

**N. 03824/2014 REG.PROV.COLL.
N. 06605/2013 REG.RIC.
N. 06684/2013 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto in appello numero di registro generale 6605 del 2013,
proposto da:

ALBERGO APPALTI S.R.L., in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto
presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

FAVER S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata
e difesa dagli avv. Federico Tedeschini e Gennaro Notarnicola, con
domicilio eletto presso l'avv. Federico Tedeschini in Roma, largo Messico,
n. 7;

nei confronti di

ACQUEDOTTO PUGLIESE S.P.A., in persona del legale rappresentante
in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Del Prete, con domicilio

eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6684 del 2013, proposto da:

ACQUEDOTTO PUGLIESE S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Del Prete e Monica Boezio, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

FAVER S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Gennaro Notarnicola e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso l'avv. Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, n. 7;

ALBERGO APPALTI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, sez. II, 891 del 31 maggio 2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di realizzazione tronco acquedotto;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Faver S.p.A., dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. e di Albergo Appalti s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il Cons. Carlo

Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Notarnicola, Tedeschini e Del Prete. Del Prete, Notarnicola, Tedeschini e Clarizia;

PREMESSO CHE:

a) con la sentenza n. 891 del 31 maggio 2013 il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. II, nella resistenza dell'Acquedotto Pugliese S.p.A. (d'ora in avanti anche l'amministrazione appaltante) e della società Albergo Appalti s.r.l. (d'ora in avanti anche controinteressata o aggiudicataria), definitivamente pronunciando: 1) sul ricorso principale proposto dalla società Faver S.p.A. (d'ora in avanti anche l'appellante) per l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della contro interessata dell'appalto dei lavori di sostituzione del 3° tronco, terza tratta della diramazione primaria (dal pozzetto di presa di Lucera alla ex S.S. 160 – Lucera – San Severo) e di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi compresi i verbali di gara ed il diniego di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; b) sul ricorso incidentale spiegato dall'aggiudicataria; ha respinto quest'ultimo ed ha accolto quello principale, annullando l'impugnata aggiudicazione;

b) in particolare, il predetto tribunale, dopo aver ritenuto insussistenti le censure sollevate in ordine all'ammissione alla gara della ricorrente Faver S.p.A., ha ritenuto fondate le censure sollevate da quest'ultima in ordine alla proposta migliorativa formulata dalla contro interessata, proposta che, diversamente da quanto deciso dalla commissione di gara e dall'amministrazione appaltante, non avrebbe in realtà rispettato le prescrizioni imposte dalla Provincia di Foggia che, nell'approvazione il progetto dei lavori in questione aveva stabilito che per l'attraversamento trasversale alla S.P. n. 105 di Lucera, già ex S.S. 160, avrebbe dovuto essere

utilizzato il cunicolo in cemento armato già esistente; infatti l'aggiudicataria al riguardo si sarebbe limitata a prevedere il rispetto dell'elaborato n. 92 del progetto esecutivo, che non risultava aggiornato ed integrato con le prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale di Foggia, contemplando per l'attraversamento della ex S.S. 160 la tecnica dello spingitubo, cioè la trivellazione in orizzontale per la realizzazione di un tunnel in cui inserire la condotta, e la realizzazione della condotta in parallelo al cunicolo;

c) Albergo Appalti s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza (ricorso NRG. 6605/2013), deducendone l'erroneità e l'ingiustizia, per un verso riproponendo le censure sollevate col ricorso incidentale, in parte neppure esaminate e per il resto malamente apprezzate, superficialmente esaminate e respinte con motivazione lacunosa e approssimativa, e, per altro verso, insistendo per la correttezza e l'adeguatezza della propria proposta migliorativa, senza mancare di rilevare che l'apprezzamento e la valutazione positiva della stessa da parte dell'amministrazione appaltante e della commissione di gara, costituiva espressione del potere discrezionale dell'amministrazione, non sindacabile in sede giurisdizionale, il che rendeva a suo avviso macroscopico l'errore in cui erano incorsi i primi giudici nel respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado;

d) anche l'Acquedotto Pugliese S.p.A. ha chiesto la riforma della citata sentenza (NRG. 6684/013) sulla scorta degli stessi motivi di gravame spiegati da Albergo Appalti s.r.l., deducendo in particolare l'erroneo rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, rivendicando la legittimità degli atti impugnati e dell'operato della commissione di gara,

anche in ragione dell'insindacabilità della valutazioni di merito della pubblica amministrazione, e negando infine la sussistenza delle violazioni degli artt. 2 e 4, punto 15.3.) della lettera d'invito e dell'art. 3, comma 2, del Capitolato Speciale, erroneamente riscontrate dai primi giudici;

e) in entrambi i giudizi si è costituita la società Faver S.p.A. che, oltre a dedurre l'infondatezza degli avversi gravami, di cui ha chiesto il rigetto, ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. i motivi del ricorso principale assorbiti (“Violazione dell'art. 1, lett. a.4), della parte II della lettera d'invito. Violazione dell'art. 3, comma 2, del capitolato speciale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti alla Conferenza dei servizi di approvazione del progetto esecutivo dei lavori oggetto di appalto” e “Violazione degli artt. 2 e 4, punto 15.3) della lettera d'invito. Violazione dell'art. 3, comma 2, del capitolato speciale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, contraddittorietà con le prescrizioni formulate dagli enti intervenuti alla Conferenza dei servizi di approvazione del progetto esecutivo dei lavori oggetto di appalto”);

f) nei giudizi NRG. 6605/2013 e NRG. 6684/2013 si sono costituiti rispettivamente l'Acquedotto Pugliese S.p.A. e Albergo Appalti s.r.l., aderendo alle conclusioni dei relativi appelli principali;

g) nell'imminenza dell'udienza di trattazione dei predetti giudizi tutte le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie memorie, insistendo nelle conclusioni rese e replicando a quelle avverse;

h) all'udienza pubblica del 25 marzo 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione;

RILEVATO CHE deve preliminarmente disporsi la riunione degli appelli in esame, essendo gli stessi rivolti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.;

CONSIDERATO CHE ai fini della definizione della controversia in esame deve disporsi una consulenza tecnica d'ufficio per accertare: 1) l'esatta individuazione dei lavori oggetto dell'appalto, con particolare riguardo all'attraversamento alla S.P. n. 105 di Lucera (ex S.S. 160) ed alle relative previsioni contenute al riguardo dal progetto dei lavori posto a base della gara; 2) per stabilire l'effettivo contenuto delle prescrizioni imposte nella Conferenza dei servizi dall'amministrazione provinciale di Foggia ed il loro impatto sulle previsioni contenute nel progetto posto a base di gara; c) le eventuali diversità di modalità di esecuzione dei lavori nel caso di rispetto della previsione progettuale posta a base di gara ovvero di rispetto delle prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale di Foggia; d) se il progetto proposto dalla società Albergo Appalti s.r.l. rispetti effettivamente le prescrizioni stabilite dall'amministrazione provinciale di Foggia; e) in cosa consista la soluzione progettuale offerta dall'aggiudicataria, descrivendo in concreto le modalità di esecuzione attraverso la tecnica dello spingitubo;

RITENUTO di dover pertanto nominare quale consulente tecnico d'ufficio il Direttore del Dipartimento di Ingegneria Civile, Edile e Ambientale dell'Università degli Studi Federico II di Napoli o altro docente universitario da questi indicato, ferma ed impregiudicata ogni decisione in rito, nel merito e sulle spese;

RITENUTO di dover delegare il cons. Carlo Saltelli a ricevere il relativo giuramento e ad adottare tutti gli altri eventualmente necessari per il

corretto espletamento del mezzo istruttorio, ivi compresi quelli concernenti, ove strettamente necessari, lo spostamento della data del giuramento, la concessione di proroghe al consulente tecnico d'ufficio e la precisazione dei quesiti già formulati;

VISTI gli articoli 19 e 67 c.p.a.;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta:

1) riunisce, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a. gli appelli proposti rispettivamente dalla società Albergo Appalti s.r.l. (NRG. 6605/2013) e dall'Acquedotto Pugliese S.p.A. (BRG. 6684/2013) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. II, n. 891 del 31 maggio 2013;

2) Dispone una consulenza tecnica d'ufficio

3) Nomina quale consulente tecnico d'ufficio il Direttore del Dipartimento di Ingegneria Civile, Edile e Ambientale dell'Università degli Studi Federico II di Napoli o altro docente universitario da questi espressamente indicato, con facoltà di utilizzare, nei limiti in cui sia strettamente necessario, non più di due ausiliari (i cui nominativi dovranno essere tempestivamente comunicati alle parti ed alla segreteria della Sezione prima dell'inizio delle operazioni di consulenza;

4) Formula i seguenti quesiti:

I) previa descrizione dello stato dei luoghi e dell'eventuale stato dei lavori, se iniziati, precisi il c.t.u. che cosa consistano esattamente i lavori oggetto dell'appalto, con particolare riguardo all'attraversamento alla S.P. n. 105 di Lucera (ex S.S. 160), tenendo conto innanzitutto delle previsioni del progetto posto a base di gara; II) chiarisca il c.t.u. l'effettivo contenuto delle

prescrizioni imposte nella Conferenza dei servizi dall'amministrazione provinciale di Foggia ed il loro impatto sulle previsioni contenute nel progetto posto a base di gara; III) individui e spieghi il c.t.u., se sussistenti, le eventuali diversità di modalità di esecuzione dei lavori nel caso di rispetto della previsione progettuale posta a base di gara ovvero di rispetto delle prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale di Foggia; IV) dica il c.t.u. se il progetto proposto dalla società Albergo Appalti s.r.l. rispetti effettivamente le prescrizioni stabilite dall'amministrazione provinciale di Foggia; V) evidenzi il c.t.u. in cosa specificamente consista la soluzione progettuale offerta dall'aggiudicataria, descrivendo in concreto le modalità di esecuzione attraverso la tecnica dello spingi tubo, precisando se la stessa sia eventualmente compatibile con le prescrizioni imposte dall'amministrazione provinciale;

5) Stabilisce che il predetto consulente, oltre a tener conto degli atti di causa (le cui copia dovranno essere messe a disposizione direttamente dalle parti in causa e dai loro difensori sin dal momento dell'assunzione del giuramento ovvero al più tardi al momento dell'inizio delle operazioni peritali), possa ai fini del corretto ed esauritivo svolgimento del mandato conferitogli acquisire direttamente dalle parti, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio, ogni ulteriore documentazione necessaria;

6) Assegna al consulente il termine complessivo di 90 (novanta) giorni per l'espletamento dell'incarico ed il deposito della relazione definitiva, stabilendo tuttavia che lo stesso dovrà inviare entro il 31 ottobre 2014 una prima bozza di relazione alle parti, onde consentire a queste ultime di formulare eventuali osservazioni e controdeduzioni nei successivi 10 (dieci giorni), di cui tener conto nella predisposizione della relazione finale da

depositare entro il 30 novembre 2014;

7) Fissa per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio, da effettuarsi davanti al consigliere delegato Carlo Saltelli e con l'assistenza del segretario, nell'aula di udienza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, Piazza Capo di Ferro, n. 13, la data del 1° settembre 2014, alle ore 11.30;

8) Determina in €. 6.000,00 (seimila) l'importo dell'anticipi delle spese di consulenza che pone provvisoriamente a carico delle parti appellanti, in solido tra di loro;

9) Autorizza le parti in causa a nominare propri consulenti tecnici, mediante deposito del relativo atto nella Segreteria della Sezione, anche utilizzando modalità informatiche, fino alla data di inizio delle operazioni di consulenza;

10) Delega altresì il cons. Carlo Saltelli ad adottare tutti gli eventuali ulteriori atti necessari per l'espletamento del mezzo istruttorio, ivi compresi quelli concernenti, se strettamente necessari, lo spostamento della data del giuramento, la concessione di proroghe al consulente tecnico d'ufficio e l'eventuale precisazione dei quesiti sopra formulati;

11) Impregiudicata ogni questione in rito, nel merito e sulle spese, fissa per l'ulteriore trattazione dei giudizi l'udienza pubblica del 16 dicembre 2014.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2014

IL SEGRETARIO

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