

ALL.1

30/07/2019

n° 4769

Pubblicato il 30/07/2019

N. 04169/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01497/2019 REG.RIC.

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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1497 del 2019, proposto da

Cytec S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, via del Parco Margherita n. 33;

contro

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria in Napoli, via Armando Diaz, n. 11;

Asl Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Rajola Pescarini e Rosa Anna Peluso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture (non costituito);

nei confronti

Eledil S.r.l.S. non costituito in giudizio;

Russo Santo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e

difeso dall'avvocato Francesco Liguori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli alla Via Carrozzeri a Monteoliveto, n. 13.

per l'annullamento

previa sospensiva,

1) del Decreto Provveditoriale prot. n. 0000073 del 27.02.2019, comunicato alla ricorrente con la nota prot. 0005343 del 27.2.2019 e con la nota prot. n. 0005346 del 27.02.2019 recante avviso di aggiudicazione, a firma del Provveditore del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata – sede centrale di Napoli – Stazione Unica Appaltante - Ente Delegato ASL NA 3 Sud, con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore dell'ATI tra le società Russo Santo s.r.l. (mandataria) ed Eledil (Boulding Solution) s.r.l.s. (mandante) (di seguito ATI Russo) dell'appalto “per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un nuovo reparto speciale unità accoglienza permanente S.U.A.P. –Plesso ospedaliero di Gragnano – C.I.G. 7550840E46)”, nonché sono stati approvati i verbali di gara; 2) delle pedissequae note prot. 0005343 e prot. n. 5346 entrambe del 27.2.2019, trasmesse a mezzo p.e.c. in pari data con cui lo stesso Provveditorato ha comunicato, rispettivamente, il provvedimento sub 1) nonché il relativo avviso di trasparenza preventiva pubblicato sul profilo del committente;3) di tutti i verbali di gara e relativi allegati, ed in particolare:

- dei verbali della commissione di gara della 1^a seduta REP 12366 del 3.12.2018 e della 2^a seduta REP 12413 del 27.12.2018 laddove con gli stessi la commissione di gara non ha disposto l'esclusione ed ha ammesso al prosieguo della procedura l'ATI Russo;
- dei verbali delle sedute riservate n.ri 1, 2, 3, 4, 5 e 6 (redatti tra il 27.12.2018 ed 28.01.2019) della commissione di gara nella parte in cui l'ATI Russo non è stata estromessa dalla procedura selettiva ed anzi è stata illegittimamente punteggiata l'offerta tecnica della stessa;
- del verbale della commissione di gara n. 3 REP 12437 del 4.2.2019, nella parte in cui l'ATI Russo non è stata esclusa dalla gara anche per le ragioni di seguito esposte nei motivi di ricorso;
- del verbale della commissione di gara n. 4 REP 12448 del 12.2.2019, nella parte in cui l'ATI Russo è stata riammessa alla procedura e si è proceduto all'apertura ed alla valutazione dell'offerta economica della medesima ATI attribuendole il correlato

punteggio, collocandola al primo posto nella graduatoria finale; 4) della proposta di aggiudicazione disposta dalla commissione di gara a favore dell'ATI Russo;

5) ove non coincidenti con gli atti innanzi impugnati, degli ulteriori provvedimenti e verbali di gara, della proposta di aggiudicazione e del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore dell'ATI Russo; 6) di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, con particolare riguardo, ove necessario e per quanto di ragione, agli avvisi di trasparenza relativi alle sedute pubbliche di gara, al bando di gara, al disciplinare di gara, al capitolato speciale d'appalto, a tutti gli allegati ai predetti atti di gara, nonché ai chiarimenti resi dalla stazione appaltante;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora già stipulato o in corso di stipulazione, e per l'accertamento del diritto del R.T.I. Cytec a conseguire l'aggiudicazione della commessa, subentrando, ove del caso, nell'esecuzione della stessa; in subordine, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dal R.T.I. Cytec per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Russo Santo S.r.l., del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli e della Asl Napoli 3 Sud;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 84 del 20.07.2018, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata – sede di Napoli, nella sua qualità di Stazione Unica Appaltante per conto dell'ASL Napoli 3 Sud, indiceva una procedura aperta per affidare in appalto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i lavori di realizzazione del nuovo “reparto Speciale Unità Accoglienza Permanente S.U.A.P.” Plesso ospedaliero di Gragnano (NA) ASL Napoli 3 Sud (C.I.G.

7550840E46), per un importo complessivo di € 511.293,71 così distinto: € 503.093,49 per lavori per un importo a base di gara soggetto a ribasso ed € 8.200,22 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Quale criterio di attribuzione di un punteggio supplementare i concorrenti, a norma di disciplinare (pag. 10), avrebbero dovuto formulare nell'offerta "*Proposte tecniche integrative e migliorative*" del sistema impiantistico del gas medico e dell'illuminazione, allegando anche "*un computo metrico non estimativo delle offerte tecniche proposte ed un quadro di raffronto con la soluzione progettuale ed altresì disciplinare descrittivo e prestazionale degli elementi tecnici introdotti, nonché le voci di elenco prezzi senza specificazione del prezzo*"; la *lex specialis* richiedeva, inoltre, che "*tutta la documentazione dovrà essere timbrata e sottoscritta in ogni pagina da un professionista abilitato Ingegnere e/o Architetto, iscritti all'Ordine Professionale ed in possesso di laurea magistrale o quinquennale – pena l'esclusione dalla procedura*".

Partecipavano alla selezione cinque operatori economici tra cui l'ATI tra la ricorrente società Cytec s.r.l. e la società Progetto 2000 soc. coop. ed il costituendo ATI tra le società Russo Santo s.r.l. (mandataria) ed Eledil (Boulding Solution) s.r.l.s..

La commissione di gara, nella seduta del 4 febbraio 2019 escludeva i concorrenti ATI Edil Nazionale – Edil Plinto s.r.l. e l'ATI Russo Santo s.r.l. – Eledil Boulding Solution s.r.l. perché, in violazione di quanto disposto al punto 1.a) pag. 11 del disciplinare, avevano presentato nell'offerta economica un computo metrico estimativo che indicava un importo lordo in aumento rispetto all'importo posto a base di gara; la stessa commissione individuava, quindi, nell'ATI con mandataria la ricorrente società Cytec s.r.l. l'operatore che aveva presentato la migliore offerta. Successivamente le offerte escluse venivano riammesse in autotutela sul presupposto che l'appalto fosse a corpo e che al computo metrico estimativo dovesse riconoscersi valore meramente indicativo delle voci di costo che avevano concorso a formare l'importo finale.

A seguito della riammissione l'appalto veniva aggiudicato all'ATI tra le società Russo Santo s.r.l. (mandataria) ed Eledil s.r.l. (mandante), mentre la Cytec si collocava al secondo posto della graduatoria.

Avverso l'aggiudicazione e gli atti della procedura dettagliati in epigrafe la Cytec s.r.l. ha proposto ricorso notificato in data 29 marzo 2019 e depositato il successivo 11 aprile, chiedendone l'annullamento e agendo per la declaratoria di inefficacia del contratto qualora stipulato e per l'eventuale subentro e, in subordine per il risarcimento dei danni per equivalente, sulla base dei seguenti motivi di ricorso:

I) Violazione di legge - violazione dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016 per avere la commissione consentito l'ammissione di un'offerta economica incerta ed indeterminata – violazione dell'articolo 32 comma 14 bis del d.lgs. 50/2016 - violazione ed errata applicazione delle prescrizioni contenute a pag. 11 del disciplinare di gara – violazione del principio della par condicio dei concorrenti – eccesso di potere per istruttoria carente ed erronea — illogicità manifesta.

Secondo la *lex specialis* di gara (pag. 11 nota 2 del disciplinare) i concorrenti avrebbero dovuto indicare un prezzo complessivo di importo non superiore a quello a base di gara. Di talché, prosegue parte ricorrente, l'ATI Russo non poteva essere riammessa alla gara in quanto aveva accluso all'offerta un computo metrico estimativo di importo superiore a quello a base di gara, non rilevando l'indicazione di un ribasso percentuale del 22% circa, dovendosi avere riguardo anche alle previsioni del computo metrico che erano in aumento.

II. Violazione degli articoli 51 – 52 e 54 del r.d. 23.10.1925 n. 2537 recante regolamento per le professioni di ingegnere ed architetto – violazione ed errata applicazione della prescrizione di cui a pagina 10 del disciplinare di gara relativa alla presentazione dell'offerta tecnica – eccesso di potere per arbitrarietà – iniquità – sviamento – travisamento – carenza di istruttoria – falsità dei presupposti – irragionevolezza ed illogicità manifesta.

Con riferimento alla proposta migliorativa relativa al nuovo impianto gas medicali il disciplinare aveva stabilito che essa fosse sottoscritta “da un professionista abilitato Ingegnere e/o Architetto, iscritto all'Ordine Professionale ed in possesso di laurea magistrale o quinquennale – pena l'esclusione dalla procedura”.

Nel caso di specie, l'aggiudicatario ATI Russo ha presentato un'offerta migliorativa sottoscritta da un architetto, laddove i relativi elaborati progettuali ai sensi degli artt. 51, 52 e 54 del r.d. 2537/1925 avrebbero potuto essere sottoscritti solo da un ingegnere, non potendosi ammettere il soccorso istruttorio trattandosi dell'offerta; quand'anche poi si ritenesse che la sanzione sia rappresentata non dall'esclusione ma dal ricalcolo del punteggio attribuendo zero punti all'offerta migliorativa, si perverrebbe comunque allo scavalco dell'ATI ricorrente che diverrebbe quella con il punteggio più elevato.

In data 16 aprile 2019 si sono costituiti in resistenza il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania, Molise, Puglia e Basilicata e la controinteressata Russo Santo s.r.l.

Con successiva memoria il Provveditorato ha difeso il proprio operato, rilevando, quanto al primo motivo, che l'appalto era a corpo, come confermato dall'offerta (a corpo) formulata dalla stessa ricorrente, e che pertanto dubbi in proposito non potevano ravvisarsi; ne consegue che l'offerta non poteva considerarsi incerta dovendosi avere riguardo solo al ribasso proposto nell'offerta economica.

Con riguardo al secondo motivo, il Provveditorato rileva che gli architetti abbiano piena legittimazione a sottoscrivere progetti ed elaborati concernenti la componente impiantistica di un fabbricato come affermato da copiosa giurisprudenza della Cassazione.

Con memoria depositata in pari data la controinteressata ha anch'essa contestato i motivi di ricorso, rilevando quanto al primo che univoci indizi della legge di gara deponessero nel senso che l'appalto fosse a corpo e che quindi i prezzi indicati nel computo metrico non avessero rilievo ai fini dell'offerta economica, rappresentata solo dal ribasso percentuale offerto.

Quanto alla sottoscrizione dell'offerta migliorativa da parte di un architetto anziché da un ingegnere, la società rileva che nell'appalto prevalgano nettamente le opere di edilizia civile per le quali è certamente abilitato l'architetto, mentre la componente impiantistica incide per il solo 10%, senza considerare che la contestata offerta migliorativa non conteneva progetti ed elaborati tecnici, ma una mera descrizione della soluzione da adottare per la realizzazione dell'impianto del gas medicale. Inoltre l'equivocità della legge di gara, che parlava di sottoscrizione dell'offerta da parte di un ingegnere e/o architetto, dovrebbe giustificare il soccorso istruttorio.

Con atto depositato in data 6 maggio 2019 si è costituita in giudizio anche la ASL Napoli 3 Sud, limitandosi a dichiarare in punto di fatto che il contratto non era stato stipulato e che non è nemmeno in corso il relativo procedimento.

Alla camera di consiglio dell'8 maggio 2019 fissata per la discussione dell'istanza cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti, che non si sono opposte, della possibilità di definire la causa con sentenza in forma semplificata e all'esito della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente contesta la riammissione in gara delle imprese disposta dall'Amministrazione in autotutela, adducendo che la violazione della *lex specialis* da parte delle predette imprese riammesse, tra cui la controinteressata, non poteva essere superata avendo esse proposto un computo metrico estimativo recante

prezzi che sommati conducevano ad un importo complessivo, superiore al prezzo base, rendendo così le offerte inammissibili.

Il motivo è destituito di fondamento.

Come correttamente rilevato dalla controinteressata e dall'Amministrazione resistente, dalla complessiva lettura della documentazione di gara si evinceva in modo chiaro che l'appalto era da aggiudicarsi a corpo e non a misura.

Tanto si desume, tra gli altri: 1) dal disciplinare di gara (pag. 11), ove si precisa che l'offerta economica deve contenere la dichiarazione contenente la misura della percentuale di ribasso offerta, espressa in cifre ed in lettere, sull'importo dei lavori a corpo a base di gara di € 503.093,49; 2) dal Capitolato Speciale di Appalto, costituente parte integrante del disciplinare di gara (cfr. pag. 10 disciplinare), ove a pag. 5, art. 2 c. 2, si specifica che l'appalto si intende dato "a corpo"; 3) dal quadro economico del progetto esecutivo ove si precisa che il valore complessivo dei lavori a corpo posto a base di gara è di € 503.093,49 oltre oneri di sicurezza.

Stando così le cose il riferimento ai lavori "a misura" peraltro inserito nella parte relativa al valore stimato dell'appalto, deve ritenersi riconducibile ad un refuso, in quanto la lettura sistematica dei predetti riferimenti della legge di gara non consente dubbi al riguardo. In sostanza il computo metrico estimativo aveva la funzione di fornire un riferimento utilizzato dall'impresa per la formulazione del ribasso offerto; quest'ultimo solo, invece, doveva considerarsi l'unico componente dell'offerta economica.

Individuato il criterio di offerta economica "a corpo" fondato sul ribasso del prezzo indicato dalla stazione appaltante a base d'asta, deve ritenersi applicabile l'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, in base al quale in siffatta tipologia di appalti *<<elemento essenziale della proposta economica è, quindi, il solo importo finale offerto, mentre il computo metrico estimativo ha un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare il detto importo finale. Ne consegue che le indicazioni e il prezzo delle singole lavorazioni contenute nel computo metrico estimativo sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e quindi del contratto da stipulare. Ciò, peraltro, trova conferma nell'art. 59, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale (riproducendo l'analoga norma contenuta nell'art. 53, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163) stabilisce che: "per le prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti" (cfr., in relazione all'analoga previsione del previgente Codice dei contratti pubblici, Cons. Stato, VI, 4 gennaio 2016, n. 15). In definitiva, pertanto, come più volte precisato dalla giurisprudenza amministrativa,*

negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, il computo metrico estimativo risulta irrilevante al fine di determinare il contenuto dell'offerta economica (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5161; Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2057; Cons. Stato, VI, 4 gennaio 2016, n. 15; Cons. Stato, VI, 4 agosto 2009, n. 4903; Cons. Stato, IV, 26 febbraio 2015, n. 963)>> (Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 26/10/2018, n. 6119).

Né può ritenersi che tale impostazione comporti un'inammissibile interpretazione dell'offerta economica, atteso che il ribasso percentuale offerto dall'ATI aggiudicataria è univoco.

Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto la sua offerta tecnica, per la parte relativa alla componente impiantistica dei gas medicali, sarebbe stata illegittimamente sottoscritta da un architetto e non invece da un ingegnere, secondo quanto disposto dagli artt. 51, 52 e 54 del R.D. 13.10.1925 n. 2537 recante il Regolamento per le professioni di ingegnere e di architetto.

Il rilievo è fondato.

Sul punto il Collegio ritiene di non discostarsi dal proprio orientamento di recente confermato, secondo cui *“nel nostro ordinamento, il riparto delle competenze professionali tra la figura dell'ingegnere e quella dell'architetto è tuttora dettato dal R.D. 23.10.1925 n. 2537 che, all'art. 51, riconosce spettanti alla professione d'ingegnere le progettazioni per le costruzioni e per le industrie, per i lavori relativi alle vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione, per le costruzioni di ogni specie, per le macchine e gli impianti industriali, nonché in generale applicative della fisica, con i rilievi geometrici e le operazioni di estimo; ai sensi dell'art. 52, invece, formano oggetto tanto della professione di ingegnere quanto di quella di architetto le opere di edilizia civile, nonché i rilievi geometrici e le operazioni di estimo ad esse relative, ad eccezione delle opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico e il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla legislazione sui beni culturali, che sono di spettanza esclusiva della professione di architetto; in sostanza, la competenza professionale dell'architetto concorre con quella dell'ingegnere per la progettazione delle sole opere di edilizia civile, essendo riservate alla professione ingegneristica le progettazioni di tutti i lavori non compresi nella costruzione di edifici”* (cfr. TAR Campania, Napoli, I Sez. I, 20 aprile 2016 n. 1968; Id. 14 settembre 2016, n. 4299).

In estrema sintesi tutte le progettazioni tecniche che non attengono all'edilizia civile rientrano nell'ambito delle competenze dei soli ingegneri, mentre la progettazione

attinente all'edilizia civile può essere svolta anche dagli architetti, oltre che dagli ingegneri (cfr. TAR Campania, Sez. I, 15 gennaio 2019, n. 231).

Ora, è vero che il Disciplinare di gara (pag. 10) prevedeva espressamente che la documentazione relativa all'offerta tecnica dovesse essere timbrata e firmata "*da un tecnico abilitato alla professione (ingegnere e/o architetto)*", ma tale riferimento doveva essere letto secondo diritto nel senso, cioè, che occorreva comunque la sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato - un ingegnere ovvero un architetto a seconda del contenuto dell'offerta tecnica - con la conseguenza che nel caso di interventi di carattere non edilizio, e quindi non di competenza di un architetto, la proposta dovesse essere sottoscritta da un ingegnere, in quanto unico tecnico abilitato a farlo, non potendo la *lex specialis* derogare al riparto di competenze legislativamente disegnato, ma anzi dovendo essere letta (in tal senso deve intendersi l'alternativa "e/o di cui al Disciplinare) come operante un rinvio alle predette norme di legge.

Del resto, ai fini della valutazione delle competenze necessarie alla sottoscrizione della parte impiantistica, occorre tenere conto che nel caso di specie oggetto dell'offerta migliorativa era un impianto relativo a gas medicali, ovvero una tipologia di intervento che non rientra nell'ambito delle opere ancillari a quelle civili (ad esempio impianti idraulici ed elettrici ad uso abitativo) sulle quali si potrebbe ipotizzare una competenza anche degli architetti, trattandosi di opere, appunto, normalmente collegate a quelle edili/civili.

Invece, l'impianto in questione è autonomo rispetto alle opere edilizie ed è verosimilmente connotato da proprie peculiarità tecniche di tipo ingegneristico, non rilevando quale fosse l'incidenza percentuale di tale lavorazione rispetto a quelle complessivamente richieste (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 2018) e senza che potesse ammettersi soccorso istruttorio, atteso che la sottoscrizione da parte di un professionista "abilitato" costituiva un elemento qualificante dell'offerta la cui mancanza era sanzionata espressamente a pena di esclusione nel Disciplinare.

In definitiva il motivo si rivela fondato l'offerta della controinteressata andava esclusa secondo quanto previsto espressamente dal Disciplinare.

Il ricorso deve pertanto essere accolto e l'aggiudicazione deve essere annullata, mentre nulla deve essere disposto con riguardo alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro, avendo l'ASL intimata dichiarato che il contratto non è stato ancora stipulato.

La non immediata evidenza della prescrizione del Disciplinare relativa al professionista che avrebbe potuto sottoscrivere l'offerta tecnica costituisce motivo per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio, fatto salvo il rimborso del contributo unificato da porre a carico dell'intimato Provveditorato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI di cui la controinteressata è mandataria.

Compensa integralmente le spese del presente giudizio, fermo restando il rimborso dell'importo del contributo unificato da porre a carico del Provveditorato intimato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO