

Publicato il 30/06/2017

N. 03175/2017REG.PROV.COLL.
N. 04844/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4844 del 2016, proposto da:
CCC - Cantieri Costruzioni Cemento Spa in proprio e in qualità di capogruppo mandataria Costituenda ATI e Gianni Rotice Srl a Socio Unico in proprio e quale mandante costituenda ATI, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Sara Di Cunzolo e Marco Galli, con domicilio eletto presso lo studio Sara Di Cunzolo in Roma, via Aureliana, 63;

contro

Comune di Cagnano Varano, non costituito in giudizio;

nei confronti di

R.T.I. Florio Group S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandante con Simeone Nicola & Figlio S.r.l. e Simone Nicola & Figlio S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Bernardo, 101 - 5° Piano;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00561/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento di lavori di ampliamento della rete idrica delle frazioni di Capojale e Isola Varano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.T.I. Florio Group S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandante con Simeone Nicola & Figlio S.r.l. e di Simone Nicola & Figlio S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2017 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Sara Di Cunzolo e, in sostituzione dell'avv. Piazza, Annunziata Abbinente;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, con la sentenza 22 aprile 2016, n. 561, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI Florio - Simeone (determinazione del responsabile n. 13/Reg. determinazioni del 24.2.2015), della gara pubblica per l'affidamento dei lavori di "ampliamento della rete idrica a servizio delle frazioni di Capojale e Isola Varano".

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- da un punto di vista sostanziale alla data del 12.11.2014 (ovvero al momento in cui vi è stata l'aggiudicazione provvisoria) la futura aggiudicataria definitiva (la Florio Group) era comunque in possesso dei requisiti di partecipazione, risultando a tal fine non determinante il dato temporale (12.9.2014 ovvero 28.11.2014) della comunicazione rivolta dalla cedente Florio Floriano al Comune di Cagnano Varano relativamente all'avvenuta cessione di ramo di azienda;

- ne consegue che, se alla data del 12.11.2014 destinataria della aggiudicazione provvisoria anziché la cedente Florio Floriano fosse stata (come sarebbe dovuto essere se il Comune avesse avuto preventiva comunicazione dell'operazione di scissione) la Florio Group, nessun problema di legittimità dell'atto si sarebbe posto, in quanto l'aggiudicazione provvisoria sarebbe stata disposta in favore di un soggetto (Florio Group appunto) munito sin dalla data del 7.8.2014 dei requisiti prescritti dalla legge di gara;
- pertanto, per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica la subentrante Florio Group risulta munita, coerentemente con la previsione di cui all'art. 51 d.lgs. n. 163-2006, dei prescritti requisiti di partecipazione alla gara, ivi compresa l'attestazione SOA ottenuta sin dal 7.8.2014;
- non è dimostrato che le migliorie proposte al RTI Florio comportino uno stravolgimento del progetto posto a base di gara, e pertanto rientrano senz'altro tra le proposte migliorative la cui ammissibilità è espressamente sancita dalla *lex specialis*;
- nessuna disposizione di gara vietava o altrimenti penalizzava eventuali modifiche alla sagoma o l'introduzione di rampe per l'attraversamento pedonale ovvero altre proposte migliorative in seno all'offerta tecnica;
- in relazione all'elemento qualitativo sub 4 dell'art. 3 del disciplinare di gara, "Proposte migliorative finalizzate alla realizzazione degli attraversamenti dei canali: max 15 punti", la doglianza deve essere respinta poiché mira a censurare valutazioni costituenti tipica espressione di discrezionalità tecnica (sindacabile unicamente al ricorrere di profili di illogicità ed irrazionalità insussistenti nel caso concreto) riservata in via esclusiva alla stazione appaltante.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità e riproponendo, nella sostanza, i motivi del ricorso di primo grado.

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'accoglimento del ricorso di primo grado anche sotto il profilo del risarcimento del danno.

Si costituivano il Comune e la parte controinteressata appellati chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica dell'11 maggio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello, parte appellante ribadisce, nella sostanza, il primo motivo del ricorso di primo grado, sostenendo che il raggruppamento controinteressato Florio avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per carenza del requisito della regolarità contributiva in capo alla Florio Floriano & Figli S.r.l. ed alla subentrata Florio Group S.r.l., a seguito dell'operazione di scissione della Florio Floriano e alla cessione del ramo operativo alla neocostituita Florio Group. In ottemperanza all'ordinanza istruttoria di questa Sezione 20 febbraio 2017, n. 760, la parte controinteressata ha depositato una copia della dichiarazione di regolarità contributiva in data 28.2.2014 prodotta dalla Florio Floriano & F srl come documentazione di gara; una copia del D.U.R.C. della Florio Floriano & F. srl in data 3.4.2014; una copia del D.U.R.C. della Florio Group srl in data 27.1.2015.

La sussistenza di una situazione di irregolarità contributiva a carico della Florio Floriano e della Florio Group è smentita dunque per tabulas, così come dai DURC depositati nel giudizio di primo grado (doc. 7 e doc. 8 fascicolo di primo grado dell'appellato), richiesti dal Comune di Cagnano Varano per la verifica delle autodichiarazioni rese per la partecipazione alla gara e ai fini della stipula del contratto.

Il motivo d'appello in esame è, dunque, infondato.

2. Con il secondo motivo d'appello, viene in sostanza riproposta la seconda censura del ricorso di primo grado in base alla quale il raggruppamento controinteressato Florio avrebbe dovuto essere perché la Florio Floriano

era priva dei requisiti utili alla titolarità della SOA, avendo ceduto con atto di scissione il ramo di azienda relativo alla categoria OG6.

In realtà, in base all'art. 51 d.lgs. n. 163-2006, al momento dell'aggiudicazione provvisoria in data 12.11.2014, il possesso dei requisiti generali e speciali richiesti dalla legge e dalla disciplina di gara andava verificato esclusivamente in capo alla Florio Group S.r.l., quale soggetto subentrato alla Florio Floriano in virtù dell'operazione di scissione parziale non proporzionale intervenuta in data 15.7.2014 (doc. 2, fascicolo di primo grado appellato) e comunicata alla Stazione appaltante in data 12.9.2014 (doc. 4, fascicolo di primo grado appellato).

In ogni caso, l'operazione di scissione è stata comunicata dalla Florio Floriano al Comune di Cagnano Varano con la predetta nota del 12.9.2014, nella quale si dava atto che "alla FLORIO GROUP S.r.l. è stata attribuita ogni attività diretta nel Settore in cui operava la FLORIO FLORIANO & FIGLI S.r.l." sicché "per effetto della scissione tutti i rapporti in essere e ogni nuova attività faranno capo alla Floriano Group S.r.l."

Pertanto, la Florio Group, soggetto risultante dall'operazione di scissione e cessione del ramo operativo della Florio Floriano, è legittimamente titolare di una attestazione SOA per la cat. OG6, classifica VIII rilasciata dalla Protos SOA in data 7.8.2014, in un momento antecedente all'aggiudicazione provvisoria disposta in data 12.11.2014.

Pertanto, anche tale motivo di appello è infondato.

3. Parimenti infondato è il terzo motivo d'appello con il quale parte appellante ripropone le censure di cui al terzo motivo del ricorso di primo grado, contestando la violazione del punto 15 del bando di gara, secondo cui "non sono ammesse offerte in variante" ai sensi dell'art. 76 d.lgs. n. 163-2006.

Le migliorie proposte dal raggruppamento controinteressato, infatti, non possono in alcun modo considerarsi varianti, non comportando alcuna variazione essenziale ovvero stravolgimento del progetto posta a base di

gara e rientrando, quindi, nell'alveo delle "proposte migliorative" la cui ammissibilità è espressamente sancita dalla lex specialis ed è insita nel criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Parimenti infondato è il quarto motivo di appello con cui si ripropongono le censure sub 4) del ricorso di primo grado, in relazione all'elemento qualitativo sub 4 dell'art. 3 del disciplinare di gara, "Proposte migliorative finalizzate alla realizzazione degli attraversamenti dei canali: max 15 punte".

Come ha stabilito il TAR, tale censura mira a contestare valutazioni costituenti tipica espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile unicamente al ricorrere di profili di illogicità ed irrazionalità insussistenti nel caso concreto, riservata in via esclusiva alla stazione appaltante.

5. Così è infondato il quinto motivo di appello con cui si deduce che la Commissione avrebbe errato nell'attribuzione del punteggio relativo all'elemento qualitativo sub 4) dell'art. 3 del disciplinare di gara, "Proposte migliorative finalizzate alla realizzazione degli attraversamenti dei canali: max 15 punti" con riferimento all'offerta tecnica della terza classificata, atteso che risulterebbe che "i progetti sono assai simili, ispirandosi ad identici criteri di fondo" (pag. 17 dell'atto di appello).

Anche in questo caso la censura è infondata, traducendosi in un non consentito sindacato sul merito delle valutazioni discrezionali riservate in via esclusiva alla stazione appaltante ed è inoltre, fondata sull'apodittico giudizio di similitudine tra l'offerta tecnica dell'appellante e quella della terza classificata, similitudine che rinverrebbe la propria ispirazione in generici "identici criteri di fondo", assolutamente indimostrati.

6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),
Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe
indicato, lo respinge.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente
grado di giudizio, spese che liquida in euro 4.000,00, oltre accessori di
legge, a favore di ciascuna parte appellata costituita in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2017
con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO