

CGARS, Sezione Giurisdizionale, Sentenza n. 445 del 3 luglio 2024

Appalto integrato – Omessa sottoscrizione offerta tecnica da parte dei progettisti – Esclusione dalla gara – Legittimità

Pubblicato il 03/07/2024

N. 00445/2024REG.PROV.COLL.

N. 00175/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 175 del 2024, proposto dalla (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Città Metropolitana di (...), in persona del Sindaco metropolitano *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, del Ministero (...), in persona del Ministro *pro tempore*, e dell'Assessorato

Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), n. 304/2024, resa tra le parti, depositata il 22 gennaio 2024, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 1982/2023;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della (...) s.r.l., della Città Metropolitana di (...), della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero (...) e dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità-(-...);

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 73 del 2024;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2024, il consigliere Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato (...), l'avvocato (...), l'avvocato (...), l'avvocato (...), l'avvocato (...), su delega dell'avvocato (...), e l'avvocato dello Stato (...);

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, notificato il 24 ottobre 2023 e depositato il giorno successivo, la (...) s.r.l. esponeva di aver partecipato alla procedura aperta, indetta dalla Città metropolitana di (...), per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di messa in sicurezza dell'edificio scolastico "Archimede"; precisava altresì di essersi collocata al secondo posto della graduatoria, e che l'appalto in questione era

stato aggiudicato alla (...) s.r.l..

2. La ricorrente, a seguito del rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela, impugnava:

a) il verbale di gara n. 13/07/G del 22 agosto 2023, contenente la proposta di aggiudicazione;

b) il verbale di gara n. 13/01/G del 24 luglio 2023, di apertura dell'offerta tecnica della (...), laddove non era stata disposta l'esclusione della medesima;

c) la determinazione dirigenziale della Città metropolitana di (...) n. 3549 del 14 settembre 2023, di aggiudicazione dell'appalto *de quo* alla (...) s.r.l.;

d) la nota della commissione di gara del 13 ottobre 2023, di rigetto dell'istanza di autotutela, nonché le note di trasmissione prot. n. 137777 del 19 ottobre 2023 e prot. n. 37380 del 19 ottobre 2023.

2.1. La ricorrente chiedeva, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché il subentro nel contratto medesimo.

3. Il ricorso di primo grado era articolato in un unico motivo, con il quale la (...) s.r.l. lamentava il difetto di istruttoria e di motivazione, la violazione dell'art. 83 del decreto legislativo n. 50/2016, la violazione del disciplinare di gara, contraddittorietà, essendo *«pacifico ed incontestato che i progettisti indicati dal concorrente (...) s.r.l. non hanno sottoscritto l'offerta tecnica contenente le proposte migliorative rispetto al progetto definitivo, da far confluire all'interno del progetto esecutivo»* (pag. 6 del ricorso), in violazione di quanto espressamente previsto dal disciplinare di gara a pena di esclusione; in particolare *«il problema che si pone non è se l'offerta tecnica sia riferibile o meno alla soc. (...) s.r.l. ma se le proposte progettuali, che potevano promanare solo da un soggetto dotato della relativa qualificazione, competenza ed esperienza, siano o meno scientificamente e tecnicamente valide. L'omessa sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del progettista, prevista tra l'altro dal disciplinare di gara a pena di esclusione, la priva di una sua parte essenziale che è costituita dalla garanzia della tutela, serietà e sostenibilità delle soluzioni tecniche proposte, comportando l'assenza di assunzione di responsabilità tecnica da parte del progettista»* (pag. 8

del ricorso).

4. Si costituivano, nel giudizio di primo grado, la (...) s.r.l., la Città Metropolitana di (...), l'Assessorato regionale delle infrastrutture e dei trasporti-Ufficio regionale espletamento gare appalti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero (...), chiedendo tutti il rigetto del ricorso; la (...) eccepiva, altresì, la tardività del ricorso, e le amministrazioni statali e regionali eccepivano il loro difetto di legittimazione passiva.

5. Con ricorso incidentale notificato il 23 novembre 2023 e depositato il 7 dicembre 2023 la (...) s.r.l. impugnava tutti gli atti ed i verbali di gara, in seduta pubblica e riservata, nonché la determina dirigenziale della Città Metropolitana di (...) n. 3549/2023, nella parte in cui era stata valutata come ammissibile l'offerta tecnica della (...) s.r.l., la quale invece avrebbe dovuto essere esclusa; in subordine i predetti atti erano impugnati nella parte in cui era stata assegnata alla menzionata offerta tecnica il punteggio massimo di 8 punti in relazione al sub-criterio A1, piuttosto che 0 punti, e, quindi, nella parte in cui la (...) s.r.l. era stata collocata al secondo posto della graduatoria.

6. Il ricorso incidentale era articolato in un unico motivo, con il quale la (...) s.r.l. lamentava la violazione dell'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, del punto II.2.7) del bando di gara e delle previsioni del disciplinare di gara prescrittive del divieto di varianti alle caratteristiche tecnico-progettuali stabilite nel progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, violazione della *par condicio*, violazione del principio di autovincolo, carenza di motivazione e difetto di istruttoria, avendo la (...) s.r.l. - in violazione del divieto prescritto dalla *lex specialis* a pena di esclusione - «*proposto in sede di offerta tecnica delle sostanziali varianti al progetto posto a base di gara con riferimento al sistema di rinforzo sismico degli elementi in calcestruzzo armato mediante l'applicazione di fibre FRP già stabilito dall'Amministrazione in sede di approvazione del Progetto di Fattibilità Tecnica ed Economica [...]. In particolare, ai fini del rinforzo sismico degli elementi in calcestruzzo armato la società (...) ha proposto un sistema*

totalmente diverso dal punto di vista progettuale, ovvero sia il c.d. sistema CAM che prevede la cucitura attiva dei manufatti e delle strutture con nastri di acciaio inox, un sistema quindi sostanzialmente differente più impattante, complesso e particolarmente invasivo [...]» (pag.7 del ricorso incidentale).

7. Il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, con la gravata sentenza n. 304 del 2024, ha:

a) dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità-(...);

b) respinto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero (...);

c) respinto l'eccezione di tardività del ricorso principale;

d) accolto il ricorso principale e, per l'effetto ha:

d.1) annullato: i) la determinazione della Città metropolitana di (...) n.3549 del 14 settembre 2023, di aggiudicazione dell'appalto; ii) la nota della commissione di gara del 13 ottobre 2023 di rigetto dell'istanza di autotutela;

e) respinto il ricorso incidentale;

f) compensato le spese di lite.

8. Con ricorso in appello notificato il 17 febbraio 2024 e depositato il 20 febbraio 2024, contenente altresì domanda cautelare, la (...) s.r.l. ha impugnato la predetta sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 304 del 2024, lamentando l'erroneità della sentenza di prime cure, laddove il T.a.r. ha:

a) accolto il ricorso principale (primo motivo d'appello);

b) respinto il ricorso incidentale (secondo motivo d'appello).

9. Nel presente giudizio si sono costituite:

a) la (...) s.r.l., con atto di costituzione del 22 febbraio 2024, chiedendo il rigetto del gravame; la predetta società ha poi illustrato compiutamente le proprie difese con successiva memoria del 26 febbraio 2024;

b) la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero (...), e l'Assessorato

regionale infrastrutture e mobilità-(...), con unico atto di costituzione del 26 febbraio 2024, evidenziando il giudicato formatosi sulla declaratoria di difetto di legittimazione passiva dell'amministrazione regionale, nonché la sostanziale estraneità delle amministrazioni statali rispetto ai fatti di causa;

c) la Città Metropolitana di (...), con memoria del 27 febbraio 2024, chiedendo l'accoglimento dell'appello, e precisando contestualmente di non voler proporre impugnazione incidentale (cfr. pag. 2 della memoria).

10. La Sezione, con ordinanza cautelare n. 73 del 4 marzo 2024, ha accolto l'istanza cautelare, al solo fine *«di garantire che i lavori de quibus continuino ad essere medio tempore portati avanti dal medesimo soggetto (...), senza soluzione di continuità»*.

11. La (...) s.r.l., in data 4 aprile 2024, ha presentato istanza di revoca dell'ordinanza cautelare, istanza successivamente rinunciata alla camera di consiglio del 18 aprile 2024.

12. La Città metropolitana di (...), con memoria del 24 maggio 2024, ha insistito per l'accoglimento dell'appello ed ha chiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo ai sensi dell'art. 119, comma 5, c.p.a..

13. La (...) s.r.l., con memoria del 9 giugno 2024, ha insistito per il rigetto del gravame.

14. La (...) s.r.l., con memoria del 10 giugno 2024, ha ribadito le conclusioni già dedotte nell'appello.

15. La (...) s.r.l. e la (...) s.r.l., rispettivamente in data 13 e 14 giugno 2024, hanno presentato memorie di replica, insistendo ciascuna parte nelle rispettive difese.

16. All'udienza pubblica del 26 giugno 2024 – anticipata a tale data con decreto presidenziale del 12 aprile 2024, in accoglimento della relativa istanza presentata dalla Città Metropolitana di (...) - la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

17. Premesso che l'esigenza della parte, alla base dell'istanza di pubblicazione anticipata del dispositivo, può essere più compiutamente soddisfatta con la

pubblicazione della sentenza nella sua integralità, nei termini previsti dall'art. 119, comma 5, c.p.a., il Collegio osserva, in via preliminare, che si è parzialmente formato il giudicato interno sulla sentenza impugnata, nella parte in cui il T.a.r. ha: *i)* dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità-...; *ii)* respinto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero (...); *iii)* respinto l'eccezione di tardività del ricorso principale.

18. Venendo ora all'esame del primo motivo d'appello, il Collegio ne rileva l'infondatezza.

18.1. Infatti:

a) in linea generale la Sezione, in tema di sottoscrizione del progettista, intende dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale, correttamente valorizzato dal T.a.r., che ritiene necessaria tale sottoscrizione qualora si verta, come nel presente caso, di appalti che prevedano non solo l'esecuzione di lavori pubblici, ma anche la relativa progettazione, poiché: *«Mentre infatti la sottoscrizione dell'offerta da parte del concorrente costituisce la manifestazione volitiva dell'impegno dallo stesso assunto in ordine agli obblighi che da essa discendono, a garanzia della serietà e della vincolatività della medesima offerta, la sottoscrizione degli elaborati tecnici da parte di soggetto all'uopo qualificato ed abilitato rappresenta l'attestazione da parte di soggetto in possesso della necessaria competenza professionale e specialistica della rispondenza dei contenuti migliorativi - e quindi intrinsecamente innovativi rispetto al progetto esecutivo posto a base di gara - dell'offerta alle pertinenti norme tecniche, quale solo un soggetto in possesso della prescritta abilitazione è in grado di formulare»* (Cons. Stato, sez. III, n. 4589 del 2023);

b) la necessaria sottoscrizione del progettista nei casi sopra indicati comporta che, in mancanza della predetta sottoscrizione, l'offerta tecnica – che contenga in ipotesi un progetto anche solo in parte diverso da quello posto dalla stazione appaltante a base di gara – non possa essere qualificata come tale, con la conseguenza che la concorrente deve comunque essere esclusa dalla procedura ad

evidenza pubblica, quantomeno in presenza di un'espressa previsione in tal senso della *lex specialis*, senza peraltro potersi attivare il soccorso istruttorio, trattandosi di carenze relative all'offerta tecnica;

c) nel presente caso la necessità della sottoscrizione del progettista era espressamente indicata, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara (cfr. pagine 28 e 29), sicché non v'è luogo in questa sede a valutare cosa sarebbe dovuto accadere in caso di difetto di tale indicazione;

d) in punto di fatto emerge *per tabulas* che:

d.1) i progettisti indicati dalla (...) (lo (...) s.r.l., l'ing. (...), il geol. (...) e l'ing. (...)) avevano sottoscritto, in data 23 giugno 2023, la sola dichiarazione di impegno a costituire un raggruppamento temporaneo di professionisti in caso di aggiudicazione dell'appalto (doc. 16 depositato in primo grado dalla Città metropolitana di (...));

d.2) soltanto in data 14 novembre 2023, ovvero successivamente all'aggiudicazione dell'appalto, la (...) «ha trasmesso la progettazione definitiva che come specificato nell'offerta tecnica e nel rispetto di essa è stata integralmente posta in essere dallo (...) s.r.l. e sottoscritta dal suo legale rappresentante (Ing. (...)) e da tutti i professionisti indicati nell'offerta tecnica e di cui lo (...) ha dichiarato di volersi avvalere (Ing. (...), Ing. (...), Geol. (...)) e già indicati nel DGUE, il tutto in conformità alla dichiarazione d'impegno allegata all'offerta della (...) srl e sottoscritta anche dai predetti professionisti indicati» (pag. 6 della memoria della (...), depositata in primo grado il 5 dicembre 2023);

d.3) la stessa (...) ha espressamente affermato di aver presentato un'offerta tecnica non sottoscritta dal progettista (cfr. pag. 9, penultimo capoverso, della memoria della (...), depositata in primo grado il 5 dicembre 2023).

18.2. Il primo motivo d'appello deve pertanto essere respinto, con conseguente parziale conferma della sentenza del T.a.r., nella parte in cui il primo giudice ha accolto il ricorso principale della (...) s.r.l. e ha annullato la determinazione della Città Metropolitana di (...) n. 3549 del 14 settembre 2023, di aggiudicazione

dell'appalto in favore della (...) s.r.l.

19. Il secondo motivo d'appello è invece fondato.

19.1. Infatti:

a) il disciplinare di gara ha vietato, a pena di esclusione, l'offerta tecnica che contenga varianti al progetto (pag. 28 del disciplinare);

b) in linea generale, ai fini della distinzione tra una miglioria ammessa ed una variante inammissibile, il Collegio rileva che, come già è stato condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza, *«le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante»* (Cons. Stato, sez. V, n. 7602 del 2021);

c) nel presente caso la relazione generale al progetto di fattibilità tecnico-economica (doc. 4 depositato dalla Città metropolitana di (...) in primo grado in data 29 novembre 2023) aveva previsto espressamente il sistema di rinforzo sismico c.d. *FRP-Fiber Reinforced Polymer*. *«Secondariamente, allo scopo di intervenire per la carenza di dettagli costruttivi negli elementi strutturali dell'edificio oggetto di intervento, la proposta progettuale prevede di rinforzare alcuni elementi in calcestruzzo armato (nodi) con sistemi FRP-Fiber Reinforced Polymer.»* (cfr. pag. 7);

d) non è contestato tra le parti che, come affermato dalla (...) nel ricorso incidentale, la (...) abbia proposto, quale sistema di rinforzo sismico, non il predetto sistema FRP, bensì il sistema c.d. "CAM", analiticamente descritto nella relazione tecnica di parte depositata dalla (...) in primo grado (cfr. pag. 9 del doc. 4 depositato il 7 dicembre 2023): *«L'elemento principale del sistema CAM è il nastro metallico ad alte prestazioni che, chiuso su se stesso attraverso degli elementi di giunzione, realizza*

delle cerchiature intensione che opportunamente disposte sulle strutture inducono un confinamento tridimensionale attivo che tende a riportare lo stato tensionale del materiale ad una configurazione di tipo idrostatico»;

e) sulla base del criterio distintivo sopra esposto, il sistema c.d. CAM - stante la sua diversità rispetto al sistema c.d. FRP – non può essere qualificato come una semplice miglioria, dovendo invece essere inteso come una vera e propria variante al progetto, come tale non ammessa.

19.2. Il secondo motivo deve quindi essere accolto.

20. In definitiva il primo motivo d'appello deve essere respinto, mentre il secondo motivo d'appello deve essere accolto per quanto sopra esposto: per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata (che per il resto resta confermata), deve essere accolto il ricorso incidentale proposto in primo grado, con conseguente esclusione dalla gara *de qua* anche della (...) s.r.l..

21. Stante la sostanziale reciproca soccombenza tra le parti private, le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 175/2024, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo accoglie, nei sensi e limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso incidentale proposto in primo grado, con conseguente esclusione dalla gara *de qua* anche della (...) s.r.l., ferma restando l'esclusione dalla gara della (...) s.r.l., già disposta dal T.a.r..

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

Antonino Caleca, Consigliere

Paola La Ganga, Consigliere

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO