

Tar Valle d'Aosta Ordinanza n. 21 dell'11 luglio 2017

Appalti pubblici - Divieto di commistione tra progettista ed esecutore dell'appalto ex art. 24 co. 7 del D.lgs. 50/2017

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 33 del 2017, proposto da:

Bertini Aosta S.r.l., Bertini S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentati e difesi dagli avvocati con domicilio eletto , per legge,
presso il Tar Valle d'Aosta;

contro

Monterosa Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati, con domicilio eletto, per legge, presso il Tar Valle d'Aosta;

nei confronti di

Costruzioni Stradali B.G.F. S.r.l., in RTI con Cogeis S.P.A e Ivies S.p.A in persona
del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati, con
domicilio eletto presso lo studio in Aosta, via Losanna 5;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

e previa concessione di misure monocratiche ex art.56 c.p.a.

- della decisione in data 16.06.17, comunicata all'esponente in pari data, con cui il
Presidente di Monterosa s.p.a. ha approvato la proposta di aggiudicazione a favore

del raggruppamento controinteressato “della procedura aperta ai sensi degli articoli 60 e 95 del D.Lgs 50/2016 per l'affidamento degli interventi di realizzazione del bacino di innevamento <Alpe Forca> in Comune di Ayas, località Frachey” (doc.1);

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresi il bando di gara (doc.2), nella parte e comunque per la subordinata ipotesi descritta al I motivo di ricorso, i verbali di gara (doc.3), l'atto di consegna anticipata dei lavori, ove disposta, nonché il contratto, ove già stipulato, del quale si domanda la declaratoria di inefficacia ex artt.121 e 122 c.p.a. ed il relativo subentro;
- nonché per il risarcimento del danno ingiusto patito e patiendo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Monterosa Spa e di Costruzioni Stradali B.G.F. S.r.l.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2017 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A)GIURISDIZIONE.

Previamente va esaminata la questione di giurisdizione, eccepita dalle controparti.

L'impugnata aggiudicazione si riferisce alla realizzazione di “lavori” , affidati da Monterosa spa , con procedura ad evidenza pubblica, tramite risorse regionali, per l'ammontare di euro 5.200.000.

Trattasi di un bacino/invaso la cui realizzazione è stata concepita e progettata per consentire l'innevamento artificiale di piste da sci, di cui la società per azioni Monterosa spa (partecipata dalla finanziaria regionale al 98%, Finaosta) è concessionaria (impianti a fune).

Sussiste “autovincolo” per l'applicazione delle norme del Codice appalti (cfr. punto II Bando), elemento che, peraltro, non è idoneo a “spostare” la giurisdizione (come è già stato evidenziato da AP CdS n. 16/2011).

Ciò che radica la giurisdizione innanzi al giudice amministrativo, con rigetto delle eccezioni delle controparti, è l'analisi delle norme contenute nel nuovo Codice appalti 50/2016.

Si evidenzia fin d'ora, che la giurisprudenza richiamata dalle controparti non può considerarsi dirimente per due motivi:

-in primo luogo la pronuncia del CdS n. 497/2015, inerente ad un caso (solo apparentemente) “gemello”, che si è allineata alla precedente A.P. CdS n.16/2011, così come quest'ultima decisione (che si riferisce ad una controversia contro l' ENI), sono sentenze che risolvono controversie sorte in regime del previgente Codice 163/2006;

-inoltre il caso esaminato da CdS n. 497/2015 (proveniente da un contenzioso aostano, concernente un bacino da realizzarsi da Cervino spa) si riferiva ad un appalto specificamente “finanziato da fondi propri” (cfr. punto III.1.2 pag. 3/6 del Bando Cervino, doc. 18), e quindi diversamente caratterizzato, rispetto al quale la problematica della giurisdizione era sorta (solo) in appello.

Questi elementi, differenziati, non possono rendere meramente “sovrapponibili” i relativi contenziosi.

Occorre dunque analizzare, ai fini della verifica della sussistenza della giurisdizione, definita come esclusiva ex art. 133 lett. e) punto 1) del cpa, se l'attività ad evidenza pubblica compiuta da Monterosa spa sia inquadrabile come affidamento “svolto da

soggetto <comunque tenuto> nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica" (così come si esprime la norma).

Dunque va verificato se le norme pubblicistiche debbano essere applicate per legge (con effetti sulla giurisdizione) e non solo per autovincolo.

Per definire la sussistenza dell'obbligo "ex lege" (e non per mera autodisciplina facoltativa e volontaria) occorre considerare le norme del (nuovo) Codice appalti 50/2016 che definiscono una pluralità di categorie tenute ad applicare la disciplina ad evidenza pubblica.

In particolare l' art. 1 (nel vecchio Codice la disciplina era contenuta nell'art. 32, in versione diversa), ove il legislatore ha voluto individuare, fra le diverse tipologie di "lavori", due fattispecie, all'interno del 2° comma, che sono rilevanti nel nostro caso: -alla lett. a) una definizione articolata riferita a lavori (determinati nell'oggetto) conferiti da committenti non soggettivamente individuati, ma i cui lavori risultano caratterizzati da due elementi quantitativi economici (due soglie monetarie); -alla lett. d) lavori pubblici (indeterminati nell'oggetto) affidati da soggetti soggettivamente individuati, "concessionari di servizi", ma solo qualora essi siano "strettamente strumentali" alla gestione del servizio (e le opere pubbliche diventino di proprietà dell'Amministrazione aggiudicatrice).

Trattasi di due ipotesi "autonome" che vanno interpretate in modo indipendente l'una dall'altra. Dunque la prima ipotesi (lett. a) non deve subire condizionamenti in riferimento al vincolo di strumentalità posto alla successiva lett. d).

Il Collegio ritiene di ritenere applicabile, al caso di specie, la lett. a) punto 2 dell'art. 1 del Codice 50/2016.

Tale norma impone l'applicazione delle norme pubblicistiche in caso di sussistenza di una duplice condizione (che deve essere riscontrata in forma "abbinata"):

*appalti di lavori che superino 1 milione di euro e che siano “sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici”;

*ma solo qualora tali appalti si riferiscano a lavori determinati in peculiari “settori” (indicati sub nn. 1 e 2); il punto 1 contempla , rendendoli rilevanti, i “lavori di Genio civile di cui all’Allegato I” (il punto 2 si riferisce, invece, agli “edifici destinati a funzioni pubbliche”) .

Dunque la prima condizione è ampia e si correla, essenzialmente, al requisito finanziario delle “fonti” utilizzate (risorse pubbliche), in quota maggioritaria.

Nel caso di specie la condizione è soddisfatta, nella sua duplice articolazione, in quanto:

§trattasi di lavori superiori a 1 milione di euro (5.200.000 totali, come rinvenibile da bando e comunque superiore ai 3.300.000 anche con riferimento alla sola categoria principale) ;

§trattasi di opere che sono finanziate dalla Regione Valle d’Aosta, in quanto il bando, all’articolo XXVIII, pag. 24/24, al punto 10, indica esplicitamente che la stazione appaltante ha ottenuto finanziamenti pubblici dalla Regione Valle d’Aosta (dunque non opera “autofinanziata” da Monterosa spa, come invece lo era il caso del contenzioso relativo all’invaso di Cervino spa, oggetto della sentenza CdS n. 497/2015) .

La seconda condizione che deve “concorrere” , di portata limitativa, restringe l’ambito di operatività della norma optando per una “elencazione tabellare” dei lavori reputati rilevanti per l’assoggettamento alla disciplina codistica che regola gli appalti pubblici.

Il legislatore richiamando l’Allegato 1 (alla lett. a del punto 1, 2° comma dell’art. 1) formula un’elencazione riferita ad una serie di molteplici tipologie ed attività.

L'elenco che è stato redatto e richiamato distingue per “categorie” e “sottocategorie” i lavori rilevanti (di contenuto estremamente ampio); tra questi si rinvencono tipologie di opere rilevanti ai nostri fini.

Ci si riferisce, in particolare, a:

45.24 “costruzione di opere idrauliche”: dighe e sbarramenti, lavori di dragaggio, lavori sotterranei;

45.11 movimento terra: scavo, riporto, spianamento; drenaggio di terreni agricoli e forestali;

45.25 “altri lavori speciali di costruzione”: lavori di costruzione edili e di genio civile da parte di imprese specializzate in un aspetto comune a vari tipi di costruzione, che richiedono capacità o attrezzature particolari; lavori di fondazione; perforazione e costruzione di pozzi d'acqua, lo scavo di pozzi;

45.23 lavori di costruzione piscine;

45.31 Installazione di impianti elettrici: installazione in edifici o altre opere di costruzione di cavi e raccordi elettrici.

Occorre creare un dettagliato collegamento fra fattispecie astratta (Tabella 1) e opera in concreto commissionata.

Vanno dunque evidenziati quali sono i lavori oggetto di contratto (cfr. Bando punto V requisiti speciali, pag. 4/24):

-prevalente: “opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica, Cat. OG8-IV bis” (per 3.335.730);

-scorporabili: “impermeabilizzazioni, acquedotti, opere di irrigazione e di evacuazione, edifici civili OG1 III, OS8 III, OG 6 II”.

Trattasi di lavori che rientrano a pieno titolo nell'All. 1 (nelle varie e diverse articolazioni sopra riportate).

Per ulteriori riscontri si richiama la Relazione dell'aggiudicataria ove, al punto 2.3.7 “consulenza tecnica” si svolge una chiara elencazione delle opere necessarie per la

realizzazione dell'invaso (comprensivi di trincee drenanti, canali, drenaggi..., pag. 7/16).

Il Collegio ritiene, quindi, che la realizzazione di un vaso/bacino di tal portata (stoccaggio di 127.120 metri cubi di acqua), contenimento e suo sfruttamento per l'innervamento artificiale delle piste da sci, finanziato dalla Regione per 5.200.000 euro, rientri nella complessa disposizione normativa (art. 1 comma 2° lett. a) punto 1), che impone l'applicazione delle norme codicistiche di evidenza pubblica.

Oltretutto l'opera, si segnala solo come "ulteriore" profilo (anche se non necessario), si configura "anche" come affidata da un concessionario di servizi (trasporto a fune) e strumentale alla gestione del servizio (realizzazione di neve artificiale per innevare piste strettamente funzionali all'esercizio dell'impianto).

Dunque con possibile rilevanza, anche, come opera inquadrabile nella (ulteriore e diversa) lett. d) dello stesso art. 1, per la realizzazione dell'invaso funzionale e strumentale alla gestione del servizio da parte del concessionario.

B) FUMUS BONI JURIS.

Per quanto concerne le contestazioni formulate il Collegio rileva che la questione posta con il secondo motivo di ricorso, avverso l'ammissione della controinteressata aggiudicataria, sia da considerarsi prevalente ed assorbente (il primo motivo mirava ad ottenere un maggior punteggio in riferimento all'Allegato1, elaborato illustrativo dell'intervento e dell'allestimento del cantiere).

L'aggiudicatario esecutore delle opere avrebbe dovuto redigere la "progettazione costruttiva strutturale delle opere civili".

Il RTI aggiudicatario ha indicato come "responsabile del team di progettazione" l'ing. Fiou.

Tale professionista è colui che ha redatto il progetto, su incarico della Monterosa spa, stazione appaltante.

Il professionista è una figura di primo piano nell'organigramma e rappresenta l'elemento di forza per la "consulenza tecnica" (si veda punto 2.3.7 della relazione-offerta BGF) , unitamente al geologo Luboz.

Sostanzialmente il concorrente aggiudicatario dispone fra i propri consulenti l'ingegnere che ha redatto (insieme al dott. Forestale Ceriani) il progetto posto a base di gara per incarico di Monterosa spa.

Con evidente e palese violazione dell'art. 24 comma 7 del Codice 50/2016 che impone che gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione (norma che estende il principio, di terzietà, anche al soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione nonché ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti).

Il legislatore ha disposto, come unica possibilità di deroga, l'inapplicabilità del divieto laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione <non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la **concorrenza** con gli altri operatori>.

Ma, nel caso di specie, in considerazione del ruolo fondamentale assunto dall'ing. Fiou nella fase di progettazione (unico ingegnere, unitamente al dott. Forestale), si è venuta a creare, con la sua individuazione da parte di BGF come progettista nella fase esecutiva delle opere, una situazione di evidente conflitto di interesse, vietato per legge.

Non solo "potenziale", elemento che già sarebbe sufficiente, volendo la norma evitare in via preventiva situazioni di contrasto eventuale, ma anche in considerazione della posizione rilevante che il progettista avrebbe dovuto assumere in sede di controllo della congruità e corrispondenza dell'opera.

Si rammenta, inoltre, che il bando prevede (pag. 12/24) che le soluzioni progettuali migliorative vanno “validate in contraddittorio con il progettista dell’opera”.

Il doppio ruolo del progettista incide pure sulla “capacità” di formulare <proposte migliorative> rispetto al progetto (da esso stesso redatto) posto dalla stazione appaltante-Monterosa spa a base di gara.

Ne consegue che l’ammissione alla gara dell’aggiudicataria , contestata dalla ricorrente, risulta illegittima per violazione, in sede di formulazione dell’offerta tecnico-professionale, del divieto di commistione fra progettista ed esecutore che si è avvalso del medesimo progettista ing. Fiou. Situazione che concretizza un conflitto di interessi non tollerabile e contrastante con il divieto normativo.

Per l’effetto l’ammissione dell’aggiudicataria va sospesa (sussistendo il divieto di partecipazione del progettista).

Ultimo cenno in riferimento all’ulteriore profilo inerente l’avvenuta consegna anticipata (disposta il 20 giugno 2017, con inizio delle opere), peraltro già sospesa in forza del decreto monocratico presidenziale n. 19 del 3.7.2017 (il termine dilatorio di 35 giorni per la sottoscrizione del contratto sarebbe scaduto il 21.7.2017).

Tale “scelta” del committente , d’intesa con l’aggiudicataria, non costituisce impedimento al possibile subentro anche in tale posizione “urgente” da parte della ricorrente, al fine di salvaguardare la soddisfazione dell’interesse pubblico alla rapida realizzazione dell’opera (che Monterosa intendeva attuare in 180 giorni , entro l’avvio della stagione sciistica 2017/18).

La stazione appaltante, a seguito della sospensione della disposta aggiudicazione, recependo l’esclusione, avrà titolo , in caso di effettiva sussistenza di profili d’urgenza (dimostrata dalla intervenuta consegna anticipata), a disporre lo scorrimento della graduatoria in favore della ricorrente, collocatasi al secondo posto, con subentro nel relativo contratto (e previo espletamento delle necessarie verifiche).

In conclusione la domanda cautelare va accolta, con sospensione dell'ammissione di BGF nonché dei presupposti atti di gara (verbali della Commissione di ammissione), dell'aggiudicazione disposta in suo favore, del contratto e della relativa consegna dei lavori.

In considerazione della peculiarità del contenzioso e della giurisprudenza pregressa le spese della presente fase cautelare possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) Accoglie la domanda cautelare e per l'effetto:

- a) sospende i provvedimenti impugnati, come da motivazione;
- b) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 12 settembre 2017.

Compensa le spese della presente fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Carlo Buonauro, Consigliere

L'ESTENSORE
Grazia Flaim

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO