

N. 01842/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00140/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 140 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: OMISSIS, in persona del legale rappresentante *p.t.*, in proprio e n.q., rappresentata e difesa dall'avv. **Massimiliano Mangano**, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Caruso in Catania, Via Monfalcone, 22;

contro

Autorità Portuale di Augusta, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria in Catania, Via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

OMISSIS, in persona del legale rappresentante *p.t.*, in proprio e n.q., rappresentata e difesa dagli avv. Chiara Castellana e Tiziana Milana, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Carrubba, in Catania, Via Umberto, 303; OMISSIS, Autorità Portuale di Palermo, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria in Catania, Via Vecchia Ognina, 149;

per l'annullamento

*ricorso introduttivo*

della delibera commissariale n. 101 del 10 dicembre 2015 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di servizi indetto dall'Autorità Portuale di Augusta, inerente il "collaudo delle opere di realizzazione del terminal container progetto di fusione ed integrazione relativo alle opere di stralcio esecutivo, con esclusione dell'area della marina militare, e di secondo stralcio definitivo";

ove occorra, del certificato di regolare esecuzione rilasciato dall'Autorità Portuale di Palermo alla controinteressata in relazione all'incarico inerente il progetto definitivo e lo studio di impatto ambientale dei lavori di completamento del molo foraneo di sopraflutto del Porto di Termini Imerese;

*motivi aggiunti*

del provvedimento emesso dall'Autorità Portuale di Palermo in data 24 marzo 2016, con il quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela - avanzata dal RTP ricorrente - in relazione all'autorizzazione del 3 novembre 2014 rilasciata a OMISSIS a partecipare in RTP con OMISSIS alla gara indetta dall'Autorità Portuale di Augusta;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Augusta, di OMISSIS., e di Autorità Portuale di Palermo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Il RTP composto da OMISSIS ha proposto il ricorso in epigrafe contro il provvedimento adottato dall'Autorità Portuale di Augusta in data 10 dicembre 2015, comunicato il successivo 21 Dicembre, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di servizi inerente il "*collaudo delle opere di realizzazione del terminal container progetto di fusione ed integrazione relativo alle opere di stralcio esecutivo, con esclusione dell'area della marina militare, e di secondo stralcio definitivo*" a favore del RTP composto da OMISSIS.

Con unica censura, la ricorrente assume che il RTP OMISSIS, dichiarato aggiudicatario, avrebbe dovuto essere escluso dalla competizione per mancato possesso del requisito tecnico/professionale dichiarato, rappresentato dall'avvenuto espletamento negli ultimi 10 anni di servizi nella categoria VIIC per un importo di euro 76.549.480,12 (v. disciplinare di gara punto 4.a). In dettaglio, la ricorrente sostiene che dei quattro servizi dichiarati dalla società Progetti e Opere srl, quello espletato a favore dell'Autorità Portuale di Palermo (per un importo di euro 42.971.422,39) non avrebbe potuto essere speso quale requisito tecnico/professionale nella gara in esame, in quanto il progetto definitivo è stato modificato in data 11 marzo 2014 ed è stato approvato dalla Regione siciliana solo in data 6 giugno 2014, e si colloca quindi temporalmente in un momento successivo alla pubblicazione del bando di gara oggetto del presente contenzioso, avvenuta il 27/12/2013, ponendosi dunque al di fuori del decennio antecedente la pubblicazione del bando indicato nell'art. 263 del D.P.R. 207/2010 quale periodo utile. In aggiunta, si sostiene che i servizi svolti a favore di committenti privati (le ditte Vittadello e Spero), per la esecuzione dei quali la società OMISSIS era associata con altri professionisti, diversi da quelli facenti parte dell'odierno RTP, siano stati indicati nella loro globalità, senza specificare le quote svolte da ciascun componente del raggruppamento, e quindi senza l'indicazione della quantità di servizio riferibile alla società capogruppo OMISSIS: anche per tali servizi, quindi, sarebbe insufficiente la documentazione di supporto. In subordine, qualora la si volesse ritenere utile, essa potrebbe al più attestare lo svolgimento dei servizi nella misura del 50% dell'importo riportato, con la conseguenza che non verrebbe raggiunto comunque il requisito necessario ai fini della gara in esame.

Si sono costituiti in giudizio con memoria di mera forma le Autorità Portuali di Augusta e di Palermo.

Si è costituito in giudizio il raggruppamento controinteressato. Con riferimento al servizio di progettazione espletato a favore dell'Autorità Portuale di Palermo, il RTP ha offerto una diversa ricostruzione in punto di fatto, tesa a dimostrare che già alla data del 2 luglio 2013 il progetto era stato completamente esitato, ed era quindi pienamente spendibile come esperienza precedentemente maturata. Sotto l'altro censurato profilo, il raggruppamento ha dedotto l'inesistenza di alcuna disposizione normativa che preveda la indicazione delle quote di partecipazione di ciascun concorrente al raggruppamento al momento del rilascio della certificazione relativa all'esecuzione del servizio. In più, ha precisato che erano state costituite nei casi precedenti citati in ricorso delle ATI di tipo verticale che affidavano alla OMISSIS l'intera attività di progettazione, con la conseguenza che tale importo è interamente spendibile dalla medesima società quale requisito tecnico professionale.

La domanda cautelare formulata dalla ricorrente è stata respinta con ordinanza n. 160/2016, con la quale la Sezione ha ritenuto ad un primo esame valida e sufficiente l'approvazione effettuata dal RUP nel 2013 con riguardo al progetto espletato a favore dell'Autorità Portuale di Palermo.

Con motivi aggiunti il raggruppamento ricorrente ha impugnato la decisione dell'Autorità Portuale di Palermo con la quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela dell'autorizzazione alla esecuzione dell'incarico di progettazione già conferita al proprio dipendente Ing. OMISSIS (quale componente del RTP odierno aggiudicatario). In dettaglio, la decisione dell'Autorità Portuale viene ritenuta contrastante con l'art. 13 del *Piano triennale anticorruzione* adottato dallo stesso ente, nella parte in cui stabilisce che ciascun dipendente "*è tenuto a rifiutare incarichi di collaborazione provenienti da soggetti privati che abbiano, o abbiano avuto nel biennio precedente, un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti all'ufficio di appartenenza*". La causa di incompatibilità viene dedotta dalle seguenti circostanze: *i)* per un verso, l'Ing. OMISSIS ha assunto il ruolo di co-progettista, per la parte impiantistica, quale componente dell'Ufficio tecnico dell'A.P. di Palermo, in relazione al progetto di molo foraneo di sopraflutto del Porto di Termini Imerese, del valore di circa 21 milioni di euro; *ii)* per altro verso, la OMISSIS ha partecipato alla (e si aggiudicata nell'anno 2012 la) selezione indetta dall'A.P. di Palermo per la collaborazione alla progettazione del citato molo foraneo; *iii)* il progetto, così redatto a più mani, è stato presentato nel mese di giugno 2013, ed è stato poi rimodulato fino a raggiungere una consistenza economica pari al doppio circa dell'originario importo; *iv)* infine, poco tempo dopo, la

OMISSIS ha associato in R.T.P. il nominato Ing. OMISSIS per la partecipazione alla gara indetta dall'A.P. di Augusta, oggetto del presente giudizio.

Con riguardo a quest'ultima impugnazione, la controinteressata si è costituita e ne ha eccepito l'inammissibilità, a causa dell'illegittimo utilizzo dello strumento dei motivi aggiunti rivolti contro un atto che non può essere considerato un nuovo provvedimento attinente alla medesima procedura, nonché la tardività.

All'udienza del 12 Maggio 2016 - previo scambio di memorie e repliche - la causa è stata introitata per la decisione.

## DIRITTO

1.- Il ricorso introduttivo risulta fondato perché – come correttamente dedotto dalla ricorrente - il progetto svolto per l'A.P. Palermo non era utilizzabile quale pregresso requisito da spendere nella procedura in esame, non rientrando tra i servizi espletati nel decennio antecedente la pubblicazione del bando di gara.

Preliminarmente va ricordato che, in base all'art.263, co. 2, del D.P.R. 207/2010, i servizi di cui all'articolo 252 valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Nel caso in esame, il punto 4.a del disciplinare di gara attribuiva rilievo solo ai servizi di cui all'articolo 252svolti negli ultimi dieci anni, di importo pari ad almeno euro 76.549.480,12 nella categoria VII C.

Si afferma nella memoria della controinteressata che il RUP dell'A.P. di Palermo, in data 2 luglio 2013, abbia evaso positivamente la verifica di idoneità tecnica del progetto a suo tempo presentato dalla OMISSIS, con atto da considerare quale approvazione, e lo abbia inviato alla Commissione regionale tecnico/consultiva per il parere ai sensi dell'art. 5, co. 12, della L.R. 12/2011, di guisa che – si assume – a quella data il progetto risultava essere già stato consegnato, ed era pertanto pienamente utilizzabile quale requisito di capacità tecnica. Tale assunto è ribadito anche nel rapporto difensivo dell'Autorità Portuale di Palermo, laddove si specifica che il progetto è stato consegnato in data 27/6/2013; che è stato oggetto di successive integrazioni; che è stato definitivamente approvato in data 4/6/2014.

Ai fini della individuazione del momento di approvazione tecnica, va richiamata la legge regionale n. 12/2011 vigente in Sicilia, laddove stabilisce in particolare che:

A) *“Per i lavori pubblici il cui importo complessivo sia inferiore o uguale alla soglia comunitaria, il parere tecnico sui progetti è espresso dal responsabile del procedimento”* (art. 5, co. 3);

B) i, *“pareri sui progetti di importo complessivo superiore alla soglia comunitaria e fino a tre volte il valore di tale soglia, vengono resi, quale che sia il livello di progettazione, dalla Conferenza speciale di servizi”* (art. 5, co. 4); *“La Conferenza speciale di servizi acquisisce, in riferimento al livello di progettazione, tutte le intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, licenze, nullaosta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione dei lavori ed il suo parere sostituisce, a tutti gli effetti, qualsiasi altro esame o parere di amministrazioni o di organi consultivi monocratici o collegiali ed uffici regionali in materia di lavori pubblici.”* (art. 5, co. 5); *“Il parere favorevole della Conferenza speciale di servizi costituisce approvazione in linea tecnica del progetto”* (art. 5, co. 6);

C) per i progetti di valore più elevato rispetto a quello sub B), la medesima legge stabilisce che: *“I pareri sui progetti, quale che sia il livello di progettazione, di importo superiore a tre volte la soglia comunitaria, sono resi dalla Commissione regionale dei lavori pubblici, di seguito denominata Commissione regionale, istituita quale organo tecnico consultivo della Regione. La Commissione regionale esprime anche il parere nei casi di appalto-concorso”* (art. 5, co. 12); *“Il parere della Commissione regionale sostituisce, a tutti gli effetti, qualsiasi altro esame o parere di amministrazioni o di organi consultivi monocratici o collegiali e di uffici regionali in materia di lavori pubblici.”* (art. 5, co. 15).

In sintesi, il sistema delineato dalla riportata normativa prevede che l'approvazione tecnica del progetto possa essere fatta semplicemente dal RUP per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria; per quelli di maggior valore (fattispecie sub B), invece, l'approvazione in linea tecnica è affidata alla Conferenza speciale di servizi (cfr. art. 5, co. 6); per quelli di rilievo economico ancora superiore (fattispecie sub C, che ricorre nel caso in esame), infine, i suddetti “pareri” sono resi dalla Commissione regionale dei lavori pubblici *“istituita quale organo tecnico consultivo della Regione”*.

Ne discende che, nel caso a mani, poiché il progetto è stato inviato nel mese di luglio 2013 alla Commissione regionale, ai sensi dell'articolo 5, co. 12, della L.R. 12/2011, non poteva a quella data ritenersi già intervenuta l'“approvazione”, dato che tale adempimento si è formalizzato solo nel mese di giugno 2014.

La ricostruzione del dato normativo appena operata trova conferma anche nella Circolare regionale 16.10.2012 relativa al funzionamento della Commissione regionale, in base alla quale: *“La Commissione è un organo tecnico consultivo della Regione operante presso l'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità e rende il parere in linea*

*tecnica su progetti di importo totale superiore a tre volte la soglia comunitaria”; “Il parere della Commissione, nell’ambito delle competenze come sopra definite, riguarda i seguenti livelli di progettazione definiti nella parte II, titolo II, capo I, del D.P.R. n. 207/2010 :*

- *progetto preliminare (Capo I - Sezione II - artt. 17 e seguenti)*

- *progetto definitivo (Capo I - Sezione III - artt. 24 e seguenti)*

- *progetto esecutivo (Capo I - Sezione IV - artt. 33 e seguenti).*

*I progetti esecutivi redatti conformemente a progetti definitivi già approvati in linea tecnica dalla Commissione regionale, o comunque non soggetti a variazioni sostanziali, vengono approvati dal responsabile del procedimento.”.*

La censura principale, intorno alla quale ruota il ricorso appare quindi fondata.

Nessun appiglio può invece trovare la tesi della controinteressata nella invocata sentenza C.G.A. n. 728/2015, laddove afferma che *“Deve ritenersi invece sufficiente che il progetto sottoposto all’Amministrazione abbia riportato la valutazione di –semplice - idoneità tecnica che era suscettibile di conseguimento nell’ambito proprio del tipo di procedimento amministrativo in concreto interessato.”*, atteso che tale decisione riguardava la distinzione fra progetti realizzati per committenti privati e quelle per committenti pubblici, e dunque non entrava nel merito della questione oggetto della presente controversia, che implica l’esatta individuazione del momento in cui il progetto può ritenersi ai sensi di legge “approvato” in via tecnica.

In definitiva, la OMISSIS non avrebbe potuto annoverare nel proprio *curriculum*, ai fini della procedura selettiva qui in esame, il progetto del valore di euro 42.971.422,39 eseguito a favore dell’Autorità Portuale di Palermo, con le conseguenze che ne discendono in ordine al mancato raggiungimento del limite minimo di requisiti tecnico/professionali necessari per la partecipazione alla gara.

Assorbite le ulteriori censure non oggetto di specifica disamina, il ricorso introduttivo del giudizio merita, quindi, accoglimento.

2.- Si può passare all’esame dei motivi aggiunti.

In primo luogo vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità dei motivi aggiunti sollevate in relazione all’art. 120, co. 7, del c.p.a. ed in relazione alla tardiva impugnazione della delibera dell’A.P. di Palermo di concedere l’autorizzazione al proprio dipendente Ing. OMISSIS a partecipare alla gara indetta dall’A.P. di Augusta in R.T.P. con Progetti e Opere srl.

Sotto il primo profilo, viene invocato l’art. 120, co. 7, del c.p.a. laddove stabilisce che *“i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti”*, per dedurre l’inapplicabilità dello strumento impugnatorio prescelto dalla ricorrente in relazione alla contestazione di un atto – il diniego di annullamento in autotutela dell’autorizzazione già rilasciata in favore di un dipendente – che non rientra nel novero dei *“nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara”*.

L’eccezione risulta infondata per un triplice ordine di ragioni: *i)* in primo luogo, la sanzione della inammissibilità potrebbe colpire, al limite, l’impugnativa di un atto della medesima procedura di gara effettuata con ricorso autonomo, piuttosto che con motivi aggiunti, dato che questa opzione inciderebbe negativamente sull’unitario e contestuale esame in giudizio di tutti gli atti inerenti la stessa gara; *ii)* in secondo luogo, non si ravvisa ragione di inammissibilità nella fattispecie (inversa) oggi in esame, nella quale l’atto non strettamente inerente la procedura di gara è stato impugnato con motivi aggiunti, potendosi applicare in tal caso la regola generale di cui all’articolo 43 c.p.a., alla stregua della quale possono essere proposte con motivi aggiunti domande nuove purché connesse a quelle già proposte (il rapporto di connessione fra le due impugnative è evidente); *iii)* da ultimo, non appare superfluo rilevare che l’impugnativa in questione sia stata qualificata dalla stessa ricorrente anche come *“ricorso da valere in via autonoma”* ove non si ritenesse percorribile la via dei motivi aggiunti.

Infondata appare anche l’eccezione di tardività dei motivi aggiunti sollevata in relazione al fatto che la ricorrente abbia avuto conoscenza dell’autorizzazione rilasciata dall’Autorità Portuale a favore dell’ing. OMISSIS ben prima della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio.

Sul punto, il Collegio rileva come l’atto impugnato con i motivi aggiunti non sia costituito dall’originaria autorizzazione rilasciata al dipendente, bensì dal diniego di annullamento in autotutela di tale atto, espresso dall’amministrazione a seguito di una approfondita istruttoria nel corso della quale sono stati valutati - alla luce dei rilievi sollevati dalla ricorrente in riferimento alla normativa interna - i profili giuridici di compatibilità della predetta autorizzazione col regolamento interno dell’ente.

Nel merito i motivi aggiunti sono fondati.

Invero, sussiste la dedotta violazione dell'art. 13 del Codice di comportamento dei dipendenti dell'Autorità Portuale inserito nel piano triennale anticorruzione 2014/2016, dal momento che l'ente pubblico ha autorizzato il proprio dipendente ad accettare l'incarico di collaborazione offerto da un soggetto privato (OMISSIS) che, nel biennio precedente, aveva avuto un interesse economico significativo in decisioni o attività dell'ufficio cui il dipendente appartiene.

La tesi contenuta nei motivi aggiunti non subisce adeguata smentita - né in punto di fatto, né in punto di diritto - per effetto della memoria difensiva della controinteressata, che si limita ad evidenziare: a) la circostanza che l'attività rilevante nell'ambito della stazione appaltante svolta dall'Ing. OMISSIS si sia fermata sostanzialmente alla data del luglio 2011 (momento in cui veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria del servizio di ingegneria alla OMISSIS, cioè due anni e otto mesi prima della indizione della gara oggetto del presente giudizio; b) l'incarico di collaborazione rivolto all'ing. OMISSIS abbia riguardato la mera partecipazione ad un R.T.P., laddove ciascuno dei professionisti opera in autonomia.

Anche la posizione dell'Autorità Portuale di Palermo - espressa nel provvedimento oggetto di impugnazione - non appare condivisibile laddove è orientata, per un verso, a sminuire il ruolo svolto nell'ente dall'ing. OMISSIS (in quanto costui ha svolto il ruolo di co-progettista della parte impiantistica del progetto, ma non avrebbe contribuito *"alla formazione di atti giuridicamente ed economicamente rilevanti inerenti a decisioni o attività dell'ufficio di appartenenza"*); per altro verso, a precisare che lo stesso professionista è stato solo designato quale componente di un R.T.P. ma non ha accettato un rapporto di lavoro retribuito o di collaborazione.

Ciò che conta nella vicenda in esame, a parere del Collegio, ai fini della valutazione circa il rispetto della norma interna dettata dalla stessa Autorità Portuale, sono le seguenti circostanze: a) la OMISSIS ha senz'altro svolto un servizio economicamente rilevante per l'A.P. di Palermo complessivamente considerata, a prescindere dal singolo ruolo (decisionale o meno) svolto nell'ambito dell'ente dall'ing. OMISSIS; sul punto, l'invocata disposizione regolamentare è chiara nel prescrivere che il dipendente *"è tenuto a rifiutare incarichi di collaborazione provenienti da soggetti privati che abbiano, o abbiano avuto nel biennio precedente, un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti all'ufficio di appartenenza"* (quel che rileva, quindi, è il rapporto tra il soggetto economico e l'ente pubblico; non l'attività espletata dal singolo funzionario); b) ai fini della disposizione anticorruzione in esame, non rilevano soltanto rapporti di lavoro subordinato, ovvero forme di collaborazione retribuite con oneri a carico di uno dei componenti del raggruppamento; rileva, invece, qualunque forma di collaborazione (si parla genericamente di *incarichi di collaborazione*) che possa consentire al funzionario di ritrarre vantaggi e/o utilità, anche se in forma indiretta, dall'espletamento dell'incarico.

In definitiva anche i motivi aggiunti sono fondati e vanno accolti.

Le spese processuali possono essere eccezionalmente compensate tenuto conto del complessivo andamento della vicenda sopra descritta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 07/07/2016

IL SEGRETARIO

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