei lavori in relazione ai quali è stata eseguita la progettazione è finalizzata alla dimostrazione del requisito di capacità tecnica, che è aspetto e fase della gara diverso dalla presentazione dell'offerta tecnica che, a tenore della *lex specialis*, deve essere valutata secondo alcuni parametri tra cui la professionalità desunta da almeno un progetto analogo.

Laddove, invero, al punto 3.1.1. della prima parte, il disciplinare di gara stabilisce che “gli interventi illustrati devono essere relativi a lavori della classe e categoria che qualifica il lavoro per il quale devono essere affidati i servizi di cui alla presente gara, in quanto di maggiore importo tra le classi indicate al punto VI.3, lettera o) del bando di gara, fermo restando che la valutazione tenderà a privilegiare

gli interventi che contengano anche lavori svolti nel decennio antecedente la pubblicazione del bando”, nella sostanza richiede che vengano presentati progetti di opere edili; queste ultime sono, infatti, la classe e categoria che qualificano il lavoro in quanto di maggiore importo tra le classi indicate al punto VI.3, lettera o) del bando di gara, piuttosto che di impianti termici o sanitari, tuttavia precisando che la valutazione della professionalità verrà effettuata sul complesso dei progetti eseguiti nel decennio anteriore, ivi compresi, dunque, quelli afferenti alle ulteriori classi e categorie.

In questa parte il richiamo all’importo maggiore è dunque utilizzato solo al fine di individuare la classe e categoria qualificante, ma non a fissare un requisito minimo della progettazione da presentare per la valutazione di professionalità.

In altri termini la ricorrente erroneamente sovrappone la clausola che definisce il requisito di capacità tecnica a quella che fissa i parametri per la valutazione dell’offerta: si tratta di operazione errata con cui vengono sovrapposte entità non sovrapponibili poiché non omogenee.

4.2. A diversa conclusione deve giungersi in ordine alla censura riguardante la scelta del progetto da utilizzare nel confronto a coppie che, invece, è fondata.

Osserva il Collegio che, dall’attenta lettura del compendio di atti costituenti la *lex specialis* si ricava, con ragionevole certezza, che il parametro “professionalità desunta da almeno un progetto analogo” di cui al punto IV.2.1.1 del bando postulava che, al fine di fornire

elementi per la valutazione della professionalità, ciascun concorrente dovesse presentare *almeno un progetto* analogo, tale essendo il requisito minimo.

L'espressione "almeno un progetto analogo" reca in se il precipitato che le *chance* di vedere valorizzata la propria professionalità sarebbero aumentate, per il concorrente, in misura direttamente proporzionale al numero di progetti analoghi presentati: tale interpretazione è coerente, del resto, con il concetto di professionalità che esprime un giudizio di valore che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, poggia anche su dati statistici quali l'esperienza acquisita, i risultati positivi conseguiti, l'affidabilità riconosciuta.

Nè, d'altra parte, in alcun punto della legge di gara si rinviene la volontà della stazione appaltante di circoscrivere ad un solo progetto la valutazione di detto parametro: in tal caso, invero, il bando avrebbe dovuto lasciare al concorrente la scelta dell'unico progetto analogo da sottoporre a giudizio.

Né, infine, è previsto in alcuna parte della disciplina di gara che debba essere la commissione ad effettuare la scelta tant'è che non ne sono indicati i criteri: prova ne sia il fatto che la commissione di gara, a tal fine espressamente riconvocata, ha dovuto esporre i criteri adottati soltanto perché tale esplicitazione è stata richiesta dal Collegio, non essendovi traccia nei verbali delle sedute di una determinazione in tal senso assunta in corso di gara.

In definitiva, la decisione della commissione di "scegliere" uno soltanto dei 19 progetti presentati dalla ricorrente per la valutazione

del parametro di professionalità - nonostante ne fossero stati prodotti altri, ugualmente riguardanti scuole elementari e materne nonché nuove costruzioni, ampliamenti e ristrutturazioni - anziché desumere quest'ultimo dall'intera produzione progettuale come prescritto dalla *lex specialis*, si rivela del tutto arbitraria, immotivata e frutto di un evidente sviamento di potere.

Così operando la commissione ha, invero, introdotto criteri di valutazione dell'offerta non previsti dalla disciplina di gara.

L'art. 83 comma 4, del codice dei contratti pubblici nello stabilire che il bando di gara, per ciascun criterio di valutazione prescelto, può prevedere, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni a tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare consapevolmente un'offerta sulla base di elementi che, conosciuti per tempo, possono orientare le loro decisioni nella presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2011, n. 1749; id., sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7256).

In altri termini, se è vero che il numero di progetti presentati non è, di per sé solo, sicuro indice di professionalità potendo, in astratto, trattarsi di progetti ad esempio non di grande pregio o non facilmente realizzabili, non è vera la proposizione inversa, ossia che un numero più elevato di progetti (da apprezzarsi in ogni caso e con adeguata e puntuale motivazione per la loro qualità) non possa aumentare la

piattaforma di professionalità valutabile del concorrente.

La conferma definitiva che questo fosse l'intento perseguito dalla stazione appaltante nel predisporre la *lex specialis* si ricava dalla lettura del punto 3.1.1. della parte prima del disciplinare di gara dove, in relazione al parametro professionalità, si precisa: “gli interventi illustrati devono essere relativi a lavori della classe e categoria che qualifica il lavoro per il quale devono essere affidati i servizi di cui alla presente gara, in quanto di maggiore importo tra le classi indicate al punto VI.3, lettera o) del bando di gara, fermo restando che la valutazione tenderà a privilegiare gli interventi che contengano anche lavori svolti nel decennio antecedente la pubblicazione del bando”.

La precisazione che “la valutazione tenderà a privilegiare gli interventi che contengano anche lavori svolti nel decennio antecedente la pubblicazione del bando” postula che l'attenzione alla professionalità si apra a raggiera, nel caso in cui il concorrente ne presenti, su più progetti, aventi ad oggetto sia opere edili che strutturali o di impianti, spalmati nel decennio anteriore la pubblicazione del bando, dovendosi escludere in radice che l'intento fosse quello di circoscrivere ad un solo progetto l'ambito da cui ricavare la maggiore o minore professionalità anche nel caso in cui il concorrente ne avesse presentati di più.

Nel caso di specie, mentre la ricorrente ha presentato 19 progetti, l'aggiudicatario ne ha presentato solo uno, contestato dalla ricorrente anche sotto lo stretto profilo della sua analogia a quello da realizzare, che prevede la progettazione definitiva di un nuovo edificio scolastico

elementare da denominarsi “Anna Frank” e dell’ampliamento dell’esistente scuola materna “Madre Teresa di Calcutta”: anche questa censura appare, invero, fondata, posto che il progetto presentato dal controinteressato ha ad oggetto esclusivamente l’ampliamento di una scuola elementare e non anche la costruzione di una nuova scuola elementare.

Per quanto precede, assorbite le ulteriori censure, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell’aggiudicazione e degli atti di gara a far tempo e limitatamente alle operazioni di valutazione del parametro “professionalità desunta da almeno un progetto analogo”; operazioni che la commissione dovrà ripetere attenendosi al dettato della *lex specialis*, come innanzi chiarito, e delle quali dovrà dare congrua ed adeguata motivazione, anche tenendo conto degli ulteriori parametri, secondo le indicazioni fornite dal Collegio in puntuale applicazione dell’art. 34, 1° comma lett. C del codice del processo amministrativo.

5. Le spese, liquidate in € 4.000,00 (quattromila) oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 12,50% nonché di oneri previdenziali e fiscali per legge e rimborso del contributo unificato, secondo la soccombenza, vanno poste a carico del Comune di Limbiate e della Piola Engeneering s.r.l. in solido tra di loro, che dovranno rifonderle al 50% ciascuna in favore della ricorrente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei termini e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese a carico come da motivazione.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2011

IL SEGRETARIO

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