N. 01595/2016REG.PROV.COLL.

N. 09675/2015 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 9675 del 2015, proposto dal Consorzio Stabile del Mediterraneo Soc. Cons. a r.l. in proprio e quale Capogruppo Mandataria di A.T.I. con la Giovanni Putignano & Figli S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Liccardo e Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni in Roma, Via Guido D'Arezzo, n. 2

contro

Comune di Montella, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Saggese, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2

nei confronti di

Bulfaro S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Delfino, con domicilio eletto presso la Segreteria della Quinta Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

Edil Alta S.r.l.

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno, n. 2008/2015;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montella e della Bulfaro S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Liccardo, l'avvocato Pafundi per delega dell'avvocato Saggese e l'avvocato Delfino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno, recante il n. 770/2015. l'odierno appellante Consorzio Stabile del Mediterraneo (d'ora in poi: 'il CSM' o 'il consorzio appellante') rappresentava di aver partecipato a una gara d'appalto indetta dal Comune di Montella (AV) e di essersi collocata al terzo posto della graduatoria finale, dopo l'aggiudicataria Bulfaro s. p. a. e l'Edil Alta s. r. l.

L'odierna appellante impugnava quindi con il ricorso introduttivo l'aggiudicazione definitiva della gara (e gli atti allo stesso prodromici) e, con ricorso per motivi aggiunti, articolava ulteriori motivi di impugnativa fondati su circostanze di cui, nella sua prospettazione, era venuta a conoscenza solo a seguito dell'accesso agli atti.

Gli atti conclusivi della procedura venivano altresì impugnati in primo grado dalla

seconda classificata Edil Alta (ricorso n. 979/2015).

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito, previa riunione dei richiamati ricorsi, così decideva:

- accoglieva il ricorso incidentale escludente proposto dalla prima classificata Bulfaro nell'ambito del ricorso n. 770/2015 (CSM) e, per l'effetto, dichiarava inammissibile, improcedibile e comunque infondato il ricorso principale dello stesso CSM;
- dichiarava tardivo il ricorso per motivi aggiunti articolato dallo stesso CSM nell'ambito del ricorso n. 770/2015;
- respingeva il ricorso principale articolato dalla Edil Alta nell'ambito del ricorso n. 979/2015;
- dichiarava tardivo il ricorso per motivi aggiunti articolato dalla stessa Edil Alta nell'ambito del ricorso n. 979/2015.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dal CSM il quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi.

Con il primo motivo ('*Sulla pretesa tardività dei motivi aggiunti – Riproposizione delle censure contenute nei motivi aggiunti*') il CSM chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui il T.A.R. ha ravvisato la tardività dei motivi aggiunti (con i quali si erano indicate ragioni ulteriori di esclusione dell'aggiudicataria rispetto a quelle già articolate con il ricorso introduttivo).

La sentenza sarebbe sotto tale aspetto da riformare in quanto:

- in occasione dell'accesso in data 9 marzo 2015 il CSM aveva avuto accesso solo alla documentazione amministrativa e all'offerta tecnica e non anche all'offerta economica e alle giustificazioni. Sotto tale aspetto non risponderebbe al vero la dichiarazione resa dal RUP secondo il quale, al contrario, in occasione dell'accesso in data 9 marzo 2015 l'appellante avesse potuto prendere integrale visione della documentazione relativa all'aggiudicataria;

- ai sensi del 'Codice dei contratti' il termine per proporre ricorso avverso gli atti della procedura non può che decorrere dal momento della comunicazione di cui all'articolo 79 del medesimo 'Codice' (e nel caso in esame la comunicazione relativa all'aggiudicazione definitiva era stata trasmessa solo in data 2 settembre 2015);
- solo in data 10 aprile 2015 l'appellante aveva avuto accesso agli atti relativi al sub-procedimento di verifica di anomalia, potendo conoscere le giustificazioni rese dalle prime due classificate e apprezzarne l'infondatezza;
- nel merito, il ricorso per motivi aggiunti articolato in primo grado dovrebbe necessariamente essere accolto in quanto sia la prima che la seconda classificata avevano omesso di indicare (sia in sede di offerta iniziale, sia in sede di giustificazioni) gli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali'.

Con il secondo motivo ('*Sull'accoglimento del ricorso incidentale della soc. Bulfaro s.p.a.*') il CSM chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui il T.A.R. – in accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicataria Bulfaro – ha affermato che il concorrente il quale abbia omesso l'allegazione della relazione del geologo debba necessariamente essere escluso, non potendo successivamente ricorrere al subappalto per la relazione geologica.

In tal modo decidendo i primi Giudici avrebbero erroneamente omesso di considerare:
- che nessuna disposizione di legge impone di indicare – e a pena di esclusione – il nominativo del geologo fin dalla presentazione della domanda di partecipazione;
- che la stessa *lex specialis* di gara non imponeva alcun obbligo in tal senso;
- che, nell'ambito della gara per cui è causa, il geologo non è un progettista ma un mero esecutore, ragione per cui l'indicazione del suo nominativo non rappresenta un elemento costitutivo dell'offerta che non può essere integrato in una fase successiva;

- che erroneamente i primi Giudici avrebbero escluso l'applicabilità nel caso in esame del c.d. 'soccorso istruttorio' e che in modo parimenti erroneo avrebbero richiamato i principi espressi dallo stesso T.A.R. con la sentenza n. 734/2015 (la quale aveva definito una vicenda affatto diversa);
- che nel caso in esame non occorreva produrre ai fini della partecipazione alcun progetto ma, semplicemente, delle proposte migliorative (il che sarebbe confermato dalla circostanza per cui la stessa Bulfaro non si duole della mancanza della relazione geologica, bensì della sola mancata indicazione del nominativo del geologo).

Con il terzo motivo ('*Sul rigetto del primo e secondo motivo di ricorso principale*') il CSM chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui il T.A.R. ha respinto i motivi volti a censurare l'introduzione, da parte dell'aggiudicataria Bulfaro, di migliorie in violazione dell'articolo 76 del 'Codice dei contratti'.

In tal modo decidendo il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:
- che le varianti proposte dall'aggiudicataria Bulfaro (la quale si era significativamente discostata dal modello del sistema MBR a fibra cava imposto dalla *lex specialis* di gara) non risultavano compatibili con le previsioni generali di cui al richiamato articolo 76;
- che la stessa stazione appaltante, nel predisporre la *lex specialis* della procedura (in particolare: la Sezione VIII – Punto 2.1 del disciplinare di gara) aveva stabilito che "*l'utilizzo del reattore MBR (…) costituisce l'impostazione generale del progetto a base di gara*".

Il che rendeva inammissibile la presentazione di un'offerta (come quella della Bulfaro) che si discostasse in modo significativo da tale modello.

Allo stesso modo la sentenza in epigrafe sarebbe meritevole di riforma per avere i primi Giudici omesso di esaminare i motivi con cui si era contestata la mancata esclusione della seconda classificata Edil Alta (secondo il T.A.R. non sussisterebbe uno specifico interesse in tal senso capo all'appellante sia perché la stessa avrebbe

dovuto essere esclusa dalla gara, sia perché la posizione della Bulfaro non potrebbe comunque essere incisa, ragione per cui non sussisterebbe uno specifico interesse a contestare la posizione della seconda in graduatoria).

Ma il punto è che, secondo il CSM, la prima classificata dovrebbe appunto essere esclusa dalla gara, ragione per cui occorrerebbe certamente esaminare i motivi di ricorso volti ad ottenere l'esclusione della Edil Alta.

Si è costituito il Comune di Montella, il quale ha concluso nel senso dell'inammissibilità, irricevibilità e/o infondatezza dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio l'aggiudicataria impresa Bulfaro la quale ha a propria volta concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 110/2016 (resa all'esito della camera di consiglio del 19 gennaio 2016) questo Consiglio di Stato ha dato atto della rinunzia all'istanza cautelare formulata dall'appellante.

Alla pubblica udienza del 10 marzo 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei lavori pubblici (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dal Comune di Montella (AV) per la realizzazione di alcune opere fognarie e si era collocata al terzo posto della graduatoria finale) avverso la sentenza del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno che ha dichiarato inammissibile, improcedibile e comunque infondato il ricorso avverso gli atti con cui la gara è stata aggiudicata ad altra impresa

2. Il Collegio ritiene di esaminare in via prioritaria il primo motivo di appello, con il quale – come anticipato in narrativa – il CSM ha lamentato l'accoglimento del ricorso incidentale escludente articolato dall'aggiudicataria Bulfaro e per l'effetto, ha dichiarato tardivi i motivi aggiunti proposti dallo stesso CSM.

2.1. Il ricorso è *in parte qua* da respingere in quanto l'articolazione dei motivi

aggiunti di primo grado da parte dell'appellante CSM (notificati in data 28 aprile 2015) era effettivamente tardiva.

Si osserva al riguardo:

- che, ai sensi del comma 5 dell'articolo 120 del cod. proc. amm. "*per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all' articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (…); ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. (…)*";

- che, quindi, anche a prescindere dal momento in cui è stata trasmessa la comunicazione relativa all'aggiudicazione ai sensi dei commi 5 e 5-*bis* dell'articolo 79, è di per sé la piena conoscenza dell'atto (nel caso di specie, del contenuto dell'offerta economica e delle giustificazioni rese nell'ambito del sub-procedimento di verifica di anomalia) a determinare il decorso del termine per l'impugnativa degli atti di gara;

- che dalla documentazione in atti emerge in modo adeguatamente comprovato che, già in sede di accesso in data 9 marzo 2015, i rappresentanti del CSM avessero preso visione "*di tutta la documentazione*" presentata nell'ambito della gara dall'aggiudicataria Bulfaro e, in particolare, che avessero visionato "*1) [la] documentazione amministrativa; 2) [la] documentazione tecnica; 3) [la] documentazione relativa all'offerta economica e temporale*" (in tal senso le note a firma del responsabile comunale di Settore in data 21 aprile e 6 maggio 2015). Si tratta di formulazione la cui ampiezza non sembra lasciar adito a dubbi in ordine al fatto che i rappresentanti dell'appellante avessero in tale occasione potuto visionare anche la documentazione relativa al procedimento di verifica di anomalia (nel cui ambito, secondo l'appellante, non sarebbe stata adeguatamente valutata la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni' o 'aziendali';

- che una conferma indiretta della presa visione dell'intera documentazione prodotta dalla Bulfaro nell'ambito della gara (e quindi, non solo di quella prodotta ai fini della partecipazione) si desume dal tenore della richiesta formulata dal CSM in data 9 marzo 2015. In quell'occasione, contestualmente all'accesso nella forma della presa visione, il legale rappresentante della CSM ebbe altresì a richiedere il rilascio di copia di tutti i documenti depositati dalla prima e dalla seconda classificata sia in sede di gara sia, successivamente, in fase di verifica;
- che, stante l'inequivoco tenore delle dichiarazioni rese dal responsabile comunale di settore (il quale aveva attestato la presa visione da parte del legale rappresentante della CSM in data 9 marzo 2015 di tutta la documentazione presentata dalla Bulfaro nel corso della gara), in tanto l'appellante avrebbe potuto validamente contestare le dichiarazioni del funzionario in questione in quanto avesse proposto rituale querela di falso (il che non è). Al contrario, l'appellante si è limitata sul punto ad osservare che "*non si spiega come la dichiarazione del responsabile del procedimento debba prevalere su quella del Consorzio*" (pagina 6 del ricorso in appello);
- per le medesime ragioni non può trovare accoglimento l'apodittica deduzione secondo cui "*l'odierna appellante in data 9/3/2015 aveva preso visione esclusivamente della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica e non anche dell'offerta economica e delle giustificazioni*" (*ivi*).
2.2. Concludendo sul punto, il primo motivo di appello deve essere respinto e deve essere conseguentemente confermata la tardività dei motivi con cui l'appellante ha contestato la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Bulfaro in relazione alla mancata indicazione, sia in sede di domanda di partecipazione, sia in sede di giustificazioni, degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali'.
3. Il secondo motivo (con cui il CSM ha chiesto la riforma della sentenza per la parte in cui, in accoglimento del ricorso incidentale di primo grado della Bulfaro, è stato stabilito che lo stesso CSM avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura) è

infondato.

3.1. Va premesso al riguardo che la sentenza in epigrafe è meritevole di conferma laddove ha statuito che, ai sensi del comma 1 dell'articolo 35 del d.P.R. 207 del 2010, la relazione del geologo avrebbe dovuto necessariamente essere posta a corredo del progetto esecutivo (ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, "*il progetto esecutivo prevede almeno le medesime relazioni specialistiche contenute nel progetto definitivo, che illustrino puntualmente le eventuali indagini integrative, le soluzioni adottate e le modifiche rispetto al progetto definitivo*").

E' stato rilevato – in modo parimenti condivisibile – che la previsione di cui all'articolo 35 deve essere letta in combinato disposto con quella di cui al precedente articolo 26, comma 1, lettera a), secondo cui il progetto esecutivo deve necessariamente comprendere –*inter alia* – la relazione geologica (e ciò, anche a prescindere dall'espresso richiamo che di tale obbligo sia stato fatto nell'ambito della *lex specialis* di gara).

La sentenza in epigrafe è altresì meritevole di conferma per la parte in cui i primi Giudici hanno osservato che la necessità della relazione geologica anche in sede di progettazione esecutiva resta ferma anche nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – non sussistano differenze di notevole rilievo fra la progettazione definitiva posta a base di gara e quella di livello esecutivo oggetto dell'offerta tecnica.

3.2. Per quanto riguarda, poi, la questione relativa all'obbligo di individuare già in sede di offerta il nominativo del geologo, l'appello non può trovare accoglimento.

La tesi dell'appellante si fonda sull'argomento secondo cui, nell'ambito della gara per cui è causa, il geologo non fosse qualificabile come progettista (bensì come mero esecutore), ragione per cui l'indicazione *ab initio* del suo nominativo non rappresenterebbe un elemento costitutivo dell'offerta, ben potendo essere integrato in un momento successivo.

La tesi non può essere condivisa alla luce della previsione del comma 1 dell'articolo

35 del d.P.R. 207 del 2010, il quale chiarisce che le relazioni specialistiche costituiscono una parte coessenziale del progetto esecutivo, sì da qualificare come progettisti in senso proprio – e non come meri collaboratori – i professionisti che le hanno redatte.

E, una volta qualificato come progettista il professionista in parola, è evidente che trovi applicazione il divieto di subappalto relativo agli incarichi di progettazione di cui al comma 3 dell'articolo 91 del 'Codice del contratti'.

3.3. Allo stesso modo la sentenza in epigrafe deve essere confermata per la parte in cui i primi Giudici hanno ritenuto che non potesse trovare applicazione nel caso in esame l'istituto del c.d. 'soccorso istruttorio' (articolo 38, comma 2-*bis* e articolo 46, comma 1 del decreto legislativo n. 163 del 2006).

Al riguardo ci si limita qui ad osservare che la mancata indicazione del nominativo del geologo non rappresentasse una mera irregolarità (pur se essenziale) della domanda di partecipazione, ma concretasse piuttosto il difetto di un elemento essenziale dell'offerta il quale, ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 46 del 'Codice', non poteva che comportare l'esclusione dell'appellante CSM dalla gara.

4. Il terzo motivo di appello (con cui si è lamentato il mancato accoglimento del secondo dei motivi di ricorso di primo grado, relativo alle varianti proposte dalla Bulfaro rispetto all'impostazione generale del progetto a base di gara) è infondato.

4.1. E' evidente al riguardo che il fulcro del *thema decidendum* consista nello stabilire se le modalità progettuali proposte dall'aggiudicataria Bulfaro si attestassero (il che era del tutto consentito) nell'ambito delle varianti migliorative ai sensi dell'articolo 76 del 'Codice', ovvero se tali modifiche si ponessero in contrasto con il contenuto minimo essenziale del progetto definitivo posto a base di gara, determinando un'impostazione progettuale incompatibile con quel progetto.

Al riguardo deve essere richiamato il consolidato – e qui condiviso – orientamento secondo cui costituiscono 'varianti' ai sensi dell'articolo 76 del Codice dei contratti

pubblici le vere e proprie modifiche progettuali e non già le soluzioni tecniche migliorative consentite proprio sulla base del progetto predisposto dalla stazione appaltante e che non comportino uno stravolgimento dell'ideazione sottesa a quest'ultimo (in tal senso –*ex multis* -: Cons. Stato, V, 7 luglio 2014, n. 3435).

Ebbene, questi essendo i generali termini concettuali della questione, il Collegio ritiene che debba essere confermata la decisione dei primi Giudici secondo cui il sistema depurativo proposto dalla Bulfaro (basato comunque sul sistema di ultrafiltrazione MBR, ma con tipologia di fibra cava invece che a fibra piana) non comportasse uno stravolgimento del progetto posto a base di gara.

Non si tratta qui di negare (come in più punti sottolinea l'appellante) che l'utilizzo del reattore MBR costituisse l'impostazione generale del progetto posto a base di gara (in tal senso la Sezione VII – Punto 2.1. del disciplinare).

Ma il punto è che l'aggiudicataria Bulfaro aveva bensì previsto l'utilizzo del sistema MBR, ma prevedendo l'utilizzo di una diversa membrana (da cava a piana).

Il che non sembra comportare il lamentato stravolgimento del progetto posto a base di gara, né palesa profili di abnormità ed irragionevolezza in relazione alle determinazioni del RUP il quale aveva – appunto – escluso che tale diversa modalità realizzativa fosse idonea ad alterare in modo significativo l'impostazione generale del progetto.

4.2. Anche il terzo motivo deve quindi essere respinto.

5. In base alle considerazioni sin qui svolte il ricorso in epigrafe deve essere respinto sia in relazione alla parte in cui i primi Giudici hanno affermato che l'appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, sia in relazione alla parte in cui i primi Giudici hanno respinto i motivi relativi al contenuto dell'offerta economica della Bulfaro.

Ciò priva evidentemente l'appellante da uno specifico interesse a coltivare i motivi di appello con cui si era lamentata la mancata esclusione dalla gara della seconda

classificata Edil Alta.

6. Il ricorso nel suo complesso deve quindi essere respinto

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2016

IL SEGRETARIO

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