

Publicato il 22/10/2019

N. 07188/2019REG.PROV.COLL.
N. 05561/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5561 del 2019, proposto da

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata dall'avvocato Vincenzo Sica, responsabile della direzione legale e istitore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Vernola, con domicilio digitale come da p.e.c. registri di giustizia;

contro

ReseArch Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del presidente del consiglio di amministratore e amministratore delegato, nonché legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio digitale come da p.e.c. registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sede di Bari, Sezione Seconda, n. 800/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio stabile Research s.c. a r.l.;
Viste le memorie e tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2019 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Vernola e Bonfiglio;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ReseArch Consorzio Stabile s.c. a r.l. impugnava l'esclusione disposta nei suoi confronti dalla procedura indetta da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. per l'affidamento in appalto della *«progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Pescara-Bari, nella Tratta Termoli Lesina, lotto 1 Ripalta-Lesina, tra la pk 0+000 (coincidente con la pk 464+267 della LS Pescara Bari) e la pk 7+470 (coincidente con la pk 471+856 della LS), comprensivo di armamento ferroviario, e degli impianti tecnologici (impianti di trazione elettrica, luce e forza motrice, telecomunicazioni, segnalamento) che si estendono fino alla pk 7+983 (coincidente con la pk 472+371 della LS)»*, del valore di € 70.236.447,95, di cui al bando pubblicato il 23 ottobre 2018.

L'esclusione (comunicata con nota di prot. n. 1280 in data 10 aprile 2019) era fondata sulla circostanza che i progettisti in raggruppamento temporaneo, di cui il consorzio ReseArch si era avvalso per qualificarsi per i servizi di progettazione, non avevano reso nei confronti della stazione appaltante l'attestazione relativa al

possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e la dichiarazione di impegno a mettere a disposizione per l'esecuzione dell'appalto le risorse di cui il concorrente era mancante, dichiarazione da rendere nel modello appositamente predisposto ai sensi della lettera D), paragrafo III – 8), del disciplinare di gara.

2. Dopo avere respinto l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da Rete Ferroviaria Italiana, tendente ad ottenere la dichiarazione della competenza a conoscere della controversia del TAR Lazio in virtù del criterio della sede dell'autorità (in Roma), il Tribunale adito accoglieva il ricorso.

Secondo il giudice di primo grado la dichiarazione di impegno degli ausiliari nei confronti della stazione appaltante asseritamente mancante era in realtà contenuta nel contratto di avvalimento (precisamente all'art. 2), composto «*di due distinti atti negoziali*»: uno di tipo contrattuale relativo al rapporto tra il Consorzio ReseArch e il costituendo raggruppamento temporaneo di progettisti; l'altro costituito da un «*autonomo e distinto atto negoziale unilaterale*», contenente l'impegno richiesto per l'esecuzione dell'appalto sia nei confronti del concorrente che della stazione appaltante.

Sulla base di tali elementi il Tribunale affermava che l'espressione del medesimo impegno nel modello per esso appositamente predisposto era da ritenersi «*sovrabbondante e inutile in quanto costituente in concreto mero doppione di quanto già in precedenza prodotto*».

3. Rete Ferroviaria Italiana ha proposto appello, riproponendo innanzitutto l'eccezione di incompetenza territoriale e censurando nel merito l'accoglimento del ricorso del consorzio ReseArch.

4. Nel costituirsi in resistenza quest'ultimo ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi del proprio ricorso assorbiti dal Tribunale amministrativo.

5. All'udienza pubblica del 3 ottobre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello Rete Ferroviaria Italiana ripropone l'eccezione di incompetenza per territorio del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia; eccezione che quest'ultimo ha respinto sulla base del criterio degli effetti dell'atto previsto dall'art. 13, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., e del rilievo che *«i lavori oggetto dell'appalto ricadono in via esclusiva in Puglia e, segnatamente, nel territorio di competenza della sede di Bari»*.

1.1. Rete Ferroviaria Italiana ritiene detto criterio di competenza non applicabile nel caso di specie, perché relativo non già ad un appalto di soli lavori, ma comprendente anche progettazione esecutiva, la quale - secondo l'appellante - *«prescinde dal luogo di successiva realizzazione delle opere»*. In difetto dei presupposti per fare luogo al criterio degli effetti dell'atto impugnato dovrebbe pertanto applicarsi, sempre secondo la tesi dell'appellante, il criterio della sede dell'autorità previsto dal primo periodo del sopra citato art. 13 del cod. proc. amm., per cui la competenza apparterebbe al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, nella cui circoscrizione ha sede l'organismo responsabile delle procedure di ricorso nel bando di gara.

A sostegno della propria tesi Rete Ferroviaria Italiana ha richiamato anche due decisioni della Sezione che, in riforma delle pronunce indicate nella sentenza appellata (per una procedura di affidamento

dello stesso ente aggiudicatore relativa alla progettazione esecutiva ed esecuzione in appalto dei lavori di manutenzione straordinaria dei sistemi e delle apparecchiature ferroviari di varia natura *«suddivisa in 37 lotti distribuiti per l'intero territorio italiano»*) hanno dichiarato la competenza territoriale del Tribunale amministrativo del Lazio (del 21 giugno 2019, n. 4269; ordinanza in pari data n. 4271, resa su regolamento di competenza d'ufficio); ha inoltre sottolineato che nei precedenti in questione si è escluso che il criterio degli effetti dell'atto potesse prevalere su quello della sede dell'autorità, in presenza di una procedura di affidamento per la quale non era possibile *«individuare un ambito diverso da quello della sede della autorità amministrativa nel quale sono destinati ad operare gli effetti diretti del potere»*.

1.2. L'eccezione di incompetenza è infondata.

1.2.1. Come si evince dalla lettura dei precedenti richiamati dall'appellante, essi concernevano in realtà *«un'unica procedura di gara, ancorché divisa in lotti diversi, e non, invece, a diverse procedure di gara per quanti sono i lotti indicati dal bando»*, in cui *«l'unitarietà della gara»* si ricavava dalla *«indizione tramite un'unica lettera di invito»*, *«nomina di un'unica commissione giudicatrice per tutti i lotti pur interessando gli stessi zone del tutto diverse del territorio nazionale comprendendo più regioni»*, partecipazione consentita per più lotti facenti capo a differenti Direzioni territoriali sempre nella stessa forma giuridica, *«ma con l'aspettativa massima di non poter risultare aggiudicatario di oltre tre lotti»*, ed in cui la graduatoria finale doveva essere così formata *«partendo dal lotto di maggior importo e quindi, nello stesso ordine, con l'attribuzione del punteggio economico lotto per lotto: al termine dell'aggiudicazione allo stesso concorrente del numero massimo di lotti aggiudicabili, le offerte di quest'ultimo*

per gli altri lotti non verranno aperte, quindi con una sostanziale esclusione del resto della procedura per “eccesso” di affidamenti».

Il caso oggetto del presente giudizio è del tutto diverso, in quanto la procedura di gara riguarda un unico lotto nell'ambito dell'appalto della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviario Pescara - Bari, relativo alla tratta Termoli – Lesina, così che del tutto ragionevolmente gli effetti degli atti della procedura di affidamento possono pertanto ritenersi limitati alla circoscrizione del Tribunale amministrativo regionale di Bari.

1.2.2. L'assunto di Rete Ferroviaria Italiana, secondo cui la progettazione esecutiva nell'ambito dell'appalto complesso *«prescinde dal luogo di successiva realizzazione delle opere»*, non è condivisibile e prova troppo perché, se ciò è vero, è del pari incontestabile che nel sistema degli appalti pubblici di lavori i servizi di progettazione sono strumentali ai lavori di realizzazione dell'opera: gli uni e gli altri sono rivolti al raggiungimento di uno scopo unitario dato dall'opera medesima, una volta completata la quale il contratto può dirsi compiutamente eseguito. Ancorché oggetto di una distinta prestazione contrattuale, e prima ancora di requisiti di qualificazione, la progettazione dell'opera si integra pertanto in un *unicum* inscindibile con i lavori relativi alla stessa – donde appunto l'espressione “appalto integrato” comunemente utilizzata per descrivere la fattispecie in esame – che dà luogo ad un contratto unitario, dato appunto dall'opera.

La considerazione unitaria delle due prestazioni in esso dedotte ed il ruolo strumentale della progettazione rispetto ai lavori consentono di ritenere pertanto operante il criterio di competenza relativo agli effetti dell'atto impugnato, laddove ne ricorrano i presupposti. Ciò è

appunto quanto avviene nel caso di specie, in cui la progettazione esecutiva è finalizzata a lavori destinati ad essere integralmente svolti nella circoscrizione del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – sede di Bari.

2. Col secondo motivo d'appello Rete Ferroviaria Italiana censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che la dichiarazione di impegno dei progettisti in raggruppamento temporaneo, di cui il Consorzio ReseArch si era avvalso, a mettere a disposizione tutte le risorse di cui quest'ultimo era carente per l'esecuzione dell'appalto, fosse stata resa nel contratto di avvalimento. L'appellante sostiene sul punto che il contratto e la dichiarazione sono *«atti diversi, per natura, contenuto, finalità»*, come si evince dall'art. 89 del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), e che pertanto quest'ultima era destinata in base al disciplinare di gara ad essere resa mediante apposito modello. Secondo Rete Ferroviaria Italiana la dichiarazione contenuta nell'art. 2 del contratto di avvalimento, che il Tribunale amministrativo ha ritenuto sufficiente ad obbligare i progettisti nei propri confronti, è in realtà vincolante *«solo nei confronti del Consorzio ReseArch, ma non certo nei confronti della Stazione Appaltante»*, estranea al contratto medesimo.

2.1. Va preliminarmente rilevato che il motivo è di per sé idoneo ad infirmare il fondamento della statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado che, contrariamente a quanto sostiene il Consorzio ReseArch a fondamento dell'eccezione di improcedibilità (*recte*: inammissibilità) dell'appello, è unico e si basa sul presupposto che la dichiarazione (di impegno del raggruppamento di progettisti ausiliario a mettere a disposizione per tutta la durata del contratto le risorse di cui il concorrente era carente) è stata comunque resa,

sebbene non nel modello appositamente predisposto da Rete Ferroviaria Italiana.

La circostanza che il Tribunale abbia affermato che tale dichiarazione sia stata resa non solo nel contratto di avvalimento, ma anche nella dichiarazione dei progettisti di impegno a costituirsi in raggruppamento temporaneo non enuclea un'ulteriore autonoma ragione di fondatezza del ricorso di primo grado ed è specificamente avversata da Rete Ferroviaria Italiana, nel rispetto dell'onere ad essa imposto quale appellante ai sensi dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., sulla base del rilievo che nessuna dichiarazione di tale tenore è stata resa nel caso di specie.

2.2. Ciò precisato il motivo d'appello è fondato.

Innanzitutto non è vero che la dichiarazione di impegno sia stata resa in quella dei progettisti di costituirsi in raggruppamento temporaneo, come ritenuto dal giudice di primo grado: di ciò non vi è traccia nell'apposito modello redatto dai medesimi professionisti.

In secondo luogo nemmeno può ritenersi che l'impegno in questione sia stato reso in modo da costituire un obbligo nei confronti dell'ente aggiudicatore nel contratto di avvalimento, come del pari affermato dal giudice di primo grado.

Quest'ultimo ha tratto il proprio convincimento dall'art. 2 del contratto, digitalmente sottoscritto, il quale prevede che il raggruppamento temporaneo di progettisti *«si obbliga nei confronti dell'impresa ausiliata, e con il presente atto anche a favore di RFI S.p.A., a fornire tutti i requisiti di carattere professionale, tecnico, economico, finanziario e organizzativo previsti dal bando di gara (...) eseguendo direttamente le prestazioni di progettazione esecutiva descritte nel contratto d'appalto»*; più precisamente a *«mette(re) a disposizione, in modo pieno e incondizionato,*

senza limitazioni di sorta, tutti i seguenti requisiti e risorse necessarie di cui è carente l'impresa o ATI costruttrice, per partecipare utilmente alla gara ed eseguire il servizio di progettazione compreso nel contratto di appalto...».

