CdS, sezione V, sentenza n. 3435 del 7 luglio 2014

RTP – Frazionamento dell'attività di coordinamento per la sicurezza - Legittimità

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 numero di registro generale 9117 del 2013, proposto dalla s.p.a. Faver ,
rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio eletto presso il in
Roma,

contro

La s.r.l. General Construction, rappresentata e difesa dall'avvocato, con
domicilio eletto presso il suo studio, in Roma,

nei confronti di

La s.p.a. Acquedotto Pugliese, rappresentata e difesa dagli avvocati....., con
domicilio eletto presso il signor in Roma, via

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE II, n. 1195/2013, resa tra
le parti, concernente la procedura di affidamento dell'appalto integrato avente ad
oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori e delle forniture
necessarie per la sostituzione dell'ex condotta scendente per Troia - sistemazione
distribuzione idrica

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della General Costruction s.r.l. e dell'Acquedotto Pugliese s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2014 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Col ricorso n. 293 del 2013, la General Costruction s.r.l. impugnava davanti al TAR Puglia – sede di Bari gli atti della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 163 del 2006, dei lavori e delle forniture necessarie per la sostituzione ex condotta ascendente per Troia – sistema distribuzione idrica, indetta da Acquedotto Pugliese s.p.a. con bando pubblicato il 15 giugno 2012, nel quale si era classificata al secondo posto, dietro l'aggiudicataria Faver s.p.a.

2. Il TAR adito respingeva il ricorso incidentale di quest'ultima ed accoglieva invece il motivo del ricorso principale della General Costruction, diretto a contestare che i tubi in acciaio proposti dalla Faver per la realizzazione delle condutture, in luogo della ghisa sferoidale prevista dal progetto definitivo posto a gara, costituissero un'offerta migliorativa, annullando conseguentemente l'aggiudicazione in favore di quest'ultima.

3. La Faver ha proposto appello, nel quale censura tale capo di sentenza e ripropone tutti i motivi del proprio ricorso incidentale di primo grado.

Resiste all'appello la General Costruction, con memoria contenente gli altri motivi del ricorso principale, non esaminati dal TAR.

La Acquedotto Pugliese s.p.a. ha invece aderito all'appello della Faver.

All'udienza del 29 aprile 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Premesso che risulta ritualmente devoluto a questo giudice d'appello l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, devono essere esaminati con priorità i motivi del ricorso incidentale della Faver, da questa riproposti nel proprio appello, diretti a contestare l'ammissione (e la mancata esclusione d) alla gara della General Costruction, inerenti alternativamente il possesso dei necessari requisiti soggettivi di partecipazione o la carenza di elementi oggettivi nell'offerta da questa presentata.

Tale esame prioritario va effettuato in adesione ai principi espressi dall'Adunanza plenaria nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, a proposito dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nelle controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici (sul punto si rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm. al principio affermato al § 8.4.; negli stessi termini anche la precedente pronuncia dell'organo di nomofilachia della giurisdizione amministrativa del 30 gennaio 2014, n. 7, § 5).

Va sul punto precisato, peraltro, che anche la General Costruction ha formulato censure volte a contestare l'ammissione della contro interessata in primo grado.

Nondimeno, non si verte nell'ipotesi esaminata dalla Corte di Giustizia nella sentenza 4 luglio 2013 (in C-100/12), vale a dire di censure "incrociate" le quali, come poi chiarito nella predetta decisione dell'Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, impongono l'esame di entrambe le doglianze. Decisivo è in contrario il fatto che le parti contrapposte nel presente giudizio non sono le uniche due che

hanno formulato offerte nella procedura in contestazione (cfr. § 8.2.4. della sentenza dell'Adunanza plenaria).

2. Ciò precisato, innanzitutto va respinto il primo motivo d'appello, nel quale la Faver deduce la non corrispondenza tra quote partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione delle attività di progettazione del raggruppamento temporaneo di progettisti indicato dalla General Construction, in particolare per quanto concerne la posizione dell'ing. Luigi Petroni, il quale, a fronte del requisito tecnico del pregresso svolgimento di servizi di progettazione per i lavori oggetto del presente appalto, pari all'8%, ha dichiarato di partecipare al raggruppamento e di eseguire attività in misura maggiore.

Il motivo muove da un presupposto interpretativo erroneo.

Si assume in esso, infatti, che viga per i servizi di progettazione un rigido parallelismo tra le quote di partecipazione, i requisiti di qualificazione e le quote di esecuzione del contratto.

Tuttavia, a confutazione di tale assunto, come osserva la General Construction nella propria memoria conclusionale, occorre innanzitutto richiamare la già citata sentenza dell'Adunanza plenaria 30 gennaio 2014, n. 7 (in particolare ai §§ da 7.1. a 7.6.), che ha circoscritto tale parallelismo al solo settore degli appalti pubblici di lavori.

Nella pronuncia ora richiamata si è precisato che per le altre tipologie di appalti pubblici la legge (e precisamente l'art. 37, comma 4, cod. contratti pubblici) si limita ad imporre la specificazione delle prestazioni che ciascun soggetto raggruppato deve eseguire, fermo restando la necessità *“che ciascuna impresa deve essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella legge di gara”*.

2.1 Come peraltro deduce l'appellata General Construction, quest'ultima regola non si applica ai raggruppamenti temporanei di professionisti.

Per essi, l'art. 53, comma 3, cod. contratti pubblici, relativo agli appalti integrati, richiama la disciplina sulla qualificazione dei progettisti prevista per la progettazione ed i concorsi di progettazione. A sua volta, l'art. 90, comma 1, lett. g), richiamato dalla prima disposizione, rinvia all'art. 37 del medesimo codice, in quanto compatibile.

Oltre al difetto di compatibilità, quindi, il rinvio è *a fortiori* escluso se la disciplina concernente tali soggetti contiene specifiche disposizioni derogatorie di quella richiamata.

Ebbene, la disposizione derogatoria che nel caso di specie viene in rilievo è quella contenuta nell'art. 261, comma 7, del regolamento di esecuzione del codice dei contratti di cui al d.p.r. n. 207 del 2010, il quale prevede che per i raggruppamenti temporanei in questione *“i requisiti (...)tecnici (...)devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento”*; circostanza che nel caso di specie la Faver nemmeno contesta.

2.2 Va peraltro soggiunto che in sede di discussione orale il difensore della Faver ha dedotto la non corrispondenza tra le quote di partecipazione al predetto raggruppamento e le quote di esecuzione delle attività di progettazione.

Tuttavia, come eccepito dalla difesa della General Costruction, la censura è nuova e dunque inammissibile.

Ha controreplicato il patrono della Faver, sostenendo di averla già formulata nel ricorso incidentale di primo grado.

Osserva il Collegio che quand'anche ciò fosse avvenuto, il motivo così formulato in questa sede risulta comunque inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., visto che pacificamente non risulta dedotta nell'appello, nel quale si pone esclusivamente la questione, sopra esaminata, della non corrispondenza tra le quote di qualificazione da un lato e le quote di partecipazione e di esecuzione della progettazione dall'altro.

3. Con il secondo motivo, la Faver si duole che la General Costruction non sia stata esclusa, malgrado la stessa abbia frazionato tra due progettisti l'attività di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, ed abbia quindi attribuito la percentuale maggioritaria ad un progettista (ing. Maurizio De Vincenzi) non in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 t.u. sulla sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.

Anche questo motivo è infondato.

Contrariamente a quanto sostiene l'appellante, da nessuna disposizione del citato testo unico è ricavabile la regola secondo cui l'attività di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione è infrazionabile tra più soggetti.

In primo luogo, il fatto che l'art. 89, comma 1, lett. e), definisca detta figura come *“soggetto incaricato, dal committente o dal responsabile dei lavori, dell'esecuzione dei compiti di cui all'articolo 91”*, e che quindi, l'art. 90, comma 3, imponga al committente l'obbligo di designare *“il coordinatore per la progettazione”*, non implica che quest'ultimo debba necessariamente essere *“un unico soggetto”* (così nell'appello).

La formulazione delle norme in esame è infatti spiegabile con esigenze di tecnica redazionale della legge, ed in particolare con il fatto che il precetto normativo è stato riferito all'ipotesi di maggiore verificabilità in concreto, in cui l'incarico viene affidato al singolo professionista, senza che da ciò possa ricavarsi un divieto per l'ipotesi in cui i coordinatori per la progettazione siano più di uno.

Del pari non rileva il richiamo alle sanzioni penali contemplate nell'art. 158 del testo unico di cui al d.lgs. n. 81 del 2008, giacché per le relative fattispecie incriminatrici rilevano le norme generali sul concorso di persone nel reato previste agli artt. 110 e ss. cod. pen.

A smentita dell'assunto della Faver, va sottolineato che le attività inerenti l'incarico di coordinatore della sicurezza nella fase della progettazione, quali descritte nell'art. 91 d.lgs. n. 81 del 2008 (redazione del piano di sicurezza e coordinamento,

predisposizione del fascicolo adattato alle specifiche caratteristiche dell'opera, coordinamento sull'applicazione delle misure generali a tutela della sicurezza dei lavoratori) non sono per loro natura infrazionabili ed inoltre, come evidenzia l'appellata, possono costituire oggetto di affidamento *“per il tramite di una distinta procedura ad evidenza pubblica”* (così nella memoria costitutiva della General Construction), e precisamente ai sensi dell'art. 91 cod. contratti pubblici.

4. Con il terzo motivo la Faver sostiene che la miglioria *ex adverso* proposta al fine di ottimizzare l'alimentazione idrica, consistente in un tronco di condotta della lunghezza di 418 metri nella zona di espansione di Troia, località “Torrecchia”, sia carente di tutti gli elaborati richiesti dall'art. 24 d.p.r. n. 207/2010 per la progettazione definitiva, che invece a dire dell'appellante sarebbero stati richiesti, trattandosi di condotta da localizzare in senso trasversale rispetto a quella prevista nel progetto definitivo posto a gara, e dunque di una variante modificativa di quest'ultimo.

Con il quarto motivo la Faver ribadisce che la proposta migliorativa in questione rende l'offerta indeterminata, sostanziandosi in una modifica progettuale comportante la necessità di acquisire i necessari assensi amministrativi ai sensi dell'art. 97 d.lgs. n. 163/2006.

4.1 I motivi possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione.

Occorre al riguardo premettere che il tronco di condotta in questione è finalizzato all'ottimizzazione e alla razionalizzazione dell'alimentazione idrica dell'abitato e della zona di espansione in località Torrecchia, collocandosi dunque nell'ambito del pertinente sub-elemento di valutazione dell'offerta tecnica previsto dal disciplinare di gara (per un massimo di 15 punti).

Va ancora premesso che l'offerta della General Construction prevede che il tronco di condotta abbia origine da un pozzetto di diramazione della condotta principale e

giunga in prossimità dell'abitato del predetto centro, correndo lungo la via di Vagno.

Quanto alle previsioni rilevanti per la gara, l'art. 7 del disciplinare di gara, invocato dall'appellante, obbliga le concorrenti ad illustrare *“le proposte di varianti migliorative al progetto definitivo”* mediante apposita *“relazione tecnica e tavole grafiche”* (comma 1), soggiungendo che queste proposte *“dovranno essere redatte nel rispetto di tutte le norme vigenti e dovranno essere illustrate in maniera chiara e completa attraverso relazioni ed elaborati grafici che, laddove comportino modifiche rispetto al progetto definitivo posto a base di gara, potranno anche essere sostitutivi degli omologhi posti a base di gara”*.

4.2 Alla luce delle emergenze probatorie finora esaminate, i motivi d'appello sopra riassunti devono essere respinti.

Come già rilevato dal TAR, infatti, la proposta in contestazione non può essere considerata una variante rispetto al progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante, bensì un'offerta migliorativa. Ciò per la decisiva considerazione che il tronco di condotta in contestazione non determina alcuna modifica del tracciato dell'acquedotto, ma si innesta in quest'ultimo ed è finalizzato a migliorare il rifornimento idrico delle zone interessate dall'infrastruttura, in coerenza con la richiesta della stazione appaltante sottesa all'enucleazione del sopra citato sub-elemento di valutazione delle offerte tecniche.

In altri termini, l'amministrazione ha chiaramente predeterminato l'aspetto tecnico oggetto di valutazione del pregio delle offerte, a sua volta rispondente ai bisogni della collettività servita dall'infrastruttura acquedottistica, lasciando poi alle imprese concorrenti la definizione delle specifiche caratteristiche costruttive e tipologiche.

Non è dunque ravvisabile alcuna variante, ma un'offerta migliorativa sotto questo profilo di valutazione, come già chiarito dall'orientamento di questa Sezione per il quale costituiscono varianti ex art. 76 d.lgs. n. 163 del 2006 le modifiche progettuali e non già le soluzioni tecniche consentite proprio sulla base del

progetto predisposto dalla stazione appaltante e che non comportino uno stravolgimento dell'ideazione sottesa a quest'ultimo (sentenze 24 ottobre 2014, n. 819, 24 ottobre 2013, n. 5160, 17 settembre 2012, n. 4916).

Come infatti osservato nelle più recenti pronunce qui richiamate, queste ultime *“sono consustanziali alle procedure di affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*, come tipicamente sono gli appalti integrati, nel quale la finalità perseguita è quella di giovare degli apporti tecnici dei privati al fine di meglio conseguire gli obiettivi prestazionali prefigurati dall'amministrazione con il progetto posto a gara.

4.3 Non sussiste infine alcuna indeterminatezza dell'offerta, visto che la General Construction ha adeguatamente illustrato il tronco di condotta offerto quale miglioria nella relazione esplicativa all'uopo presentata e ne ha fornito la rappresentazione grafica mediante l'allegata planimetria, nel pieno rispetto quindi delle prescrizioni contenute nel citato art. 7, comma 1, del disciplinare di gara.

Non è inoltre provato l'assunto su cui si fonda la censura in esame, e cioè che la miglioria offerta si collochi su aree diverse da quelle su cui si è svolta la progettazione definitiva e si sono espresse le amministrazioni competenti in sede di conferenza di servizi, risultando per contro, come sottolinea la General Construction nella propria memoria di replica, che il tracciato della condotta si estende lungo la via di Vagno, che già rientra nella disponibilità dell'Acquedotto pugliese s.p.a. per la realizzazione dell'opera e sulla base della quale è stata sviluppata la progettazione definitiva.

5. Il rigetto dei motivi finora esaminati reca con sé l'accertamento della legittima ammissione di quest'ultima società alla procedura di gara oggetto del presente giudizio e dunque della legittimazione della stessa a contestare in giudizio l'ammissione e l'aggiudicazione in favore della Faver, con le censure articolate nel ricorso principale qui integralmente riproposte.

Va infatti dato atto che il quinto motivo dell'appello, con cui si ripropone l'ultimo motivo del ricorso incidentale di primo grado, è diretto a contrastare la contrapposta censura della General Costruction di illegittimità dell'ammissione della Faver.

Ciò in relazione al fatto che la società di ingegneria da questa indicata nella propria offerta non prevede al suo interno la figura del geologo, il quale invece è stato a sua volta indicato da detta società di professionisti.

Più precisamente, il motivo d'appello si rivolge nei confronti delle rilevanti disposizioni della normativa di gara, nella parte in cui imporrebbero di indicare un geologo tra i progettisti, per cui il suo esame deve pertanto essere svolto contestualmente alla censura riproposta dalla originaria ricorrente principale.

6. Passando allora ad esaminare la posizione della Faver, come visto sopra, il TAR ha giudicato fondata la censura con cui la General Costruction ha affermato che i tubi in acciaio proposti dalla prima per la condotta principale in luogo della ghisa sferoidale prevista dal progetto definitivo posto a gara, lungi dal costituire un'offerta migliorativa, si sostanziano invece in *“una variante non ammissibile”*, perché comportante modifiche peggiorative, sotto forma di maggiori oneri economici per la gestione e manutenzione dell'infrastruttura, a causa della necessità di continua protezione catodica delle saldature delle tubature in acciaio, e di minore durata del materiale.

Il motivo d'appello della Faver rivolto contro questo capo di sentenza è fondato.

6.1 Deve innanzitutto rilevarsi che la decisione del giudice di primo grado si fonda su una petizione di principio, in virtù della quale la ghisa costituisce per lavori della specie di quello oggetto dell'appalto in contestazione *“il materiale migliore”*, giacché previsto dalla stazione appaltante, oltre che su un fatto notorio ex art. 115, comma 2, cod. proc. civ., consistente nel *“dato scientifico”* secondo cui *“i tubi in ghisa*

rappresentano l'opzione di intervento normalmente utilizzata per le tubature come quelle in questione”.

Quest'ultima conclusione in realtà è di per sé opinabile, implica la conoscenza di specifiche competenze di settore e comunque non costituisce un fatto notorio, quale è definibile un fatto notorio per la giurisprudenza di legittimità (che esige che la nozione sia generalmente conosciuta da persone di media esperienza e cultura: *ex multis*, Sez. III, 18 luglio 2011, n. 15715; 29 aprile 2005, n. 9001): il TAR ha in sostanza ricavato una conclusione in contrasto con le possibilità aperte dalle disposizioni di gara, che hanno ammesso la modifica del progetto predisposto dalla stazione appaltante, senza espressamente escludere alcuni materiali utilizzabili.

Inoltre, il ‘fatto notorio’ rilevato dal TAR è obiettivamente smentito dalla circostanza che, come risulta dagli elaborati progettuali della stessa s.p.a. Acquedotto Pugliese, la parte dell'acquedotto non interessata dalla procedura di gara in contestazione è composto da condutture in acciaio (circostanza ammessa dalla stessa General Construction nella propria memoria conclusionale), ed inoltre analiticamente contestato dalla Faver sin dal giudizio di primo grado, attraverso la perizia di parte dalla stessa prodotta.

Peraltro, anche ammesso che le condutture di acquedotti siano “*normalmente*” realizzate in ghisa, ciò non esclude che possano esservi materiali maggiormente performanti: e comunque le relative valutazioni rientrano nell'ambito dei poteri tecnico-discrezionali della amministrazione aggiudicatrice.

A ben guardare, quindi, è notorio il contrario di quanto ritenuto dal TAR (e cioè che i progettisti dell'amministrazione non necessariamente sono in possesso di conoscenze superiori a quelli operanti per il privato, o ancora che, comunque, quest'ultima può ritenere rispondente a criteri minimi di idoneità tecnica, tenuto anche conto delle proprie disponibilità economiche, un'opera che non costituisce l'*optimum* ritraibile dal mercato).

Ciò risulta proprio da quanto accaduto nel corso della procedura di appalto integrato oggetto del presente giudizio, e dalle relative valutazioni effettuate dagli organi amministrativi.

D'altra parte la legislazione in materia di appalti pubblici (ed a ben vedere il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa) consente che l'amministrazione acquisisca apporti dell'offerente sin dalla fase della progettazione inerente al contratto da affidare, al fine di reperire le soluzioni maggiormente in grado di soddisfare le proprie esigenze.

6.2 Da una diversa visuale, va rilevato che l'offerta migliorativa in contestazione è stata formulata dalla Faver nell'ambito del sub-elemento di valutazione dell'offerta tecnica relativo *“all'ottimizzazione della funzionalità della nuova condotta, anche in relazione alla gestione del moto viario ed alle gestione delle pressioni di esercizio”* (per un massimo di 15 punti).

E' dunque chiaro che la stazione appaltante non ha imposto alle concorrenti alcuna limitazione con riguardo al materiale impiegato, anzi presupponendo, come anche sottolineato dalla s.p.a. Acquedotto Pugliese, che questo potesse essere diverso da quello prefigurato nel progetto posto a base di gara, riservandosi poi di valutarne le caratteristiche oggetto di valutazione del merito tecnico dell'offerta mediante i predetti sub-elementi.

Sul punto, non giova pertanto alla General Costruction il richiamo all'art. 7, comma 1, del disciplinare di gara. Questa disposizione si limita a disporre in generale che l'offerta tecnica sia coerente *“con gli obiettivi e i contenuti del progetto definitivo posto a base di gara”*, laddove quest'ultimo, nel prevedere i tubi in ghisa, non esclude l'impiego di altro materiale. Al riguardo, pertanto, del tutto condivisibilmente la Faver sottolinea che il vincolo imposto dal progetto a base di gara era di tipo prestazionale e si sostanziava nell'idoneità del materiale offerto a resistere alla pressione cui le condutture dell'acquedotto sono sottoposte.

Ancora, dal progetto elaborato dalla stazione appaltante si ricavano elementi di convincimento opposti a quelli che hanno condotto il TAR ad accogliere il motivo del ricorso principale in esame, visto che nella relazione illustrativa del progetto definitivo si riferisce che la condotta esistente, in ghisa, è soggetta a fenomeni di rottura *“a causa delle elevate pressioni cui è sottoposta”*.

E' dunque smentito l'assunto della ricorrente principale, fatto proprio dal TAR, secondo cui l'offerta di tubi in acciaio si sostanzia in una variante non consentita.

6.3 Non è stato per contro in alcun modo provato che la miglioria in questione sia peggiorativa rispetto ai requisiti minimi individuati dalla stazione appaltante.

Infatti, a fronte delle censure dedotte sul punto dall'originaria ricorrente principale, si registra un'analitica illustrazione contenuta nella relazione appositamente predisposta dalla Faver a corredo dell'offerta in questione.

Inoltre, del pari gli assunti del TAR, secondo cui l'acciaio comporterebbe maggiori costi di gestione e manutenzione ed una minore durata, sono specificamente contestati dalla s.p.a. Acquedotto Pugliese (con ragionevoli considerazioni tecniche) e del pari analiticamente contestati dalla perizia di parte prodotta nel giudizio di primo grado dalla Faver.

Al riguardo, né il TAR, né tanto meno la deducente General Construction, hanno fatto riferimento ad elementi oggettivi, tali da supportare le ipotesi da questa formulate sui maggiori costi e sulla minore durata.

Inoltre, la stessa stazione appaltante ha chiarito che le tubazioni in acciaio offerte dall'aggiudicataria, lungi dal comportare un aumento dei costi, consentono in realtà un risparmio, riveniente dall'unicità dell'impianto di protezione catodica, visto che – come sopra rilevato – l'acquedotto è composto di tale materiale per la parte non interessata dalla procedura di affidamento qui in contestazione.

Dal canto suo, la General Construction non contesta in modo specifico che l'acciaio abbia una maggiore resistenza alla pressione, profilo in virtù del quale l'offerta

della Faver ha prevalso nel giudizio tecnico della commissione, essendosi la stessa ricorrente principale limitata a contraddire in ordine alla maggiore o minore resistenza alla pressione della ghisa da essa stessa offerta.

Ancora, la General Costruction sostiene che la ghisa ha una maggiore resistenza alla corrosione.

Anche questa circostanza non è posta in discussione dalle parti interessate, ma del pari incontestato è quanto la s.p.a. Acquedotto Pugliese ha osservato sul punto, e cioè che anche la ghisa, sia pure in misura minore rispetto all'acciaio, necessita di manutenzione da fattori corrosivi, cosicché non emerge alcun significativo peggioramento dell'offerta dell'aggiudicataria sotto questo specifico profilo.

La ricorrente principale in primo grado ha adombrato inoltre l'indeterminatezza dell'offerta migliorativa in contestazione, a causa del fatto che la Faver non avrebbe adeguatamente illustrato le modalità di posa in opera dei necessari impianti di protezione catodica.

L'assunto è tuttavia smentito dalla relazione illustrativa della miglioria e dagli elaborati progettuali presentati dalla controinteressata a relativo corredo, dedicati tra l'altro proprio all'impianto catodico.

6.4 In questa sede, va rilevato che il deposito della perizia di parte prodotta dalla General Costruction, diretta a corroborare le deduzioni poste a base del motivo accolto in primo grado ed a confutare le contrapposte difese della Faver e dell'amministrazione resistente, è inammissibile, trattandosi di prova nuova ex art. 104, comma 2, cod. proc. amm., che la società originaria ricorrente avrebbe potuto produrre a sostegno del motivo di impugnazione contenuto nell'impugnativa originaria.

A questo riguardo, come già affermato da questa Sezione (sentenza 5 marzo 2014, n. 1058), le perizie di parte – quando sono poste a supporto dei motivi di primo grado - costituiscono mezzi di prova sottoposte alla valutazione del giudice: in loro

assenza, il giudice deve decidere in base alle acquisite risultanze probatorie, con statuizioni che sono sindacabili in sede di appello in ordine alla loro logicità e condii visibilità: per il complessivo quadro degli elementi probatori, in sede d'appello si applica il divieto di cui alla citata disposizione, che può essere superato in caso di indispensabilità della nuova prova, come prevede il medesimo comma 2 dell'art. 104, sempreché questa non venga offerta allo scopo di integrare le acquisizioni probatorie per le quali vi era il relativo onere nel giudizio di primo grado (cfr., tra le altre, Sez. III, 13 settembre 2013, n. 4546, 12 aprile 2013, n. 1987; Sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 5995, 5 novembre 2012, n. 5622; Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5251, 26 settembre 2013, n. 4793, 21 giugno 2013, n. 3427; 14 giugno 2013, n. 3319, 14 maggio 2013 n. 2607).

La General Costruction nella propria memoria di replica (oltre che in sede di discussione finale) ha reiteratamente dedotto che con tale perizia di parte essa *“ha inteso controdedurre alle argomentazioni tecniche svolte dalla Faver nella perizia depositata in primo grado”* (pag. 13).

Tale argomentazione non è però condivisibile, poiché la questione è stata posta in base ad una censura svolta proprio dalla General Costruction nel proprio ricorso principale, che il TAR ha accolto in assenza di apprezzabili e comprovati elementi di carattere tecnico a suffragio, introdotti quindi solo in grado d'appello attraverso il mezzo di prova prodotto per la prima volta in questo grado di giudizio.

Ad ogni modo, osserva la Sezione che le risultanze emergenti da tale perizia comunque non risultano tali da indurre a condividere le contestate statuizioni del TAR.

Infatti, le contrapposte analitiche argomentazioni e le divergenze dei dati tecnici riferiti e commentati dalle parti inducono a ritenere del tutto ragionevoli le valutazioni tecnico-discrezionali poste a base degli atti impugnati in primo grado, di per sé censurabili in sede giurisdizionale solo per manifesta illogicità o

irragionevolezza, vizi che – per le ragioni sopra esposte – non sono comunque desumibili dagli atti che hanno riguardato le valutazioni dell’offerta in questione.

7. Concludendo sul corrispondente motivo di primo grado, lo stesso non risulta fondato, poiché non risultano erranee valutazioni nell’operato della commissione giudicatrice, la quale non solo ha ritenuto che l’offerta della Faver desse luogo ad una miglioria rispetto al progetto posto a base di gara, ma la ha addirittura apprezzata come quella maggiormente rispondente alle esigenze prestazionali richieste dalla stazione appaltante.

Conseguentemente, non è necessario nemmeno disporre una consulenza tecnica d’ufficio, come richiesto in via gradata dalla Faver.

8. Può dunque passarsi all’esame delle altre censure riproposte dalla General Construction.

Come sopra accennato, quest’ultima si duole dell’altrui ammissione alla gara, malgrado il fatto che l’indicazione del geologo, espressamente prevista dal disciplinare, non sia stata effettuata direttamente dalla Faver ma, in asserita violazione degli artt. 53, comma 3, e 91, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, dalla società di ingegneria “Studio Romanazzi – Boscia & associati”, nella persona del prof. Alessandro Reina, a sua volta indicata dalla concorrente.

Come del pari accennato, la Faver contesta la predetta norma di *lex specialis*.

Dall’altro lato, la stessa normativa di gara è censurata anche dalla General Construction, laddove questa sia interpretata nel senso di ammettere che il geologo possa essere meramente indicato dal progettista.

Il Collegio ritiene che il motivo qui riproposto da quest’ultima società sia infondato, anche nella parte in cui è diretto a censurare le previsioni del bando di gara ed i relativi allegati.

Occorre al riguardo muovere da un dato fondamentale, adeguatamente sottolineato sia dalla Faver che dalla stazione appaltante, consistente nel fatto che la relazione geologica faceva già parte del progetto definitivo posto a base di gara.

Conseguentemente, si appalesa sufficiente ai fini dell'ammissione l'indicazione da parte delle concorrenti del soggetto incaricato della progettazione oggetto dell'appalto integrato.

Per contro, come chiarito dalla s.p.a. Acquedotto Pugliese, l'indicazione del geologo richiesta dal disciplinare deve essere letta in relazione al disposto dell'art. 91, comma 3, cod. contratti pubblici, il quale consente di sub-affidare le indagini geologiche, geotecniche, sismiche, i sondaggi, i rilievi, le misurazioni e picchettazioni, strumentali allo sviluppo dell'attività di progettazione esecutiva oggetto dell'appalto integrato, a soggetti non facenti parte dei progettisti a ciò espressamente designati e direttamente responsabili nei confronti della stazione appaltante.

Decisiva è proprio quest'ultima circostanza, e cioè il fatto che gli interessi dell'amministrazione non sono minimamente pregiudicati, potendo la stessa confidare sulla responsabilità dei predetti progettisti, ai sensi dell'ultimo inciso del predetto art. 91, comma 3.

Inoltre, per quanto concerne i rapporti tra gli incaricati delle suddette attività e l'amministrazione, quest'ultima è sufficientemente tutelata dalla disciplina del subappalto di cui all'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile nel caso di specie in virtù del rinvio ad essa da parte dell'art. 252, comma 5, del regolamento di esecuzione.

9. Conseguentemente infondata è anche la censura di violazione dell'art. 38 cod. contratti pubblici, che la General Costruction deduce in ragione del fatto che il prof. Reina non avrebbe reso la dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale prevista dalla disposizione da ultimo citata.

In tanto questa dichiarazione è necessaria, in quanto l'amministrazione si trovi di fronte ad un soggetto personalmente responsabile nei suoi confronti dell'esecuzione del contratto, evenienza che come visto sopra non sussiste nel caso di specie, mentre, come poc'anzi visto, le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di affidabilità morale seguono la disciplina del subappalto e dunque sono devolute ai sensi dell'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006, parimenti sopra richiamato, alla fase dell'esecuzione del contratto.

10. Alle stesse conclusioni deve giungersi per quanto concerne la doglianza in cui l'originaria ricorrente principale assume violato il disposto dell'art. 253, comma 5, del regolamento di esecuzione di cui al d.p.r. n. 207 del 2010, posto che tra la società di ingegneria indicata dalla Faver come progettista ed il prof. Reina non è configurabile alcun raggruppamento temporaneo, ma solo l'affidamento a quest'ultimo di attività strumentali alla progettazione esecutiva demandate alla predetta società, non comportanti alcun impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante.

11. Con un distinto motivo, la General Construction deduce che l'aggiudicataria non ha fornito la prova, in conformità a quanto previsto dal modello di dichiarazione previsto nell'allegato O al d.p.r. n. 207 del 2010, cui il disciplinare rinvia, che lo studio "Romanazzi – Boscia & associati" possieda i requisiti tecnico-professionali previsti dalla normativa di gara. In particolare, l'odierna appellata evidenzia che per i servizi di progettazione a tal fine dichiarati non è stato indicato l'importo e la data di validazione dei progetti

Il motivo deve essere respinto alla luce dei rilievi svolti dalla Faver e cioè che la violazione delle formalità previste dal citato allegato non sono assistite da alcuna comminatoria espulsiva, la quale può giustificarsi, alla luce del principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici, solo in caso di effettivo mancato possesso del requisito tecnico.

12. Infine, con l'ultimo motivo di cui residua l'esame la General Costruction lamenta la sottovalutazione della tecnica di scavo "no dig" da essa offerta ai fini dell'attribuzione di punti per il sub-criterio di valutazione dell'offerta tecnica consistente nel "layout ed organizzazione del cantiere, anche in un'ottica di ottimizzazione degli spazi disponibili e delle condizioni di sicurezza" (per un massimo di 15 punti).

Deduce al riguardo l'appellata che tale tecnica riduce le interferenze con le attività antropiche in fase di lavori e che la stessa è stata contraddittoriamente valutata allo stesso modo di quella dell'aggiudicataria; essa conclude pertanto che una migliore valutazione della propria offerta "avrebbe permesso alla ricorrente di scavalcare la Faver".

Il motivo è inammissibile, perché formulato in modo generico ed ipotetico.

La genericità deriva dal fatto che la stessa General Costruction riconosce che analoga tecnica è stata offerta dalla controparte e specificamente valutata dalla commissione di gara. Nel verbale della seduta riservata a tale attività, risulta anche che la commissione ha globalmente esaminato ed apprezzato ai fini dell'attribuzione dei punti le altre tecniche di lavorazione proposte dalla controinteressata, sulle quali la General Costruction non prende specifica posizione.

Anche per questo, oltre che intrinsecamente, la censura in esame è ipotetica.

13. In conclusione, l'appello della Faver deve essere accolto nei termini sopra esplicitati, conseguendone, in riforma della sentenza di primo grado, il rigetto del ricorso principale, oltre che di quello incidentale.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, in misura diversa nei confronti delle parti vittoriose alla luce del diverso impegno defensionale dei rispettivi difensori.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9117 del 2013, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado n. 12902 del 2013, oltre che il ricorso incidentale di primo grado.

Condanna la General Costruction s.r.l. a rifondere alla Faver s.p.a. ed all'Acquedotto Pugliese s.p.a. le spese del doppio grado rispettivamente sostenute, liquidate complessivamente, per la prima in € 15.000,00 e per la seconda in € 8.000,00, oltre agli accessori di legge, oltre alla restituzione all'appellante del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2014

IL SEGRETARIO

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