

N. 01510/2008 REG.SEN.
N. 00877/2007 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 877 del 2007, proposto da:
Italtec Ingegneria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore e
Francesco Pisani, (che agisce in proprio e in qualità di mandante del
costituendo RTP con ITALTEC INGEGNERIA S.r.l. e Geol M Canepa),
Maurizio Canepa (che agisce in proprio e in qualità di mandante del costituendo
RTP con ITALTEC INGEGNERIA S.r.l. e Ing. F. Pisani), rappresentati e
difesi dall'avv. Francesco Marascio, con domicilio eletto presso Marco Faggiano
in Torino, via Drovetti, 37;;

contro

Provincia di Biella, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv. Cinzia Picco, Paolo Scaparone, con domicilio eletto presso
Paolo Scaparone in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

nei confronti di

R.T.P. con capogruppo Sintagma S.r.l. – in persona del legale rappresentante
pro tempore e mandanti, ing. Giletti Emanuele – ing. Secchia Ugo – arch.
Bernardi Cristina – geol. Maffeo Brunello, rappresentati e difesi dagli avv. Elena
Calvetti, Daniele Spinelli, con domicilio eletto presso Elena Calvetti in Torino,
via San Quintino, 42;

R.T.P. Studio Tecnico Italiano S.T.I. S.r.l., Sintagma S.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, Angela Procopio e mandanti arch. Massimo
Pittaluga e il geol. Giacobbe Barovero, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n. 1295 del 20 aprile 2007 del dirigente responsabile del
settore lavori pubblici della Provincia di Biella, nonché di ogni altro atto
ulteriore o presupposto ancorché non conosciuto; nonché per il risarcimento
del danno

da disporsi in forma specifica mediante aggiudicazione a favore della ricorrente ovvero, in subordine, per equivalente come specificato in ricorso..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Biella;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di R.T.P.: Sintagma S.r.l. - Giletti Emanuele - Secchia Ugo - Bernardi Cristina - Maffeo Brunello;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12/06/2008 il Primo Referendario dott. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in oggetto parte ricorrente espone che con bando in data 1.12.2006 la Provincia di Biella aveva indetto una procedura ristretta per l'affidamento dell'incarico di progettazione relativa agli interventi per la messa in sicurezza della strada provinciale già denominata strada statale n. 230 di Massazza, per un importo presunto di € 169.259,82, IVA esclusa.

L'oggetto dell'incarico consisteva nelle prestazioni progettuali e attività connesse ex art. 90 d.lgs. n. 163/2006:

- progetto definitivo,
- progetto esecutivo,
- direzione lavori,
- contabilità e accertamento regolare esecuzione,
- coordinamento per la sicurezza nella fase di progettazione, piano di sicurezza e fascicolo,
- coordinamento per la sicurezza nella fase di esecuzione,
- rilievi planovolumetrici,
- piano particellare di esproprio,
- studi di impatto ambientale,

- prestazioni geologiche.

Le tre offerte presentate sono state valutate dalla Commissione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo quanto previsto dall'art. 64, co. 5, d.p.r. n. 554/1999, in base ai seguenti elementi:

- a) professionalità: fattore ponderale 40;
- b) caratteristiche qualitative e metodologiche dell'offerta: fattore ponderale 40;
- c) ribasso percentuale: fattore ponderale 10;
- d) riduzione percentuale con riferimento al tempo di esecuzione dell'incarico: fattore ponderale, con applicazione, relativamente agli elementi a) e b), del metodo del confronto a coppie.

La graduatoria delle offerte all'esito dei lavori della Commissione è stata la seguente:

- primo posto per il costituendo R.T.P. con capogruppo Sintagma srl, con complessivi 94,67 punti;
- secondo posto per il costituendo R.T.P. con capogruppo STI, con complessivi 56,05 punti;
- terzo posto per il ricorrente, costituendo R.T.P. con capogruppo Italtel, con complessivi 20 punti, di cui 0 per il merito tecnico e le caratteristiche qualitative dell'offerta.

Con determinazione 20.4.2007, n. 1295 il dirigente responsabile ha approvato i lavori della commissione e aggiudicato il servizio al costituendo R.T.P. con capogruppo Sintagma srl.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

Per l'esclusione del primo classificato:

I - Violazione di legge. violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 4, e 10, comma 7, del d. lgs. 163/06, nonché dell'art. 8, commi 5 e 6, del d.p.r. n. 554/1599: incompatibilità ad assumere l'incarico e violazione dei principi di trasparenza e imparzialità. Eccesso di potere per manifesta disparità di trattamento, illogicità ed irrazionalità. assoluta carenza di istruttoria.

gara.

II - Violazione della lex specialis, violazione e falsa applicazione del punto 2 delle specifiche di gara. violazione e falsa applicazione del punto n. 6 della lettera di invito. Eccesso di potere per manifesta disparità di trattamento, illogicità ed irrazionalità. Assoluta carenza di istruttoria.

III - Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 51 e 52 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537. Violazione della lex specialis. Violazione e falsa

applicazione del punto 1 del bando di gara. Violazione e falsa applicazione del punto 1 delle specifiche di gara. Eccesso di potere per assoluto travisamento dei fatti. Carezza di presupposti.

IV - Violazione di legge. Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 445/2000. Violazione della lex specialis e falsa applicazione dell'art. 3B delle specifiche di gara. Eccesso di potere per assoluta carezza di istruttoria.

Per l'esclusione del secondo classificato:

I - Violazione di legge. violazione e falsa applicazione degli artt. 51 e 52 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537. Violazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione del punto 1 del bando di gara e del punto 1 delle specifiche di gara. Eccesso di potere per assoluto travisamento dei fatti. Carezza di presupposti.

II - Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. 163/2006. Violazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione del punto 3F delle specifiche di gara. Violazione del punto 2 della lettera di invito. Eccesso di potere per assoluta carezza di istruttoria.

III - Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria. Arbitrarietà.

IV - Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del d.p.r. 34/2000. Eccesso di potere per assoluta carezza di istruttoria, difetto dei presupposti.

Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 477 dell'8 settembre 2007, veniva respinta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Si costituivano l'Amministrazione intimata e il controinteressato chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza istruttoria n. 30 del 20 marzo 2008 venivano chiesti chiarimenti all'Amministrazione intimata.

Alla pubblica udienza del 12 giugno 2008 il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che il ricorso sia infondato.

Secondo il costituendo R.T.P. ricorrente il provvedimento di aggiudicazione del servizio di progettazione in oggetto sarebbe illegittimo in quanto il costituendo R.T.P. aggiudicatario avrebbe dovuto in realtà essere escluso dalla gara.

Per giustificare il proprio interesse ad agire, il costituendo R.T.P. ricorrente, che si è collocato al terzo della graduatoria concorsuale, critica altresì la mancata esclusione del secondo graduato.

Con riferimento all'esclusione del primo classificato se ne contesta la mancata esclusione a causa di una incompatibilità, consistente nella circostanza che due

mandanti del R.T.P. aggiudicatario – ing. Secchia e arch. Bernardi - hanno partecipato alla redazione dello studio di fattibilità dell'intervento la cui progettazione è oggetto dell'incarico: in questo modo sarebbero integrati i presupposti del divieto di partecipazione previsto espressamente dall'art. 8, co. 6, d.p.r. n. 554/1999 a carico degli affidatari del servizio di supporto al Responsabile del procedimento e, comunque, ricavabile dai principi generali posti a presidio della par condicio tra i concorrenti.

Il richiamo all'art. 8, co. 6, d.p.r. n. 554/1999 è del tutto inconferente posto che l'incarico svolto in passato dai professionisti aggiudicatari a favore della Provincia non è riconducibile all'attività di supporto al R.U.P., come emerge anche dall'insieme dei documenti richiesti da questo Collegio con ordinanza istruttoria n. 30 del 20 marzo 2008.

Per poter invocare l'art. 8, co. 6, d.p.r. n. 554/1999 il collaboratore esterno a cui è affidato un incarico di consulenza avente ad oggetto attività funzionali all'accertamento della fattibilità dell'opera si deve porre in funzione ausiliaria al R.U.P., ossia di collaboratore di questo nell'esercizio dei suoi compiti.

Le prestazioni svolte dai professionisti in relazione allo studio di fattibilità sono, quindi, da ricondurre all'attività tecnico-amministrativa connessa alla progettazione, ma da questa distinta che, per la sua complessità, richiede una specifica professionalità e, ai sensi dell'art. 90, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, può essere affidata a terzi.

In tal caso non sussiste alcuna previsione di incompatibilità rispetto alla progettazione, atteso che l'incompatibilità invocata riguarda soltanto gli affidatari dei servizi di supporto che non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato.

D'altro lato, si osserva che l'affidatario del servizio di supporto deve risultare tale all'esito di uno specifico procedimento anche concorsuale, che trova il suo atto di avvio nella proposta del R.U.P. (art. 8, co. 5, d.p.r. n. 554/1999): il che non si verifica nella concreta fattispecie.

Inoltre, per pacifico principio generale, le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione in quanto limitative della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita, a nulla vale il tentativo di un'estensione analogica a fattispecie non espressamente contemplate (cfr. precedente di questa Sezione 28 febbraio 2007, n. 882 e Cons. St., Sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 561): sulla base di tale principio infatti, è stata affermata la piena legittimità della partecipazione dell'affidatario della progettazione preliminare alla gara per l'affidamento della progettazione definitiva e esecutiva in assenza di alcuna disposizione che disponga in senso contrario. Infatti, il principio della par condicio non può essere irrigidito fino al punto di stigmatizzare asimmetrie competitive fondate su meriti acquisiti per effetto della partecipazione a procedure rette dalle disposizioni comunitarie e nazionali ispirate alla logica concorrenziale: il vantaggio concorrenziale sotteso al previo espletamento dell'incarico finalizzato alla redazione del progetto preliminare costituisce, al pari della condizione in cui versa l'aggiudicatario in caso di procedura di rinnovo di un pregresso affidamento, ovvero della situazione in cui versa l'appaltatore di lavori in ambiti territoriali limitrofi, una differenziazione fattuale la cui positiva

incidenza si atteggia ad esplicazione del giuoco concorrenziale piuttosto che fungere da fattore anticompetitivo.