La tesi non può tuttavia essere condivisa.

Il citato punto 8, del paragrafo III, lett. D) del disciplinare di gara imponeva infatti di tenere distinto il contratto di avvalimento, con cui l'ausiliario *«si impegna nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto»*, dalla dichiarazione, con cui in conformità al comma 1 del sopra citato art. 89 del codice dei contratti pubblici, il medesimo ausiliario *«attesta il possesso dei requisiti oggetto di avvalimento, obbligandosi verso il concorrente e verso RFI S.p.A. a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente»*.

Lungi dal costituire un mero formalismo tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente.

Il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del solo concorrente. Benché formalmente indirizzata anche nei confronti di Rete Ferroviaria Italiana – come sottolinea il Consorzio Research nelle proprie difese - la dichiarazione di messa a disposizione in esso contenuta produce dunque effetti nei confronti del solo concorrente che con l'ausiliario sottoscrive il contratto di avvalimento (in questi termini, con riguardo al previgente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante una disciplina in continuità normativa con quella del codice oggi in vigore: Cons. Stato, V, 1 agosto 2018, n. 4765). Si tratta dunque di una dichiarazione di

impegno che non attribuisce all'amministrazione un corrispondente diritto azionabile e su cui la stessa possa fare affidamento per l'esecuzione del contratto.

Sotto il profilo evidenziato emerge la rilevanza sul piano sostanziale della dichiarazione di impegno previsto dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 e in conformità ad esso richiesta dal disciplinare di gara, che il Consorzio ReseArch pacificamente non ha reso in sede di domanda di partecipazione alla procedura di affidamento oggetto del presente giudizio.

Va al riguardo sottolineato che sul piano del diritto comune di contratti è ammessa «*la stipulazione a favore di un terzo*», attraverso il contratto a favore di terzo di cui agli artt. 1411 – 1413 del codice civile. Effetto tipico della stipulazione a favore del terzo è l'acquisto immediato da parte di quest'ultimo del diritto nascente dal contratto, ma la medesima stipulazione può tuttavia «*essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare*» (art. 1411, comma 2, cod. civ.). Inoltre in base all'art. 1413 il promittente, ovvero nel caso di avvalimento il concorrente ausiliato «*può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto*».

Le conseguenze così descritte rendono evidente che l'impegno assunto dall'ausiliario nell'ambito del contratto di avvalimento a favore della stazione appaltante non è equivalente ad una dichiarazione diretta a quest'ultima, la quale ai sensi dell'art. 1334 cod. civ. produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata e diviene così irrettabile, oltre che insuscettibile di eccezioni legate a rapporti con altri soggetti.

2.3. La fondatezza dell'appello impone di esaminare i motivi di ricorso di censura sollevati col ricorso di primo grado, assorbiti, ma ritualmente riproposti dal Consorzio ReseArch ai sensi dell'art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo.

Essi sono infondati.

Infatti in parte essi riproducono l'assunto secondo cui la dichiarazione di impegno a mettere a disposizione della stazione appaltante per tutta la durata dell'appalto i requisiti e le risorse di cui il concorrente è carente e per il resto con essi si assume che l'impegno in questione sarebbe stato reso dai progettisti in raggruppamento temporaneo nei rispettivi DGUE - documento di gara unico europeo: per confutare gli stessi si può rinviare a quanto già osservato in precedenza, esaminando il motivo di appello di Rete Ferroviaria Italiana.

3. In conclusione, assorbita ogni ulteriore censura (in particolare quella del terzo motivo, con cui Rete Ferroviaria deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del disciplinare di gara), respinto il motivo concernente la questione della competenza del TAR adito in primo grado, l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado da Consorzio stabile ReseArch.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate in ragione della particolarità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiarata la competenza del TAR Puglia a conoscere della

controversia in questione, lo accoglie per il resto nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge nel merito il ricorso proposto in primo grado da ReseArch Consorzio Stabile s.c. a r.l.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO