

N. 04942/2015REG.PROV.COLL.

N. 01259/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 1259 del 2015, proposto da:
SOCIETÀ COOPERATIVA BRACCIANTI RIMINESI (CBR) in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Co.gem. s.r.l.,
nonché da CO.GEM. s.r.l., ciascuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, entrambe
rappresentate e difese dall'avv. Angelo Clarizia, con il quale sono elettivamente domiciliate in Roma, Via Principessa
Clotilde, n. 2;

contro

ABBANOVA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Lai, con
domicilio eletto presso Giorgia Grillo in Roma, Via Gramsci, n. 24 Studio Dnm; IMPRESA DI COSTRUZIONI ING.
RAFFAELLO PELLEGRINI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.
Giovanni Maria Lauro e Pierluigi Piselli, con quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma, Via G. Mercalli, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI, sez. I, n. 1089 del 18 dicembre 2014, resa tra le parti, concernente
affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di riordino e razionalizzazione della fascia costiera di Quartu
S.Elena;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Abbanoa Spa e dell'Impresa di Costruzioni Ing.Raffaello Pellegrini s.r.l., che ha
spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Angelo
Clarizia, Pierluigi Piselli, Massimo Lai;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. All'esito della procedura di gara (aperta) bandita da Abbanoa S.p.A. per l'affidamento della "Progettazione definitiva ed esecutiva necessaria e successiva esecuzione lavori di riordino e razionalizzazione della fascia costiera di Quartu S. Elena – lotto di completamento estendimento rete da Terra Mala a Capitana ID 2011 – 2014", di importo complessivo di €. 7.369.585, 15, oltre IVA (di cui €. 7.164.385,15 a base d'asta ed €. 205.200,00 oltre IVA, per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso) l'offerta economicamente più vantaggiosa è risultata quella proposta dall'Impresa Costruzioni Raffaello Pellegrini, cui l'appalto è stato aggiudicato definitivamente giusta determinazione del direttore generale n. 167 dell'8 luglio 2014.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 1089 del 18 dicembre 2014, nella resistenza di Abbanoa S.p.A., ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Cooperativa Braccianti Riminesi (C.B.R.), in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con CO.GEM. s.r.l., seconda classificata, per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e degli atti presupposti (graduatoria finale, verbali della commissione di gara, aggiudicazione provvisoria) e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, giudicando infondate le censure sollevate.

E' stato conseguentemente dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale con cui l'intimata aggiudicataria aveva a propria volta sostenuto l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente, oltre che l'erroneità del punteggio attribuito alla relativa offerta.

3. La Cooperativa Braccianti Riminesi (C.B.R.), in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con CO.GEM. s.r.l., nonché quest'ultima (d'ora in avanti anche solo le appellanti) hanno chiesto la riforma di tale sentenza e ne hanno dedotto l'erroneità e l'ingiustizia, riproponendo in sostanza le censure sollevate col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, a loro avviso superficialmente esaminate e sbrigativamente respinte con motivazione approssimativa, lacunosa e affatto condivisibile, reiterando altresì la domanda di risarcimento del danno (non esaminata dai primi giudici).

Hanno resistito al gravame sia Abbanoa S.p.A. che l'Impresa Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini (d'ora in avanti anche l'aggiudicataria), deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto; l'aggiudicataria ha altresì spiegato appello incidentale riproponendo i motivi del ricorso incidentale dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

4. All'udienza in camera di consiglio del 24 marzo 2015, fissata per la decisione sull'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 9 giugno 2015 (poi differita d'ufficio all'11 giugno 2015) per la decisione di merito.

Nell'imminenza della predetta udienza di trattazione le parti hanno ritualmente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

5. All'udienza pubblica dell'11 giugno 2015, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello principale è infondato, potendo pertanto prescindersi dall'esame delle eccezioni di inammissibilità dell'appello svolte dall'aggiudicataria appellata, in relazione all'asserita proposizione di motivi nuovi in appello.

