



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 Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3626 del 2010, proposto da:
Soc Prometeoengineering.It Srl + Rti, Soc Sws Engineering Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Giuseppe Giuffre', Stefano Angeloni, con domicilio eletto presso Giuseppe Giuffre' in Roma, via degli Scipioni, 288;

contro

Soc Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Lombardi Sa Ingegneri Consulenti, Soc Sering Ingegneria Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Carlo Comande', Alberto Linguiti, con domicilio eletto presso Alberto Linguiti in Roma, viale G. Mazzini, 55;

Soc D'Appolonia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Emanuela Romanelli, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Emanuela Romanelli in Roma, viale Giulio Cesare 14;

Soc via Ingegneria Srl, Soc Nier Ingegneria Srl;

per l'annullamento

- del provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria relativo alla gara ANAS DGACQ 08-08;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva relativo alla gara medesima denominato "Disposizione n.44" del 18 marzo 2010;
- dei verbali della Commissione di gara nella parte in cui vengono dichiarate ammissibili le offerte del RTI LOMBARDI INGEGNERI CONSULENTI S.A. - SERING INGEGNERIA S.R.L., di D'APPOLONIA S.P.A. e del RTI INGEGNERIA S.R.L.- NIER INGEGNERIA S.P.A.;
- in parte qua del bando e della lettera di invito;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Anas Spa e di Soc Sering Ingegneria Srl e di Soc D'Appolonia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale della Sering;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità il 7-10-2008, l'ANAS indiceva una gara con procedura ristretta per l'affidamento di un servizio di consulenza per studi sulla sicurezza in galleria con utilizzo di analisi di rischio in accordo alle linee guida Anas del novembre 2006 (per i compartimenti Aosta, Torino, Venezia, Trieste, Genova, Bologna, Firenze, Ancona). Dopo la fase di prequalifica, il 22-1-2009, sono state inviate le lettere di invito.

A seguito della presentazione delle offerte e delle operazioni di valutazione dell'offerta tecnica ed economica da parte della Commissione è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria e poi definitiva a favore del r.t.i. Lombardi Ingegneri Consulenti S.A.- Sering Ingegneria s.r.l..

Dopo tale raggruppamento, nell'ordine si sono classificate, in base al punteggio ottenuto nelle offerte tecniche ed economiche, la d'Apollonia s.p.a., il r.t.i. via Ingegneria- Nier ingegneria s.p.a., il r.t.i. Prometeo engineering s.r.l.- Sws engineering s.p.a..

Quest' ultimo raggruppamento ha proposto il presente ricorso contestando la posizione di tutti i soggetti che lo precedevano in graduatoria (RTI Lombardi Ingegneri Consulenti S.A.- Sering Ingegneria s.r.l.; d'Appolonia s.p.a., r.t.i. via Ingegneria- Nier ingegneria s.p.a) per i seguenti motivi:

rispetto alla Lombardi- Sering (prima classificata): violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in particolare del punto III.2.1., III 2.2. lett. a) e b) del bando e del punto C della lettera di invito ; violazione e falsa applicazione dell'art 2703 del codice civile; difetto di istruttoria e di motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art 37 comma 2 del d.lgs. n° 163 del 2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis relativamente al possesso dei requisiti economico finanziari di cui al punto III 2.2. del bando; eccesso di potere per errore dei presupposti; difetto di istruttoria e di motivazione;

rispetto alla D'Appolonia (seconda classificata):

violazione e falsa applicazione della lex specialis, in particolare dei punti C e D 1 cap 3 della lettera di invito; difetto di istruttoria e di motivazione;

rispetto al r.t.i. via Ingegneria- Nier ingegneria (terzo classificato): violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in particolare del punto III 2.2. lett. a) e c) del bando; difetto di istruttoria e di motivazione; disparità di trattamento;

violazione e falsa applicazione dell'art 37 comma 2 del d.lgs. n° 163 del 2006;
violazione e falsa applicazione della lex specialis relativamente al possesso dei requisiti economico finanziari di cui al punto III 2.2. del bando; eccesso di potere per errore dei presupposti; difetto di istruttoria e di motivazione;

il r.t.i. ricorrente ha proposto, altresì, censure relative a tutte le operazioni di gara :
violazione del principio di pubblicità della gara; violazione della lettera D1 cap 1 a 4 e della lettera G della lettera di invito;

violazione dell'art 83 comma 4 del d.lgs. n° 163 del 2006; eccesso di potere per errore dei presupposti; difetto di istruttoria e di motivazione;

Si sono costituiti l'Anas e la D'Appolonia s.p.a contestando la fondatezza del ricorso e la Sering Ingegneria, quale mandante del raggruppamento ed in proprio, proponendo ricorso incidentale, in particolare formulando le seguenti censure:

violazione e falsa applicazione della ratio di cui all'art 90 comma 8 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; violazione e falsa applicazione dei principi inerenti alla par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per difetto di istruttoria;

violazione e falsa applicazione dell'art 38 del d.lgs n° 163 del 2006 e della sua ratio;
eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione;

violazione e falsa applicazione dell'art 19 del d.p.r. n° 445 del 2000; violazione e falsa applicazione del punto III.2.2 del bando di gara relativo ai requisiti di capacità economica e finanziaria; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Successivamente, con memoria notificata il 24-9-2010, la Prometeo Engineering s.r.l. ha proposto, altresì, domanda di risarcimento danni.

All'udienza pubblica del 13 ottobre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, devono essere esaminate le questioni proposte con il ricorso incidentale, il cui accoglimento condurrebbe alla esclusione della società ricorrente Prometeo dalla procedura di gara oggetto del presente giudizio.

Come è noto, infatti, nei giudizi relativi alle procedure di affidamento, se le censure del ricorso incidentale riguardano la partecipazione del ricorrente, l'accoglimento del ricorso per tali motivi di censura rende inammissibile il ricorso principale, non sussistendo più in capo al ricorrente l'interesse concreto ed attuale alla decisione di quest'ultimo; se, in particolare, come, nel caso di specie, riguardano requisiti di ammissione che comporterebbero la esclusione anche da una eventuale rinnovazione della procedura di gara (cfr Ad Plen 1 del 2010), viene a mancare anche l'interesse strumentale alla partecipazione ad una nuova gara.

Sostiene la controinteressata Sering la violazione dell'art 90 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006, in quanto la Prometeo, avendo redatto le linee guida poste dall'Anas a base della presente gara, non avrebbe potuto partecipare.

Tale censura proposta nel ricorso incidentale è fondata.

L'art 90 comma 8 del d.lgs. n° 163 del 12-4- 2006 prevede l'esclusione dagli appalti o dalle concessioni di lavori pubblici, nonché dagli eventuali subappalti o cottimi, degli affidatari di incarichi di progettazione 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.

Tale norma è analoga a quanto era previsto dall'art 17 comma 9 della legge n° 109 dell'11-2-1994: 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 ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti.

Tale disposizione è stata interpretata dal Consiglio di Stato come espressione di un principio generale. Ne deriva che, indipendentemente dalla previsione espressa dell'allora art 17, si deve valutare se lo svolgimento del precedente incarico possa creare tra i partecipanti ad una gara una posizione di vantaggio, incompatibile con i principi, anche comunitari, di concorrenza e disparità di trattamento. La questione, quindi, non riguarda la presenza nell'ordinamento di una norma che vieti l'affidamento di un incarico di progettazione a un soggetto che, in ipotesi, abbia eseguito lavori per conto di un soggetto diverso dall'Amministrazione appaltante. In questo senso la regola, di cui all'art 17, comma 9, della legge n. 109/1994, è chiara nel porre un divieto nella sola ipotesi in cui il progettista partecipi della esecuzione dei lavori, e non, ad esempio, nel caso contrario, in cui un soggetto che abbia eseguito lavori partecipi ad una gara per l'affidamento di un incarico di progettazione. La regola è, però, espressione del principio generale di trasparenza ed imparzialità, la cui applicazione è necessaria per garantire parità di trattamento, che ha per suo indefettibile presupposto il fatto che i concorrenti ad una procedura di evidenza pubblica debbano rivestire la medesima posizione. La regola generale della incompatibilità garantisce la genuinità della gara, e il suo rispetto prescinde dal fatto che realmente si sia dato un vantaggio per un concorrente a motivo di una qualche sua contiguità con l'Amministrazione appaltante (cfr CdS VI Sentenza n°

5087 del 2007 rispetto all'affidamento di un incarico di progettazione e alla ammissione di una ATI nella quale erano presenti professionisti che avevano avuto direttamente o indirettamente precedenti rapporti con l'Amministrazione in relazione all'oggetto di incarico di progettazione-bonifica di un area ex industriale). Non si tratta, dunque, di ricercare ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma di valutare se vi sia stata una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato luogo a un possibile indebito vantaggio per l'aggiudicataria.

Ritiene il Collegio che tale orientamento giurisprudenziale debba essere seguito anche rispetto alla norma dell'art 90 del codice degli appalti, che non si discosta dal dato testuale dell'art 17; anche tale disposizione deve essere interpretata conformemente ai principi della parità di trattamento e della concorrenza. Si deve, infatti, anche tenere conto che l'art 2 del medesimo d.lgs. n° 163 del 2006 espressamente prevede tra i principi generali che devono governare l'affidamento dei contratti pubblici la libera concorrenza, la parità di trattamento, il divieto di non discriminazione.

Lo svolgimento della gara nei contratti pubblici ha la funzione di assicurare la par condicio tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose.

La concorrenza è un principio valorizzato al massimo grado della normativa comunitaria, alla stregua della quale la scelta del contraente, al di là delle ipotesi legislativamente disciplinate, incontra, in ogni caso, i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza, imponendosi così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da

assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (Consiglio Stato , sez. V, 04 marzo 2008 , n. 889)

Nel caso di specie, risulta dallo stesso bando di gara e dalla lettera di invito che l'affidamento del servizio di consulenza per studi sulla sicurezza poneva quali elementi fondamentali quelli di cui alle linee guida del novembre 2006. Infatti già l'oggetto del bando di gara contiene espressamente il riferimento alle linee guida del 2006: "procedura ristretta per l'affidamento di un servizio di consulenza per studi sulla sicurezza in galleria con utilizzo di analisi di rischio in accordo alle linee guida Anas del novembre 2006".

Contesta il ricorrente principale che le linee guida costituiscono uno studio relativo a tutte le gallerie, mentre la gara ha ad oggetto solo quelle di alcuni compartimenti (Aosta, Torino, Venezia, Trieste, Genova, Bologna, Firenze, Ancona).

Tale argomentazione non può essere condivisa, in quanto, come detto, il bando prescrive espressamente l'osservanza per le gallerie oggetto dello studio sulla sicurezza la conformità alle linee guida del 2006; se anche si tratta di un oggetto non corrispondente ma parziale rispetto a quello delle linee guida, è evidente che per le gallerie dei compartimenti interessati, la redazione delle linee guida ha già comportato uno studio preliminare, che può portare ad una posizione di vantaggio, anche solo in termini di risparmio di ore di lavoro.

A conferma della totale corrispondenza tra le linee guida e lo studio oggetto della gara si deve far riferimento, altresì, al punto b3 della lettera C della lettera di invito, che richiedeva espressamente, tra la documentazione amministrativa, una dichiarazione sostitutiva, ai sensi del d.p.r. n° 445 del 2000, con l'impegno di effettuare il servizio oggetto dell'appalto, "secondo le linee guida per la progettazione della sicurezza nelle gallerie stradali".

Non vi è dubbio , dunque, che a base della gara siano state poste le linee guida del 2006.

Sostiene la difesa del ricorrente principale che le linee guida sarebbero state redatte non dalla Prometeo, ma dal consorzio Fastigi, che ha stipulato un disciplinare direttamente con l'Anas, depositato in giudizio; la Prometeo avrebbe, invece, prestato la propria attività solo per una parte dello studio, facendo parte del consorzio Fastigi.

Tale argomentazione non è suscettibile di accoglimento.

In primo luogo, la redazione delle linee guide Anas è stata indicata tra i requisiti di capacità tecnica nella domanda di partecipazione della Prometeo e come tale è stata valutata.

Inoltre, come affermato anche dal Consiglio di Stato (sent n° 5087 del 2007), l'applicazione dei principi fondamentali in materia di affidamento conduce ad escludere comunque la partecipazione di soggetti che possano avere una situazione di vantaggio dall'aver precedentemente svolto attività di progettazione, anche se solo in parte o solo tramite alcuni professionisti che fanno parte della società.

Infine la stessa norma dell'art 90 estende i divieti di partecipazione anche a chi abbia svolto una attività parziale rispetto all'oggetto della gara: “ 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”.

Sostiene ancora la difesa ricorrente che le linee guida costituiscono un mero studio sulla sicurezza, che non può essere compreso nell'attività di progettazione.

Tale affermazione senza altro condivisibile in quanto si tratta di un appalto di servizi, non conduce peraltro ad una diversa conclusione.

Come detto, la norma dell'art 90 comma 8 è espressione di un principio generale di tutela della concorrenza e della parità di trattamento; pertanto, si deve ritenere applicabile anche nel caso di specie, in quanto oggetto dell'affidamento è proprio

lo studio sulla sicurezza in galleria, esattamente corrispondente alle linee guida del 2006 (“in accordo alle linee guida Anas del novembre 2006).

Si deve, infatti, evidenziare che i principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, in base alle norme del Trattato, si devono ritenere applicabili anche in procedure non disciplinate da specifiche norme delle procedure di evidenza pubblica (cfr Consiglio Stato , sez. V, 19 giugno 2009 , n. 4035, rispetto sia alla concessione di beni pubblici sia alle concessioni e agli appalti di pubblici servizi). Pertanto anche se la norma dell'art 90 comma 8 si riferisce al rapporto tra appalti di lavori e preventiva progettazione, non si può non ritenere applicabile il principio generale del divieto di partecipazione di chi abbia una posizione di vantaggio relativamente agli appalti di servizi.

Ciò deriva da una lettura comunitariamente orientata della norma, in relazione, quindi, al rispetto dei principi di concorrenza e di parità di trattamento; in base a tali principi non avrebbe alcuna ratio giustificatrice la limitazione della incompatibilità agli appalti di lavori.

Tra appalti di lavori e progettazione vi è, infatti, una differenza strutturale sia per la natura della prestazione (realizzazione del progetto ed esecuzione dell'opera) che per organizzazione di mezzi e di personale; le imprese che partecipano alle gare di lavori pubblici hanno, dunque, una organizzazione di mezzi e di professionalità molto diverse da quelle che svolgono attività di progettazione. Invece, negli appalti di servizi vi può essere una maggiore omogeneità di organizzazione e di professionalità. Nel caso di specie, tra i soggetti che hanno predisposto attività di studio sulla sicurezza (linee guida sulla sicurezza in galleria) rispetto ad una ulteriore attività di studio sulla sicurezza (servizi di consulenza per studi sulla sicurezza in galleria) la omogeneità può essere totale, trattandosi dell'affidamento del medesimo servizio di studio sulla sicurezza.

La ratio dell'art 90 conduce dunque a ritenere che il divieto di partecipazione si debba applicare anche rispetto agli appalti di servizi.

Tale censura di ricorso incidentale è quindi fondata e deve essere accolta con conseguente illegittimità della ammissione alla procedura del raggruppamento Prometeo- Sws.

L'accoglimento di tale motivo di ricorso incidentale comporta la carenza di interesse della Prometeo a tutte le censure proposte con il ricorso principale, in quanto relativo alla possibilità di partecipare alla gara, e l'assorbimento delle ulteriori censure proposte con il ricorso incidentale.

Dalla illegittima ammissione alla procedura di gara della Prometeo s.r.l. deriva l'infondatezza della domanda di risarcimento danni.

Il ricorso principale deve essere dunque dichiarato inammissibile, mentre deve essere accolto il ricorso incidentale nei limiti indicati in motivazione. La domanda di risarcimento danni deve essere rigettata.

In considerazione della complessità della questione sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso principale.

Accoglie il ricorso incidentale nei sensi di cui in motivazione.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2010

IL SEGRETARIO

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