

Pubblicato il 03/04/2017

N. 01527/2017REG.PROV.COLL.
N. 05695/2016 REG.RIC.
N. 05923/2016 REG.RIC.
N. 06702/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:

1) nr. 5695 del 2016, proposto dal CONSORZIO NAZIONALE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO “CIRO MENOTTI”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Maria Fucci, Michele Perrone, Flavia De Bartolomeo e Salvatore Taverna, con domicilio eletto presso quest’ultimo in Roma, viale Regina Margherita, 262/4,

contro

l’AZIENDA OSPEDALIERA SAN CARLO DI POTENZA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

nei confronti di

- DE VIVO S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria di costituendo r.t.i., rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza San Bernardo, 101;

- BEA DI BENEVENTI EA S.r.l., GERALDI IMPIANTI SUD S.r.l. e L.S.I. - LAVORI STRADALI ED IDRAULICI S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

2) nr. 5923 del 2016, proposto dalla AZIENDA OSPEDALIERA REGIONALE SAN CARLO DI POTENZA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Carlomagno, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Freni in Roma, via Panama, 58,

contro

- DE VIVO S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza San Bernardo, 101;

- CONSORZIO NAZIONALE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO "CIRO MENOTTI", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Maria Fucci, Michele Perrone, Flavia De Bartolomeo e Salvatore Taverna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

3) nr. 6702 del 2016, proposto da DE VIVO S.p.a., in proprio e quale mandataria di costituendo r.t.i., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Antonio Donadio, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza San Bernardo, 101,

contro

l'AZIENDA OSPEDALIERA REGIONALE SAN CARLO DI POTENZA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

nei confronti di

CONSORZIO NAZIONALE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO “CIRO MENOTTI”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Maria Fucci, Michele Perrone, Flavia De Bartolomeo e Salvatore Taverna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2,

tutti per la riforma,

nei limiti dell'interesse dei ricorrenti e previa sospensione dell'esecutività, della sentenza nr. 456 del 13 maggio 2016, non notificata, con cui il T.A.R. della Basilicata ha accolto sia il ricorso principale proposto dal r.t.i. De Vivo che l'impugnativa incidentale spiegata dal Consorzio odierno appellante, e per l'effetto ha annullato la procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza per l'affidamento, *ex art. 53, comma 2, lettera c)*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, dell'appalto di progettazione ed esecuzione dei “*lavori di realizzazione del nuovo Trauma Center, adeguamento sismico dei fabbricati 14-15 e 16, demolizione e ricostruzione del Gruppo Operatorio ubicato nel padiglione A-G dell'Azienda Ospedaliera*”, procedura che si era conclusa con l'aggiudicazione in favore del Consorzio “Ciro Menotti”.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di De Vivo S.p.a. (nei giudizi nn. 5695 e 5923 del 2016) e del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” (nei giudizi nn. 5923 e 6702 del 2016);

Viste le memorie prodotte dal Consorzio “Ciro Menotti” (in date 14 febbraio 2017 nel giudizio 5695 del 2016 e 27 agosto 2016 e 18 febbraio 2017 nel giudizio nr. 6702 del 2016) e da De Vivo S.p.a. (in date 25 agosto 2016 e 14 febbraio 2017 nel giudizio nr. 5923 del 2016, 14 febbraio 2017 nel giudizio nr. 6702 del 2016 e 18 febbraio 2017 nel giudizio nr. 5695 del 2016) a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2017, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi gli avv.ti Fucci (anche in sostituzione dell'avv. Perrone), Taverna e De Bartolomeo per il Consorzio "Ciro Menotti", l'avv. Vagnucci per De Vivo S.p.a. e l'avv. Federico Freni, su delega dichiarata dell'avv. Carlomagno per l'A.O. San Carlo di Potenza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I – Il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" Soc. coop. p.a. (d'ora innanzi "Consorzio") ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il T.A.R. della Basilicata, decidendo sull'appello proposto da De Vivo S.p.a. (d'ora innanzi "De Vivo") avverso gli atti della gara indetta dall'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza (d'ora innanzi "A.O. San Carlo") per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei *"lavori di realizzazione del nuovo Trauma Center, adeguamento sismico dei fabbricati 14-15 e 16, demolizione e ricostruzione del Gruppo Operatorio ubicato nel padiglione A-G dell'Azienda Ospedaliera"*, conclusasi con l'aggiudicazione in favore del Consorzio odierno appellante, ha accolto sia il ricorso principale che il ricorso incidentale proposto dallo stesso Consorzio e per l'effetto ha annullato l'intera procedura selettiva.

L'appello è affidato ai seguenti motivi in diritto:

A) *error in procedendo*; erroneità e ingiustizia della statuizione di delibazione congiunta dei ricorsi principale e incidentale (atteso che solo in quest'ultimo era dedotto un vizio "escludente", tale da determinare il venir meno di legittimazione e interesse in capo alla ricorrente principale);

B) *error in iudicando e in procedendo*; erroneità e ingiustizia della statuizione di accoglimento del ricorso principale e della consequenziale declaratoria di annullamento dell'intera procedura; violazione e falsa applicazione della *lex*

specialis (non potendo considerarsi illegittima l'offerta tecnica dell'odierna appellante, così come invece ritenuto dal T.A.R., per il fatto di aver proposto la fornitura di un gruppo di continuità elettrica con autonomia di un'ora, anziché di due ore).

Oltre a ciò, l'appellante ha riproposto gli ulteriori motivi di censura incidentale, rimasti assorbiti nella sentenza impugnata, con riguardo alle ravvisate carenze dell'offerta dell'originaria ricorrente:

- nel progetto architettonico;
- nel progetto impiantistico;
- nel progetto prevenzione incendi.

Si è costituita l'originaria ricorrente e appellata De Vivo, la quale ha diffusamente argomentato a sostegno dell'infondatezza dell'avverso appello, rappresentando altresì di aver proposto "*appello incidentale autonomo*" contro la medesima sentenza in epigrafe.

II – Nel frattempo, un secondo appello avverso la medesima sentenza è stato proposto dall'originaria stazione appaltante, A.O. San Carlo, sulla scorta dei seguenti motivi in diritto:

- 1) *errores in procedendo* ed errore nel giudicare: violazione del principio *ne eat iudex extra petita partium* o *ne eat iudex ultra petita partium* (atteso che il primo giudice, annullando l'intera procedura selettiva, si sarebbe spinto ben oltre le domande delle parti);
- 2) *errores in procedendo e in iudicando*: erroneità e infondatezza della sentenza (in relazione alle statuizioni del T.A.R. in ordine alla presenza di vizi escludenti nell'offerta tecnica del Consorzio, basati su una lettura erronea e carente della disciplina di gara).

In questo secondo giudizio, si sono costituiti sia il Consorzio che De Vivo, ciascuno riportandosi alle argomentazioni spese nei rispettivi e separati appelli.

III – Quanto all'appello articolato da De Vivo avverso la sentenza in epigrafe, lo stesso si fonda sul seguente motivo: *error in iudicando*: erroneità della

sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto che l'offerta tecnica del r.t.i. De Vivo avrebbe dovuto essere esclusa dal confronto concorrenziale e conseguentemente ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale del Consorzio "Ciro Menotti".

Inoltre, l'appellante De Vivo ha così riproposto le ulteriori censure in primo grado, rimaste assorbite nella sentenza in epigrafe.

i) violazione e/o falsa applicazione della Parte II, Capo 5, lett. A.1, A.2 e A.3 della *lex specialis* nonché delle norme partitamente indicate nello sviluppo del relativo mezzo di doglianza; eccesso di potere per manifesta illogicità, difetto di istruttoria e travisamento (in ordine al punteggi assegnati all'offerta dell'originaria controinteressata in relazione a molteplici dei subcriteri di valutazione);

ii) violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis*, nella parte (Parte II, Capo 1) concernente le regole poste a tutela della corretta valutazione delle offerte tecniche; eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento e difetto di istruttoria (in relazione alla mancata esclusione dell'offerta dell'originaria controinteressata nonostante le gravi carenze dell'offerta tecnica).

Nel giudizio instaurato da tale terzo appello, si è costituito il Consorzio "Ciro Menotti", il quale si è articolatamente opposto all'accoglimento delle doglianze di parte avversa.

IV – Alla camera di consiglio del 30 agosto 2016, fissata per l'esame delle istanze cautelari formulate in una agli appelli, questo è stato differito sull'accordo delle parti, per essere abbinato alla trattazione del merito.

V – In seguito, le parti hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

VI – All'udienza del 2 marzo 2017, le cause sono state tutte trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Giunge all'esame della Sezione il contenzioso sorto in relazione alla procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza (d'ora innanzi "A.O. San Carlo") per l'affidamento dei "*lavori di realizzazione del nuovo Trauma Center, adeguamento sismico dei fabbricati 14-15 e 16, demolizione e ricostruzione del Gruppo Operatorio ubicato nel padiglione A-G dell'Azienda Ospedaliera*" , con importi a base di gara di € 19.973.555,10 per lavori, compresi € 768.213,66 per oneri di sicurezza, e di € 934.643,14 per spese di progettazione.

2. All'esito della gara, svolta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata stilata la graduatoria finale che vedeva al primo posto il Consorzio Nazionale di Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" (d'ora innanzi "Consorzio") col punteggio complessivo di 79,507 ed al secondo posto il r.t.i. con capogruppo De Vivo S.p.a. (d'ora innanzi "De Vivo") con 70,417; altri sei concorrenti erano stati previamente esclusi in applicazione della clausola del disciplinare che stabiliva la non ammissione al prosieguo della procedura per le offerte che non avessero conseguito il punteggio di almeno 49 per l'offerta tecnica.

3. L'aggiudicazione conseguentemente disposta in favore del Consorzio è stata impugnata in sede giurisdizionale da De Vivo, che ha lamentato molteplici vizi dell'offerta della controinteressata.

4. Quest'ultima, costituitasi in giudizio, oltre a opporsi all'accoglimento del gravame avverso, ha a sua volta proposto ricorso incidentale lamentando molteplici vizi nell'offerta del r.t.i. De Vivo.

5. L'adito T.A.R. della Basilicata, con la sentenza in epigrafe, ha ritenuto di dover prendere in esame congiuntamente sia l'appello principale che quello incidentale, in ragione dell'esistenza in entrambi di censure simmetricamente "escludenti", accogliendoli entrambi e per l'effetto annullando l'intera procedura selettiva.

In particolare:

- quanto al ricorso principale, è stata ritenuta fondata e assorbente la doglianza relativa alla necessità di escludere l'offerta del Consorzio a causa del suo contrasto con una prescrizione non derogabile della *lex specialis* di gara, essendo in essa prevista la fornitura di gruppi di continuità elettrica con autonomia di un'ora, anziché di due ore come prescritto;

- quanto al ricorso incidentale, è stata ritenuta fondata e assorbente la doglianza formulata in ordine all'aver il progetto del r.t.i. De Vivo previsto un semplice consolidamento del padiglione 16, in luogo della sua demolizione totale o parziale, che erano le uniche opzioni consentite dalla *lex specialis*.

6. Avverso le dette statuizioni sono insorte, con gli appelli meglio descritti nella narrativa in fatto, sia le parti originaria ricorrente e controinteressata, sia la stessa stazione appaltante.

7. Tutto ciò premesso, va innanzi tutto disposta la riunione degli appelli ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., avendo essi a oggetto una medesima e unica sentenza.

8. Di poi, le prima questione da porsi in ordine logico – sollevata specificamente dal primo motivo dell'appello del Consorzio – attiene all'ordine di esame che doveva essere seguito fra ricorso principale e ricorso incidentale di primo grado, occorrendo chiedersi se correttamente il primo giudice abbia ritenuto necessario esaminarli entrambi congiuntamente.

8.1. In particolare, premesso che nella specie ricorreva la situazione della presenza di due soli concorrenti rimasti in gara (essendo stati gli altri – come detto – esclusi a cagione del mancato superamento di una soglia minima di punteggio per l'offerta tecnica), il primo giudice ha richiamato i noti principi enunciati dall'Adunanza plenaria in ordine alla necessità di esame congiunto delle due impugnazioni contrapposte nel solo caso in cui con entrambe siano fatti valere vizi reciprocamente escludenti dell'offerta del concorrente avverso, verificatisi nella medesima fase della procedura selettiva e dotati di “*simmetria*” (cfr. sent. 25 febbraio 2014, nr. 9).

Al riguardo, la Sezione è dell'avviso che i principi dianzi richiamati conservino piena validità ancora oggi, pur dopo gli ulteriori interventi in materia della Corte di giustizia UE, con i quali non è stata affatto pregiudicata l'autonomia delle disposizioni processuali interne in materia di legittimazione e interesse ad agire, limitandocisi a ribadire l'esigenza che queste non frustrino la piena esplicazione della concorrenza e delle libertà comunitarie, con la conseguenza – che comunque in questa sede non rileva – che la soluzione adottata non possa variare a seconda del numero, maggiore o minore di due, dei concorrenti in gara (cfr. Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-689).

Donde la non necessità di una nuova rimessione della questione alla Plenaria, che pure taluna delle parti ha sollecitato.

8.2. Tanto premesso, la Sezione reputa che correttamente il primo giudice abbia ritenuto necessario, con riferimento alle censure poi condivise e ritenute assorbenti, l'esame contestuale dei ricorsi principale e incidentale.

8.2.1. Per meglio comprendere tale conclusione, occorre evidenziare che il Disciplinare di gara (all. 1 al ricorso di primo grado) contemplava, dopo la prima fase di verifica della documentazione allegata alle domande di partecipazione alla gara presentate dai concorrenti ed immediatamente a seguito dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, una fase di immediata e necessaria esclusione di quelle che non rispondessero a determinati requisiti.

In particolare, al punto a.3 del Capo 5 (*“Cause di esclusione in fase di aggiudicazione”*) era stabilito che dovessero essere escluse le offerte *“in contrasto con le indicazioni che la documentazione a base di gara individua come prescrittive”*.

8.2.2. Orbene, da una piana lettura delle censure come articolate dalle parti in primo grado e della motivazione spesa dal T.A.R. nell'accoglierle, appare evidente che è proprio quella innanzi richiamata la clausola che si è assunta violata dalle offerte tecniche delle parti originaria ricorrente e controinteressata.

Più specificamente:

- quanto all'offerta dell'originaria ricorrente, è stato ritenuto violato il par. I del Capitolato speciale, interpretato nel senso di non lasciare ai concorrenti altra opzione, quanto alle soluzioni tecniche da adottare per il miglioramento sismico del padiglione 16, che la demolizione totale o parziale di esso;
- quanto all'offerta dell'originaria controinteressata, è stata richiamata siccome prescrittiva la previsione della “*Relazione generale illustrativa e tecnica*” che imponeva, nei gruppi di continuità elettrica, una batteria con almeno due ore di autonomia per ciascun UPS.

8.2.3. Pertanto, non può negarsi che i vizi *de quibus*, ferma e impregiudicata ogni successiva valutazione circa la loro effettiva sussistenza, si collocassero nella medesima fase della procedura, e che pertanto fra di essi sussistesse il presupposto della “*simmetria escludente*” come individuato dalla Plenaria nr. 9 del 2014 (e ciò con riguardo sia alla scansione procedimentale delineata in via astratta dalla stessa Plenaria, sia alla specifica disciplina posta della *lex specialis* della gara di che trattasi).

A fronte di ciò, non ha pregio invocare – come fa il Consorzio odierno appellante – la portata ben più modesta della pretesa difformità rilevata dal T.A.R. nella sua offerta rispetto a quella verificata nell'offerta tecnica dell'originaria ricorrente, dal momento che è evidente che la questione della sussistenza o meno della ricordata “*simmetria escludente*” tra i vizi reciprocamente denunciati dalle parti contrapposte prescinde da ogni considerazione della rilevanza “quantitativa” dei vizi medesimi.

8.3. Alla luce dei superiori rilievi, s'impone la reiezione non solo del primo motivo dell'appello del Consorzio, ma anche del primo motivo articolato dall'A.O. San Carlo, atteso che l'annullamento dell'intera gara, lungi dal connotarsi di ultrapetizione, costituisce null'altro che l'effetto indiretto dell'esame congiunto delle impugnazioni contrapposte cui correttamente ha proceduto il primo giudice.

9. Venendo però al successivo esame dei motivi articolati dalle parti in relazione ai capi di decisione che li vedono reciprocamente soccombenti, può

fin da subito anticiparsi che *in parte qua* l'appello del Consorzio è fondato come pure quello dell'Amministrazione, mentre è invece infondato l'appello di De Vivo.

10. Principiando dall'appello del Consorzio, come già sommariamente accennato, il primo giudice ha concentrato la propria attenzione soprattutto sulla “*Relazione generale illustrativa e tecnica*” allegata al bando di gara, la quale al punto 7.3, nel disciplinare i gruppi di continuità elettrica, espressamente stabiliva che gli stessi avrebbero dovuto “*garantire una durata di alimentazione di almeno 2 ore*”; al contrario, nell'offerta tecnica del Consorzio ciascun UPS del gruppo di continuità era dotato di batterie aventi autonomia di una sola ora.

10.1. Tuttavia, come condivisibilmente evidenziato dall'originaria controinteressata, la prescrizione testé richiamata non può considerarsi in modo avulso dal contesto generale della *lex specialis* complessivamente considerata, tenuto conto del fatto che la Relazione *de qua* costituiva un'illustrazione generale delle caratteristiche del progetto da predisporre a cura dei concorrenti, ma che ulteriori e più puntuali disposizioni tecniche erano contenute nel “*Capitolato speciale d'appalto – Capitolato descrittivo, prestazionale e tecnico*”, a sua volta parte integrante della *lex specialis* di gara.

In tale ultimo documento, e segnatamente al punto 7.6 (“*Stazioni di energia*”), erano contenute specifiche disposizioni relative ai “*gruppi di continuità statici (UPS)*”, senza dettare particolari prescrizioni in ordine alla loro autonomia, ma anzi limitandosi a fare rinvio alla disciplina tecnica CEI 64-8/1 - 7; quest'ultima, come evidenziato dallo stesso Consorzio appellante (e non contestato *ex adverso*), impone un'autonomia delle batterie installate sugli UPS di ben tre ore, consentendo però che tale limite possa essere inferiore allorché il gruppo di continuità sia dotato di altra alimentazione di sicurezza (p.es. un gruppo elettrogeno) destinato a entrare in funzione automaticamente in caso di perdita di tensione sulla rete.

Ed è appunto quest'ultima la soluzione che il Consorzio ritenne di adottare, siccome del tutto conforme alle norme europee e – si assume – non

espressamente preclusa dalla *lex specialis* di gara.

10.2. A fronte di tale ricostruzione, De Vivo oppone che la chiara previsione, contenuta nella più volte richiamata “*Relazione illustrativa*”, di un’autonomia minima di due ore, dovesse essere intesa come indicativa dell’intento della stazione appaltante di fissare un limite più rigoroso rispetto alle stesse norme CEI, prevedendo cioè che anche in presenza di soluzioni di sicurezza del tipo suindicato l’autonomia minima di ciascuna batteria non potesse essere comunque inferiore alle due ore.

Tuttavia è avviso della Sezione che, ove mai la *lex specialis* avesse inteso introdurre una siffatta deroga alle vigenti norme tecniche, avrebbe dovuto farlo in modo chiaro ed esplicito, non potendo tanto evincersi induttivamente dalla mera giustapposizione di parti diverse della disciplina di gara, l’una delle quali genericamente richiamante le norme tecniche CEI e l’altra introduttiva di un limite (in apparenza e forse) non coerente con esse.

10.3. In definitiva, a tutto voler concedere, in relazione al punto che qui rileva si era in presenza di un’incertezza o contraddittorietà interna della disciplina di gara, a fronte della quale, per pacifico indirizzo giurisprudenziale, non può addivenirsi a soluzioni rigorose ed escludenti, dovendo privilegiarsi il criterio del *favor participationis*.

Donde la non divisibilità delle statuizioni del primo giudice, laddove ha fatto discendere dalla – peraltro apparente e quanto meno discutibile – inosservanza della clausola in questione la rigorosa conseguenza della necessaria esclusione dell’offerta interessata.

11. A differenti conclusioni deve pervenirsi, invece, quanto alla posizione del r.t.i. De Vivo, laddove non può non condividersi l’avviso del T.A.R. che ha ritenuto la relativa offerta connotata dalla macroscopica violazione di una clausola prescrittiva afferente alla progettazione oggetto di gara.

11.1. Ed invero, da un esame complessivo della documentazione di gara non si trova conferma della tesi dell’appellante De Vivo, secondo cui la duplice opzione fra demolizione totale del padiglione 16 e demolizione solo degli

ultimi due livelli di esso costituiva una mera indicazione contenuta in uno studio di vulnerabilità sismica dell'edificio eseguito dall'Università della Basilicata su incarico dell'A.O. San Carlo, ma non si traduceva in un'indicazione vincolante per i concorrenti; al contrario, risulta da plurimi elementi che quell'indicazione tecnica fosse confluita in una caratteristica non modificabile del progetto posto a base di gara.

Tanto si ricava innanzi tutto dalla già citata *“Relazione illustrativa”*, laddove fin dalla definizione dell'oggetto dell'appalto era individuata tra le prestazioni oggetto di affidamento la *“...Demolizione degli ultimi due livelli del padiglione 16”*.

Di poi, nel precisare i contenuti di tale prestazione, la medesima Relazione stabiliva fra gli *“elementi cardine”* del progetto predisposto dall'Amministrazione la necessità di procedere ad *“adeguare sismicamente il padiglione 16 mediante demolizione totale e successiva ricostruzione dei primi due livelli fino alla quota 752,00, ovvero, laddove la verifica sismica lo consenta, con demolizione parziale (demolizione degli ultimi due livelli: il primo a quota 745.08 e il piano che attualmente ospita lo spazio psichiatrico a quota 748.54 non sarebbero abbattuti) e adeguamento sismico della parte rimanente”*.

Pertanto, risulta evidente che le uniche due opzioni rimesse alla valutazione dei concorrenti, al fine di realizzare il migliore adeguamento sismico del padiglione *de quo*, erano o la sua demolizione totale e successiva ricostruzione o la demolizione dei soli ultimi due livelli accompagnate dall'adeguamento sismico dei primi due, restando esclusa qualsiasi soluzione diversa.

Che tale limitazione rispondesse a una scelta consapevole della stazione appaltante si ricava dal già richiamato studio accademico, laddove, nel rilevare le criticità sismiche del complesso ospedaliero, con riguardo al padiglione 16 si evidenziava una situazione particolarmente critica dovuta alla scadente qualità dei materiali costruttivi, tale da rendere insufficienti semplici interventi di adeguamento dell'esistente: *“...la presenza di materiali di qualità così bassa renderebbe estremamente problematica e di esito incerto l'esecuzione di efficaci interventi di*

adeguamento sismico o di rafforzamento, al punto da non renderne consigliabile l'esecuzione” (cfr. all. 4 alle produzioni di primo grado del Consorzio).

Dal complesso degli elementi testé richiamati è dato evincere, ad avviso della Sezione, che l'indicata circoscrizione delle possibili scelte progettuali in relazione al padiglione in questione costituisse inequivocamente una delle prescrizioni vincolanti imposte ai concorrenti nella fase di progettazione, la cui violazione – tenuto conto anche del divieto di varianti progettuali di cui al punto 11.1.9 del Disciplinare di gara - era suscettibile di determinare l'esclusione dell'offerta tecnica a norma della disposizione del Disciplinare di gara che si è citata al punto *sub* 8.2.1.

11.2. Tanto premesso, non è contestato che la soluzione progettuale adottata dal r.t.i. De Vivo non contemplasse, quanto al padiglione 16, la sua demolizione né totale né parziale, consistendo in un intervento strutturale incrementativo della resistenza dell'edificio mercé la realizzazione di un esoscheletro esterno.

Ne consegue che del tutto condivisibilmente il primo giudice ha ritenuto tale opzione deviante rispetto alla duplice opzione imposta ai concorrenti dalla *lex specialis*, e quindi idonea a legittimare l'esclusione dell'offerta De Vivo per aver disatteso una prescrizione vincolante connotante il progetto posto a base di gara.

Ed è appena il caso di aggiungere che, stante il carattere formale della violazione (e non essendo stata censurata la disciplina di gara *in parte qua*), non vi è luogo ad alcun approfondimento in ordine alla maggiore o minore bontà della soluzione prescelta sotto il profilo tecnico, quand'anche – come si assume da parte dell'appellante De Vivo – fosse dimostrabile che la stessa era in grado di raggiungere livelli di sicurezza pari o addirittura superiori a quelli ottenibili con le soluzioni individuate dalla stazione appaltante.

11.3. A fronte di tali piane considerazioni, non appaiono dirimenti gli ulteriori elementi addotti dall'appellante De Vivo a sostegno di una diversa lettura della disciplina di gara.

11.3.1. Innanzi tutto, poco pregio ha la circostanza che la *lex specialis* usasse in alcuni punti l'espressione "*adeguamento sismico*" anche in riferimento al padiglione 16.

Infatti, l'espressione suindicata era impiegata nell'individuazione onnicomprensiva dell'oggetto dell'appalto, consistente appunto nell'adeguamento alla normativa antisismica del complesso di edifici costituenti il Trauma Center dell'A.O., ma ciò non escludeva affatto che per ciascun singolo edificio, poi, fossero dettate specifiche prescrizioni progettuali esecutive (e, per il padiglione 16, che l'obiettivo di adeguamento sismico fosse stato ritenuto conseguibile solo attraverso una soluzione tecnica più "radicale", come si è visto).

11.3.2. In secondo luogo, parte appellante richiama il pure già citato "*Capitolato descrittivo e prestazionale*", laddove si assume che il progetto preliminare predisposto dall'Amministrazione avrebbe rappresentato "*unicamente una delle possibili soluzioni, rendendo di conseguenza possibili per il concorrente soluzioni alternative comunque rispettose delle esigenze indicate*" (par. II.3).

Orbene, come correttamente evidenziato dalla difesa del Consorzio, tale passaggio non può in alcun modo essere inteso come un'indiscriminata licenza per i concorrenti di discostarsi da qualunque indicazione del progetto preliminare, dovendo leggersi in combinato disposto con le ulteriori indicazioni contenute nel medesimo Capitolato, atte a definire le "*esigenze*" il cui rispetto era comunque imposto; fra queste, lo stesso capitolato richiamava le "*esigenze strutturali, architettoniche e di funzionalità*" destinate a vincolare i concorrenti, e con specifico riguardo al padiglione 16 anche in tale documento era ribadita la necessità di procedere alla sua demolizione quanto meno parziale.

11.3.3. Con riguardo, poi, ai chiarimenti resi dalla stazione appaltante in corso di gara in esito a quesiti inoltrati dagli stessi concorrenti, va innanzi tutto richiamato il pacifico indirizzo giurisprudenziale in ordine all'inidoneità di detti chiarimenti a determinare modifica o disapplicazione di prescrizioni della

lex specialis di gara (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2016, nr. 5393; id., 26 agosto 2016, nr. 3708).

Per di più, nel caso che occupa i chiarimenti invocati dall'appellante De Vivo appaiono tutt'altro che univoci nell'autorizzare (ammesso e non concesso che ciò fosse possibile) soluzioni alternative da parte dei concorrenti con riguardo al più volte citato padiglione 16, ben potendo essere intese – così come evidenziato dalla difesa del Consorzio – come semplice richiamo alla libertà di scelta fra le due opzioni consentite dal progetto preliminare (demolizione totale o parziale).

11.3.4. Infine, nemmeno può essere attribuita rilevanza decisiva al fatto che la disciplina di gara assegnasse un punteggio per uno specifico elemento di valutazione relativo alle “*soluzioni tecnologico-strutturali adottate – con particolare riferimento all’innovatività dell’intervento e all’invasività dello stesso – per l’adeguamento sismico del padiglione 16*”.

Tale circostanza non può essere intesa come indicativa della volontà della stazione appaltante di legittimare, o perfino di premiare con un maggior punteggio, soluzioni progettuali che per il padiglione 16 ne escludessero quanto meno la demolizione parziale degli ultimi due livelli, essendo evidente – dovendo diversamente ritenersi una plateale e insanabile contraddittorietà interna della *lex specialis* – che il giudizio di maggiore o minore “*invasività*” delle soluzioni adottate dovesse comunque muoversi all’interno delle soluzioni tecniche consentite *a monte*.

12. L’esito processuale anticipato dalla Sezione (accoglimento dell’appello del Consorzio e dell’A.O. San Carlo e reiezione dell’appello di De Vivo), se esonera dall’esame dei motivi articolati in primo grado dal Consorzio e rimasti assorbiti nella sentenza impugnata, impone invece di esaminare le censure di primo grado dell’istante De Vivo, qui ritualmente riproposte ai sensi dell’art. 101, comma 2, cod. proc. amm.

Dette censure devono però essere dichiarate inammissibili per carenza di interesse, una volta accertata la necessità di escludere dalla gara in via

preliminare l'offerta tecnica del r.t.i. De Vivo, per le ragioni che si sono evidenziate.

In effetti, deve escludersi che le censure in questione abbiano carattere "escludente", afferendo esse a presunte carenze o inadeguatezze dell'offerta tecnica del Consorzio, tali da non giustificare il punteggio ad essa assegnato in relazione ai connessi elementi di valutazione; è pur vero che parte istante non manca di reclamare la necessaria esclusione del concorrente in ragione della gravità delle carenze ipotizzate, tuttavia non appare convincente il tentativo di sostenere che queste si risolvessero tutte in altrettante violazioni di prescrizioni vincolanti della *lex specialis*, tali da determinare *in radice* l'esclusione dalla procedura alla stessa stregua di quelle esaminate (e condivise) dal T.A.R. In definitiva, si tratta di censure ampiamente impingenti il merito delle valutazioni tecnico-discrezionali rimesse alla stazione appaltante (come dimostrato dalla dovizia di argomentazioni tecniche necessarie per illustrarle), piuttosto che concernenti la patente e immediata violazione di prescrizioni tecniche fondamentali.

Di conseguenza, e in piena applicazione dei principi enunciati dalla già richiamata sentenza nr. 9 del 2014 dell'Adunanza plenaria, la parte che propone tali doglianze non può pretenderne un esame congiunto con quello del ricorso incidentale escludente, il cui accoglimento determina la perdita di legittimazione e interesse a farle valere.

13. In considerazione della complessità e della parziale novità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, riuniti gli appelli, come in epigrafe proposto:

- accoglie l'appello del Consorzio "Ciro Menotti" e dell'A.O. San Carlo;
- respinge l'appello di De Vivo S.p.a.;

- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata (che conferma per il resto), in parte respinge e in parte dichiara inammissibile il ricorso principale di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Greco

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO