

Pubblicato il 22/12/2023

Sent. n. 11149/2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5170 del 2023, proposto da [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sanza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Senatore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

[omissis], in proprio e nella qualità di mandataria dell'[omissis] con [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

[omissis], non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. [omissis], resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sanza e della [omissis], in proprio e nella qualità di mandataria di [omissis] con la [omissis];

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2023 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Melucci, e Gioia su delega di Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il [omissis], quale secondo classificato nella procedura di gara per l'affidamento dei lavori di risanamento funzionale ed ampliamento del sistema fognario, I stralcio, indetta dal Comune di Sanza (SA), impugnava l'aggiudicazione disposta in favore dell'[omissis] capeggiata dalla [omissis]

Il [omissis] formulava al riguardo varie censure di legittimità relative, fra l'altro, al fatto che l'offerta dell'[omissis] andava esclusa in quanto sottoscritta da un ingegnere anziché da un architetto, a fronte del contenuto delle migliorie previste, ricadenti nel centro storico della città; che l'offerta era comunque irrealizzabile perché gli interventi ricadevano in parte in proprietà di terzi che non risultavano aver dato autorizzazione *ad hoc*; che la stazione appaltante non aveva motivato in ordine

ad alcuni precedenti penali a carico del rappresentante della controinteressata; che non erano state eseguite le dovute verifiche in ordine al costo della manodopera; che l'ostensione dei documenti richiesti dal [omissis] era stata solo parziale.

2. Il Tribunale amministrativo adito, pronunciando nella resistenza della [omissis], accoglieva in parte il ricorso, con riguardo alla doglianza inerente all'inadeguata motivazione sui pregiudizi penali a carico del legale rappresentante, potenzialmente escludenti, riscontrati in danno della controinteressata.

Per questo la sentenza annullava l'aggiudicazione, impregiudicato il potere della stazione appaltante di rivalutare in concreto la fattispecie.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello il [omissis] deducendo:

I) *error iudicando*: violazione di legge, art. 52 r.d. n. 2537 del 1925; art. 10 d.lgs. n. 42 del 2004;

II) *error in iudicando*: contraddittorietà della pronuncia con la disciplina di gara;

III) *error in iudicando*: errata qualificazione della disponibilità di un'area privata "*a mero requisito di qualificazione*";

IV) *error in iudicando*: omessa pronuncia sull'indisponibilità dell'area.

L'appellante ha riproposto poi il quarto motivo di ricorso in primo grado, non esaminato dal Tar, deducendo *error in iudicando* per omessa pronuncia sulla violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016.

4. Resistono al gravame il Comune di Sanza e la [omissis], chiedendone la reiezione.

5. Frattanto la stazione appaltante ha peraltro nuovamente aggiudicato (adottando anche successiva conferma) la procedura in favore dell'[omissis]; i relativi provvedimenti sono stati impugnati davanti al Tar Campania, sez. staccata Salerno, che con sentenza n. 2776 del 2023, a sua volta appellata, ha respinto l'impugnativa.

6. All'udienza pubblica del 5 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Giusta richiesta formulata in udienza dal difensore dell'appellante, il 12 dicembre 2023 è stato pubblicato il dispositivo della sentenza.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari e delle questioni poste in via subordinata dalle resistenti, stante il rigetto nel merito dell'appello.

2. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole del rigetto della censura con cui aveva dedotto in primo grado la necessaria sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di un architetto, in ragione delle migliori proposte dall'[omissis] controinteressata.

Nella specie, l'intervento ha a oggetto appunto l'estensione di un tratto fognario lungo le strade del centro storico di Sanza, che costituiscono bene culturali in sé, a prescindere da una dichiarazione amministrativa in tal senso, con conseguente necessaria sottoscrizione dei documenti d'offerta da parte di un architetto.

2.1. Col secondo motivo, collegato al precedente, l'appellante deduce che anche in ragione della categoria di opere interessate (*i.e.*, OG2, cioè interventi ricadenti nel centro storico), delle quali la miglioria offerta dall'[omissis] aggiudicataria costituirebbe un'estensione, non si vede come le stesse non possano non rientrare nelle funzioni dell'architetto, che avrebbe dovuto perciò sottoscrivere l'offerta tecnica.

2.2. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per connessione, non sono condivisibili.

2.2.1. Occorre premettere che l'art. 16 del disciplinare di gara prevedeva quanto segue, in relazione all'offerta tecnica: "*a.1) le relazioni devono essere sottoscritte da un tecnico abilitato di fiducia dell'offerente e dal legale rappresentante del concorrente su ogni foglio; lo stesso dicasi per gli elaborati grafici; le certificazioni di organismi accreditati o istituti indipendenti possono essere presentate mediante acquisizione dell'immagine, tutto a pena di esclusione [...].*

L'offerta tecnica deve essere sottoscritta, mediante timbro e firma olografa, da Tecnico abilitato, iscritto in un Albo Professionale, di fiducia dell'Operatore partecipante e dal Legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore mediante firma digitale".

Ciò posto, l'appellante contesta l'omessa sottoscrizione dei documenti d'offerta dell'[omissis] da parte di un architetto in relazione alle miglierie previste per il sub-criterio A4, in quanto recanti un'estensione della tratta fognaria nel centro storico della città.

In effetti, emerge dai documenti d'offerta come l'[omissis] abbia offerto, nell'ambito del suddetto sub-criterio, un "*Ampliamento della rete fognaria di progetto del centro storico [...]*", e in specie abbia offerto la realizzazione di un collettore nel "*Tratto 5 'Via Unità d'Italia/Sant'Angelo a Corte'*". Il che non implica tuttavia la necessaria esclusione della concorrente per violazione delle suddette disposizioni speciali che richiedono la sottoscrizione dei documenti d'offerta "*da un Tecnico abilitato, iscritto in un Albo Professionale, di fiducia dell'Operatore'*".

Va premesso, al riguardo, che le suddette previsioni non sono in sé associate a specifici requisiti professionali, diversi dalle categorie Soa prescritte per i lavori, ma attengono esclusivamente alla sottoscrizione dei documenti d'offerta come tali.

Tanto premesso, quanto al riparto di competenze fra le categorie professionali dell'ingegnere e dell'architetto, la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato riconosce, in chiave generale, che "*la progettazione delle opere viarie, idrauliche ed igieniche, che non siano strettamente connesse con i singoli fabbricati, è di pertinenza degli ingegneri, in base all'interpretazione letterale, sistematica e teleologica degli artt. 51, 52 e 54 del R.D. (cfr. Cons. Stato, IV, 22 maggio 2000, n. 2938; id., V, 6 aprile 1998, n. 416; id., IV, 19 febbraio 1990, n. 92)*" (Cons. Stato, V, 22 luglio 2021, n. 5510; 17 luglio 2019, n. 5012).

In questa prospettiva, "*nello stabilire l'ampiezza delle competenze riconosciute, rispettivamente, agli ingegneri e agli architetti ai sensi del combinato disposto degli articoli 51 e 52 dello stesso regio decreto n. 2537 del 1925, la giurisprudenza ha confermato l'orientamento tradizionale, in ordine alla ricomprensione nell'esclusivo appannaggio della professione di ingegnere delle opere di carattere più marcatamente tecnico-scientifico*", fra cui quelle "*di ingegneria idraulica, di ammodernamento e ampliamento della rete idrica comunale*" (cfr. Cons. Stato, V, 27 settembre 2018, n. 6552; VI, 15 marzo 2013, n. 1550).

Nel caso di specie, l'opera contestata consiste nella realizzazione di "*Collettore: 60 m con tubazioni corrugate a doppia parete [...] altamente strategico in quanto la sua realizzazione permetterà il collegamento alla rete di progetto di numerosi altri vincoli*".

Si tratta, a ben vedere, di un intervento che rientra di suo nell'ambito dell'ingegneria idraulica, in specie di ampliamento della rete fognaria comunale (cfr., al riguardo, Cons. Stato, n. 6552 del 2018, cit.; Id., n. 5510 del 2021, cit.).

Né rileva, in diverso senso, il fatto che l'opera sia collocata nel centro storico, ciò che dovrebbe condurre, nella tesi dell'appellante, a ritenere competente esclusivamente l'architetto ai sensi dell'art. 52, comma 2, r.d. n. 2537 del 1925, a tenore del quale "*le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico ed il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla L. 20 giugno 1909, n. 364, per l'antichità e le belle arti, sono di spettanza della professione di architetto; ma la parte tecnica ne può essere compiuta tanto dall'architetto quanto dall'ingegnere*".

In diverso senso è sufficiente osservare, da un lato, che l'intervento configura nella specie pur sempre un'opera idraulica, anziché di semplice "*edilizia civile*" *stricto sensu*; dall'altro, che in relazione ad essa non viene in rilievo alcun aspetto artistico, bensì per l'appunto specificamente il profilo *tecnico* (cfr. anche l'art. 52, comma 2, cit., in relazione a "*la parte tecnica*"), considerato d'altra parte che il tratto fognario è collocato nel sottosuolo, e che il solo "*ripristino della pavimentazione stradale*" non è dimostrato assumere rilevanza o impatto artistico.

Ciò in un contesto in cui, peraltro, la *lex specialis* richiedeva la sottoscrizione dell'offerta da "*un tecnico abilitato*", non già da più professionisti (o prescrivendo una specifica professione), e lo stesso criterio valutativo prevedeva che gli interventi riguardassero (anche) il centro storico (cfr. disciplinare, sub art. 18.1, sub-criterio A4: "*Opere complementari strettamente connesse con la realizzazione dei collettori fognari - Opere complementari strettamente connesse con l'esecuzione dei lavori che portino ad un prolungamento della rete fognante da realizzare (area centro storico, zona Agno, zona Taverne - Matine e Posto della Madonna-via Recollata-Campo la Corte, via Petrarò*

e via San Pietro)”; cfr. anche il computo metrico a base di gara, che richiama gli interventi da eseguire nel centro storico).

Il che è sufficiente per concludere nel senso che non poteva ritenersi necessaria nella specie, in termini escludenti, la sottoscrizione dell’offerta da parte di un architetto, con conseguente rigetto delle doglianze proposte.

3. Col terzo motivo l’appellante si duole dell’erroneo rigetto della censura con cui aveva dedotto in primo grado l’indisponibilità per l’[omissis] di un’area interessata dalle opere in quanto di proprietà di terzi.

Il [omissis] pone in risalto, al riguardo, che su tale area dovrebbe sorgere il depuratore, e che proprio grazie a tale opera la controinteressata aveva ricevuto un punteggio premiale che le aveva consentito di ottenere l’aggiudicazione della gara.

In tale contesto l’appellante deduce anche l’irrelevanza dell’eventuale qualificazione dell’elemento controverso alla stregua di requisito di esecuzione, considerato in particolare che si tratta comunque di un elemento dell’offerta, che come tale deve essere individuato e risultare effettivamente esistente già al tempo della partecipazione alla gara.

3.1. Col quarto motivo, collegato al precedente, l’appellante deduce come la disponibilità dell’area in capo alla controinteressata non possa essere desunta neppure dal contratto preliminare presentato dalla stessa controinteressata, atteso che il relativo disponente non risulta essere proprietario della particella individuata, sicché lo stesso contratto sarebbe inefficace.

Né rileverebbe il contratto versato in atti tra F.A. (che risulta da visura immobiliare il proprietario del terreno) e F.G. (promittente venditore in favore della mandante dell’Ati aggiudicataria), in quanto prodotto solo in corso di causa e privo di data certa.

A ciò si aggiunga, in ogni caso, che il contratto preliminare in favore della suddetta mandante non è affiancato da alcun obbligo giuridicamente rilevante in capo a quest’ultima per la cessione del terreno in favore del Comune.

3.2. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per connessione, sono infondati.

3.2.1. Occorre premettere che le critiche mosse dall’appellante si riferiscono a un capo dell’offerta inerente al criterio valutativo *sub* A2, avente a oggetto il “*Miglioramento dei materiali/lavorazioni/soluzioni nella riqualificazione dell’impianto di depurazione - Migliorie e/o varianti relative ai materiali/lavorazioni/soluzioni di maggiore pregio per conseguire una migliore qualità dell’opera. Verranno attribuiti punteggi maggiori in ragione della migliore qualità dei materiali/lavorazioni/soluzioni proposti con la finalità di migliorare la qualità funzionale, sicurezza, maggiore durabilità nel tempo e minori costi di manutenzione e di esercizio*”.

Nella specie, in relazione a tale sub-criterio valutativo il [omissis] offriva, tra l’altro, la “*Realizzazione di un nuovo impianto di depurazione a filtro percolatore aerobico [...] in zona vallone ‘Affondatore’, a servizio del tratto in ampliamento Taverne-Matine [...]*”.

In tale contesto, non è adeguatamente centrata la critica svolta dall’appellante in relazione ai cd. “requisiti di esecuzione” in contrapposizione con quelli “di partecipazione”, e all’onere d’allegazione e dimostrazione dei primi in fase di gara: il suddetto tema, infatti, attiene all’ipotesi in cui un dato elemento sia previsto ed espressamente (nonché specificamente) richiesto dalla *lex specialis*, pur se con finalità che possono variare di caso in caso (cfr., per le diverse fattispecie, *inter multis*, Cons. Stato, V, 30 dicembre 2022, n. 11722; 24 febbraio 2022, n. 1313; 8 novembre 2022, n. 9803; 8 novembre 2022, n. 9811; 18 dicembre 2020, n. 8159; in termini generali, per le distinzioni fra le categorie, Cons. Stato, V, 2 febbraio 2022, n. 722).

Nel caso in esame, invece, a tenore del suddetto criterio valutativo, non era rivolta al concorrente alcuna specifica richiesta di previsione od indicazione in offerta - né dimostrazione - di singoli, specificati, elementi, ma era semplicemente previsto un criterio premiale in funzione del “*Miglioramento dei materiali/lavorazioni/soluzioni nella riqualificazione dell’impianto di depurazione*” e “*Migliorie e/o varianti relative ai materiali/lavorazioni/soluzioni di maggiore pregio per conseguire una migliore qualità dell’opera*”.

In tale contesto, dunque, le critiche formulate dall'appellante si risolvono in sostanza nel contestare la realizzabilità dell'offerta per indisponibilità del terreno.

Il che afferisce tuttavia al momento propriamente esecutivo, e comunque non può ritenersi nella specie dimostrato - al punto da fornire evidenza dell'aprioristica irrealizzabilità della proposta contrattuale, tanto meno nella prospettiva (anche) della (criticata) valutazione delle offerte, in relazione a un sub-criterio valutativo unitario e nel cui ambito l'interessata aveva offerto vari elementi di miglioria - atteso che è presente in atti un contratto preliminare di compravendita del terreno in favore della mandante, oltretutto, a monte, un contratto di vendita fra il promittente venditore e il precedente titolare, non rileva di per sé se non trascritto o formalizzato con data certa, essendo ciò sufficiente (si ripete, in un contesto in cui il profilo attiene al momento *esecutivo*) a ritenere non dimostrata la dedotta assoluta irrealizzabilità (e, quindi, originaria inadeguatezza od illegittimità) dell'offerta.

Allo stesso modo, non rileva di suo la circostanza che il contratto a monte sia stato prodotto solo in giudizio - stante, appunto, la mera funzione probatoria che lo stesso svolge a fronte delle critiche d'irrealizzabilità dell'offerta - né la mancanza di un impegno negoziale della mandante al trasferimento del terreno in favore dell'amministrazione, atteso che comunque nell'offerta è espressamente prevista la realizzazione, nell'ambito dell'affidamento, del suddetto collettore, che non può che essere rivolta in favore della stazione appaltante.

Di qui il rigetto delle censure sollevate.

4. Col quarto motivo di ricorso riproposto l'appellante si duole dell'omessa verifica della congruità del costo della manodopera prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione agli effetti dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

Peraltro, nel caso di specie, la controinteressata indicava il medesimo costo della manodopera previsto dalla *lex specialis* pur avendo offerto varie migliorie aggiuntive: il che avrebbe certamente richiesto la verifica di congruità del costo della manodopera (illegittimamente) omessa dalla stazione appaltante.

4.1. Il motivo non è condivisibile.

4.1.1. È assorbente rilevare, al riguardo, come la doglianza sia apodittica e di per sé non conducente, considerato che l'appellante si limita a dedurre l'omessa verifica del costo della manodopera *ex art.* 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, ma non fornisce elementi concreti e specifici da cui possa ricavarsi l'effettiva violazione (e in che termini) dei minimi salariali, in un contesto in cui il costo della manodopera è stato separatamente indicato dalla controinteressata nell'offerta economica e la stazione appaltante non ne ha rilevato profili d'incongruità (cfr. Cons. Stato, V, 9 marzo 2023, n. 2515; 18 luglio 2022, n. 6131).

Né rilevano, in diverso senso, i richiami al fatto che il costo esposto coincide con quello indicato dalla *lex specialis* pur in presenza di migliorie offerte dall'appellante: il che non vale infatti a dimostrare la (né tanto meno si risolve in una deduzione di) violazione dei minimi salariali, e rifluisce pur sempre nel censurare (in termini in sé apodittici e non conducenti) la mancata verifica del suddetto costo da parte dell'amministrazione.

Ciò a prescindere dal fatto che la stazione appaltante ha frattanto eseguito la suddetta verifica, con esito favorevole, come documentato in atti dalla stessa.

5. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

5.1. La particolarità della fattispecie e la complessità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Compensa integralmente le spese del presente grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO