



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 376 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

PAVAN COSTRUZIONI GENERALI Srl, IMPRESA DI COSTRUZIONI ING GB BOSAZZA Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Giovanni Contu, Matilde Mura, con domicilio eletto presso Giovanni Contu in Cagliari, via Ancona N.3;

contro

COMUNE DI CAGLIARI, rappresentato e difeso dall'avv. Genziana Farci, con domicilio eletto presso Ufficio Legale Comune Cagliari in Cagliari, via Roma N.145;

nei confronti di

-AURELIO PORCU E FIGLI Spa in ATI con ANDREONI Srl, anche RICORRENTE INCIDENTALI rappresentata e difesa dagli avv. Sergio Segneri, Daniela Piras, con domicilio eletto presso Sergio Segneri in Cagliari, via Sonnino N.84;

-ing. Roberto Antonio BARRACU (capogruppo progettazione per l'aggiudicataria Porcu),

-arch. Antonio Sebastiano GAIAS (mandante progettazione per l'aggiudicataria Porcu),

-geologo dott. Stefano DEMONTIS (mandante progettazione per l'aggiudicataria Porcu);

per l'annullamento

CON IL RICORSO PRINCIPALE E MOTIVI AGGIUNTI:

- della determinazione n.3335/2013 del 15.4.2013, prot. 91228, con la quale il Comune di Cagliari ha aggiudicato definitivamente, in favore della controinteressata la gara per l'appalto integrato complesso, per la "riqualificazione urbana del lungomare Poetto";

- del provvedimento di cui al verbale n. 2 del 29.5.2012, con il quale (insieme al verbale n. 3 del 31.5.2012) la controinteressata è stata ammessa;

- della risposta fornita dalla Stazione Appaltante ad apposito quesito, in data 29.2.2012;

- del punto n.5 del disciplinare di gara;

- del provvedimento di cui al verbale di gara con il quale è stata rigettata la richiesta del 7.12.2012;

- della nota prot. 40202 del 13.2.2013;

- di tutti gli atti e determinazioni assunte dal Comune di Cagliari.

E, CON IL RICORSO INCIDENTALI:

della mancata esclusione dalla gara della ricorrente Pavan-Bosazza, da parte della stazione appaltante, per

diversificati motivi;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cagliari e dell'aggiudicataria Porcu-Andreoni;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Porcu-Andreoni

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori l'avv. Matilde Mura per la parte ricorrente, l'avv. Genziana Farci per il Comune, gli avv.ti Daniela Piras e Sergio Segneri per la controinteressata-ricorrente incidentale ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La gara per l'aggiudicazione della "riqualificazione urbana del lungomare Poetto" è stata aggiudicata al RTI PORCU-ANDREONI (con punti 98,845).

La ricorrente RTI PAVAN-BOSAZZA si collocava al 2° posto (con punti 97,131).

Seguono in graduatoria altre 7 imprese.

Il bando (per l'importo globale di euro 10.673.285) prevedeva i seguenti importi a base di gara:

-10.273.285 per <lavori> a corpo;

-160.000 per <progettazione> "definitiva";

-240.000 per <progettazione> "esecutiva" e per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione;

oltre 148.831 oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

La categoria prevalente veniva individuata:

-OG3 (strade,...) per euro 5.477.031;

le categorie scorparabili:

-OG11 (impianti tecnologici) per euro 2.949.463 classe V;

-OS24 (verde e arredo urbano) per euro 1.995.621 classe IV.

Con ricorso notificato e depositato nel maggio 2013 la seconda classificata Pavan ha impugnato l'aggiudicazione a Porcu, previa sospensiva, sostenendo che l'aggiudicataria andasse esclusa.

Sono state formulate le seguenti 5 censure:

1) violazione dell'art. 49 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163 e dell'art. 5 del disciplinare di gara – eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione;

2) impugnazione dell'art. 5 del disciplinare per violazione degli artt. 49 e 45 comma 3° del D.Lgs. 163/2006 – violazione dell'art. 92 comma 6° del DPR 207/2010 – eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza;

3) errata risposta al quesito 29.2.2012 sull'utilizzabilità dell'avvalimento da parte del progettista "indicato";

4) inidoneità ed insufficienza del contratto di avvalimento stipulato dall'ing. Barracu con la società di professionisti "Politecnica";

5) violazione artt. 92 e 263 del DPR 207/2010 e dell'art. 5 del Disciplinare – il progetto "definitivo" presentato in gara sarebbe stato redatto da professionisti "non qualificati".

Con successivi MOTIVI AGGIUNTI ha integrato le censure con la seguente:

6) (ma in riferimento al ricorso incidentale): in particolare relativamente alla nullità della prescrizione contenuta

nell'art. 6 del Disciplinare (dichiarazioni da compiere da parte dei progettisti, sia incaricati che associati, rese uniformi).

Si è costituito in giudizio il Comune sostenendo l'infondatezza del ricorso principale.

Si è costituita in giudizio l'aggiudicataria Porcu sostenendo l'infondatezza del ricorso; la controinteressata ha anche notificato e depositato ricorso incidentale, nel maggio-giugno 2013, sostenendo che la ricorrente Pavan andasse esclusa, formulando le seguenti censure:

1.INC) violazione e falsa applicazione delle prescrizioni 5 e 6 del disciplinare di gara, relativamente ai requisiti richiesti ai fini dell'affidamento della progettazione esecutiva e alle dichiarazioni da presentare in gara;

violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 53, 90 e 253 del D. Lgs. 163/2006;

violazione e falsa applicazione dell'art. 3 comma 27 della L. 244/2007;

violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 56 bis della L. 662/96;

violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della L. 240/2010;

inosservanza dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza e violazione degli artt. 107 e ss. del Trattato U.E. – eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errata valutazione dei presupposti;

principalmente si sostiene, con il ricorso incidentale, che la "Respect srl" (mandante del gruppo di progettazione indicato da Pavan) non potesse partecipare alla gara essendo una "spin off" dell'Università di Cagliari, esulando la progettazione di questa gara dalle finalità di studio e ricerca proprie dell'Ateneo (per i limiti di partecipazione delle "spin off" cfr. A.P. C.S. 10 del 4.6.2011) – la società Respect srl, di cui è socia l'Università di Cagliari, ha, inoltre, come "soci" soggetti legati all'Università da rapporti di lavoro a tempo pieno o definito (docenti, ricercatori, collaboratori), non computabili come "soci attivi";

inoltre l'ing. F. Ruggieri, indicato nel gruppo di progettazione, con computo dei requisiti progettuali, è un dipendente a tempo pieno dell'ANAS e i servizi di progettazione dichiarati appartengono all'Ufficio tecnico di cui è componente; oltretutto, nel caso di specie, egli era autore solo della "riprogettazione" esecutiva (in sede di "revisione", con altri,) e non originario progettista;

mancanza, per il gruppo indicato da Pavan, del minimo di personale tecnico (14) medio annuo nell'ultimo triennio (computabile al massimo in 10 unità);

2.INC) violazione del punto 8 del disciplinare (contenuti dell' "offerta tecnica") e del Capitolato prestazionale parte II , paragrafi 10 e 12 in relazione al disposto di cui all'art. 74 comma 2 del D.Lgs. 163/2006 – difetto di istruttoria ed errata valutazione dei presupposti, in particolare in riferimento alla mancata produzione del "Piano di manutenzione del verde" esteso a 18 mesi – mancanza di un elaborato essenziale richiesto in gara;

3.INC) violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 53 comma 3° del D. Lgs. 163/2006 e degli artt. 47 e 49 della Direttiva UE 31.3.2004 n. 18;

qualora il rapporto fra partecipante e progettista "indicato" fosse inquadrabile come "avvalimento" (prospettazione contenuta nella prima censura del ricorso principale), allora la partecipante Pavan si sarebbe "avvalsa" del costituendo raggruppamento di progettisti (indicato) senza il rispetto delle previsioni di cui all'art. 49 (omessa stipulazione di contratto di avvalimento).

Successivamente l'aggiudicataria ha formulato, nel giugno 2013, MOTIVI AGGIUNTI AL RICORSO INCIDENTALE, sollevando la seguente ulteriore censura:

4.INC) violazione e falsa applicazione delle prescrizioni 5 e 6 del disciplinare relative ai requisiti richiesti ai fini dell'affidamento della progettazione esecutiva e alle dichiarazioni da presentare in gara –

violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 53 e 90 del D.Lgs. 163/2006 –

violazione e falsa applicazione degli artt. 261 e 263 del DPR 207/2010 –

eccesso di potere per erroneità dei presupposti;

in particolare il raggruppamento indicato per la progettazione da Pavan non avrebbe i requisiti per le “progettazioni” (in classe VI a), e ciò in base ai riscontri forniti dall’Anas, che contemplano 2 progetti stradali di importi inferiori rispetto a quelli dichiarati dall’ing. Ruggieri (professionista “interno”)– mancato raggiungimento della soglia minima di progettazione richiesta dal bando (nel decennio progettazioni per la classe VI cat. “a” per almeno 10.954.062, pari al doppio dell’importo delle opere da progettare in tale categoria).

Tutte le parti hanno depositato la documentazione di gara e quella per sostenere le censure formulate.

Alla Camera di consiglio del 5 giugno 2013 la domanda cautelare è stata riunita al merito.

Dopo ulteriori scambi di memorie, anche di replica, all’udienza del 9 ottobre 2013 il ricorso è stato spedito in decisione.

Al 25.10.2013 è stato depositato il dispositivo.

DIRITTO

La gara indetta dal Comune di Cagliari contempla un Bando “integrato”, comprensivo quindi sia della <progettazione> definitiva ed esecutiva (per complessivi 400.000 euro) che di <esecuzione lavori> (per euro 10.273.285).

L’aggiudicataria Porcu-Andreoni (RTI partecipante alla gara, d’ora in poi Porcu) ha “indicato” come <gruppo di progettazione>:

-l’ing. BARRACU (capogruppo),

-l’ing. GAIAS G.; l’arch. GAIAS A.S. , l’arch COCCO , il geologo DEMONTIS, la biologa CUCCUS, l’agronomo BOI (mandanti).

Analogamente la ricorrente Pavan ha “indicato” il gruppo di progettazione in un Raggruppamento composto da :

-Studio professionisti associati srl (capogruppo);

-arch. Herrera Letelier; ing. Cadoni; Respect srl; ing. Ruggieri, Ing. Vincis; ing. Vanini; geom. Moi; agronomo Callioni; geologo Pani; biologo Nissardi (mandanti).

Tutti i soggetti “indicati” dai partecipanti risultano essere “titolari” dell’affidamento della progettazione complessivamente intesa.

Tale rapporto di “indicazione/individuazione” dei soggetti <direttamente responsabili> della progettazione non implica né può essere inquadrato, giuridicamente, in termini di “avvalimento”.

L’ing. Barracu (indicato come capogruppo dall’impresa Porcu), per i “requisiti” oggettivi inerenti la progettazione globalmente intesa –definitiva ed esecutiva- si è avvalso della società cooperativa di professionisti “POLITECNICA Ingegneria ed Architettura” di Modena (rappresentata dall’ing. Federzoni, divenuta “Ausiliaria” dell’ing. Barracu) che ha messo a disposizione i propri requisiti tramite apposito contratto di avvalimento (doc. 50 difesa Comune).

In particolare per i requisiti inerenti il “fatturato globale”, le “progettazioni esecutive” svolte, ed il “personale utilizzato”.

Esame del RICORSO PRINCIPALE e relativi MOTIVI AGGIUNTI.

1) Nel caso di specie non si è concretizzato un “avvalimento” <di secondo grado> (prospettazione contenuta nel primo motivo del ricorso principale).

L’ing. Barracu Capogruppo del raggruppamento indicato dall’impresa partecipante Porcu, si è avvalso per quanto riguarda i requisiti di “fatturato, di progettazione e di personale” (negli ultimi 5 anni o 3 anni) richiesti dal bando, non avendo in proprio la totalità dei requisiti richiesti, di una società di professionisti (Politecnica), che ha messo a disposizione i requisiti quantitativi (richiesti all’ing. Responsabile della progettazione) imposti dal bando, tramite

specifico contratto di “avvalimento” stipulato il 16.4.2012 e depositato in gara.

Tale avvalimento è il primo e unico attuato in gara.

Parte ricorrente sostiene che tale “avvalimento” andrebbe, invece, qualificato di “secondo livello” e come tale inammissibile, attuando un sistema di avvalimento “a cascata”.

La censura non è condivisibile.

Il bando “integrato” richiede, per sua natura, sia la “progettazione” che la “esecuzione” dei lavori.

L’impresa partecipante ha “indicato” un <gruppo>, necessariamente connotato da professionalità “miste”, come imposto dal disciplinare -pag. 15 punto 4 “gruppo di progettazione” , ove si richiede la presenza di almeno 7 componenti, con professionalità diversificate per la redazione dell’offerta tecnica (progetto, nelle sue varie fasi, definitiva ed esecutiva): 2 architetti, 2 ingegneri, 1 agronomo, 1 geologo, 1 biolog-.

E tale “gruppo di progettazione” è il soggetto responsabile (“direttamente e per primo”) della sfera di competenze inerenti propriamente la progettazione (definitiva ed esecutiva).

Non è configurabile cioè un “primo” avvalimento fra partecipante alla gara (impresa) e gruppo di progettazione “indicato” dal RTI che ha formulato la complessiva offerta lavori/progettazione.

Il gruppo di progettazione è colui che redige, in proprio , la progettazione, redigendo e firmando i progetti, ed assumendosi la responsabilità integrale della stessa sia nei confronti della stazione appaltante, sia nei confronti delle imprese partecipanti alla gara.

Dunque non costituisce né è configurabile come “primo avvalimento” il rapporto nascente fra imprese partecipanti e gruppo di progettisti “indicati”, responsabili in via diretta (e non mediata) della progettazione.

Il rapporto che insorge fra imprese partecipanti e i progettisti indicati non è quindi un avvalimento in senso tecnico, trattandosi di indicazione del gruppo di progettazione responsabile.

Così inquadrata la fattispecie il progettista “indicato” poteva, in sede di gara, avvalersi di “altri soggetti”, per il raggiungimento dei requisiti di “fatturato” e di “personale” richiesti dal bando.

L’ing. Capogruppo (che assume la veste di mandatario del gruppo indicato di progettisti) poteva in conclusione “avvalersi” (unico avvalimento in senso proprio), per completare i requisiti tecnici-organizzativi , di una società di professionisti (nel caso di specie la “Politecnica”) , che ha messo a disposizione le risorse (requisiti di fatturato e di personale), tramite apposito contratto di avvalimento (primo e unico).

In definitiva il progettista “indicato” può utilizzare l’istituto dell’avvalimento, e ciò sulla base dell’art. 49 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e degli artt. 47 e 48 direttiva C.E. 31 marzo 2004 n. 18 (così anche Tar Friuli Venezia Giulia n. 18 del 11 gennaio 2013).

**

2) La Commissione ha interpretato correttamente le norme (art. 53 comma 2° Codice contratti e 92 6° comma DPR 207/2010) ritenendo equiparabili ed assimilabili, ai fini dell’ammissibilità dell’avvalimento (da parte dei progettisti), l’<indicazione> dei progettisti da parte delle imprese partecipanti alla gara con la vera e propria <associazione> con i progettisti.

**

3) In relazione alla risposta al quesito del 29.2.2012, con il quale la stazione appaltante chiariva che il progettista “indicato” (e non associato) poteva utilizzare l’istituto dell’avvalimento per i requisiti oggettivi, il Collegio lo ritiene conforme al quadro normativo.

La Commissione, nella propria risposta fornita il 13.2.2013 a Pavan, ha richiamato l’equiparazione affermata nella risposta al quesito 29.2.2012 (cfr. docc. 5 e 7 difesa Comune).

Il coinvolgimento di altri soggetti progettisti, tramite l’istituto dell’avvalimento, da parte del progettista “indicato”

non attua una modifica soggettiva dei partecipanti alla gara pubblica ed andava considerato ammissibile, come correttamente affermato dall'Amministrazione nei chiarimenti.

**

4) Il contratto di avvalimento stipulato tra l'ing. Barracu e la società di professionisti "Politecnica" è dettagliato e specifico in merito ai "requisiti messi a disposizione" e alle risorse utilizzabili in favore del progettista partecipante alla gara (e direttamente responsabile) in veste di capogruppo della progettazione. Con tale contratto il soggetto, responsabile del progetto (ing. Barracu), otteneva, nella propria disponibilità, le risorse messe a disposizione dalla società ausiliaria, in particolare inerenti i "requisiti" mancanti ed esplicitati nel contratto stipulato il 16.4.2012, che risultano coerenti con quelli richiesti dal Disciplinare di gara (lettere a-b-c-d-, pag. 19 e ss.).

E ciò in riferimento all' "intera procedura di gara" e non solo in riferimento alla procedura "esecutiva".

Le dichiarazioni formulate in contratto di avvalimento soddisfano integralmente i requisiti specifici e richiesti dal Disciplinare, sia per il fatturato, sia per il personale tecnico (in applicazione dell' art. 263 del DPR 207/2010, norma espressamente richiamate nel contratto di avvalimento).

E le risorse vengono messe a disposizione per tutta la durata della procedura di gara, da intendersi, quindi, estesa ad entrambe i (due) livelli di progettazione, in conformità alle prescrizioni di bando e di disciplinare.

**

5) Il progetto "definitivo" redatto dall'ing. Barracu (capogruppo dei progettisti), presentato in sede di gara unitamente alla domanda di partecipazione (datata 27.4.2012), trova riscontro sia nei requisiti "propri" e del gruppo capeggiato, sia nei requisiti messi a disposizione da "Politecnica" (il cui contratto è anteriore, del 16.4.2012).

Lo sviluppo della progettazione (sia a livello "definitivo", esplicitasi anteriormente alla gara –con la presentazione dell'offerta tecnica-, sia al livello "esecutivo", che si concretizzerà successivamente all'aggiudicazione), viene svolta dal <gruppo di progettisti> –in senso ampio- coerentemente alle norme di bando e sulla base, anche, delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, che ha integrato i requisiti di partecipazione in favore del progettista individuato come mandatario (ing. Barracu) dal raggruppamento, necessariamente misto, dei progettisti.

Il contratto di avvalimento non è circoscritto alla redazione della progettazione esecutiva:

anche la redazione della progettazione definitiva trova appoggio e conforto negli (stessi) requisiti messi a disposizione dalla società ausiliaria, che concorrono a rendere "piena" la "capacità" tecnica e organizzativa in favore dell'ing. Capogruppo responsabile –unitamente agli altri componenti del team- della progettazione, globalmente intesa.

**

Risultando il ricorso principale infondato, è inammissibile il ricorso incidentale, per carenza di interesse, in capo all'aggiudicatario, ad escludere un soggetto partecipante successivamente posizionatosi in graduatoria.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

*Respinge il ricorso principale;

*dichiara inammissibile il ricorso incidentale;

condanna parte ricorrente al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore delle controparti:

-euro 5.000 (cinquemila) per il Comune;

-euro 5.000 (cinquemila) per l'ATI contro interessata;

oltre spese accessorie di legge (IVA e CPA).

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2013

IL SEGRETARIO

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