

N. 00067/2016REG.PROV.COLL.

N. 02992/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2992 del 2015, proposto da:
Somit S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Veronese e Andrea Manzi, con domicilio
eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri 5;

contro

Ministero Infrastrutture e Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Lazio-
Abruzzo-Sardegna, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, Via dei
Portoghesi, 12; C.G.F Srl, rappresentata e difesa dall'avv.to Gennaro Marino, con domicilio eletto
presso Giuseppe Torre in Roma, Via Cassiodoro Nr.19;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00292/2015, resa tra le parti,
concernente affidamento lavori di costruzione della darsena servizi per la pesca - 1° stralcio porto di
Porto Torres - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero Infrastrutture e Trasporti – Provveditorato
Interregionale per le Opere Pubbliche Lazio-Abruzzo-Sardegna e della C.G.F Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2015 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti
gli avvocati Andrea Manzi, Marcello Fortunato su delega dell'avvocato Gennaro Marino, e
l'Avvocato dello Stato Michele Pizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere
Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna - indiceva una procedura aperta volta
all'assegnazione di lavori per la costruzione della darsena servizi per la pesca nel porto di
Portotorres.

Vi partecipavano, tra gli altri concorrenti, la società SOMIT S.r.l. e la società C.G.F. S.r.l.

Nel corso della seduta della Commissione di gara tenutasi l'11 giugno 2014 C.G.F. veniva esclusa,
per non essere stata depositata, all'atto del preliminare svolgimento del sopralluogo previsto dal

disciplinare, la delega a favore del Direttore Tecnico della società che a tale sopralluogo aveva partecipato.

Seguiva l'aggiudicazione provvisoria a favore di SOMIT S.r.l.

Senonché, nella successiva seduta del 3 luglio 2014 la Commissione riammetteva la C.G.F alla gara e le aggiudicava l'appalto, dapprima provvisoriamente e successivamente in via definitiva.

Quindi il Ministero, con nota prot. n. 6941 del 22 settembre 2014, comunicava tale decisione alla società SOMIT, la quale impugnava dinnanzi al Tar Sardegna l'aggiudicazione definitiva in favore della C.G.E deducendo:

- la violazione dell'art. 15 del bando di gara, degli artt. 82 comma 3 bis, 86 comma 3 bis e 87 comma 4 del D.Lgs. 163/2006, nonché dell'art. 26 comma 6 del D.Lgs. 81/2008, in considerazione del fatto che l'aggiudicataria non avrebbe indicato, nella propria offerta economica, l'incidenza degli oneri relativi alla manodopera ed alle misure di sicurezza aziendale;
- la violazione del bando (art. 15) e del disciplinate di gara (punto 3.1), avendo la C.G.F. effettuato il sopralluogo per il tramite di un Direttore Tecnico non munito di delega;
- la violazione dell'art. 38, comma 1 lett. B e comma 2, del D.Lgs. 163/2006, non avendo i due soci al 50% della società C.G.F. presentato la prescritta dichiarazione sostitutiva;
- la violazione delle regole procedurali di gara, per non aver la Commissione, prima di aggiudicare la gara alla C.G.F., revocato la precedente aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore.

Si costituivano in giudizio sia il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sia la società controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'esito del giudizio, con sentenza 11 febbraio 2015 n. 292, il Tribunale adito respingeva tutti i motivi di ricorso, confermando la legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della C.G.F.

Avverso detta pronuncia la SOMIT ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio sia il Ministero appellato sia la controinteressata società C.G.F., sostenendo la correttezza della pronuncia impugnata e chiedendo quindi la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo mezzo di gravame SOMIT deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto, in adesione a larga parte della giurisprudenza, che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali non possa condurre all'esclusione dell'aggiudicataria, trattandosi nella specie di appalto di lavori e non già di servizi.

A sostegno della censura, SOMIT richiama la decisione 20 marzo 2015 n. 3 dell'Adunanza Plenaria secondo cui, anche nelle procedure di affidamento di lavori pubblici, i concorrenti debbono esplicitare i costi per la sicurezza, con conseguente sanzione espulsiva in caso di omissione di tale

adempimento e ciò a prescindere dalla sussistenza di una prescrizione in tal senso della *lex specialis*.

2. Il motivo non può essere accolto.

3. Ed invero, il principio di diritto di cui alla invocata decisione dell'Adunanza Plenaria non è applicabile alla fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio, riguardando un caso in cui la Stazione appaltante non aveva in alcun modo specificato e predeterminato i costi della sicurezza c.d. interni.

Nella *lex specialis* dell'appalto di cui trattasi, al contrario, tali costi sono stati puntualmente stimati e l'art. 15 del bando non ha affatto – diversamente da quanto ritenuto l'appellante nei propri scritti difensivi – un contenuto tale da imporre al concorrente l'indicazione di alcunché in ordine agli oneri di cui trattasi.

Tale articolo, invero, richiede unicamente la specificazione da parte dei concorrenti che il prezzo offerto sia riferito all'importo complessivo dell'appalto, comprensivo degli oneri di sicurezza predeterminati dalla Stazione Appaltante.

Ne consegue la correttezza sul punto della decisione di prime cure che, avuto riguardo alle caratteristiche della procedura, ha ritenuto non sanzionabile con l'espulsione il concorrente che non abbia indicato, nell'ambito di un appalto di lavori, l'incidenza dei costi di sicurezza già puntualmente predeterminati dalla Stazione Appaltante.

4. Con il secondo mezzo di censura SOMIT deduce l'erroneità della gravata pronuncia nella parte in cui ha ritenuto, in applicazione dell'art. 46 comma 1 del D.Lgs. 163/2006, di disapplicare la norma del bando che prescrive la consegna, in sede di sopralluogo, della delega del tecnico che tale sopralluogo ha svolto nell'interesse di CGF.

Sostiene a tal fine l'appellante, che l'obbligo di consegnare la delega a pena di esclusione non rappresenta un'ipotesi espulsiva non contemplata dalla legge, bensì una diretta conseguenza dell'art. 106 del D.P.R. 207/2010 che tale obbligo imporrebbe.

5. La censura non può essere accolta.

6. Ed invero la *lex specialis* di gara, in adesione al dettato normativo di cui all'art. 106 del D.P.R. 207/2010, prescrive semplicemente che il soggetto individuato per svolgere il sopralluogo sia stato a ciò delegato dalla futura concorrente.

Tale delega quindi ben poteva essere solo esibita alla Stazione Appaltante, non sussistendo alcun specifico e tassativo obbligo di consegna della stessa, a pena di esclusione dalla procedura concorsuale .

Né, peraltro, vi è ragione di ritenere che il Direttore tecnico della C.G.F. non fosse munito di apposita delega:

- sia in ragione del tenore letterale del verbale di sopralluogo, nel quale può leggersi che il Sig. Fatigati Aniello vi ha partecipato in qualità di "direttore tecnico delegato" (e ciò ancorché sia stata cancellata, nel verbale medesimo, l'indicazione dell'allegato);

- sia in ragione del fatto che la società, negli atti redatti per la partecipazione alla gara, ha fatto proprio il sopralluogo effettuato dal Direttore Tecnico.

Pertanto, correttamente il primo giudice ha osservato sul punto che l'obiettivo cui è finalizzata la disposizione di cui all'art. 106 D.P.R. 207/2010 è quello di attestare che l'operatore economico abbia concretamente preso conoscenza di una serie di circostanze rilevanti nella formulazione dell'offerta e che, di conseguenza, per il conseguimento di tale obiettivo non può ritenersi necessaria la consegna della delega, sicché la clausola che l'imponga a pena di esclusione deve ritenersi nulla.

7. Con il terzo mezzo di censura SOMIT deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha censurato l'operato della Commissione di gara per non aver escluso la C.G.F. dalla procedura, in considerazione del fatto che i due soci al 50% di quest'ultima hanno omesso di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti.

8. Anche detta censura non è meritevole di accoglimento.

9. Ed invero, osserva il collegio come i due soci al 50% della CGF siano altresì amministratori della stessa e come i medesimi, in tale ultima veste, abbiano incontestatamente reso le dichiarazioni prescritte.

Ciò posto, non è di certo conforme ai più elementari canoni di ragionevolezza pretendere una doppia dichiarazione dai soggetti in questione, non potendosi imporre una inutile duplicazione di dichiarazioni di identico contenuto a carico delle stesse persone, tanto più ove si consideri che tale contenuto attiene a condizioni e situazioni strettamente soggettive, indipendenti dalla qualità (di socio maggioritario ovvero di amministratore) posseduta.

Non può pertanto che essere integralmente confermata la motivazione posta dal Tar Sardegna a sostegno della reiezione del motivo proposto in primo grado dall'odierna appellante.

10. Con il quarto ed ultimo motivo di appello SOMIT si duole della gravata sentenza, nella parte in cui ha ritenuto che la decisione di aggiudicare l'appalto alla concorrente CGF costituisca revoca implicita della precedente aggiudicazione provvisoria disposta dal Ministero a suo favore .

Assume l'appellante, in particolare, che la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore non avrebbe potuto avvenire in via implicita, atteso che un siffatto *modus procedendi* avrebbe frustrato il suo diritto di partecipare al procedimento di ritiro in autotutela.

11. La doglianza non può essere condivisa.

12. Com'è noto, l'aggiudicazione provvisoria quale atto che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara non costituisce provvedimento conclusivo del procedimento, facendo nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del procedimento stesso.

Pertanto detta aggiudicazione, al contrario di quella definitiva, è inidonea ad attribuire in modo stabile il bene della vita, ed alla Stazione appaltante è quindi riconosciuta la possibilità di procedere alla sua revoca o al suo annullamento ovvero, ancora, di non procedere affatto all'aggiudicazione definitiva (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 06/03/2015, n. 1142).

Ne consegue che l'adozione di un provvedimento di autotutela con riguardo all'aggiudicazione provvisoria, proprio in quanto atto endoprocedimentale, non richiede l'inoltro agli interessati di specifica comunicazione di avvio del procedimento (cfr, ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 18/06/2013, n. 3328) e quindi non postula la loro partecipazione al relativo procedimento, essendo sufficiente la comunicazione del provvedimento finale, nella specie costituito dall'aggiudicazione definitiva in favore della società CGF, regolarmente comunicata a SOMIT.

In altri termini, prima dell'aggiudicazione definitiva - non essendovi alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente - l'Amministrazione ben può provvedere anche in via implicita all'annullamento o alla revoca dell'aggiudicazione disposta in via provvisoria in favore di un concorrente, senza che sussista l'obbligo di attivare una specifica partecipazione procedimentale con quest'ultimo.

Anche sul punto , pertanto, il Collegio condivide integralmente quanto statuito nella sentenza di primo grado.

13. Conclusivamente il ricorso si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

14. Sussistono tuttavia, attesa la peculiarità della controversia, giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2016

IL SEGRETARIO