



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 418 del 2011, proposto da:
Studio Tecnico Gruppo Marche e gli associati Paolo e Alessandro Castelli,
rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Tudor, Andrea Calzolaio, con
domicilio eletto presso Alessandro Tudor Avv. in Trieste, Galleria Protti 1;

contro

Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Casa Per Anziani", rappresentato e
difeso dall'avv. Luca De Pauli, con domicilio eletto presso Segreteria Generale
T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7; Comune di Cividale del Friuli;

nei confronti di

Archest Srl , Studio Epsilon Associati, Kristian Zanutto, Mauro Daminato, Andrea
Bianco, Pierluigi Mariani, Luca Bianco, Andrea Mocchiutti, Vittorio Bozzetto,
Arturo Busetto, Sonia Soardo, rappresentato e difeso dagli avv. Gianni
Zgagliardich, Elvio Mengotti, con domicilio eletto presso Gianni Zgagliardich
Avv. in Trieste, via Filzi 8;

per l'annullamento dei seguenti atti:

la determinazione del direttore generale dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona " Casa per Anziani" dd. 22.8.2011 n. 236 e la relativa comunicazione 22.8.2011 pervenuta al Gruppo Marche l'1.9.2011, con cui si approvano i verbali della gara per la progettazione dei servizi di progettazione dei lavori di ristrutturazione generale con Ampliamento del II lotto e si aggiudica in via definitiva l'appalto stesso al raggruppamento tra professionisti composto da Archest srl, Epsilon Associati ed altri;

i verbali summenzionati e recanti le seguenti date: 4.7.2011, 15.7.2011, 20.7.2010 , 22.7.2011, 28.7.2011 e 2.8.2010.

e per la condanna dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Casa per Anziani" al risarcimento del danno ingiusto subito dai ricorrenti in forma specifica ai sensi dell'art. 245 ter del D.Lgs n. 163/2006 e cioè previo annullamento degli atti impugnati - la dichiarazione di inefficacia e/o annullamento del contratto d'appalto che fosse stato medio tempore sottoscritto e la condanna dell'Ente all'aggiudicazione della gara al ricorrente studio tecnico ovvero, in subordine, la condanna al risarcimento dei danni per equivalente anche ai sensi dell'art. 245 quinquies del D.Lgs n. 163/2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Pubblica di Servizi Alla Persona "Casa Per Anziani" e di Archest Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

L'associazione professionale Studio Tecnico Gruppo Marche e, a titolo personale, l'arch. Paolo Castelli e l'arch. Alessandro Castelli contestano l'esito di una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di progettazione (definitiva ed esecutiva), con l'opzione per la Direzione lavori, relativamente alle opere facenti parte del II lotto dei "Lavori di ristrutturazione generale con ampliamento per il completo adeguamento funzionale e operativo" della struttura., indetta dalla APSP "Casa per anziani" di Cividale del Friuli, con importo posto a base di gara ammontante ad € 393.300,00 e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di 60 punti all'offerta tecnica, 30 a quella economica ed i restanti 10 punti alla riduzione della tempistica di esecuzione della progettazione.

Dopo aver premesso che nel 2006, la Artech s.r.l. , socia della società di progettazione Archest srl che è la capogruppo del soggetto aggiudicatario, aveva redatto il progetto preliminare per conto del Comune di Cividale del Friuli, che era all'epoca il proprietario, vengono dedotti i seguenti tre motivi, tutti finalizzati dimostrare la necessità dell'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria:

A) Violazione dei principi di par condicio dei concorrenti, di buon andamento, di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 90, comma 8 del D.Lgs. 163/2006, e dei principi successivamente recepiti dall'art. 50 comma IV DPR 207/2010. eccesso di potere per disparità di trattamento e sotto ogni altro applicabile profilo; sostenendo, in sostanza l'esistenza di un divieto di partecipazione, alle successive fasi di progettazione, dei soggetti che abbiano già progettato una fase precedente.

B) Violazione dell'art. 90, comma 7 del D.Lgs. 163/2206, dell'art. 51, comma 5 del D.P.R. 554/1999 e dell'art. 253 DPR 207/2010 nonché del disciplinare di gara, pag. 2 art. 3 in relazione alla presenza del giovane professionista che, sarebbe stata indicata come "componente del raggruppamento" senza aver sottoscritto l'offerta

e le dichiarazioni prescritte e, altrimenti opinando, non intratterrebbe con il raggruppamento una delle relazioni contemplate dalle norme.

C) violazione degli art.li 38 e 90, comma 1 del D.Lgs. 163/2006, nonché del disciplinare di gara art. 3 pag. 2 e dell'art. 53 del D.P.R. 554/1999 e dell'art. 254 DPR 207/2010 in relazione all'incarico di consulenza - per le opere strutturali in legno - da affidarsi all'ing. Pampanin, docente presso l'Università di Canterbury in Nuova Zelanda, di cui si ignora la abilitazione alla professione in Italia e si contesta la mancata sottoscrizione dell'offerta e documenti conseguenti.

Si sono costituiti in giudizio la stazione appaltante e la parte controinteressata controdeducendo per il rigetto del ricorso.

Il ricorso è infondato.

Per quanto attiene alla pretesamente illegittima mancata esclusione del soggetto aggiudicatario Archest S.r.l. , per incompatibilità derivante dall' avere svolto precedente attività progettuale in favore della Stazione appaltante, osserva il Collegio che parte ricorrente ritiene, in buona sostanza, che sarebbe in vigore nell'ordinamento la regola secondo cui il progettista che abbia partecipato ad una fase di progettazione non potrebbe mai partecipare alle successive, in quanto si troverebbe in una posizione di vantaggio a detrimento degli altri potenziali concorrenti.

Tale regola verrebbe desunta dall'art. 90, co. 8 d.lgs. 163/2006, secondo cui «gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al

presente comma sono estesi 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».

Trattasi del ben noto principio per cui chi partecipa alla redazione del progetto non può successivamente partecipare ad appalti o concessioni, relativi alla stessa opera.

Questo T.AR già con la precedente sentenza 24 aprile 2009, n. 294 ha avuto occasione di precisare il proprio orientamento interpretativo nel senso che l'art. 90, co. 8 d.lgs. 163/2006 non si applica al di là dei casi da esso previsti (cioè la redazione del progetto rispetto alla gara per i lavori), dovendosi poi accertare, in concreto, la lesione effettiva alla concorrenza, in quanto deve essere provato che l'esperienza acquisita "grazie al progetto" ha "effettivamente" falsato la concorrenza.

Si è quindi precisato, sotto il primo profilo che i casi di incompatibilità a partecipare, da parte di chi abbia redatto il progetto, sono limitati al rispetto della puntuale previsione normativa , tanto più che le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione in quanto limitative della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita e non sono possibili estensioni analogiche (così anche TAR Piemonte n. 1510/2008 cit.) e, sotto il secondo profilo, che devono essere presenti, nel caso concreto, e non in astratto, "indizi seri, precisi e concordanti" a che il partecipante alla gara abbia avuto un flusso di informazioni tale da falsare la concorrenza (TAR FVG 13 ottobre 2008, n. 576).

La norma, quindi, mira a garantire che il progettista si collochi in posizione di assoluta imparzialità rispetto all'esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla p.a. nella verifica di conformità tra il progetto ed i lavori realizzati dall'appaltatore.

Nel caso oggetto della gara indetta dall' APSP, anche a voler ritenere che la norma di cui all'art. 90, in quanto normativa di principio abbia applicazione anche in relazione alle diverse fasi di progettazione (preliminare da un lato, esecutiva e definitiva dall'altro), la supposta situazione di vantaggio, esposta in sede di ricorso, si correlerebbe alla sola disponibilità da parte di chi ha concorso alla progettazione preliminare, della documentazione tecnica a base di gara, integralmente o parzialmente memorizzata su supporto informatico ed in relazione a cui abbiano potuto disporre di files editabili, per essere stati gli autori delle precedenti fasi progettuali rispetto a quello oggetto della presente procedura d'appalto.

Osserva peraltro il Collegio che la lex specialis di gara risulta strutturata al fine di elidere ogni possibile strascico vantaggioso di una tal fatta in capo a chi aveva concorso alla progettazione preliminare: sub "Attestazione di visita" (p. 10 e 11 del Disciplinare di gara) si prevedeva infatti:

«Trattandosi di un intervento su una struttura in attività che non potrà essere condizionata, anche dal punto di vista della sicurezza del futuro cantiere, è prevista la visita obbligatoria al sito con presa visione dello stato dei luoghi e della documentazione tecnica in possesso della Stazione Appaltante per i servizi oggetto di gara. La visita deve essere effettuata da un legale rappresentante del concorrente o dal Capogruppo o dal Coordinatore del gruppo di progettazione, o dell'ATP, anche futura, previo appuntamento telefonico ... In tale occasione sarà anche illustrato l'obiettivo che l'Amministrazione intende perseguire e sarà consegnata, in formato digitale (portare chiave USB) la documentazione progettuale preliminare a base di gara, i disciplinari e capitolati d'oneri che regoleranno i reciproci rapporti e rilasciata 'attestazione di presa visione dell'intervento'».

La Stazione appaltante aveva quindi previsto di consegnare in formato informatico ai singoli partecipanti la documentazione di gara, in modo tale da rendere di dominio pubblico, la progettazione preliminare su cui le fasi successive avrebbero

dovuto venire elaborate. E' evidente che eventuali doglianze circa la ritenuta non esaustività di quanto consegnato o il formato elettronico del materiale avrebbero dovuto essere tempestivamente segnalate in modo da poter essere tempestivamente esaminate e risolte e, solo in caso che non fosse stato dato seguito ad una qualche segnalazione, la ricorrente potrebbe ora trarne indizio di una sua possibile situazione di svantaggio, da correlarsi ad una situazione di indebito vantaggio dell'altra parte.

La doglianza esposta nel primo motivo di ricorso, pertanto, non risulta fondata, nemmeno in punto di fatto, dal momento che la Stazione appaltante risulta aver pacificamente messo a disposizione di tutti i concorrenti il materiale sul quale poter poi immediatamente lavorare.

Ad abundantiam il Collegio osserva anche che risulta provato che quello posto a base di gara non era l'intero progetto preliminare e che solo alcuni limitati e specifici elementi dello stesso erano ritenuti vincolanti per le successive fasi progettuali; tanto è vero che la scheda A6 di accettazione della progettazione precedente prevedeva l'impegno dei concorrenti a rispettare, nella futura attività di progettazione quanto previsto nel punto A6 dell'art. 4 del Disciplinare (pag. 11 dello stesso) dove si specificava che :

"Il secondo lotto dei lavori, in conformità al progetto preliminare generale, dovrà prevedere un intervento di ampliamento del fronte nord - est con demolizione parziale degli attuali spazi.

Propedeutica all'esecuzione delle opere, sarà la ristrutturazione degli uffici (che attualmente sono al piano rialzato della parte di edificio sulla quale intervenire) da ricavare al piano seminterrato del corpo staccato (Ala Nord), con la revisione anche del sistema di accesso agli stessi.

Nel dettaglio, con il nuovo intervento si dovrà prevedere di ubicare al piano rialzato una palestra con gli spogliatoi (che potrebbe essere in futuro utilizzata

anche da utenti esterni), locali per fisioterapia ed eventualmente idroterapia (con vasca e relative attrezzature), ambulatori e stanze per il personale sanitario e infine una sala soggiorno.

Al primo piano si deve prevedere la realizzazione di camere per 16 ospiti, soggiorno di nucleo, servizi igienici e parrucchiere, mentre al piano secondo dovranno essere ricavate camere per 16 posti letto, soggiorno di nucleo, servizi igienici ed una palestra.

Il collegamento tra i piani dovrà essere assicurato anche mediante un nuovo monta lettighe.

Gli impianti dovranno seguire la logica del risparmio energetico e del confort interno ed essere coerenti con le scelte già perseguite nel primo lotto dei lavori attualmente in esecuzione.

L'intervento di ampliamento dovrà portare, in ottemperanza alla normativa regionale, ad incrementare il rapporto tra utenti e superfici destinate a soggiorno ed a migliorare notevolmente anche il rapporto proporzionale degli spazi per l'attività motoria e riabilitativa che dovrà essere di 1 mq. per numero di pazienti non autosufficienti".

Il richiamo al progetto preliminare generale appare quindi ridotto a mero indirizzo per la progettazione definitiva ed esecutiva; tale ruolo, di mere linee guida da cui partire per una progettazione del tutto autonoma, spiega molto probabilmente perché, come dichiarato dalla stazione appaltante, nessun concorrente abbia ravvisato la necessità di chiedere quantomeno la documentazione editabile relativa alle precedenti fasi di progettazione.

Tutti i concorrenti erano poi stati informati che «all'aggiudicatario definitivo sarà anche consegnata la copia del progetto esecutivo dei lavori del I Lotto, attualmente in corso, e delle relative varianti, in modo da rendere il progetto di II Lotto congruente con le scelte del I, specialmente per la parte impiantistica, anche ai fini

dell'economia di manutenzione e gestione» p. 11 disciplinare). Non si vede pertanto di quale posizione di vantaggio conoscitivo potevano godere i progettisti che avevano partecipato alla redazione della progettazione preliminare generale, dalla quale era stato ricavato il preliminare del II lotto.

Con un secondo motivo di ricorso, si lamenta la mancata esclusione del raggruppamento risultato vincitore, in quanto la "giovane professionista" (figura di obbligatorio inserimento) arch. Sonia Soardo non sarebbe stata precisamente qualificata, né in relazione al legame giuridico con gli altri soggetti partecipanti, né in relazione alla attività che alla stessa sarebbe stata affidata.

Inoltre, pur essendone tenuta, non avrebbe sottoscritto l'offerta e le dichiarazioni prescritte.

Anche questa doglianza risulta infondata. Osserva anzitutto il Collegio che l'arch. Sonia Soardo viene indicata quale "giovane professionista", e non già quale componente del raggruppamento partecipante (viceversa formato solo da Archest S.r.l., Epsilon Associati, ing. Arturo Busetto, ing. Vittorio Bozzetto, dotto Andrea Mocchiutti) e, d'altra parte nessuna disposizione, né generale né speciale, richiedeva che il "giovane professionista" (da indicare obbligatoriamente) dovesse essere anche un componente del raggruppamento.

La posizione dell'arch. Soardo risulta quella di «collaboratore su base annua di Archest S.r.l.» , situazione che non risulta contraria alla normativa dato che non sussiste alcun obbligo di associare il "giovane professionista" e anche tale collaborazione soddisfa l'obbligo di legge. (ex multis: Cons. giust. Amm. Sic., 2 marzo 2009, n. 95; T.AR. Veneto, Sez. I, 28 febbraio 2008, n. 492).

Infondato si rivela anche il terzo mezzo di ricorso, con il quale ci si duole del fatto che, a p. 7 della busta B dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario, relativa all'organigramma dei soggetti che partecipano alla prestazione professionale, ne sarebbe stato indicato uno ulteriore rispetto ai soggetti specificati nella scheda A3

(-un certo prof. ing. Stefano Pampanin della Università di Canterbury, Nuova Zelanda, che figura come consulente delle opere strutturali in legno»).

Si sostiene che tale soggetto, che risulterebbe "componente qualificante del gruppo", avrebbe dovuto essere indicato come soggetto partecipante, con conseguente sottoscrizione anche da parte sua della istanza di partecipazione, non essendo nemmeno chiaro se sia effettivamente abilitato alla professione in Italia (con conseguente supposta violazione degli artt. 38 d.lgs. 163/2006 e 53 del D.P.R. 554/1999).

Rileva invece il Collegio che il prof. Pampanin appare indicato come consulente tecnico esterno, di cui il raggruppamento intende avvalersi, e che come tale non è affatto tenuto a sottoscrivere l'offerta ed a qualificarsi nei confronti della Stazione appaltante.

La consulenza di soggetti esterni, da parte di una società di ingegneria, infatti, non appare preclusa da alcuna disposizione normativa, essendo al riguardo del tutto incongruo ed inconferente il rinvio all'art. 53 del D.P.R. 554/1999 (poi trasfuso all'art. 254 del D.P.R. 207/2010), che regola l'organigramma delle società di ingegneria ma non preclude loro la facoltà di avvalersi nel corso di singole gare d'appalto anche di consulenze esterne, ferma restando la responsabilità personale del direttore tecnico e la responsabilità della società stessa nella effettuazione delle prestazioni poste a base di gara.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese possono essere compensate tra le parti per giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2011

IL SEGRETARIO

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