



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8398 del 2012, proposto da:

C.E.S.I. - Cooperativa Edil Strade Imolese - Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Valeria Mancinelli, con domicilio eletto presso Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n.18;

contro

Regione Marche, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Michele Romano e Laura Simoncini, con domicilio eletto presso Michele Romano in Roma, via Domenico Morichini n. 41;
Agenzia Regionale Sanitaria, n.c.;

nei confronti di

G.D.M. Costruzioni S.p.A., in proprio e quale mandataria di ATI con il Gruppo PSC S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Nico Moravia e Manuel Rubino, con domicilio eletto presso Nico Moravia in Roma, via Bocca di Leone n. 78,

appellante incidentale;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Cooperativa Muratori e Cementisti CMC di Ravenna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per le Marche, Sezione I, n. 684 del 26 ottobre 2012, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara per la costruzione di un nuovo complesso ospedaliero per l'area metropolitana a sud di Ancona, nel Comune di Camerano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche;

Vista la costituzione in giudizio e l'appello incidentale di GDM Costruzioni S.p.A, in proprio e quale mandataria di ATI con il Gruppo PSC S.p.A.;

Visto l'intervento in giudizio della Cooperativa Muratori e Cementisti CMC di Ravenna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2013 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Mancinelli, Marino, su delega di Scozzafava, Romano, Clarizia e Moravia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società C.E.S.I. - Cooperativa Edil Strade Imolese - Società Cooperativa, di seguito CESI, collocatasi al secondo posto (con il punteggio di 58,263/100) nella procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Regione Marche per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo complesso ospedaliero di Camerano (importo a base di gara, al netto di IVA, € 64.307.893,84), ha impugnato davanti al T.A.R. per le Marche il provvedimento, n. 87/ESO del 13 giugno 2012, con il quale la gara è stata aggiudicata all'ATI. con mandataria G.D.M. Costruzioni S.p.A., di seguito GDM, che si era classificata al primo posto della graduatoria con complessivi punti 69,375/100.

2.- Il T.A.R. per le Marche, con sentenza della Sezione I, n. 684 del 26 ottobre 2012, ha respinto il ricorso.

3.- La società CESI ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

In particolare, CESI ha sostenuto che l'offerta dell'aggiudicataria doveva ritenersi, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., peggiorativa rispetto al progetto esecutivo posto a base di gara, eccedente i limiti di variazione prescritti dal Disciplinare di gara (e dai principi generali in materia) ed incompleta, con la conseguenza che la stessa doveva essere esclusa dalla gara. Infatti, il Disciplinare di gara, al punto 9.2, indicava gli elementi sui quali doveva articolarsi l'offerta tecnica ed identificava il perimetro entro il quale la stessa poteva variare il progetto esecutivo posto a base di gara e, nella fattispecie, l'offerta della GDM risultava peggiorativa per le variazioni riguardanti il rischio sismico e, comunque, incompleta perché mancante di una progettazione a livello esecutivo idonea rispetto alle variazioni apportate.

La società CESI ha poi anche contestato (con altro motivo) la correttezza del punteggio assegnato dalla Commissione giudicatrice all'offerta tecnica dell'aggiudicataria GDM, specie se confrontato con il punteggio a lei assegnato.

3.1.- All'appello si oppongono la Regione Marche e la società GDM che ne hanno chiesto il rigetto perché inammissibile e comunque infondato. GDM ha anche proposto appello incidentale, deducendo che il T.A.R. erroneamente non aveva esaminato il suo ricorso incidentale e che, comunque, CESI doveva essere esclusa dalla gara per plurime violazioni della lex specialis.

4.- Nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, questa Sezione, avendo *«considerato che nella realizzazione di nuove strutture ospedaliere assume particolare rilevanza l'uso di tecniche di protezione sismica; tenuto conto (fra l'altro) che gli ospedali devono essere in grado di funzionare anche dopo che si sia verificato un evento sismico; ritenuto che le tecniche di protezione sismica devono garantire non solo la possibile integrità della struttura (e dei pazienti in essa presenti) ma anche delle attrezzature sanitarie in essa allocate; rilevato che la ditta risultata aggiudicataria ha previsto la sostituzione degli isolatori sismici, inizialmente richiesti dalla stazione appaltante, con un diverso sistema di protezione a struttura incastrata; rilevato che il progetto dell'aggiudicataria è stato ritenuto dalla stazione appaltante idoneo ai fini di protezione sismica e migliorativo rispetto al previsto utilizzo di isolatori sismici; visto che l'appellante, con perizia in atti, ha sostenuto che (viceversa) il sistema proposto dall'aggiudicataria non può ritenersi migliorativo ai fini della protezione da eventi sismici»*, ha ritenuto opportuno, in relazione alla rilevanza della questione, disporre apposita consulenza tecnica d'ufficio, ai sensi dell'art. 67 del c.p.a.

In particolare, questa Sezione ha ritenuto che il consulente tecnico, esaminato il progetto presentato dalla ditta aggiudicataria e visti gli atti presentati dalle parti, doveva rispondere al quesito: *«se il progetto in questione possa ritenersi “migliorativo” ai fini di protezione sismica di un ospedale, rispetto all’utilizzo degli isolatori sismici previsti dalla stazione appaltante».*

Dell’incombente è stato incaricato il Preside della Facoltà di Ingegneria civile e industriale dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, con facoltà di designare altro docente della Facoltà esperto nella materia.

Avendo poi rilevato che, pur essendo stato già firmato fra le parti il contratto (in data 27 novembre), le opere non erano state ancora avviate, la Sezione ha ritenuto opportuno che le stesse non fossero *«avviate fino alla definizione nel merito del presente appello»*, ed ha disposto la trattazione del merito del ricorso all’udienza pubblica del 21 giugno 2013.

5.- Il Rettore dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, con nota in data 11 gennaio 2013 (prot. 15/2013 VII/4), ha incaricato dell’attività richiesta il prof. ing. Maurizio De Angelis, del Dipartimento di Ingegneria Strutturale e Geotecnica della Facoltà di Ingegneria Civile e Industriale dell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, di seguito CTU.

6.- E’ intervenuta in giudizio, con atto depositato l’11 gennaio 2013, la Cooperativa Muratori e Cementisti CMC di Ravenna sostenendo di aver partecipato alla gara in questione, di avere impugnato l’esito della gara con altro ricorso pendente davanti al T.A.R. per le Marche e di avere interesse alle risultanze della disposta Consulenza tecnica d’ufficio avendo interesse a far constatare (anche nel giudizio proposto) che il progetto presentato da GDM era inammissibile perché modificativo in senso difforme e peggiorativo, sotto il profilo della protezione da eventi sismici, del

progetto posto a base di gara.

7.- Il CTU ha svolto la sua attività in contraddittorio con i Consulenti di parte e, dopo aver chiesto una breve proroga dei termini concessi, ha depositato la sua relazione il 17 luglio 2013.

8.- Prima di esaminare i contenuti della Consulenza tecnica d'ufficio e valutarne le conseguenze, ai fini della decisione del ricorso, si deve preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata da GDM e sostenuta in memoria anche dalla Regione Marche.

Secondo GDM, infatti, l'appello deve essere dichiarato inammissibile perché la società CESI non ha sollevato alcuna puntuale contestazione nei confronti della sentenza appellata, essendosi limitata a riproporre in appello i motivi del ricorso di primo grado, in violazione del dovere di specificità dei motivi di appello.

8.1.- L'eccezione non è fondata.

I motivi dell'appello sono stati, infatti, chiaramente indicati dalla società CESI e si evince, dalle ragioni esposte, che lo stesso risulta proposto nei confronti della sentenza del T.A.R. per le Marche che non ha adeguatamente considerato le ragioni (già sollevate in primo grado) che rendevano illegittima la determinazione della Regione Marche riguardante l'aggiudicazione della gara in questione.

Non sussistono, quindi, i lamentati profili di inammissibilità dell'appello risultando del tutto evidente l'oggetto dell'impugnazione e le ragioni di non condivisione della appellata sentenza.

9.- Sempre preliminarmente, si ritiene di dover esaminare l'appello incidentale escludente proposto da GDM.

9.1.- Secondo GDM la società CESI doveva essere esclusa dalla gara

innanzitutto per la violazione del punto 9.3 del Disciplinare di gara, e degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché dell'art. 26 del d. lgs. n. 81 del 2008, per aver omesso di indicare separatamente, in sede di formulazione dell'offerta economica, i costi della sicurezza, come individuati nel quadro tecnico economico predisposto dalla stazione appaltante. In particolare, la società GDM ha sostenuto che CESI ha formulato la sua offerta economica indicando solo il prezzo complessivo di € 52.800.000,00, senza distinguere l'importo dei lavori ribassati dai costi relativi alla sicurezza e, comunque, senza indicare i costi per la sicurezza aziendale gravanti sull'impresa.

9.2.- La censura, nei suoi due profili, non è fondata.

La stazione appaltante aveva, infatti, chiaramente predeterminato gli oneri per la sicurezza (nel quadro tecnico economico e nel Disciplinare, al punto 9.3), quantificandoli in € 1.538.675,88 (oneri per sicurezza inclusa) e in € 853.862,50 (oneri per sicurezza aggiuntiva), per un totale fisso e non soggetto a ribasso di € 2.392.538,38.

Non risulta poi che il Disciplinare di gara prevedesse, per le partecipanti alla gara, l'indicazione di ulteriori oneri (aziendali) per la sicurezza.

In conseguenza, l'offerta economica presentata da CESI doveva ritenersi comprensiva anche della suddetta somma complessiva per gli oneri per la sicurezza, predeterminati dalla stazione appaltante in misura fissa e non soggetta a ribasso.

Correttamente quindi la Commissione giudicatrice (verbale n. 10 del 7 giugno 2012) ha ritenuto che l'offerta di CESI fosse comprensiva dei costi per la sicurezza e l'ha ammessa alla gara.

Del resto, come sostenuto da CESI, anche le altre partecipanti alla gara

non hanno indicato ulteriori oneri (aziendali) per la sicurezza ma si sono limitate a riportare nella loro offerta l'importo indicato dalla stazione appaltante.

9.3.- Né si può ritenere che la Commissione, ammettendo l'offerta di CESI, abbia così violato il principio della immodificabilità delle offerte economiche. Infatti, come si è detto, l'importo complessivo offerto da CESI doveva necessariamente includere anche gli oneri per la sicurezza, predeterminati dall'Amministrazione in misura fissa e non modificabile, con la conseguenza che la Commissione giudicatrice non ha operato alcuna alterazione dell'offerta presentata.

10.- La società GDM, con il suo appello incidentale, ha poi sostenuto che la società CESI doveva essere esclusa dalla gara anche per la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, per non aver prodotto ed allegato, nel rendere la dichiarazione sull'assenza di condanne ostantive dei tre soggetti che rivestono cariche societarie sensibili, le fotocopie dei rispettivi documenti di identità, ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000. Infatti, ha aggiunto la società GDM, CESI aveva presentato la dichiarazione a firma del procuratore speciale sig. Roberto Zandonella Necca che attestava il possesso dei requisiti di partecipazione dei signori Baroncini Rino, Presidente del Consiglio di Amministrazione, Fiorillo Michele Angelo, Direttore Tecnico, Galanti Vanes, procuratore speciale, sulla base di dichiarazione presentata dagli stessi attestante l'esistenza delle condanne subite e l'intervenuta riabilitazione o estinzione delle stesse. Ma tale autocertificazione non era accompagnata, come richiesto dall'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000, dalla copia dei rispettivi documenti di identità. La censura non è fondata. Risulta, infatti, dagli atti depositati dalla Regione

Marche che CESI ha presentato la dichiarazione riguardante i suddetti nominativi con i relativi documenti di identità.

11.- La società GDM, con un ulteriore motivo del suo appello incidentale, ha poi sostenuto che l'offerta della società CESI doveva essere esclusa perché, in violazione dell'art. 9.3 del Disciplinare di gara, aveva omissso l'indicazione, nell'offerta economica, del soggetto firmatario ed aveva omissso l'allegazione all'offerta di una fotocopia del documento di identità del firmatario.

Anche tale motivo non è fondato.

Come risulta sempre dagli atti, l'offerta economica di CESI è stata, infatti, sottoscritta dall'ing. Roberto Zandonella Necca e sull'offerta risulta apposto anche il timbro riportante la sua qualifica di Direttore Commerciale dell'azienda. All'offerta risulta poi allegato il relativo documento di identità.

12.- Anche l'ulteriore eccezione riguardante la tardività dei motivi aggiunti proposti in primo grado da CESI risulta infondata in fatto (ed è anche sostanzialmente irrilevante).

13.- E' quindi possibile ora passare ad esaminare, nel merito, l'appello proposto dalla società CESI, anche alla luce del contenuto della Consulenza tecnica d'ufficio disposta da questa Sezione.

14.- Con il primo e centrale motivo di appello la società CESI ha sostenuto che l'offerta di GDM doveva essere esclusa dalla gara perché peggiorativa, per le variazioni riguardanti il rischio sismico, e comunque perché era incompleta in quanto mancante di una progettazione a livello esecutivo idonea rispetto alle variazioni apportate. Il tutto in violazione e falsa applicazione del punto 9.2 e del punto 11.2, sub 4 e 5, del

Disciplinare di gara, nonché dell'art. 76 del d. lgs. n. 163 del 2006 (e dei generali principi di diritto in materia).

14.1.- Al riguardo, il collegio rileva che il Disciplinare di gara, al punto 9.2 (da pag. 18 a pag. 21) indica gli elementi su cui si doveva articolare l'offerta tecnica ed identifica il "perimetro" entro il quale essa poteva "variare" il progetto esecutivo posto a base di gara (approvato con precedente decreto della stessa Amministrazione in data 10 novembre 2011).

Per quello che qui interessa, il predetto punto 9.2 prescrive che nell'offerta tecnica, e quindi nella proposta contrattuale di ogni offerente, potevano/dovevano essere contenute "varianti" relative a: "proposte di miglioramento della sicurezza strutturale riferite alla protezione sismica dell'edificio, in termini di rapporto capacita/domanda, determinato agli stati limite previsti dal D.M. 14 gennaio 2008: *«stato limite di esercizio; stato limite di salvaguardia della vita; stato limite del collasso»*.

14.2.- Il medesimo Disciplinare, dopo aver delimitato le materie su cui potevano intervenire le offerte in variante migliorativa, con gli ultimi due capoversi del predetto punto 9.2 (a pag. 21) detta i limiti delle variazioni ammesse ed afferma che «il progetto esecutivo non è suscettibile di variazioni che ne alterino in modo essenziale la sostanzialità», aggiungendo che sono ammesse solo le varianti "migliorative", cioè quelle che apportino modifiche qualitativamente apprezzabili al progetto posto a base di gara, senza tuttavia stravolgerne l'identità, tali intendendosi esclusivamente le integrazioni esecutive, oltre agli accorgimenti tecnici incidenti sulla funzionalità e sulla durata dell'opera.

14.3.- Il Disciplinare di gara consentiva, quindi, la possibile presentazione di varianti al progetto esecutivo posto a base di gara, ma prevedeva precisi

limiti entro i quali le varianti potevano essere proposte stabilendo l'esclusione dalla gara delle offerte con modifiche tali da snaturare tale progetto.

In particolare, il Disciplinare, al punto 11.2, prevedeva l'esclusione dalla gara delle offerte redatte in modo difforme da quanto stabilito nello stesso disciplinare e delle offerte che sostituiscono, modificano o integrano in senso difforme o in senso peggiorativo le condizioni stabilite nello stesso disciplinare o negli altri atti posti a base della procedura.

15.- La società GDM aveva, dunque, presentato un'offerta nella quale aveva individuato proposte tecnico funzionali ritenute migliorative, finalizzate ad aumentare il punteggio calcolato con il metodo previsto nel protocollo ITACA. In particolare, aveva proposto un miglioramento della sicurezza strutturale affidando la protezione sismica *«ai setti e alle pareti esistenti considerate incastrate a livello del piano di fondazione eliminando di fatto gli isolatori sismici»* previsti dal progetto esecutivo.

15.1.- La Commissione giudicatrice ha ritenuto effettivamente, nel suo complesso, migliorativa la proposta presentata da GDM e l'ha quindi ammessa alla procedura, assegnandole un punteggio che ha poi consentito alla stessa GDM di risultare aggiudicataria.

16.- Poiché le valutazioni compiute dalla Commissione giudicatrice hanno trovato il loro presupposto in profili di natura squisitamente tecnica, questa Sezione ha ritenuto di dover acquisire sul punto le valutazioni di un esperto del settore.

17.- Come si è già ricordato all'incombente ha provveduto il prof. ing. Maurizio De Angelis, del Dipartimento di Ingegneria Strutturale e Geotecnica della Facoltà di Ingegneria Civile e Industriale dell'Università

degli Studi di Roma “La Sapienza”, che ha depositato la sua relazione il 17 luglio 2013.

18.- Il CTU, nella premessa della sua relazione, ha chiarito (a pag. 1) che, sin dalla prima riunione con i rappresentanti delle parti, *«si è convenuto che il confronto per valutare se il progetto proposto da GDM si possa ritenere migliorativo rispetto a quello posto a base di gara dalla stazione appaltante, deve essere limitato agli aspetti inerenti alla sola protezione sismica dell'ospedale»*, risultando ciò coerente con l'incarico a lui affidato da questa Sezione.

18.1.- Il CTU ha, poi, spiegato (sempre nella premessa della sua relazione) di aver diviso la stessa in cinque paragrafi: il primo riguardante le specificità delle strutture ospedaliere; il secondo riguardante la comparazione fra le strutture isolate alla base e quelle convenzionali a base fissa; il terzo nel quale sono state confrontati il progetto posto a base di gara ed il progetto presentato da GDM; il quarto con una analisi comparativa della prestazione sismica della struttura isolata e di quella a base fissa, con l'analisi delle grandezze di risposta ritenute di maggior interesse; il quinto con le conclusioni raggiunte.

18.2.- Nel primo paragrafo, il CTU ha evidenziato (a pag. 2) l'elevata complessità che, in generale, caratterizza gli ospedali, sia dal punto di vista delle strutture sia di quello impiantistico e funzionale, e rende tali strutture *«particolarmente vulnerabili alle azioni sismiche, mentre l'elevata esposizione dovuta all'affollamento, alla presenza di pazienti non autonomi, ai contenuti tecnologici, ne rende molto alto il rischio sismico»*.

Dopo aver ricordato che gli obiettivi prestazionali di un ospedale, dal punto di vista della tutela sismica, non sono uguali a quelli degli edifici per civili abitazioni, perché dipendono non solo dagli elementi strutturali e

non strutturali architettonici ma anche dagli impianti e dal contenuto, il CTU ha, quindi, ricordato che *«l'importanza di tutti gli elementi non strutturali e la necessità di mitigarne il rischio sismico sono testimoniate anche dalle recenti "Linee guida per la riduzione della vulnerabilità di elementi non strutturali" elaborate dal Dipartimento della Protezione Civile.»*

18.3.- Nel secondo paragrafo il CTU ha fatto una comparazione fra le strutture isolate alla base e quelle convenzionali a base fissa.

Il CTU ha ricordato che tra le tecniche di controllo passivo delle vibrazioni, *«l'isolamento sismico della base è, nella progettazione delle nuove costruzioni, quella più comunemente usata»*. Tale tecnica innovativa si utilizza, in generale, *«per conseguire migliori prestazioni delle costruzioni soggette alle azioni sismiche orizzontali rispetto alle costruzioni convenzionali a base fissa»*.

Per realizzare l'isolamento sismico viene, infatti, creata *«una discontinuità nella struttura, in modo tale da permettere grandi spostamenti relativi orizzontali tra la parte superiore (sovrastuttura) e quella inferiore (sottostruttura) della costruzione. Il collegamento tra la sottostruttura e la sovrastuttura è realizzato mediante speciali dispositivi di appoggio, detti isolatori, caratterizzati da bassa rigidità orizzontale rispetto a quella verticale»*.

Il CTU ha, quindi, ricordato che, nella Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 617 del 2 febbraio 2009, sono riportati i vantaggi dell'isolamento *«riconducibili non solo nel drastico abbattimento delle accelerazioni agenti sulle masse strutturali, ma anche all'assenza di oscillazioni brusche nella sovrastuttura per effetto dell'alto periodo proprio di vibrazione»*, con notevoli benefici per la protezione dei contenuti.

18.4.- Il CTU ha, quindi, concluso (sul punto) affermando (a pag. 6) che *«le norme vigenti ammettono che le nuove costruzioni antisismiche possano essere progettate*

con la base sia fissa (costruzione o struttura di tipo convenzionale) sia isolata (costruzione o struttura isolata di tipo innovativa), ma riconoscono i vantaggi di queste ultime, soprattutto nel caso di costruzioni di classe d'uso III e IV (quindi anche gli ospedali, leggi p.to 2.4.2 delle NTC/2008), perché in grado di fornire, per quanto detto prima, una maggiore protezione/prestazione sismica dell'intera costruzione».

18.5.- Nel terzo paragrafo il CTU ha descritto sinteticamente il progetto posto a base di gara e lo ha confrontato con il progetto (risultato aggiudicatario) presentato dalla società GDM.

In particolare, il progetto posto a base di gara prevede la realizzazione di un edificio di circa 120 x 130 metri in pianta, di sette livelli in elevazione, per un'altezza di circa 29 metri.

Il progetto «a base di gara prevede che siano utilizzati isolatori sismici di tipo “fiction pendulum” posti tra i pilastri e la soletta del primo livello, e che l'edificio sia completamente svincolato dalle altre strutture adiacenti presenti. Il progetto presentato da GDM in fase di gara consiste, invece, nella eliminazione degli isolatori sismici e nel prolungamento, fino all'estradosso delle fondazioni, di tutte le strutture che spiccano dalla soletta del piano terra. GDM propone, quindi, di sostituire la struttura di tipo innovativo isolata alla base richiesta dal progetto a base di gara con una struttura convenzionale a base fissa» (pag. 7).

18.6.- Nel quarto (e più complesso) paragrafo il CTU ha descritto l'analisi comparativa compiuta per valutare se il progetto proposto da GDM si possa ritenere migliorativo rispetto a quello posto a base di gara.

Dopo aver ribadito (a pag. 7) che la stazione appaltante aveva voluto una struttura isolata per *«limitare le accelerazioni assolute e, conseguentemente, ottenere basse sollecitazioni nella sovrastruttura e nella sottostruttura, a fronte di spostamenti relativi elevati, ma concentrati per la maggior parte al livello degli isolatori»*, in modo

che *«l'intera struttura rimanga in campo elastico e non subisca danneggiamenti nelle sue parti strutturali e non strutturali»*, e dopo aver ricordato che l'ospedale è una struttura strategica ai fini della protezione civile, tenuto conto che *«l'operatività in fase postsismica ... deve essere assicurata, ovviamente, dagli elementi strutturali, ma anche dagli elementi non strutturali architettonici, dagli impianti e dal contenuto necessario al suo funzionamento (attrezzature e apparecchiature anche ad alto contenuto tecnologico)»*, il CTU ha ritenuto che *«le grandezze che permettono il confronto prestazionale tra la struttura isolata e quella a base fissa, tenendo conto degli elementi strutturali e di quelli non strutturali, sono: gli spostamenti d'interpiano, le accelerazioni assolute e le sollecitazioni di taglio»* (pag. 8).

In base a tali elementi, il CTU ha esaminato preliminarmente il progetto presentato da GDM in fase di gara.

Per quanto riguarda gli spostamenti d'interpiano quelli ottenuti con la struttura a base fissa (proposta da GDM) sono *«contenuti e nettamente inferiori ai limiti normativi»*. In particolare, *«rispettano ampiamente i limiti previsti dalle NTC/2008, ma non sono confrontati con quelli della struttura isolata posta a base di gara»* (pag. 8). Il CTU non ha ritenuto migliorativo, ai fini in parola, il dichiarato vantaggio di non dover utilizzare particolari giunzioni per le tubazioni degli impianti.

18.7.- Il CTU, dopo aver fornito (alle pagg. 9 e 10) alcune ulteriori considerazioni sul progetto presentato da GDM (anche in relazione alle problematiche riscontrate dalla stessa GDM nel progetto esecutivo posto a base di gara), ha quindi (nel paragrafo 4.2.) dato conto delle analisi comparative effettuate per misurare la prestazione sismica della struttura ad isolanti (SI) e della struttura a base fissa (SBF).

Le analisi sismiche, effettuate su modelli lineari semplificati, hanno

mostrato (pagina 11 della relazione) che:

«i valori degli spostamenti d'interpiano d'interesse sono paragonabili e molto inferiori ai limiti imposti dalle norme; i valori indicano pure che quelli ottenuti con la SBF sono superiori rispetto a quelli ottenuti con la SI;

le accelerazioni assolute di piano ottenute con la SBF sono nettamente superiori a quelle ottenute con la SI;

gli spettri di piano delle accelerazioni assolute ottenuti con la SBF sono notevolmente maggiori rispetto a quelli ottenuti con la SI;

anche la sollecitazione di taglio nella SBF, essendo strettamente legata alle accelerazioni assolute, è nettamente superiore a quella della SI».

18.8.- Dopo aver ricordato che, in relazione al modello semplificato utilizzato per la struttura a base fissa, erano state sollevate alcune obiezioni dal Consulente di parte della GDM e che erano state effettuate, quindi, alcune analisi sulla base anche di un modello completo della struttura a base fissa, il CTU ha osservato che comunque in nessun documento presentato dal Consulente di parte della GDM *«è presente un confronto che dimostri che la struttura a base fissa risulti migliore rispetto a quella isolata posta a base di gara, né utilizzando modelli semplificati né utilizzando quelli completi».*

18.9.- In conclusione, il CTU ha ritenuto (pag.12) che *«il progetto presentato da GDM non possa ritenersi, in alcuno degli aspetti esaminati, migliorativo ai fini della protezione sismica dell'ospedale, rispetto all'utilizzo degli isolatori previsti dalla stazione appaltante».*

19.- A seguito del deposito della consulenza tecnica, ed in relazione alle conclusioni raggiunte dal CTU, le parti hanno depositata memorie e la società GDM ha anche depositato un parere "pro veritate" redatto, nell'ottobre del 2013, dal prof. Ing. Remo Calzona dell'Università di Roma

“La Sapienza”.

19.1.- In tale parere il prof. Calzona ha evidenziato che, anche ai fini della sicurezza sismica, occorre dare rilievo alla “durabilità” delle opere, mentre con gli isolatori *«si privilegia una struttura con vita di servizio di 10 anni (vita utile degli isolatori) in luogo di una con vita di servizio di 100 anni»*. Il prof. Calzona ha poi anche aggiunto che, *«da un punto di vista tecnico scientifico e legislativo le due soluzioni, nel momento che rispettano le prescrizioni delle Norme Tecniche stabilite dal legislatore, hanno gli stessi livelli di sicurezza e le stesse prestazioni»*, con la conseguenza che la valutazione *«tra le due soluzioni, nell'interesse pubblico, deve essere effettuato sul confronto economico»* che, nella fattispecie, porta a preferire il progetto del raggruppamento GDM che comporta per l'Amministrazione *«un risparmio di 20.271.000,00 euro sull'importo previsto per la realizzazione dell'opera posta a base di gara»*.

Inoltre è prevedibile che gli isolatori debbano essere sostituiti ogni 10 anni, con un'operazione sofisticata, impegnativa e molto costosa che si può giustificare in aree del mondo (come in California) caratterizzate da grande frequenza sismica.

Il prof. Calzona ha quindi sostenuto che il progetto approvato per la realizzazione dell'Ospedale di Camerano, sotto l'emozione per il terremoto dell'Aquila, in una zona di modesta intensità sismica, *«porta inevitabilmente ad una struttura ridondante»*, con un incremento di costo di circa il 30% della sola parte strutturale».

19.2.- In conclusione, il prof. Calzona, dopo aver criticato, anche dal punto di vista tecnico, le conclusioni raggiunte dal CTU, ha sostenuto che il progetto dell'aggiudicataria GDM *«è sicuramente migliorativo anzi assolutamente necessario per la protezione sismica dell'edificio in quanto la tecnologia degli isolatori*

sismici proposti... per essere efficace per i terremoti futuri» deve prevedere «*la manutenzione e la sostituzione degli isolatori almeno ogni 10 anni*», con una prevedibile spesa di almeno 10 milioni di euro ogni 10 anni e con la necessaria sospensione dell'attività dell'ospedale nel periodo di sostituzione degli isolatori.

20.- Tutto ciò premesso, si deve osservare che la Consulenza tecnica d'ufficio, è stata eseguita in modo esaustivo e con precisione dal CTU incaricato.

21.- Dalla relazione conclusiva del CTU, redatta utilizzando termini sufficientemente chiari anche per i non addetti al settore, si evince con certezza che il progetto presentato da GDM, pur essendo stato redatto nell'assoluto rispetto dei limiti normativi esistenti in materia (di cui al D.M. 14.1.2008), non può «*ritenersi, in alcuno degli aspetti esaminati, migliorativo ai fini della protezione sismica dell'ospedale, rispetto all'utilizzo degli isolatori previsti dalla stazione appaltante*».

22.- In conseguenza, questa Sezione ritiene che la variante, ritenuta migliorativa, proposta da GDM non poteva essere ammessa perché, come sostenuto dall'appellante, risultava in violazione del paragrafo 9.2, lettera a.2) del disciplinare di gara, laddove ammette la possibile presentazione di varianti incidenti sulla sicurezza strutturale solo se migliorative.

23.- Il progetto proposto da GDM (con struttura a base fissa) non solo non è risultato migliorativo, sotto il profilo della sicurezza sismica, del progetto esecutivo posto a base di gara, pur essendo redatto nel rispetto delle disposizioni antisismiche vigenti, ma deve ritenersi anche diverso, in modo sostanziale, dal progetto posto a base di gara.

24.- La protezione sismica con il sistema degli isolatori, prevista dal

progetto esecutivo approvato dall'Amministrazione e posto a base di gara, proprio per la sua rilevante incidenza nella fase di progettazione e realizzazione, nonchè per la rilevante differenza dei costi di realizzazione, costituiva un elemento centrale e caratterizzante del progetto. La sua sostituzione con un diverso sistema di protezione sismica ha finito quindi, come affermato dall'appellante, con lo snaturare la stessa identità del progetto esecutivo posto a base di gara.

25.- In proposito, non si può quindi convenire con la tesi della Regione secondo la quale, nella fattispecie, il progetto di GDM, risultato aggiudicatario, non alterava in maniera rilevante le caratteristiche minime dell'opera sotto il profilo strutturale, prestazionale e funzionale.

E non può quindi condividersi l'interpretazione che è stata data alla risposta data in corso di gara al quesito n. 13, secondo cui le varianti vietate erano quelle che implicavano variazioni all'architettura e alla distribuzione interna ed esterna del complesso ospedaliero, nonché la modifica delle funzionalità minime, intese in senso qualitativo, della risposta sismica e dell'efficienza energetica dell'edificio.

Infatti, non solo non potevano essere apportate variazioni all'architettura ed alla distribuzione interna ed esterna del complesso ospedaliero (come affermato dalla Regione), ma non poteva essere ammessa, perché incidente sulla sostanza del progetto esecutivo posto a base di gara, anche una variante, come quella proposta da GDM, che ha comportato una rilevante modifica, sotto il profilo strutturale (e dei costi) del progetto e che, nel caso di sisma, può risultare rilevante anche per i profili prestazionali e funzionali del nuovo complesso ospedaliero.

26.- Né si può giungere a conclusione diversa sulla base delle osservazioni

critiche alla consulenza tecnica d'ufficio che sono state formulate da GDM (anche con la ricordata perizia di parte) e dalla Regione Marche.

Infatti, tali critiche si incentrano, per lo più, su aspetti che non riguardano direttamente la sicurezza antisismica (secondo il CTU assicurata in grado maggiore da strutture ad isolatori elastici), ma la sua sostenibilità economica, anche in relazione alla necessaria manutenzione periodica.

Tali aspetti, anche se certamente rilevanti (tenendo conto degli elementi chiaramente evidenziati dal prof. Calzona), non possono però incidere sullo svolgimento della procedura in esame nella quale l'Amministrazione ha posto a base di gara un progetto esecutivo nel quale erano previsti gli isolatori sismici (con i costi relativi), ed aveva previsto solo possibili migliorie antisismiche del progetto stesso, che nella fattispecie, come si è visto, non possono ritenersi assicurate dal sistema proposto da GDM.

27.- Sulla base delle scelte che sono state effettuate preliminarmente dall'Amministrazione (con l'approvazione del progetto esecutivo) e sulla base delle regole di gara, le partecipanti alla gara dovevano indicare quindi i costi per la realizzazione di quel progetto (già) esecutivo, da realizzare con quelle caratteristiche, ammettendosi per il profilo della sicurezza sismica solo possibili migliorie ma non anche il radicale mutamento del progetto con costi evidentemente molto diversi.

28.- L'Amministrazione avrebbe potuto, in effetti, anche scegliere un diverso progetto, ma ciò avrebbe dovuto fare prima di bandire la gara per l'esecuzione di un progetto esecutivo già approvato. E una diversa scelta potrebbe eventualmente ancora fare se ritenesse, all'esito della complessa vicenda che si è descritta, procedere a nuove valutazioni in autotutela.

Ma una volta bandita la gara, l'Amministrazione non può effettuare, nel

corso della stessa, pena una chiara alterazione del principio della par condicio fra i partecipanti alla procedura, valutazioni che comportino in sostanza la realizzazione di un progetto che risulta sostanzialmente diverso da quello posto a base di gara, anche se realizzabile a costi certamente molto più contenuti nell'immediato e con oneri prevedibilmente minori negli anni successivi.

29.- Se quindi l'Amministrazione ha ritenuto di bandire la gara per la realizzazione di un ospedale con una determinata struttura antisismica, consentendo una variante solo nel caso di miglioramento antisismico di tale progetto, non può poi aggiudicare la realizzazione dell'opera a chi ha proposto un progetto che è sostanzialmente diverso e che non è migliorativo sotto il profilo della sicurezza sismica (anche se migliorativo per i costi da sostenere ed anche se tale progetto è stato predisposto nel rispetto delle vigenti disposizioni antisismiche).

30.- Non può poi avere alcun rilievo, ai fini della decisione, l'ulteriore circostanza, pure evidenziata nella citata perizia della GDM, secondo cui molti dei giunti sismici utilizzati negli edifici che sono stati realizzati a l'Aquila, per la ricostruzione dopo il terremoto, sono risultati, a pochi anni dal sisma, inadatti tanto da dover essere sostituiti con spese ingenti.

Tale vicenda, all'esame anche della magistratura penale, non riguarda però la qualità (in astratto) degli isolatori sismici, pacificamente utilizzati in zone del mondo ad alta intensità sismica, come sistema di protezione degli edifici, ma la concreta realizzazione di immobili nelle quali sono state utilizzate strutture evidentemente di qualità inadeguata.

31.- Sulla base delle esposte considerazioni, l'appello deve essere accolto e, in integrale riforma dell'appellata sentenza del T.A.R. per le Marche n. 684

del 26 ottobre 2012, deve essere accolto il ricorso di primo grado proposto dalla CESI, con il conseguente annullamento della deliberazione di aggiudicazione della gara in favore di GDM e degli atti ad essa presupposti oggetto di impugnazione.

32.- Deve essere conseguentemente dichiarata l'inefficacia, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., del contratto già firmato fra le parti in data 27 novembre 2012, tenuto anche conto che, come risulta dagli atti, le opere non erano state ancora avviate quando questa Sezione, con ordinanza cautelare n. 4888 del 14 dicembre 2012, ne ha sospeso l'efficacia.

33.- Deve essere invece respinta la richiesta di reintegrazione in forma specifica avanzata da CESI dovendo l'Amministrazione, all'esito del ricorso, provvedere al parziale rinnovo degli atti della procedura.

34.- Peraltro l'Amministrazione, come si è già accennato, qualora ritenesse di non poter più sostenere i costi per la realizzazione dell'ospedale, come previsto dal progetto (e soprattutto i costi per la sua manutenzione nel corso degli anni), potrebbe anche agire in autotutela, per ragioni di pubblico interesse, ed anche procedere eventualmente ad una modifica del progetto, facendo salvi, in ogni caso, gli interessi di coloro che, come l'appellante, hanno legittimamente partecipato alla gara in questione.

35.- Deve essere poi respinta la richiesta di risarcimento dei danni avanzata da CESI per i maggiori costi che la società dovrà subire per effetto di un'aggiudicazione e di un effettivo inizio dei lavori tardivi e con diverse condizioni di mercato (e quindi per la tardiva aggiudicazione dell'appalto), trattandosi di una richiesta generica e formulata sulla base di danni solo affermati.

36.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in

dispositivo.

37. Le spese per l'attività svolta dal CTU sono poste a carico della soccombente Regione Marche e saranno liquidate con separata ordinanza dopo l'avvenuta presentazione di idonea documentazione giustificativa di spesa da parte dello stesso CTU.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in integrale riforma dell'appellata sentenza del T.A.R. per le Marche, Sezione I, n. 684 del 26 ottobre 2012, accoglie il ricorso di primo grado proposto da C.E.S.I. - Cooperativa Edil Strade Imolese - Società Cooperativa, con il conseguente annullamento della impugnata deliberazione di aggiudicazione definitiva della gara e degli atti ad essa presupposti oggetto di impugnazione.

Dichiara l'inefficacia, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., del contratto già firmato fra le parti in data 27 novembre 2012.

Respinge la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dall'appellante C.E.S.I. - Cooperativa Edil Strade Imolese - Società Cooperativa.

Condanna la Regione Marche al pagamento, in favore dell'appellante C.E.S.I. - Cooperativa Edil Strade Imolese - Società Cooperativa di € 7.000, 00 (settemila) per le spese e competenze del doppio grado di giudizio.

Condanna la Regione Marche al pagamento delle spese della Consulenza Tecnica d'Ufficio che saranno liquidate, con separata ordinanza, dopo l'avvenuta presentazione di idonea documentazione giustificativa di spesa da parte del Consulente Tecnico.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2014

IL SEGRETARIO

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