

Tar Campania, sezione prima, sentenza n. 1837 del 27 marzo 2015

Appalto integrato – Necessaria la relazione geologica nella progettazione esecutiva - Insanabilità

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5977 del 2014, proposto da:
Nikante Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto
presso in Napoli, Via

contro

Comune di Foiano di Val Fortore, rappresentato e difeso dall'avv....., con
domicilio eletto presso in Napoli, Via

nei confronti di

Centrale di Committenza Asmel Consortile Soc.Cons.A Rl, Idi Srl, Dott.Geol.
Antonio Casaretti; F.E C. Fondazioni e Costruzioni Srl, rappresentato e difeso
dall'avv., con domicilio eletto presso in Napoli, via

per l'annullamento

della determinazione n. 176 del 21/10/2014 con nota prot.n. 6406 del 24/10/2014
di aggiudicazione definitiva della gara di appalto per l'affidamenti di progettazione
esecutiva ed esecuzione delle opere relative ai lavori di sistemazione idrogeologica a
difesa dell'abitato- mitigazione rischio frana in località Argaria in favore della F.E C.
Fondazioni e Costruzioni srl.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Foiano di Val Fortore e di F.E C. Fondazioni e Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2015 il dott. Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando dell'11 giugno 2014 il Comune di Foiano Val Fortore, avvalendosi della centrale di committenza ASMEL Consortile, indiceva una procedura aperta per l'affidamento della "progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori di sistemazione idrogeologica a difesa dell'abitato - mitigazione rischio frana, in località Argaria", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base di gara di €2.519.062,95.

Alla gara prendevano parte tre concorrenti, la Nikante Costruzioni s.r.l., la F.e.C s.r.l. e la Caretti Costruzioni s.r.l.

All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, prima classificata risultava la F.e.C s.r.l. con il punteggio di 95,923 punti e un prezzo offerto di €2.227.564,03, seguita dalla Nikante Costruzioni s.r.l. con 85.793 punti e quindi dalla Caretti Costruzioni s.r.l. con 83.835 punti.

Dopo aver verificato il possesso dei requisiti di partecipazione, con determinazione n. 176 del 21 ottobre 2014 - comunicata ai sensi dell'art.79, quinto comma del d.lgs. 12 aprile 2016 n. 163 con nota del 24 ottobre 2014 – la F.e.C. s.r.l. veniva dichiarata aggiudicataria definitiva.

Avverso tale provvedimento e contro le operazioni di gara in parte qua ha proposto ricorso a questo Tribunale la Nikante Costruzioni s.r.l. per ottenerne l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento del danno.

Con il primo motivo di impugnazione è stato dedotto che la F.e.C. s.r.l. ha la SOA per le due categorie di opere scorporabili OG13 e OG8, a qualificazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 12 legge n. 80/14, non era in possesso dell'attestazione SOA; per ovviare a tale carenza, l'aggiudicataria aveva genericamente dichiarato l'intendimento di ricorrere al subappalto, senza tuttavia indicare né il nome del subappaltatore, né le categorie da subappaltare; in tal modo, mancando anche la costituzione di un'associazione temporanea di imprese ed il ricorso all'istituto dell'avvalimento, l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato di essere qualificata per le opere scorporabili de quibus.

Con la seconda censura è stato evidenziato che, con riferimento al raggruppamento temporaneo di professionisti incaricato dall'aggiudicataria per la progettazione, la figura del professionista responsabile dell'integrazione tra prestazioni specialistiche di cui all'art. 90, comma 7 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 sarebbe stata duplice, generando oggettiva incertezza circa l'identità della persona fisica di tanto investita, di cui la richiamata norma pure impone l'esatta indicazione; ancora, quanto al requisito speciale inerente ai servizi tecnici analoghi a quelli oggetto di gara, avuto riguardo alla mandataria del raggruppamento temporaneo di progettisti, la IDI s.r.l., le prestazioni allegate sarebbero state espletate non da essa società, ma dal suo direttore tecnico e dall'amministratore delegato, unici soggetti a cui avrebbero potuto essere di conseguenza imputabili; né soccorrerebbe la norma di cui all'art.253, quindicesimo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che consente l'imputazione alla società di requisiti personali dei direttori tecnici e dirigenti, solo entro cinque anni dalla costituzione, mentre la IDI s.r.l. risale al 1994. In terzo luogo, la dichiarazione di partecipazione alla gara della IDI s.r.l., così come quella di

impegno a costituire il raggruppamento di professionisti, risulta sottoscritta dall'amministratore delegato, mentre secondo la visura camerale, legale rappresentante della società sarebbe il presidente del consiglio di amministrazione, unico legittimato a sottoscrivere e presentare le dichiarazioni in questione; inoltre, la dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento di professionisti sarebbe carente dell'allegazione del documento di identità del mandante, con conseguente nullità della stessa.

In linea subordinata, è stata invocata la declaratoria di nullità delle clausole del bando, ove interpretate nel senso di ritenere a sé conformi le carenze documentali denunciate.

Con il terzo motivo è stato dedotto che il progetto esecutivo presentato dalla contointeressata conterrebbe varianti essenziali, come tali inammissibili, essendo stati previsti interventi che interessano aree diverse rispetto a quella investita dal problema idrogeologico, di circa 15 ettari di estensione; ciò, in violazione del principio di par condicio, dal momento che le altre concorrenti hanno presentato soluzioni progettuali maggiormente costose, proprio perché destinate alla zona più interessata dal rischio di frane e cedimenti; inoltre, a differenza di quanto prescritto dal bando, gli interventi proposti, riguardando un'area differente da quella indicata nel progetto definitivo, avrebbero imposto il rilascio di nuova autorizzazione da parte dell'Autorità di Bacino, oltre a dover essere eseguiti in zone non di proprietà comunale, ma privata, con conseguente necessità di attivazione di procedimenti espropriativi.

Per quanto riguarda il punteggio assegnato all'aggiudicataria per il criterio tecnico di valutazione relativo alle proposte migliorative, distinto in tre sottocategorie, denominate A1, A2 e A3, parte ricorrente ne ha evidenziato la contrarietà rispetto all'assetto dei luoghi specificato nella relazione geologica allegata al progetto definitivo; relativamente all'individuazione di soluzioni migliorative afferenti

all'impiego di materiali, lavorazioni e tecnologie, la difesa della Nikante Costruzioni s.r.l. ha evidenziato come quelle proposte dalla F.e.C. s.r.l. fossero di esclusivo valore estetico, mentre per le soluzioni tecniche volte al miglioramento statico delle opere strutturali, quelle dell'aggiudicataria sarebbero state localizzate in un'area diversa da quella interessata dall'intervento di messa in sicurezza; infine, per la sottovoce A3, relativa agli interventi integrativi in aree limitrofe, l'offerta tecnica della controinteressata, oltre a soluzioni ubicate fuori dal perimetro interessato, prevedeva una profondità dei pali nei pozzi drenanti di appena 8 metri e 20 pali di sostegno di soli 14 metri, mentre la relazione geologica al progetto definitivo indicava come necessari palificazioni fino a 20/25 metri di profondità, con un piano di scivolamento attestato a 13 metri.

Tali criticità avrebbero dovuto determinare l'assegnazione di un punteggio pari a zero o, addirittura, l'esclusione della F.e.C. s.r.l. dalla gara.

Infine, è stata contestata l'assegnazione da parte della commissione di gara di un punteggio solo numerico, benché fossero mancati criteri predeterminati in modo sufficiente a ricostruire l'iter logico seguito per la valutazione.

Con la quarta censura è stata contestata la correttezza della formulazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria; al riguardo, nella dichiarazione di offerta economica (modello A1) l'importo ribassato è pari a €2.227.570,86, di cui €64.093,87 per spese tecniche e €2.163.476,99 per lavori, oltre oneri di sicurezza, valore non riscontrato né nell'elaborato denominato "sommario computo metrico", in cui è indicato il maggiore importo di €2.219.796,99, né nel documento definito "quadro di raffronto", in cui è riportata la somma di €2.387,520,00, oltre alle varianti: ancora, nel "sommario computo metrico", non risulterebbero delle lavorazioni essenziali modificate rispetto al progetto originario, mentre ne risulterebbero alcune mai inserite nell'offerta tecnica. Da tali inesattezze e discordanze emergerebbe l'assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta della F.e C.s.r.l

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Foiano Val Fortore e la F.e.C. s.r.l., concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, la controinteressata proponendo anche impugnazione incidentale volta ad ottenere l'esclusione della ricorrente; a tal fine è stata evidenziata la mancata partecipazione di un geologo alle attività di progettazione esecutiva della ricorrente, nonostante il livello di progettazione ed tipo di opere da eseguire ne imponessero la presenza, anche in considerazione del fatto che la Nikante Costruzioni s.r.l. aveva proposto migliorie consistenti nell'aumento del drenaggio dei pozzi.

Alla camera di consiglio del 17 dicembre 2014, con ordinanza 2089/14 è stata accolta la domanda cautelare.

All'udienza di discussione del 25 febbraio 2015, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali e di replica, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che debba essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale, atteso che la sua eventuale fondatezza, determinando l'estromissione della ricorrente dalla gara, priverebbe d'interesse il ricorso principale, essendo irrilevante per la ricorrente Nikante Costruzioni s.r.l. che la gara resti aggiudicata all'attuale controinteressata F.e C s.r.l., oppure quest'ultima venga sostituita dalla terza graduata in caso di accoglimento dell'impugnazione principale; né esiste ambito alcuno per l'ipotizzabilità di un interesse della ricorrente al rinnovo dell'intero procedimento, essendo tutte le censure formulate in via gradata avverso il bando di gara volte comunque ad ottenere la sola estromissione della F. e C. s.r.l.

Il ricorso incidentale è fondato.

Va premesso che oggetto di gara, oltre all'esecuzione dei lavori, era la redazione del progetto esecutivo delle opere rispetto alla progettazione definitiva predisposta dall'amministrazione; a tale prestazione s'accompagnava la facoltà per i concorrenti

di formulare proposte migliorative per ciascuno dei criteri di valutazione delle offerte tecniche indicate dal bando ai paragrafi 1.1,1.2,1.3 e 2.2. della Sezione VIII, a cui corrispondeva l'obbligo di presentare quattro distinte relazioni tecniche, una per ciascun parametro, come specificato alla Sezione XI.3 e XI.5, sempre del bando. Pertanto, con ciò superando quanto obiettato dal ricorrente principale a pagina 10 della memoria depositata in data 9 febbraio 2015, va evidenziato che ciascun concorrente avrebbe dovuto presentare un proprio progetto esecutivo, rispetto al quale le migliorie erano destinate a fungere da varianti qualiquantitative su cui avrebbe operato il meccanismo concorrenziale dal punto di vista tecnico (TAR Campania, Napoli I Sezione 19 marzo 2014 n. 1578).

Va poi escluso che della redazione del progetto esecutivo dal punto di vista dello studio geologico fosse stata onerata l'amministrazione comunale; invero, la determinazione dirigenziale n. 643 del 18 dicembre 2013, depositata dalla ricorrente il 4 febbraio 2015, non solo è di data anteriore all'indizione della gara, ma espressamente prevede il conferimento dell'incarico ad un terzo di redigere la relazione geologica limitatamente alle sole progettazioni preliminare e definitiva.

Tanto premesso, è circostanza non contestata tra le parti che l'offerta tecnica della ricorrente, consistente in una progettazione esecutiva qualitativamente valutabile in ragione delle migliorie apportate, fosse priva di relazione geologica.

Rispetto a tale circostanza parte ricorrente ha addotto le seguenti giustificazioni: innanzitutto, il bando di gara non prevedeva a pena di esclusione né l'allegazione di una relazione geologica per l'offerta tecnica, né la necessaria presenza del geologo nell'aliquota dei progettisti; nemmeno avrebbe potuto operarsi un meccanismo di eterointegrazione del bando, trattandosi di istituto di matrice civilistica volto a completare fattispecie negoziali incompiute rispetto a norme imperative; in ogni caso, anche a volerne ammettere l'operatività in diritto amministrativo, si tratterebbe di istituto di applicazione eccezionale.

In secondo luogo, è stato obiettato che nell'offerta tecnica non erano presenti migliorie tali da rendere necessaria una modifica o integrazione della relazione geologica di accompagnamento alla progettazione definitiva posta a base di gara, per cui il preteso adempimento si risolverebbe in una questione di mera forma, inidonea a giustificare l'esclusione della Nikante Costruzioni s.r.l.

Le suesposte questioni sono state esaminate e risolte dalla Sezione con orientamento dal quale non vi è ragione di discostarsi.

Al riguardo, con sentenza 19 marzo 2014 n. 1578, è stato ritenuto che «l'art. 35 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, a proposito della documentazione che deve comporre il progetto esecutivo, quanto alle relazioni specialistiche, prevede che “il progetto esecutivo prevede almeno le medesime relazione specialistiche contenute nel progetto definitivo, che illustrino puntualmente le eventuali indagini integrative, le soluzioni adottate e le modifiche rispetto al progetto definitivo”; inoltre, ai sensi dell'art. 26 del medesimo regolamento, tra le relazioni tecniche e specialistiche al progetto definitivo figura alla lettera a), proprio la relazione geologica che, di conseguenza, non può mancare come autonomo elaborato anche del progetto esecutivo. Va specificato che il richiamo alla nozione di “relazioni tecniche e specialistiche” di cui alla rubrica dell'art. 26, va inteso in senso complementare e non alternativo, essendo tale accezione opponibile solo al più ampio elaborato costituito dalla relazione generale, che potrebbe avere anche contenuti non tecnici, oltre, che, per definizione, non specialistici. Riprova di tale assunto è che l'art. 35 del regolamento non contiene anche l'espressione relazioni tecniche (ma solo relazioni specialistiche), sebbene queste abbiano finalità illustrativa di aspetti modificativi e di dettaglio del progetto definitivo che non possono non riguardare anche profili tecnici, come proprio quello geologico (...). A ben vedere, tale esigenza, dal punto di vista logico- funzionale, è imposta anche dal rapporto di stretta simmetria e differenziazione esistente tra i vari stadi di progettazione considerati; invero, fin dalla

legislazione in materia di lavori pubblici del 1994, si è evidenziata la preferenza del legislatore per una progettazione in progress, cioè per livelli successivi di approfondimento, in cui il vincolo esistente tra i vari livelli, di natura funzionale, è destinato a risolversi nella progettazione esecutiva, che costituisce la conclusione di un percorso armonico che racchiude tutte le fasi che in essa si finiscono per ritrovarsi. Ebbene, urterebbe con tale costruzione la possibilità in alcune fasi di progettazione di segnare il passo rispetto al livello successivo di differenziazione, in violazione dell'autonomia funzionale riconosciuta ai vari livelli».

Ritenuta la necessità della presenza delle relazione geologica anche nella progettazione esecutiva, quanto all'inapplicabilità del meccanismo di eterointegrazione della *lex specialis*, in riferimento alle norme prescrittive sul contenuto dei livelli di progettazione e relazioni a corredo, è sufficiente rinviare a quanto di recente opinato dalla Sezione, secondo cui «alla luce della riforma recata dal d.l. n. 70/2011, di sostanziale riscrittura dell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, si rivela ormai superata l'esigenza di qualificare in termini di eterointegrazione il rapporto di completamento tra disposizioni della *lex specialis*, di fonte provvedimentale, e norme giuridiche primarie e secondarie che devono ora trovare applicazione al procedimento specifico, a prescindere dal loro richiamo nel bando o nel disciplinare; invero, lo spirito della riforma del 2011 è stato quello di riconoscere efficacia precettiva immediata alla *voluntas legis*, disancorandola del tutto da qualsiasi determinazione della stazione appaltante a cui è stato, infatti, espressamente inibito ogni potere, discrezionale e tecnico- discrezionale, di modifica di principi e precetti specifici che il legislatore ha riservato a sé ed alla fonte di produzione normativa. Il superamento della logica di eterointegrazione, impone di ritenere che, innanzitutto, a presidio del procedimento di gara esistono le norme giuridiche, rispetto alle quali la determinazioni amministrative possono, queste, ritenersi integrative o, al più meramente specificative di quelle, senza che ne possano in alcun

modo limitarne l'ambito applicativo, nemmeno come ragione di possibili dubbi interpretativi. In altri termini, è alla norma che l'interprete deve guardare nel momento in cui deve assumere il parametro di legittimità di una decisione della stazione appaltante in materia di procedimenti di gara» (TAR Campania, Napoli I Sezione, 8 aprile 2014 n. 2010).

Relativamente alla seconda argomentazione difensiva, evidenzia il Collegio che l'insussistenza di modifiche rilevanti dal punto di vista geologico tra la progettazione definitiva posta a base di gara e quella di livello esecutivo oggetto di offerta tecnica, non consente di superare il criterio di rigida simmetria imposto dalla norma di riferimento, come rilevato nel richiamato precedente della Sezione, non potendosi giammai prescindere dal contributo del geologo, foss'anche quello di verificare e confermare che le previsioni progettuali oggetto di offerta tecnica del concorrente dal punto di vista geologico non implicano modificazioni rispetto alla progettazione definitiva; ciò a fortiori, per opere come quelle per cui è processo in cui la componente geologica assume un ruolo determinante ai fini della realizzabilità stessa dell'intervento progettato.

E' appena il caso di aggiungere che trattandosi di un profilo di grave incompletezza dell'offerta tecnica, tale da minarne funditus l'affidabilità e la valutabilità, nessuna possibilità di soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento sarebbe stato possibile attivare in favore della ricorrente principale, che avrebbe dovuto senz'altro essere esclusa dalla gara.

In conclusione, in accoglimento del ricorso incidentale devono essere annullati gli atti con cui la Nikante Costruzioni s.r.l. è stata ammessa alla gara e collocata al secondo posto in graduatoria, con conseguente inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

Per la particolarità delle questioni esaminate sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali, ad eccezione del contributo unificato versato per il

ricorso incidentale che va rimborsato alla F.e C. s.r.l. ricorrente incidentale dal Comune di Foiano Val Fortore e dalla Nikante Costruzioni s.r.l. in parti uguali

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto dichiara inammissibile il ricorso principale. Spese compensate ad eccezione del contributo unificato versato per il ricorso incidentale che va rimborsato alla F.e C. s.r.l. ricorrente incidentale dal Comune di Foiano Val Fortore e dalla Nikante Costruzioni s.r.l. in parti uguali

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2015

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2015

IL SEGRETARIO

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