



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2418 del 2011, proposto da:
S.I.M.E. - Società Impianti Metano S.p.A., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Luca A. Lanzalone, Marco Mazzarelli e Stefano Sonzogni,
con domicilio eletto presso il secondo in Milano, via dell'Unione, 7

contro

Comune di Bareggio in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Sergio Cesare Cereda e Marco
Radice, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via San
Simpliciano, 5

nei confronti di

Nuove Energie Distribuzione S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Fabio Todarello, Giuseppe Fuda e Federico Novelli, con domicilio
eletto presso il primo in Milano, piazza Velasca, 4;

Società Italiana per il Gas - Italgas S.p.A.

per l'annullamento

del bando di gara 2011/S 12.018620, pubblicato sulla G.U.U.E. il 19.1.2011, relativo alla procedura aperta indetta dal Comune di Bareggio per l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas metano nel territorio comunale; del disciplinare di gara; del 1°, 2°, 3° e 4° verbale di gara; della determinazione del Settore Patrimonio del Comune di Bareggio, n. 68 del 23.6.2011, dell'aggiudicazione definitiva a Nuove Energie Distribuzione S.r.l.; nonché della determinazione del Settore Patrimonio del Comune di Bareggio, n. 2, del 13.1.2011, di avvio della riferita procedura aperta, delle determinazioni del Settore Patrimonio del Comune di Bareggio nn. 23 e 27 del 14.3.2011 e 24.3.2011 di nomina della Commissione di gara e

per l'accertamento

dell'inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato tra il Comune di Bareggio e Nuove Energie Distribuzione S.r.l., nonché per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bareggio in Persona del Sindaco P.T. e di Nuove Energie Distribuzione S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Nuove Energie Distribuzione S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Bareggio, con bando spedito alla G.U.U.E in data 17 gennaio 2011, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas metano nel territorio comunale ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. 164/00 attraverso il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando prevedeva che l'offerta tecnica presentata dai partecipanti dovesse contenere un progetto di ampliamento mediante ristrutturazione, sviluppo e potenziamento delle reti.

La presentazione del progetto (con le caratteristiche del definitivo) impegnava l'aggiudicatario alla esecuzione delle opere in esso previste entro 24 mesi dalla consegna degli impianti.

Il servizio veniva aggiudicato alla Società Nuove Energie Distribuzione S.r.l., che conseguiva il massimo punteggio seguita nella graduatoria da Italgas S.p.A. e S.I.ME – Società Impianti Metano S.p.A..

Quest'ultima, ritenendo che la procedura di gara sia viziata da plurime illegittimità, ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti ad essa preordinati sulla base dei seguenti

MOTIVI

1) Violazione degli artt. 14 del D.Lgs. 164/00, 30 e 60 del D.Lgs. 163 del 2006, 2 e 33 bis della L.r. 26/03, 1, 3 e 6 della L. 241 del 1990, 3, 41 e 97 Cost.; violazione dei principi comunitari di libertà di prestazione dei servizi, non discriminazione e parità di trattamento; eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, sviamento, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

Dovendo l'offerta essere corredata da un progetto definitivo, il termine per la sua presentazione avrebbe dovuto essere quello di ottanta giorni previsto dall'art. 70 del D.Lgs. 163 del 2006; invece, il termine indicato nel bando era pari a soli 52 giorni.

2) Violazione dell'art. 17 del disciplinare di gara, degli artt. 76 e 89 del RD 827/1924, dell'art. 14 del D.Lgs. 164/00, degli artt. 2 e 30 del D.Lgs. 163 del 2006, degli artt. 2 e 33 bis della L.r. 26/03, degli artt. 1, 3 e 6 della L. 241/1990, degli artt. 3, 41 e 97 Cost.; violazione dei principi di pubblicità e trasparenza della azione amministrativa, violazione dei principi comunitari di libertà di prestazione dei servizi, non discriminazione e parità di trattamento; eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, sviamento, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

La Commissione di gara avrebbe violato le norme della lex specialis e del D.Lgs. 163 del 2006 che prescrivono la pubblicità delle operazioni di gara.

In particolare, la commissione non avrebbe proceduto a far constatare pubblicamente l'integrità delle buste contenenti le offerte

tecniche e, soprattutto, avrebbe aperto le predette buste in seduta riservata non consentendo così ai rappresentanti delle ditte partecipanti di poter controllare il relativo contenuto.

Si sono costituiti il Comune di Bareggio e la controinteressata Nuove Energie Distribuzione S.r.l. per resistere al ricorso.

Quest'ultima ha altresì proposto ricorso incidentale sulla base dei seguenti

MOTIVI

1) Violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione del principio della separatezza delle fasi di valutazione e della segretezza dell'offerta economica; violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, trasparenza e par condicio fra i concorrenti.

La ricorrente S.I.M.E avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto essa ha inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa anche l'impegno del garante a rilasciare in favore della società partecipante una garanzia fideiussoria pari ad un importo massimo di Euro 290.000, dalla quale si poteva facilmente evincere quello che sarebbe stato l'ammontare della sua offerta economica.

L'ammontare della fidejussione offerta da S.I.M.E sarebbe stata, inoltre inferiore a quello richiesto dalla lex specialis.

2) Violazione dell'art. 6 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 14 comma 4 e 15 comma 10 del D.Lgs. 164/00; violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; violazione dei principi di concorrenza e par condicio fra

i partecipanti.

SI.M.E non avrebbe nemmeno potuto partecipare alla gara in quanto titolare di affidamenti diretti ottenuti al di fuori di ogni confronto concorrenziale.

3) Violazione del combinato disposto dell'articolo 7 della L. 24/6/1923, n. 1895 e dell'art. 51 del R.D. 2537 del 1925; violazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

Il progetto allegato da SI.M.E alla sua offerta tecnica non sarebbe stato sottoscritto da un professionista abilitato, ma solo dal suo legale rappresentante.

All'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2012, uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, relatore il Dr. Raffaello Gisondi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'ordine logico di esame delle censure proposte con il ricorso principale e quello incidentale impone al Collegio il preventivo esame della prima censura contenuta nel ricorso principale, il cui accoglimento è suscettibile di travolgere l'intera procedura, ivi compresa la fase di presentazione delle offerte, neutralizzando, così, anche il ricorso incidentale che, appunto, contesta l'illegittima ammissione di SI.M.E. alla gara.

Con tale motivo la ricorrente si duole del fatto che la *lex specialis*, avendo concesso ai partecipanti un termine di soli 52 giorni per la presentazione delle offerte, avrebbe violato l'art. 70 comma 6 del

D.Lgs. 163 del 2006 in base al quale, quando il contratto ha per oggetto la progettazione definitiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 80 giorni.

La censura è infondata.

La giurisprudenza ha, infatti, già avuto modo di chiarire che l'art. 70 del codice dei contratti pubblici non si applica alle concessioni di servizi il cui affidamento è soggetto solamente al rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e mutuo riconoscimento, posti dal trattato ed alle regole essenziali di procedura previste dall'art. 30 comma 3 del D.Lgs. 163 del 2006 (Consiglio Stato sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864).

Pertanto, vertendosi nel caso di specie in un'ipotesi di affidamento di concessione di servizi, la stazione appaltante non era tenuta a fare applicazione della norma invocata dal ricorrente ancorchè il disciplinare di gara chiedesse alle imprese offerenti la presentazione di un progetto definitivo di ampliamento e potenziamento delle rete comunale di distribuzione del gas.

Rispetto alle restanti censure formulate nel ricorso principale appare, invece, pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale il cui accoglimento priverebbe S.I.M.E della legittimazione a contestare lo svolgimento delle operazioni di gara.

Premesso ciò occorre in via preliminare respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale formulata da S.I.M.E. sulla base del presupposto che l'impugnativa sarebbe stata rivolta solo

contro gli atti della Commissione e non anche avverso l'atto finale di aggiudicazione definitiva.

Infatti, l'individuazione dell'oggetto del ricorso deve avvenire attraverso il suo esame complessivo senza formalismi ed avendo riguardo alla sostanza delle censure proposte.

Nel caso di specie, anche se l'impugnativa avanzata con il ricorso incidentale non si rivolge espressamente contro l'aggiudicazione definitiva (o meglio contro la approvazione della graduatoria nella parte in cui S.I.M.E. viene classificata al terzo posto), appare, tuttavia, chiara la volontà della controinteressata di far venir meno l'atto di ammissione alla gara di S.I.M.E, determinando, in tal modo, l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione.

E tanto basta perché l'oggetto "reale" del ricorso incidentale possa ritenersi sufficientemente individuato.

Entrando nel merito delle censure proposte con il ricorso incidentale il Collegio ritiene fondata la terza, con la quale viene eccepita l'inammissibilità dell'offerta tecnica presentata dalla S.p.A. S.I.M.E. in quanto il progetto ad essa allegato non risulta sottoscritto da un professionista a tal fine abilitato.

Invero, ai sensi dell'art. 51 del R.D. 2537 del 23/10/1925 la paternità dei progetti relativi a costruzioni edili o impiantistiche deve essere assunta da un ingegnere.

In assenza della sottoscrizione del professionista abilitato il progetto

d'opera non ha, pertanto, alcuna valenza legale e non potrebbe mai ottenere le autorizzazioni necessarie alla realizzazione del manufatto ideato in quanto manca la "specifica garanzia" richiesta dall'ordinamento che l'opera ideata risponda alle regole della tecnica con cui essa deve essere realizzata.

Ciò vale anche nel campo delle opere pubbliche nel quale vige la regola sancita dall'art. 90 del D.Lgs. 163 del 2006 a mente del quale la progettazione preliminare definitiva ed esecutiva dei lavori è espletata esclusivamente da professionisti abilitati interni o esterni all'amministrazione.

L'affidamento da parte di un ente pubblico della progettazione di opere ad un professionista non abilitato deve perciò considerarsi illegittimo (T.A.R. Catanzaro, sez. II, 9 aprile 2008 n. 354).

Per lo stesso motivo, nel caso in cui l'Amministrazione aggiudicatrice acquisisca la progettazione delle opere dalle imprese concorrenti, gli elaborati progettuali che esse devono presentare, anche a prescindere da prescrizioni del bando di gara, devono recare per l'ammissibilità dell'offerta la sottoscrizione di un professionista a ciò abilitato secondo legge, di guisa da consentire l'avvio dell'elaborato predetto alle competenti autorità per l'approvazione (Cons. Stato, VI, 14/12/1991, n. 1083).

Chiarito ciò a nulla valgono i rilievi formulati dalla ricorrente secondo cui il bando non avrebbe richiesto la sottoscrizione agli elaborati progettuali da parte di professionisti abilitati, considerandoli

alla stregua di qualunque altro documento facente parte dell'offerta tecnica.

Infatti, come si è già osservato, un progetto privo della sottoscrizione di un professionista abilitato non può considerarsi tale, non essendo sufficiente la firma del rappresentante legale della società partecipante a garantirne la corrispondenza alle regole della tecnica.

Sicché, il solo fatto di richiedere alle ditte offerenti la presentazione di un "progetto" implicava che i relativi elaborati dovessero essere sottoscritti da un professionista iscritto all'albo.

A ciò si aggiunga che il bando non prevedeva la fornitura degli elaborati progettuali solo come schema per valutare l'offerta tecnica, ma, al contrario, considerava la realizzazione dei lavori di ampliamento e potenziamento degli impianti in conformità al progetto presentato come una parte essenziale del piano degli investimenti.

Il progetto da presentare costituiva quindi la base di una precisa obbligazione di realizzare le opere in esso previste che avrebbe dovuto essere adempiuta entro 24 mesi dalla consegna degli impianti (art. 14 del disciplinare).

La produzione di elaborati privi della sottoscrizione di un professionista che ne assumesse la paternità, non essendo idonea a consentire la realizzazione dei lavori richiesti dall'amministrazione, non poteva, perciò, considerarsi conforme alle previsioni della *lex specialis*.

Il ricorso incidentale deve, quindi, essere accolto con conseguente declaratoria di inammissibilità della seconda censura contenuta in quello principale per difetto di legittimazione.

Sussistono, tuttavia giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il primo motivo del ricorso principale e accoglie il terzo motivo del ricorso incidentale e, per l'effetto:

- a) annulla in parte qua l'atto di approvazione della graduatoria stilata dalla Commissione giudicatrice nella parte in cui S.I.M.E S.p.a. viene ammessa alla gara e collocata al terzo posto;
- b) dichiara inammissibile il secondo motivo del ricorso principale per difetto di legittimazione;
- c) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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