

N. 01389/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01434/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1434 del 2013, proposto da:

Sacaim S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Luca Di Giannantonio, con domicilio presso
l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25 del DLgs n. 104/2010;

contro

Avm S.p.A. Azienda Veneziana della Mobilita', rappresentato e difeso dall'avv. Luca Pellicani, con
domicilio eletto presso Luca Pellicani in Venezia-Mestre, via Bembo, 40;

nei confronti di

Coveco Coop. S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Guido Sartorato, Alfredo Bianchini, con
domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitivo in favore della parte controinteressata dell'appalto
di progettazione esecutiva, previa acquisizione del progetto esecutivo in sede di offerta, ed
esecuzione dei lavori necessari al completamento della strada denominata "Vallenari bis" in Comune
di Venezia, comprensivi della realizzazione a scavalco del fiume Marzenego e della realizzazione
dei sottoservizi lungo il tracciato (C.I. 12431); nonché di ogni atto annesso, connesso o
presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Avm S.p.A. Azienda Veneziana della Mobilita' e di Coveco Coop. S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Consorzio Veneto Cooperativo Soc.Coop.P.A. (Coveco), rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Bianchini, Guido Sartorato, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

considerato

1.- che oggetto della presente controversia è l'aggiudicazione alla costituenda ATI tra Coveco Coop spa e Carron Cav. Angelo spa dell'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori necessari al completamento della strada denominata "Vallenari bis" in Comune di Venezia, comprensivi della realizzazione di un ponte a scavalco del fiume Marzenego e della realizzazione dei sottoservizi lungo il tracciato (C.I. 12431), indetto da AVM spa;

2.- che, per economia procedimentale, il collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente il ricorso principale in quanto la sua infondatezza – la quale consente, altresì, di prescindere dall'eccezione, formulata dall'aggiudicataria, di mancata estensione del contraddittorio nei confronti del Raggruppamento di progettisti designato dall'aggiudicataria stessa per l'espletamento della progettazione esecutiva richiesta dall'appalto integrato - fa venir meno l'interesse alla valutazione del ricorso incidentale;

3.- che è infondato, invero, il primo motivo con cui Sacaim denuncia la carenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, con particolare riguardo al fatturato specifico di cui all'art. 263, I comma, lettera b) del DPR n. 207/2010, in capo alla mandante Tecné Engineering srl del Raggruppamento temporaneo di progettisti designato dall'ATI aggiudicataria e la conseguente violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione dei servizi di progettazione (35%): l'art. 261, VII comma del DPR n. 207/2010 citato – norma quest'ultima che, espressamente richiamata nel disciplinare di gara oltre che nel modello "allegato 6" predisposto dalla stazione appaltante per rendere la relativa dichiarazione, riguarda specificatamente l'affidamento dei "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria" e, come tale, è norma speciale che deroga la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 37, XIII comma del DLgs n. 163/2006 (relativo al noto parallelismo, articolato su tre livelli, che, nella formulazione vigente "ratione temporis", si riferiva anche agli appalti di servizi) - stabilisce, invero, che "in caso di raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 90, comma 1, lettera g), del codice, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'articolo 263, comma 1, lettere a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono prevedere, con opportuna motivazione, ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti,

che, comunque, non può essere stabilita in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti. La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito". Coerentemente con tale disposizione, pertanto, la legge di gara ha preteso unicamente – fermo restando, è ovvio, che i requisiti richiesti fossero posseduti dal Raggruppamento nel suo complesso - che la mandataria li possedesse "in misura percentuale superiore rispetto a ciascuno dei mandanti, ai quali non è richiesto il possesso di alcuna percentuale minima dei medesimi requisiti". Dunque, il principio di corrispondenza sancito anche per gli appalti di servizi (prima della novella introdotta con il DL n. 95/2012) dall'art. 37, XIII comma del codice dei contratti non si applicava ai servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, dovendosi fare esclusivo riferimento all'art. 261, VII comma del DPR n. 207/2010 che consente la dimostrazione dei requisiti previsti dal successivo art. 263, I comma, lett. a), b) e d) da parte del raggruppamento di professionisti unitariamente considerato quale portatore di una capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che la stazione appaltante deve valutare in termini globali;

4.- che è analogamente infondata l'ulteriore censura con cui la ricorrente evidenzia l'asserita, omessa presentazione - da parte dell'arch. Lugato sia in qualità di socio di maggioranza di Tecné Engineering srl, sia in qualità di legale rappresentante di Tecné srl, società quest'ultima che aveva ceduto alla prima il ramo d'azienda concernente i servizi di ingegneria - della dichiarazione circa la sussistenza dei requisiti soggettivi di partecipazione di cui all'art. 38 DLgs n. 163/2006: ora, in disparte la (pur dirimente) considerazione che non pare che il raggruppamento di progettisti designato dalla concorrente per la realizzazione del progetto esecutivo dell'opera oggetto dell'appalto integrato debba rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti (tale raggruppamento, infatti, non è concorrente in gara, né è solidariamente responsabile nei confronti della stazione appaltante alla stregua dell'impresa ausiliaria), deve osservarsi, quanto al primo profilo, che se è vero che CdS, Ap 6.11.2013 n. 24 ha definitivamente stabilito, ponendo fine alle oscillazioni della giurisprudenza sul punto, che "l'espressione <socio di maggioranza> di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del d.lgs n. 163 del 2006, e alla lettera m-ter) del medesimo comma, si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale...", è altresì vero che in presenza di oscillazioni della giurisprudenza (in merito alla doverosità di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 nel caso di due soci al 50%) e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente ai due soci al 50%, pena l'esclusione dalla gara, "le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale (nel senso che vi sia la prova che i soci amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali), ovvero se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante" (cfr. CdS, Ap 7.6.2012 n. 21): potere di soccorso che, dunque, deve essere esercitato nell'ambito di tutte le procedure concorsuali relativamente alle dichiarazioni rese (dai due soci al 50%) fino alla pubblicazione della plenaria n. 24/2013, e l'esclusione disposta solo ove risulti che i soggetti tenuti alla dichiarazione abbiano pregiudizi penali ovvero si siano rifiutati di rendere la dichiarazione. Nel caso di specie la legge di gara, pubblicata (il 19.6.2012) in un contesto giurisprudenziale ondivago, non ha previsto la doverosità della dichiarazione ex art. 38, pena l'esclusione, in capo ai due soci detentori del 50% del capitale;

4.1.- che è parimenti infondato anche l'ulteriore profilo della censura in esame ove la ricorrente si duole della mancata presentazione, da parte del medesimo arch. Lugato, della dichiarazione ex art. 38 del DLgs n. 163/2006 questa volta non in qualità di socio di maggioranza di Tecné Engineering

S.r.l., ma quale legale rappresentante di Tecné S.r.l., società questa che aveva ceduto il ramo d'azienda concernente i servizi di ingegneria a Tecné Engineering srl: a tal proposito, infatti, va rilevato che l'atto di cessione del predetto ramo d'azienda è stato stipulato in data 31 maggio 2011, collocandosi dunque al di fuori del periodo annuale antecedente la pubblicazione del bando di gara (19 giugno 2012);

5.- che merita accoglimento nemmeno il terzo rilievo con cui la società ricorrente afferma la mancanza, a corredo del progetto definitivo presentato dall'ATI aggiudicataria, della relazione geologica prescritta dall'art. 26 del DPR n. 207/2010 (norma, quest'ultima, espressamente richiamata dal disciplinare di gara), che costituirebbe elemento essenziale dell'offerta e, dunque, sanzionabile con l'esclusione, e comunque tale da impedire di valutare l'effettiva realizzabilità dell'intervento proposto. A tal proposito deve invero osservarsi che, come ampiamente illustrato nella propria memoria 2.11.2013 (pag. 27 segg.), fin dal maggio 2011 la stazione appaltante aveva condotto una serie di indagini geognostiche prodromiche alla redazione del progetto preliminare dell'opera, indagini che sono poi confluite nella relazione geologica posta a riferimento nel progetto esecutivo. Ed è proprio in ossequio alla prescrizione contenuta nell'art. 26 richiamato dalla ricorrente – che prevede espressamente che le relazioni tecniche ivi indicate, tra cui la relazione geologica, possono essere sviluppate “anche sulla base di indagini integrative di quelle eseguite per il progetto preliminare” - che l'odierna controinteressata ha effettuato gli opportuni approfondimenti disponendo indagini integrative (un sondaggio geognostico [S1] spinto a 40 m di profondità e una prova penetrometrica statica spinta alla profondità massima di 30 m dal piano campagna, nonché un'ulteriore prova geofisica di tipo MASW per la misura della velocità di propagazione delle “onde di taglio”) che, propedeutiche alle realizzande opere, sono state trasfuse in due relazioni presentate in sede di offerta quali parti integranti del progetto definitivo: la relazione n. 21, rubricata “Relazione geotecnica e sismica”, redatta con la consulenza tecnica del prof. Coleselli che sviluppa, dal punto di vista geotecnico e sismico, un'accurata analisi relativa ai terreni del sito interessato dall'intervento, con particolare riguardo alle opere di sostegno ed al ponte sul canale; e la relazione n. 22, rubricata “Accertamento sulle terre da scavo-caratterizzazione dei terreni” che, a firma del dott. geologo F. Ferrati, contiene, tra gli altri, un paragrafo relativo agli aspetti litologici e geopedologici del sito di intervento ed è inoltre evidenziato il profilo geologico dell'area di Mestre a ridosso del sito interessato dall'opera ed il profilo dei suoli, con evidenziato il tracciato della nuova arteria in progetto. Donde l'easustività, sotto il profilo geologico, del progetto definitivo presentato dall'ATI odierna resistente (sul punto vedasi anche l'ampia ed articolata relazione dell'ing. Gentili: doc. 11 della controinteressata);

6.- che nemmeno sono convincenti le affermate criticità del progetto (la collocazione del nuovo by-pass dell'acquedotto industriale; il posizionamento della pila in sponda sinistra del ponte; l'introduzione di modifiche sostanziali al disegno architettonico del ponte) che, secondo la prospettazione della ricorrente, si risolverebbero non già in proposte meramente migliorative, ma in varianti sostanziali incidenti sulla tipologia delle scelte progettuali (immodificabili) effettuate dalla stazione appaltante;

6.1.- che, quanto al contestato insediamento del by-pass, l'aggiudicataria, posizionandolo al di fuori del perimetro della variante, ha non già sovvertito l'impostazione del progetto preliminare, ma ne ha recepito le indicazioni (cfr. i docc. 25 e 26 di AVM spa, ove risulta chiaro che il by-pass è all'esterno del perimetro stesso, seppure in aree di proprietà del Comune di Venezia);

6.2.- che, quanto alla soluzione progettuale offerta dall'aggiudicataria relativamente al posizionamento della pila del ponte in sponda sinistra, essa – contrariamente all'assunto della ricorrente - è perfettamente coerente con il progetto preliminare redatto dalla stazione apaltante (positivamente riscontrato dal Consorzio di bonifica) e conforme con i chiarimenti forniti dalla

stessa in corso di gara, secondo cui non si doveva “interferire minimamente con la sezione in alveo”: il ponte, cioè, doveva essere realizzato (a campata unica) con scavalco dell’intero corso d’acqua, senza il posizionamento all’interno del corso stesso (ossia nel c.d. “alveo bagnato”) di piloni intermedi (che potevano, invece, essere collocati sulla golenia) in grado di creare pericolose interferenze;

6.3.- che l’eliminazione, attuata nel progetto dell’aggiudicataria, dei tiranti previsti per lo strallo costituisce, attesa la chiara funzione strutturale (e non architettonica) di questi ultimi (cfr. la relazione al progetto preliminare, pag. 9), non già una modifica sostanziale della configurazione architettonica del ponte, ma una miglioria, in termini sia di estetica dell’opera che di minor onere manutentivo;

7.- che, dunque, per le suesposte considerazioni il ricorso principale è infondato e va respinto, le spese potendo essere compensate in ragione della particolarità della controversia: il ricorso incidentale deve, conseguentemente, essere dichiarato improcedibile per difetto di interesse;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese e le competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2013

IL SEGRETARIO

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