Secondo il costituendo R.T.P. ricorrente, peraltro, la pretesa incompatibilità sarebbe ravvisabile sotto un ulteriore profilo. La legge di gara, stabilendo il divieto di partecipazione nei confronti degli affidatari degli incarichi di progettazione, avrebbe introdotto una previsione più restrittiva di quella normativamente posta dall'art. 90, co. 8, d.lgs. n. 163/2006.

Secondo il ricorrente, mentre questa precluderebbe ai progettisti di concorrere agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, la *lex specialis* porrebbe il divieto senza la limitazione ai lavori pubblici e quindi rispetto a tutti gli appalti, compreso quello qui rilevante del servizio di progettazione.

A prescindere dalle controversie sull'interpretazione della clausola invocata dal ricorrente, si osserva che manca, nella fattispecie, il presupposto per l'applicazione del divieto, in quanto la precedente attività svolta dai professionisti non è qualificabile come progettazione.

Lo studio di fattibilità, quale previsto dall'art. 128 d.lgs. n. 163/2006, è un elemento della documentazione programmatica dei lavori pubblici, contenente dati tecnici, gestionali, economico-finanziari dell'opera, che non solo si colloca temporalmente in un momento antecedente allo stesso avvio della progettazione, ma si rapporta a questa come presupposto e non come parte integrante.

Pertanto, la censura, anche sotto questo profilo, deve essere rigettata.

Il ricorrente ritiene, peraltro, che l'R.T.P. aggiudicatario dovrebbe essere escluso anche per violazione delle norme in merito alle competenze professionali, poiché la progettazione oggetto dell'incarico riguarda una strada provinciale: in materia la legge professionale degli ingegneri e degli architetti prevede una competenza esclusiva dei primi, mentre nel R.T.P. aggiudicatario figurano degli architetti.

Il Collegio, ritiene, tuttavia, che l'oggetto dell'incarico, quale descritto dal bando, è, in realtà, eterogeneo, comprendendo anche i rilievi plano-altimetrici, il piano particellare di esproprio e gli studi di impatto ambientale: prestazione professionali, queste, non riservate agli ingegneri e che, quindi, possono essere svolte, nell'ambito del raggruppamento, da altri soggetti professionali.

Anche l'ultima censura formulata dal ricorrente è infondata.

Infatti, la dichiarazione sostitutiva prodotta è sottoscritta, oltre che dai mandanti, dal dott. Nando Granieri, Amministratore delegato della Sintagma srl e legale rappresentante di questa. Il rappresentante del concorrente può rendere la dichiarazione sostitutiva in relazione anche ad altri soggetti, come previsto sia dalla stessa legge di gara, nel modulo di dichiarazione, sia dall'art. 47 d.p.r. n. 445/2000 (richiamato dalla legge di gara), secondo cui il dichiarante può attestare circostanze riguardanti altri soggetti di cui è a conoscenza.

Inoltre, la mancata allegazione della dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza di cause di esclusione per difetto dei requisiti generali con riguardo a tutti i direttori tecnici della capogruppo Sintagma srl non comporta alcuna illegittimità

nel caso di specie, posto che la dichiarazione dell'aggiudicatario (doc. 59), come da modulo, riguarda il concorrente che non deve trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice Contratti pubblici, come coordinato con l'articolo 52, comma 1, del d.p.r. n. 554/99 e precisamente: che non è stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla moralità professionale.

Al fine dell'individuazione dei soggetti della dichiarazione, le istruzioni per la compilazione del modulo stabilivano che in caso di studio associato e di società di professionisti bisognava indicare tutti i componenti e in caso di società di ingegneria, tutti i soggetti muniti del potere di rappresentanza e i direttori tecnici.

L'aggiudicatario si è attenuto a tali istruzioni: essendo un raggruppamento e non una società di ingegneria, esso ha reso la dichiarazione con riferimento al direttore tecnico signor Kameniky, che, relativamente al componente del raggruppamento che ha forma di società di ingegneria, ai sensi dell'art. 53 d.p.r. n. 554/1999, risulta colui che assume la responsabilità della progettazione.

Pertanto, il motivo di censura è infondato.

La legittimità della aggiudicazione rende del tutto inconferente le ulteriori censure svolte dal costituendo R.T.P. ricorrente nei confronti del secondo graduato.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere respinto, in quanto infondato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12/06/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Primo Referendario, Estensore

Ivo Correale, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO