

N. 02082/2012REG.PROV.COLL.

N. 11761/2000 REG.RIC.



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 11761 del 2000, proposto da:

Aice Consulting S.r.l. quale mandataria della A.T.I. con professionisti associati arch. Ghigò e ing. Pia M. ed ing. Massimo Dringoli (mandanti), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, 7;

contro

Azienda Ospedaliera Pisana, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Valter Calvieri, Giuseppe Volpe, con domicilio eletto presso Eugenio Mete in Roma, via Famagosta, 2;
Studio Valle Progettazione , mandataria di A.T.I. con R.P.A. spa, rappresentato e difeso dall'avv. Alarico Mariani Marini, con domicilio eletto presso Goffredo Gobbi in Roma, via Maria Cristina 8;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n. 00772/2000, resa tra le parti, concernente GRADUATORIA CONCORSO PROGETTAZIONE COMPLESSO PRESIDIO OSPEDALIERO CISANELLO (PI) approvata con determinazione direttore generale Azienda Ospedaliera 5 luglio 1999 n. 1238.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Pisana e dello Studio Valle Progettazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2011 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Mattioli su delega di D'Amelio e Volpe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando 5 novembre 1998 l' Azienda Ospedaliera Pisana ha indetto una gara per l'affidamento (con il metodo della licitazione privata) della progettazione esecutiva architettonica e degli impianti per la realizzazione di un nuovo complesso nel Presidio Ospedaliero di Cisanello per un prezzo base di Lire 1.031.000.000; nel bando si precisava che l' Azienda aveva già provveduto a redigere il progetto preliminare messo a disposizione dei partecipanti alla gara e sulla cui scorta doveva essere sviluppato il progetto esecutivo architettonico.

Alla gara sono stati presentati tre progetti ed è risultata aggiudicataria l' A.T.I., di cui Studio Valle Progettazione (Roma) è capogruppo (con R.P.A. s.p.a. mandante), con punti 94,74, mentre al secondo e terzo posto si sono classificate A.T.I., di cui AICE Consulting s.r.l. è mandataria, con punto 71,13, e A.T.I., di cui Politecnica Società Italiana d'Ingegneria è mandataria, con punti 68,40.

Avverso la graduatoria e la delibera 5 luglio 1999 dell' Azienda Ospedaliera Pisana, che aggiudicava la gara, e gli altri atti connessi l' AICE Consulting (quale mandataria della A.T.I. con altri professionisti) ha proposto ricorso innanzi al TAR Toscana (notificato il 12 ottobre 1999), deducendo, principalmente, la non conformità del progetto presentato dallo studio aggiudicatario rispetto alle distribuzioni spaziali interne e, comunque, alle scelte progettuali indicate nel progetto e nella relativa relazione, posti a base della lettera d'invito.

Effettuato l'accesso agli atti della gara l' AICE ha proposto anche motivi aggiunti (notificati il 6 dicembre 1999) deducendo vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore dei presupposti e disparità di trattamento: a suo dire il progetto dello Studio Valle, da un lato, avrebbe sotto più profili introdotto soluzioni diverse da quelle indicate dal progetto preliminare e, dall'altro, proprio per tali caratteristiche avrebbe avuto migliori punteggi qualitativi nonostante il mancato rispetto di alcune prescrizioni della normativa tecnica vigente in Toscana per la realizzazione delle strutture sanitarie accreditate con il Servizio Sanitario Regionale.

Con sentenza 27 aprile 2000 n. 772 il TAR Toscana, Sez. Seconda, dichiarato in parte irricevibile per tardività l'atto di motivi aggiunti limitatamente ai mezzi di impugnazione numero 4-5-7-9 e 10, nel merito ha respinto l'atto introduttivo ed i residui (tempestivi) mezzi dei motivi aggiunti perché infondati, condannando la ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidate in lire 2.000.000 a favore di ciascuno delle controparti (Azienda Ospedaliera e Studio Valle).

1.1 La sentenza TAR è stata appellata da Aice Consulting, che, dopo aver controdedotto in ordine alla tardività dei motivi aggiunti, ha chiesto che nel merito siano accolte le censure proposte con i medesimi con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione dello Studio Valle e degli atti connessi.

Si è costituito in giudizio lo Studio Valle aggiudicatario chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita anche la stazione appaltante, che ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità dell'appello per carenza d'interesse all'annullamento dell'aggiudicazione in quanto, nelle more del giudizio, il complesso ospedaliero del cui progetto si controverte è stato completamente realizzato ed è entrato in funzione dal dicembre 2010, come si rileva dalla nota dell'Azienda Ospedaliera Pisana Dipartimento Area Tecnica, 12 settembre 2011 n. 52410, depositata in appello; inoltre, sempre preliminarmente, la stazione appaltante ha insistito sia sulla parziale tardività dei motivi aggiunti, già dichiarata dalla sentenza TAR, sia sull'eccezione di inammissibilità complessiva dell'atto introduttivo e degli altri motivi aggiunti (sotto più profili già sollevata in primo grado, ma respinta con la sentenza appellata) ; poi nel merito ha controdedotto ai motivi di appello, chiedendone il rigetto.

Con successiva memoria difensiva l'appellante ha replicato alle avverse eccezioni preliminari, insistendo per la riforma della sentenza TAR.

Infine sia l'appellante che la stazione appaltante hanno depositato memoria di replica, confermando ciascuna le proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2011, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. In diritto la controversia concerne l'affidamento, con una gara a licitazione privata, della progettazione esecutiva architettonica e degli impianti per la realizzazione di un nuovo complesso nel Presidio Ospedaliero di Cisanello (PI), sulla base di un progetto preliminare allegato alla lettera d'invito; la gara è stata aggiudicata allo Studio Valle Progettazione, prima classificata (con un ribasso del 94,20% sull'importo di lire 1.031.000.000, a base di gara) mentre al secondo posto si è classificata l'appellante (con un ribasso del 93%).

2.1 Preliminarmente l'Azienda Ospedaliera Pisana, rappresentando che la struttura sanitaria era stata realizzata ed era già in funzione dal dicembre 2010, ha eccepito l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza d'interesse: secondo la stazione appaltante, infatti, nel caso di specie si applicherebbe la norma transitoria del c.p.a. art. 2, alleg. 3, che dispone "per i termini in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti"; da ciò la conseguenza che andrebbero applicati gli artt. 33 e 35, commi 1 e 5, D. lgs n. 80/1998, che devolvono al giudice amministrativo la controversia sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi, fermi restando gli effetti della prescrizione del credito; in questo caso, pertanto, il diritto al risarcimento si sarebbe prescritto, essendo decorsi più di 10 anni dalla comunicazione del 19.07.1999 dell'avvenuta aggiudicazione della gara allo Studio Valle.

L'eccezione è infondata.

Nel caso di specie, infatti, la domanda risarcitoria può essere proposta fino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, in quanto si applica l'art. 30, comma 5, c.p.a.; né tanto meno il credito si è estinto per prescrizione, poiché il termine a quo del periodo quinquennale va individuato, non nella data di conoscenza della avvenuta aggiudicazione, ma dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento che fa nascere in capo all'interessato il diritto chiedere il ristoro del pregiudizio derivato dal provvedimento poi annullato.

Invece la disposizione dell'art. 2, all. 3, c. p.a. (concernente i termini in corso alla data di entrata in vigore del codice) riguarda la diversa situazione dei termini processuali e ripropone una tipologia di

disciplina ampiamente collaudata dal legislatore in occasione della introduzione di nuove norme di carattere processuale.

Pertanto, pur in presenza della completa realizzazione dell'opera cui si riferiva il progetto controverso, va riconosciuta in capo all'appellante la persistenza dell'interesse alla decisione nel merito della controversia sulla domanda di annullamento della gara in questione, al fine di consentirle di chiedere il risarcimento del danno, almeno per equivalente, in caso di annullamento della aggiudicazione impugnata.

2.1 Inoltre, sempre in via preliminare, la stazione appaltante ripropone le eccezioni (già respinte dalla sentenza TAR) di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per omessa notifica alla Reg. Toscana ed alla Commissione giudicatrice, nonché quella di tardività del ricorso.

Il Collegio le ritiene non condivisibili, facendo proprie le argomentazioni della sentenza TAR.

Infatti il ricorso, notificato il 12 ottobre 1999, risulta tempestivo rispetto alla data di comunicazione dell'esito della gara, avvenuto con nota dell'azienda Ospedaliera in data 29 luglio 1999.

Quanto, poi, alla pretesa mancata notifica alla Regione Toscana, tale obbligo non sussisteva in capo alla ricorrente poiché la Regione non aveva la qualità né di controinteressata né di amministrazione resistente, essendo tutta la procedura di gara riconducibile soltanto alla Azienda Ospedaliera.

Né tanto meno la ricorrente aveva l'obbligo di notificare il ricorso ed i motivi aggiunti anche alla Commissione giudicatrice, in quanto è noto che la Commissione è un organo tecnico, privo di rilevanza esterna, la cui attività viene trasfusa –previa apposita approvazione – nel provvedimento finale della procedura di gara, e cioè l'aggiudicazione, adottato dalla stazione appaltante.

2.3 Sgombrato il campo dalle questioni preliminari attinenti alla stessa ammissibilità e procedibilità dell'appello, si può passare ad esaminarlo nel merito.

In primo luogo la sentenza di primo grado viene impugnata per aver dichiarato tardivo l'atto di motivi aggiunti (notificato dalla ricorrente AICE in data 6 dicembre 1999) limitatamente alle censure dedotte con i mezzi n. 4-5-7-9 e 10.

Infatti, ad avviso del TAR, i suddetti motivi aggiunti risultavano tardivi, poiché attenevano a profili desumibili dai documenti depositati in giudizio da Studio Valle fin dal 2 novembre 1999 e, quindi, erano stati notificati oltre il termine dimezzato, introdotto dall'art. 19 del D.L. n. 67/1997 conv. nella L. n. 135/1997.

La statuizione di tardività non è condivisibile quanto ai motivi 7 e 9, mentre va confermata per la restante parte.

Infatti con i mezzi di impugnazione n. 7 e n. 9 il ricorrente ha censurato (rispettivamente) la positiva valutazione data dalla Commissione alla soluzione progettuale proposta dallo Studio Valle per il piano seminterrato (motivo 7), nonché l'inosservanza nel progetto in questione di alcune prescrizioni tecniche dettate dalla normativa di settore per le strutture sanitarie da accreditare (motivo 9): al riguardo il Collegio ritiene che tali censure concernano aspetti del progetto e delle operazioni di gara resi noti al ricorrente solo con l'esame della documentazione (tra cui il progetto Valle) acquisita a seguito dell'accesso.

2.4. Diversamente, con riguardo ai mezzi di impugnazione n n . 4 - 5 e 10, il Collegio, condividendo la statuizione della sentenza TAR, ritiene che le censure dedotte riguardavano situazioni già esaustivamente rilevabili dai verbali di gara n n. 1 e 4 e dalla delibera del Dir. Gen. 11 maggio 1999 n. 755, relativa alla nomina della commissione giudicatrice e del responsabile del procedimento (ing. Pugi) , cioè da alcuni degli atti già depositati dall'azienda Ospedaliera in data 2 novembre 1999.

Alla luce di quanto esposto, quindi, accogliendo in parte il primo motivo d'appello, il collegio ritiene tempestivi i motivi aggiunti n n. 7 e 9 (oltre quelli 2-3-6- e 8 sui quali non vi è contestazione), mentre conferma la tardività già dichiarata dalla sentenza TAR per quelli n n. 4-5 e 10.

2.5 Per la restante parte l'appello è fondato nei limiti e per i profili di seguito illustrati.

Poiché, come si è detto, parte consistente delle censure concerne l'asserita difformità sostanziale del progetto esecutivo aggiudicatario dalle indicazioni contenute nel progetto preliminare (con annessa relazione tecnica e 20 tavole) al quale facevano riferimento sia il bando della gara a licitazione privata (vedi oggetto dell'appalto) sia la lettera d'invito (che indicava le modalità di ritiro di tale documentazione da parte dei concorrenti), il primo punto nodale è costituito dalla necessità di stabilire se al suddetto progetto preliminare va riconosciuto carattere di elaborato di massimamente preliminare oppure se si tratta di una progettazione di livello definitivo, se non nel nome, almeno nella sostanza.

Al riguardo la sentenza di primo grado ha affermato (vedi pag. 35) che, poiché il progetto predisposto dalla Azienda Ospedaliera aveva le caratteristiche del progetto preliminare, era suscettibile di essere modificato dai partecipanti "nei limiti dei previsti vincoli di carattere piano volumetrico" e "dell'esigenza (intrinseca ad ogni elaborazione progettuale che si muova sulla base di un progetto preliminare) di non pervenire a stravolgimento dell'ispirazione originativa dell'intervento"; pertanto le modifiche introdotte nel progetto presentato dallo Studio Valle, "lungi dal porsi quali sostanzialmente sottese alla realizzazione di un manufatto diverso da quello progettato dall'Azienda", ad avviso del giudice TAR, hanno sostanzialmente rispettato i vincoli planovolumetrici prefissati.

Tale conclusione non è condivisibile.

In argomento ritiene il Collegio che, pur configurando come preliminare il progetto posto a base della gara, ciò non di meno la *lex specialis* di gara richiedeva che le scelte progettuali di massima fossero rispettate.

Infatti la relazione tecnica annessa al progetto preliminare, sulla cui scorta doveva essere sviluppato il progetto esecutivo, al punto tre prevede un fabbricato al massimo di 4 piani fuori terra, ma soprattutto indica con precisione la collocazione, "lungo una stecca principale" al piano terra, del poliambulatorio, nonché delle strutture di radiologia, neuroradiologia, pronto soccorso, ufficio accettazione, *day-surgery* e medicina d'urgenza; al primo piano, poi, colloca 10 sale operatorie, terapia intensiva post chirurgica, rianimazione funzionale, chirurgia generale, neurochirurgia, ortopedia, chirurgia della mano e diabetologia; al secondo piano colloca medicina generale, neurologia ed altri reparti; al terzo piano prevede studi medici e spogliatoi, nonché studi per libera professione (questi anche al 2° piano).

2.6 Ciò premesso, sul piano logico appare evidente che, ove tali indicazioni fossero da considerarsi puramente orientative, la relazione al progetto preliminare non sarebbe stata così puntuale e

particolareggiata e tali scelte distributive non sarebbero state illustrate anche nelle corrispondenti tavole allegate specificamente richiamate nella lettera d'invito.

Anche sotto il profilo normativo si giunge ad identica conclusione, ove si valuti la circostanza che (secondo la normativa all'epoca vigente, legge n. 104/1994, art. 16 modif. dall'art. 9, comma 26, legge n. 415/1998) gli schemi grafici del preliminare individuavano non solo le caratteristiche dimensionali e volumetriche, ma anche quelle tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare.

2.7 Inoltre, sotto il profilo procedimentale, la obbligatorietà delle scelte progettuali preliminari (pur nel loro primo grado di definizione progettuale) è stata confermata nel corso della gara (argomento non smentito dalla sentenza) dal responsabile della Unità Operativa Nuove Opere dell'Azienda Ospedaliera, nonché responsabile del procedimento, che – rispondendo ad apposito quesito – ha escluso la possibilità per i partecipanti di modificare distribuzioni spaziali e funzioni già prefissate nel progetto preliminare messo a disposizione per lo sviluppo del progetto esecutivo.

In conseguenza, ad avviso del Collegio, il progetto esecutivo presentato dai concorrenti non poteva, innanzitutto, sviluppare soluzioni diverse dalle indicazioni del progetto preliminare, che prevedeva 10 sale operatorie di chirurgia generale al primo piano, archivi per 200 mq., studi medici per 3100 mq. articolati in 107 stanze e spogliatoi per 904 mq., e collocava la rianimazione e la terapia intensiva post-chirurgica allo stesso piano delle sale operatorie.

Partendo da tali premesse, quindi, le soluzioni del progetto esecutivo predisposto dallo studio Valle (e valutate con un elevato punteggio qualitativo dalla commissione di gara) non appaiono compatibili con le puntuali indicazioni inserite nel progetto preliminare dalla Azienda Ospedaliera: pertanto il progetto esecutivo in questione doveva essere escluso in quanto, invece, ha diviso le 10 sale operatorie tra il primo ed il secondo piano, ha spostato la rianimazione dal primo piano al piano terra, ha eliminato gli archivi, ha ridotto gli studi medici a mq. 2000 su 67 stanze, ha ridotto gli spogliatoi a mq. 760, spostandoli al piano interrato dal terzo piano, ha suddiviso tra primo e secondo piano la terapia intensiva (10 letti), ha spostato dal primo al secondo piano la neurochirurgia.

2.8 Quanto, poi, al dedotto mancato rispetto della normativa tecnica per la realizzazione delle strutture sanitarie, il TAR ritiene che le prescrizioni dei Vigili del Fuoco, essendo attinenti ad “adempimenti successivi al completamento delle opere”, “sfuggono ad una valutazione effettuabile in sede di predisposizione degli elaborati progettuali a carattere definitivo/esecutivo”.

Neanche tale conclusione può essere condivisa, in quanto non suffragata dai documenti degli atti.

Infatti il Comando Provinciale Vigili del Fuoco di Pisa, con nota 20 luglio 1999 n. 742 (chiamata a dare il proprio parere) nel fissare le condizioni di approvazione del progetto, ha disposto che “nel caso in esame occorre previamente adempiere a quanto prescritto al punto 14” e cioè che “...considerata l'entità delle suddette condizioni, prima dell'inizio dei lavori dovrà essere presentato un progetto completo per l'esame definitivo”.

Alla luce degli elementi soprarichiamati, pertanto, non risulta comprovata dal necessario riscontro documentale la conclusione esposta su questo punto dalla sentenza TAR: (pag. 38) cioè che le prescrizioni dettate dai Vigili del Fuoco “attenendo ad adempimenti successivi al completamento delle opere di cui all'approvato progetto, con ogni evidenza sfuggono ad una valutazione effettuabile in sede di predisposizione degli elaborati elaborati progettuali a carattere definitivo/esecutivo”.

2.9 Infine è utile aggiungere che scostamenti di tale consistente portata progettuale non appaiono neanche compatibili con la normativa vigente in tema di progettazione: infatti la stazione appaltante, ove non ritenga di predisporre un progetto guida vincolante, suscettibile solo di innovazioni tecnologiche e funzionali complementari ai dati progettuali, non può bandire una gara a licitazione privata, ma deve utilizzare il diverso strumento dell'appalto concorso, nel quale ogni partecipante predispone un progetto recante la propria soluzione, attraverso scelte progettuali fondamentali, delle esigenze rappresentate dal committente.

2.9-1 Né la relazione sanitaria favorevole sul progetto Valle costituisce un argomento a favore della portata meramente indicativa delle scelte distributive del progetto preliminare.

Infatti in tale documento il responsabile del progetto sanitario, nell'ambito della propria competenza, attesta che il progetto esecutivo aggiudicatario è rispondente ai bisogni della Azienda Ospedaliera e certifica l'idoneità della struttura dal punto di vista igienico-sanitario nel rispetto dei requisiti previsti dalla normativa regionale in materia di accreditamento (salva la richiesta di provvedere a dotare di docce gli ambienti di degenza); tale attestato favorevole, però, non può avere alcuna portata giustificatrice del mancato rispetto della *par condicio* e delle prescrizioni di gara; al contrario la stessa relazione prende atto che i posti di diabetologia sono aumentati a 40, mentre quelli di *day-surgery* sono diminuiti da 30 a 20.

Peraltro, proprio nella relazione finale attestante la conformità del progetto esecutivo a quello preliminare (allegata alla relazione di cantierabilità del 13.07.1999), lo stesso responsabile del procedimento dell'Azienda Ospedaliera fa presente che la superficie coperta, comunque, è passata dai previsti mq. 38.240 a mq. 51.924, pur omettendo qualsiasi spiegazione sulla circostanza che tale soluzione era in contrasto con la prescrizione specifica della relazione tecnica al progetto preliminare che imponeva, invece, il rispetto delle "indicazioni planimetriche e volumetriche del progetto preliminare".

Nonostante la specifica censura del ricorrente, questo aspetto è stato considerato, invece, irrilevante nella sentenza TAR che (vedi pag. 36) ritiene le modifiche introdotte dal progetto Valle "collocate all'interno dei citati vincoli planovolumetrici dettati dall'Ente interessato".

3. Pertanto, assorbito per economia di mezzi l'esame delle rimanenti censure, l'aggiudicazione della gara al progetto dello Studio Valle Progettazione, per i profili esaminati, va annullata per violazione della *par condicio* e delle prescrizioni della *lex specialis* e per difetto di istruttoria.

3.1 Concludendo, preliminarmente respinta l'eccezione di improcedibilità per carenza d'interesse, nel merito l'appello stesso va accolto; per l'effetto, riformando in parte qua la sentenza TAR in epigrafe, vanno respinte le eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso, nonché quella di tardività dei motivi aggiunti limitatamente ai mezzi n. 7 e n. 9, restando invece confermata la tardività di mezzi 4-5 e 10, mentre nel merito il ricorso di primo grado va accolto per i profili di censura sopra illustrati con il conseguente annullamento della delibera di aggiudicazione della gara allo Studio Valle Progettazione e degli atti connessi.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e pertanto, liquidate in € 10.000,00 oltre gli accessori di legge, sono poste per i due terzi a carico dell'Azienda Ospedaliera Pisana e per la residua parte a carico dello Studio Valle Progettazione, entrambi obbligati solidalmente nei confronti dell'appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie in parte qua l'appello in epigrafe e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, accoglie nei limiti di cui in motivazione il ricorso ed i motivi aggiunti e, pertanto, annulla l'aggiudicazione allo Studio Valle Progettazione, nonché gli atti connessi; per la restante parte conferma la suddetta sentenza.

Pone le spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate in euro 10.000,00, oltre gli accessori di legge, per i due terzi a carico dell'Azienda Ospedaliera Pisana e per la restante parte a carico dello Studio Valle Progettazione, entrambi obbligati solidamente nei confronti dell'appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/04/2012

IL SEGRETARIO

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