6.1. Con il primo motivo di gravame, riproponendo la medesima censura sollevata in primo grado, le appellanti hanno dedotto che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto l'ing. Giacomo Carrus, al quale nell'ambito dell'ATI dei progettisti, era stata affidata una percentuale pari al 4% dell'intero progetto, difettava dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*.

Secondo le appellanti infatti i servizi di progettazione indicati dal professionista (riordino della rete idrica della frazione di Solanas del Comune di Sinai, perizia di variante n. 1, per un importo di €. 310.286,90; riordino della rete idrica della frazione di Solanas del Comune di Sinai, perizia di variante n. 2, per un importo di €. 137.953,99) non riguardavano attività di progettazione, compendiandosi nella semplice redazione di perizie suppletive, nella qualità di direttore dei lavori: ciò trovava conferma nel fatto che tali atti non erano corredati dagli specifici elaborati di cui agli artt. 24 e 33 del D.P.R. n. 207 del 2010 (che soli caratterizzano inequivocamente la progettazione definitiva ed esecutiva), la cui mancanza era stata erroneamente ritenuta irrilevante dai primi giudici con argomentazioni vaghe e perplesse, prive di qualsiasi riscontro normativo, risultando così del tutto apodittica l'affermazione circa l'equiparabilità, in linea di principio, del progetto definitivo/esecutivo in variante rispetto ad un progetto definitivo/esecutivo iniziale.

Ad avviso delle appellanti era anche mancata la prova che i servizi dichiarati da quel professionista fossero consistiti effettivamente in un'attività di progettazione, nessun elemento rinvenendosi in tal senso dalle delibere di giunta del

Comune di Sinai, n. 166 del 2007 e n. 29 del 2009, che riguardavano solo la predisposizione di due perizie di variante e non di varianti progettuali.

D'altra parte, sempre secondo le appellanti, non poteva condividersi la tesi dell'irrelevanza dell'evidenziato difetto dei requisiti di qualificazione in ragione del limitato apporto (4%) del Carrus all'ATI dei progettisti, dovendo invece aversi riguardo sia alla carenza dei requisiti in sé, sia al profilo della dichiarazione non veritiera.

Il motivo è infondato.

6.1.1. Indipendentemente da ogni considerazione, per un verso, circa l'astratta equiparabilità del progetto definitivo/esecutivo in variante rispetto a quello iniziale e, per altro verso, in ordine agli elementi che devono essere forniti ed accertati per provare che l'approvazione di una perizia di variante abbia comunque comportato un'effettiva attività di progettazione, deve osservarsi che il disciplinare di gara al punto 2.3.2 (Qualificazione del progettista e dello staff tecnico responsabile della redazione del progetto definitivo ed esecutivo) così disponeva:

“La progettazione definitiva e la progettazione esecutiva devono essere espletate da professionisti, che sono nominativamente indicati in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali e degli estremi di iscrizione al relativo ordine/collegio professionale.

Le imprese in possesso dell'attestazione (SOA) per progettazione e costruzione che non dimostrino il possesso dei requisiti sottoindicati mediante il proprio staff di progettazione e le imprese in possesso di qualificazione SOA per sola costruzione Devono: o incaricare per la progettazione uno dei soggetti di cui all'art. 90 co. 1 lettere d), e), f), f bis), g) e h) del D. Lgs. 163/2006, da indicare in sede di offerta; o costituire con uno di detti soggetti un Raggruppamento temporaneo. In tal caso il progettista dovrà ricoprire il ruolo di mandante. Ai sensi dell'art. 90, comma 7 del D. Lgs. 163/2006, i raggruppamenti temporanei previsti dallo stesso articolo 90, comma 1, lettera g) devono prevedere la presenza di un professionista laureato abilitato da meno cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello stato membro dell'Unione Europea di residenza (art. 253 comma 5 DPR 207/2010)”.

Dopo aver poi previsto le modalità di redazione (con la preferibile utilizzazione del modello F) della relativa dichiarazione da parte del legale rappresentante del concorrente singolo, del consorzio stabile, del consorzio di cooperative di produzione e lavoro e del raggruppamento temporaneo (con la precisazione che nel caso di raggruppamento temporaneo, di consorzio ordinario o di GEIE, costituito o costituendo al momento della partecipazione alla gara, la dichiarazione sostituiva doveva essere sottoscritta congiuntamente da tutti gli operatori economici che ne facevano parte), il disciplinare aggiungeva che: “Con la predetta dichiarazione i suddetti concorrenti devono attestare, ai sensi dell'art. 263 del D.P.R. 207/2010, che i responsabili della progettazione: a) hanno espletato nell'ultimo decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara servizi di progettazione definitiva o esecutiva relativi a lavori appartenenti alla seguente classe e categoria di cui alla legge 2 marzo 1949 n. 143 e s.m.i. per un importo globale non inferiore a 1,5 volte l'importo dei lavori oggetto del bando: classe VIII, pari ad almeno €. 10.567.800,00; b) hanno svolto nell'ultimo decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara due servizi di progettazione definitiva ed esecutiva riferiti a tipologie di lavori appartenenti alla classe VIII di cui alla legge 2 marzo 1949 n. 143 e s.m.i. analoghi, secondo quanto prescritto alla lettera c) del 1° comma dell'art. 263 del D.P.R. 207/2010, a quello oggetto dell'appalto, per un importo totale non inferiore a 0.40 volte l'importo stimato per i lavori oggetto del bando, ossia per almeno pari a €. 2.818.000,00;....”.

Il predetto disciplinare, inoltre, stabilito che “i responsabili della progettazione, dovranno, a loro volta, utilizzando preferibilmente i sub allegati 1 e 2 all'allegato E – F, attestare, con dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. 445/2000 ss.mm.ii., i requisiti tecnici richiesti per l'esecuzione della progettazione, indicandoli dettagliatamente”, precisava con un “NOTA BENE” quanto segue: “- nel caso di raggruppamenti temporanei, il capogruppo deve possedere una percentuale non superiore al 60% dei requisiti tecnici di cui alle precedenti lettere a) e c), mentre la restante percentuale dovrà essere posseduta cumulativamente dal/i mandante/i. Il capo gruppo, inoltre, deve possedere i requisiti in misura maggioritaria percentuale rispetto a ciascuna delle mandanti. Nel caso in cui il capo gruppo possieda requisiti superiori al 60%, deve comunque partecipare alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito, con la conseguenza che le mandanti devono comunque possedere almeno il 40% dei requisiti; - i servizi di progettazione dei lavori valutabili sono quelli riferiti esclusivamente a progetti approvati dal committente o per i quali sia stato redatto il verbale di validazione ai sensi di legge. In caso di prestazioni professionali per privati, in carenza di tali certificati, gli stessi possono essere sostituiti da idonea dichiarazione attestante il rilascio della concessione edilizia con estremi di approvazione. In caso di comprovata impossibilità alla presentazione dei documenti suddetti, potrà essere presentata dichiarazione del committente attestante la regolarità della prestazione svolta (Determinazione n. 20 del 26.11.2003 dell'Autorità di Vigilanza sui lavori Pubblici); - il requisito relativo all'espletamento dei due servizi di progettazione definitiva o esecutiva relativi a lavori appartenenti alla classe VIII di cui alla legge 2 marzo 1949 n. 143 e s.m.i. di cui al precedente punto b) analogo a quello oggetto dell'appalto, di importo non inferiore a €. 2.818.000,900, non è frazionabile per i raggruppamenti temporanei”.

6.1.2. Come si ricava dalla documentazione in atti, il raggruppamento temporaneo di progettisti indicato in sede di gara dall'aggiudicataria era formato dalla s.r.l. Ingegneria del Territorio, mandataria; dalla s.r.l. ing. Andrea Ritossa, mandante; dall'ing. Marcello Messina, mandante; dall'ing. Giacomo Carrus, mandante, e dalla s.r.l. Mar. Tech., mandante.

Ai fini del raggiungimento dell'importo (€ 10.567.800,00) di lavori espletati nella classe VIII nell'ultimo decennio richiesto dal punto 2.3.2., lett. a, del predetto disciplinare di gara i ricordati componenti del raggruppamento hanno dichiarato i seguenti importi: 1) la s.r.l. Ingegneria del Territorio € 10.865.103,70; 2) la s.r.l. ing. Andrea Ritossa € 3.103.778,73 ; 3) l'ing. Marcello Messina € 1.789.323,76; 4) l'ing. Giacomo Carrus € 428.283,67; 5) la s.r.l. Mar. Tech. € 404.009,84.

Pur considerando che, in applicazione delle disposizioni contenute nel ricordato paragrafo NOTA BENE del punto 2.3.2. del disciplinare di gara, l'importo dichiarato dalla società mandante, s.r.l. Ingegneria del Territorio, di € 10.865.103,70 può essere utilizzato soltanto nella misura del 60% dell'importo soglia e cioè per € 6.340.680,00, la somma degli importi dichiarati (€ 11.637.792,33), anche escludendo quello dell'ing. Carrus (€ 428.283,67), supera ampiamente quello della soglia minima prevista dal disciplinare (€ 10.567.800,00).

6.1.3. A ciò consegue l'assoluta irrilevanza ai fini della partecipazione alla gara dell'aggiudicataria dell'eventuale vizio relativo alla presenza nell'indicato raggruppamento temporaneo di progettisti dell'ing. Carrus, dovendo sottolinearsi che, secondo le previsioni contenute nel disciplinare di gara (in particolare nel ricordato paragrafo "NOTA BENE"), i requisiti dovevano essere posseduti nella misura del 60% dalla mandataria e nella misura di almeno il 40% dalle mandanti, senza alcuna previsione di percentuali minime in capo ad ognuna di esse, coerentemente del resto al principio stabilito dall'art. 261, comma 7, del D.P.R. n. 207 del 2010.

Per completezza deve osservarsi, per un verso, che, come chiarito dalla giurisprudenza, l'obbligo nel caso di raggruppamenti temporanei di impresa di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione non impone anche l'ulteriore parallelismo fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione (Cons. Stato, A.P. 30 gennaio 2014, n. 7) e per altro verso che la disposizione contenuta nel comma 13 dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento) è stata prima limitata ai soli appalti di lavori (ex art. 1, co 2 bis, lett. a), del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, norma in vigore al momento di pubblicazione del bando di gara) e poi successivamente abrogata dall'art. 12, comma 8, del D. Lgs. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2014, n. 80.

6.2. Non può essere favorevolmente apprezzato neppure il secondo motivo di gravame, con cui le appellanti hanno censurato la sentenza impugnata per aver, a loro avviso ingiustamente e con motivazione illogica e contraddittoria, respinto le doglianze sollevate avverso il punteggio inopinatamente insufficiente (4,333 punti) attribuito dalla commissione di gara alla propria offerta, relativamente al criterio b.3 (concernente "misure di contenimento dei consumi energetici").

6.2.1. In ordine al punteggio da attribuire alle offerte tecniche secondo il predetto criterio era stabilito che, se il progetto offerto avesse previsto dotazioni aggiuntive, rispetto alla soluzione del progetto preliminare, di apparecchiature e/o attrezzature atte a ridurre in misura significativa, anche con auto produzione di energia da fonti rinnovabili, i consumi elettrici delle opere oggetto dell'appalto, il punteggio sarebbe stato compreso tra 5,1 e 10, mentre, qualora le dotazioni aggiuntive non avessero determinato una riduzione significativa del consumo energetico, il punteggio sarebbe stato compreso tra 0 e 5.

Come risulta dal verbale di gara n. 8 del 24 giugno 2014 la commissione, valutando l'offerta delle appellanti, quanto al profilo in questione, si è così espressa: "per quanto attiene la minimizzazione dei costi energetici: sono aumentati i diametri delle condotte ed è adottata una parziale illuminazione a led. Non c'è auto produzione di energia".

All'offerta dell'A.T.I. C.B.R. – CO.GEM. s.r.l. sono stati pertanto attribuiti punti 4,333.

6.2.2. La valutazione così operata dalla commissione di gara, diversamente da quanto sostenuto dalle appellanti, non merita censure, come del resto convincentemente già osservato dai primi giudici.

6.2.2.1. Innanzitutto deve ribadirsi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (ex multis, Cons. St., sez. V, 30 aprile 2015, n. 2198; 23 febbraio 2015, n. 882; 26 marzo 2014, n. 1468; sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409) ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Cons. St., sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711), non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte (Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2615).

Nel caso di specie nella contestata valutazione della commissione di gara non si rinvennero macroscopici elementi di illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o travisamento di fatto, le contrarie argomentazioni delle appellanti essendo

fondate su opinioni soggettive e risolvendosi in definitiva in un mero dissenso rispetto alle motivate conclusioni della predetta commissione.

6.2.2.2. Non può sottacersi al riguardo che i primi giudici hanno opportunamente rilevato come il risparmio energetico indicato nell'offerta delle appellanti nella misura del 33% non può perciò solo essere considerato rilevante e significativo, trattandosi di un apprezzamento che non può essere fatto in astratto, bensì in concreto, con riferimento cioè agli specifici elementi di gara e ai relativi criteri di valutazione (proprio in ciò del resto consistendo il potere discrezionale tecnico proprio della commissione di gara, il cui uso non distorto è (indirettamente) rilevabile anche dai punteggi attribuiti per lo stesso criterio alle altre offerte in gara, senza che ciò implichi un inammissibile confronto comparativo delle stesse a buste aperte).

E' da aggiungersi poi che, fermo il ricordato principio della tendenziale insindacabilità delle valutazioni delle offerte da parte delle commissioni di gara, nel caso specie il criterio di valutazione questione (b 3) faceva riferimento anche all'auto produzione di energia da fonti rinnovabili quale mezzo di riduzione in misura significative dei consumi energetici delle opere oggetto dell'appalto, così che non appare manifestamente illogico, irragionevole, irrazionale o arbitrario il fatto che la commissione di gara abbia attribuito, come dedotto dalle appellanti, un maggior punteggio a quelle offerte tecniche che hanno proposto misure di auto produzione di energia.

6.2.2.3. Le considerazioni svolte sul carattere di discrezionalità tecnica della valutazione delle offerte da parte della commissione di gara rendono inammissibili le doglianze svolte sull'asserito diverso apprezzamento, quanto al criterio in questione, delle offerte della s.r.l. Operae e dell'A.T.I. Coop Costruzioni – Serlu Costruzioni, tanto più che la prima non ha conseguito per entrambi i criteri di valutazione b) e c) un punteggio pari o superiori al 50% di quello massimo raggiungibile e non è stata pertanto ammessa alla successiva fase di gara, mentre la seconda ha ottenuto un punteggio complessivo inferiore a quello delle appellanti.

6.3. Il rigetto degli esaminati motivi di gravame e la conseguente legittimità dei provvedimenti impugnati col ricorso di primo grado rendono inammissibile il terzo motivo di gravame, con cui è stata riproposta la domanda di risarcimento del danno, quest'ultima presupponendo per converso proprio l'illegittimità di quegli atti.

A ciò consegue la conferma della sentenza impugnata e la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale per carenza di interesse.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla Cooperativa Braccianti Riminesi (C.B.R.), in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con CO.GEM. s.r.l., nonché quest'ultima, e su quello incidentale spiegato dall'Impresa Costruzioni Ing. Raffaello Pellegrini avverso la sentenza n. 1089 del 18 dicembre 2014 del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, così provvede:

- respinge l'appello principale;

- dichiara improcedibile l'appello incidentale;

- condanna le appellanti, in solido, al pagamento in favore di Abbanoa S.p.A. e dell'Impresa Costruzioni ing. Raffaello Pellegrini delle spese del presente grado di giudizio che liquida in €. 5.000,00, oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti, per ciascuno e per tanto complessivamente in €. 10.000,00 (diecimila), oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2015

IL SEGRETARIO

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