



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 571 del 2018, proposto da

C.E.S.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Filippo Morici e Serena Caradonna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Comandè in Palermo, via Caltanissetta n. 2/D;

contro

Gesap S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

nei confronti

Pitagora S.r.l. e Energo S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Immordino in Palermo, viale Libertà n.

171;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto disposto, in favore del R.T.I. Energo S.r.l., dal Consiglio di Amministrazione della GESAP nella seduta del 9 febbraio 2018, non conosciuto dal R.T.I. ricorrente, e comunicato al R.T.I. C.E.S.A. S.r.l., ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a), del D.lgs. n. 50/2016, con nota, a mezzo pec, di cui al prot. n. 1796/18 del 15 febbraio 2018;
- della nota, a mezzo pec, di cui al prot. n. 1796/18 del 15 febbraio 2018, con la quale GESAP ha comunicato al R.T.I. C.E.S.A., ai sensi dell'art. 76. comma 5. lett. a). del D.lgs. n. 50/2016, che il Consiglio di Amministrazione, nella seduta del 9 febbraio 2018, ha provveduto a disporre l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in parola in favore del R.T.I. con capogruppo Energo Srl;
- della nota, a mezzo pec, di cui al prot. n. 3149/18 del 16 marzo 2018 con la quale GESAP, a conclusione del procedimento per il riesame dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in parola, ha rigettato l'istanza presentata in data 7 marzo 2018 dal R.T.I. odierno ricorrente, confermando l'aggiudicazione definitiva dell'appalto disposta in favore del R.T.I. Energo S.r.l.;
- ove occorra e per quanto di ragione, del verbale di gara n. 1 del 26-27-28 luglio 2017, relativo alla “Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di «Realizzazione di una copertura con impianto fotovoltaico presso l'area di parcheggio P6 e l'area di parcheggio a servizio del Nuovo Centro Direzionale» dell'Aeroporto Falcone Borsellino di Palermo” CIG 7110038CF5, nella parte in cui non viene esclusa dalla procedura di gara il R.T.I. Energo;
- ove occorra e per quanto di ragione, del verbale di gara n. 2 del 6 ottobre 2017, relativo alla medesima procedura sopra indicata nella parte in cui non viene esclusa dalla procedura di gara il R.T.I. Energo;

- ove occorra e per quanto di ragione, dei verbali relativi alle sedute riservate, a oggi sconosciuti, sempre nelle parti in cui non viene esclusa dalla procedura di gara il R.T.I. Energo;
- ove occorra e per quanto di ragione, del verbale di gara n. 2 del 6 ottobre 2017 relativo alla medesima procedura sopra indicata nella parte in cui viene formulata la proposta di aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I. Energo;
- ove occorra e per quanto di ragione, di tutti gli atti relativi al procedimento di verifica circa i requisiti del R.T.I. Energo, a oggi sconosciuti;
- ove occorra e per quanto di ragione, del provvedimento con cui si dispone l'aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I. Energo, ad oggi sconosciuto;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

NONCHÉ

per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica) e, nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto:

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso;
- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora pure, in quanto occorra, formalmente si esplicita.

NONCHÉ

per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione e il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione del contratto o per qualunque altra causa) venisse affidato solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della Stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che si indica già nel 20% dell'importo a base d'asta del contratto (15% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, anche in via equitativa, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria

trattandosi di debito di valore;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ENERGO S.R.L. il 18\4\2018 :

per l'annullamento

- del verbale con il quale la commissione di gara, riunitasi in sede tecnica e riservata, nell'esame della documentazione delle offerte tecniche dei concorrenti nell'appalto per l'affidamento dei «lavori di realizzazione di una copertura con impianto fotovoltaico dell'area di parcheggio presso il Nuovo Centro Direzionale dell'Aeroporto di Palermo "Falcone Borsellino"», non ha escluso la ricorrente C.E.S.A nonostante quest'ultima avesse prodotto un progetto in variante rispetto a quello a base di gara;

- del verbale n. 2 del 6.10.2017 con il quale la Commissione di gara ha comunicato l'esito dell'esame delle offerte tecniche dando comunicazione del punteggio attribuito nella parte in cui non ha escluso l'offerta tecnica della ricorrente C.E.S.A.;

- dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e di aggiudicazione definitiva disposti da GESAP rispettivamente il 6/10/2017 ed il 19.2.2018 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente per inidoneità della offerta tecnica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Pitagora S.r.l., Energo S.r.l. e Gesap S.p.A;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2018 la dott.ssa Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che il ricorso principale non è tardivo e appare, altresì, fondato nel merito sulla base delle seguenti considerazioni:

- quanto alla dedotta tardività, la circostanza che, alla data del 27.7.2017, di definitiva ammissione della controinteressata alla partecipazione alla gara, non risultasse documentato agli atti della procedura che la stessa non aveva sottoscritto il contratto per il rinnovo della SOA in data antecedente al 7.7.2017, ossia i 90 giorni di cui al comma 5 dell'art. 76 del d.p.r. n. 207 del 2010 precedenti al termine ultimo del 7.10.2017 di validità del certificato SOA di cui questa era in possesso, non consente di ritenere che, a decorrere da quella data operasse il termine perentorio di impugnazione di cui al comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., atteso che il rispetto del termine di cui al richiamato comma 5 dell'art. 76 del d.p.r. n. 207 del 2010 garantisce soltanto l'ultrattività del certificato SOA ove il rinnovo sia stato eventualmente rilasciato in data successiva alla scadenza del termine di validità dello stesso ma, di contro, il mancato rispetto dei suddetti 90 giorni non pregiudica di per sé la continuità del possesso del certificato SOA nel caso in cui il rinnovo sia comunque ottenuto in data antecedente alla scadenza del termine di validità, non emergendo nella norma elementi tali da potere indurre a ritenere fondata l'invocata interpretazione, di tal che, all'indicata data del 27.7.2017 di definitiva ammissione in gara della controinteressata, non si poteva fondatamente ritenere che la perdita del requisito di cui trattasi fosse attuale a quella data e non vi erano elementi che potessero fare ritenere illegittima l'esclusione della controinteressata sotto il dedotto profilo;

- quanto alla fondatezza nel merito del ricorso:

-- è comprovato in atti che il certificato SOA di cui trattasi veniva in scadenza alla data del 7.10.2017 e che soltanto in data 10.10.2017 è intervenuta la sottoscrizione del contratto tra la controinteressata e la Soatech ai fini del rinnovo del certificato SOA di cui trattasi, il quale è stato, poi, rilasciato una prima volta in data 7.11.2017 e successivamente corretto nel mese di dicembre 2017;

-- nella fattispecie, pertanto, non soltanto il contratto finalizzato al rinnovo del

certificato SOA non è stato sottoscritto nel rispetto del termine di cui al comma 5 dell'art. 76 del d.p.r. n. 207 del 2010 ma, addirittura, la sottoscrizione è successiva al decorso del termine ultimo di validità del certificato SOA originario, con la conseguenza che, a prescindere dalla specifica disciplina nella materia, trova applicazione nella fattispecie il principio generale secondo cui il rinnovo della validità di un atto che sia stato richiesto successivamente alla scadenza della validità dello stesso deve essere inteso come istanza di rilascio di un nuovo atto con evidente cesura alla continuità della validità del medesimo;

-- per principio giurisprudenziale consolidato nella materia specifica, e dal quale non si ravvisano motivi per discostarsi in questa sede, inoltre, *“solamente allorquando il contratto per la verifica quinquennale venga stipulato entro il suddetto termine vi è continuità nel possesso del requisito; requisito che in tal caso va ritenuto sussistente e permanente - senza soluzione di continuità - anche per il periodo intercorrente tra la scadenza della vecchia attestazione ed il rilascio del nuovo certificato. Solamente nel caso in cui il contratto per il rinnovo dell'attestazione di qualità venga stipulato entro il termine stabilito dalla norma in esame, non si verifica - dunque - la decadenza dal possesso dell'attestazione.”* (cfr., da ultimo, C.G.A. n. 78/2018 dell'8.2.2018);

-- nella fattispecie, pertanto, la controinteressata ha partecipato alla gara con un attestato che, pur se valido alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, è poi scaduto mentre il procedimento era ancora pendente, con la conseguenza che la stazione appaltante ha aggiudicato l'appalto a un'impresa che, alla data di aggiudicazione definitiva, non era più in possesso dei requisiti di qualificazione, essendo scaduta la relativa attestazione SOA e non essendosi potuta avvalere della possibilità di usufruire, nelle more dell'esecuzione del contratto di rinnovo dell'attestazione, della c.d. “ultrattività” della precedente attestazione, non avendo stipulato tempestivamente, ossia entro il termine fissato dall'art.76, comma 5, del D.P.R. n. 207 del 2010, il contratto di rinnovo e che, pertanto, l'impresa in

questione avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara proprio in quanto priva dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando;

-- in senso contrario non depone la circostanza che il “tardivo” rilascio dell’ultimo attestato SOA non sarebbe imputabile alla controinteressata, ma conseguente alla necessità della Soatech di svolgere accertamenti procedurali maggiori imposti dalla Manualistica ANAC del 2014, come affermato da parte della stessa società con la nota del 6.4.2018, in atti, in quanto è proprio al fine di ovviare alle possibili conseguenze negative per le imprese in sede di gara in ordine alla perdita della continuità nel possesso del requisito di cui trattasi, derivanti da eventuali “lungaggini” nello svolgimento del procedimento di rinnovo per qualsivoglia motivo, che è stato introdotto il disposto di cui al più volte richiamato comma 5 dell’art. 75 del d.P.R. n. 207 del 2010, che consente di mettere al riparo le imprese dal relativo rischio con l’assolvimento del relativo onere;

-- in senso contrario non depone, nemmeno, la dedotta circostanza che, comunque, la controinteressata aveva stipulato, in data 6.12.2016, un contratto integrativo del certificato SOA originario in scadenza alla data del 7.10.2017 per aggiungere la categoria OS14 e che la SOA non aveva riscontrato tale richiesta né tantomeno aveva informato la ricorrente sull’esito della stessa nei successivi 120 giorni come era suo dovere, atteso che, il contratto integrativo, ha espressamente a oggetto esclusivamente l’aggiunta dell’indicata categoria e anche nella parte in cui prevede la conferma del possesso del requisito relativamente alle categorie già attestate, non ne fa derivare un nuovo termine di decorrenza della sua validità, atteso che è ivi specificatamente richiamato nelle premesse il comunicato n. 5 dell’ANAC, nella riprodotta parte in cui è previsto che l’integrazione deve lasciare e lascia invariato il termine di scadenza dell’attestazione originaria, e conformemente è puntualmente disposto in seno all’art. 5 del predetto contratto, di tal che deve ritenersi che, ai fini che interessano in questa sede, non può fondatamente essere attribuita alcuna rilevanza al contratto integrativo del 6.12.2016 che non può essere ricondotto in alcun modo al contratto di cui al comma 5 dell’art. 76 del d.P.R. n. 207 del 2010;

-- con la ulteriore conseguenza che non risulta essere, pertanto, pertinente alla fattispecie in esame il richiamato precedente (Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2018, n.1099) di cui alla memoria difensiva della controinteressata, nel quale è stata riconosciuta la saldatura e la sostanziale continuità fra i due contratti con la società organismo di attestazione poiché ritenuti iscritti nell'ambito del medesimo procedimento in quanto il secondo contratto è stato ritenuto quale mera conferma o proroga dell'originario e tempestivo contratto di rinnovo dell'attestazione, in quanto avente in realtà a oggetto il differente caso in cui effettivamente era stato stipulato un primo contratto di rinnovo dell'attestazione SOA in scadenza nel rispetto del termine di cui al comma 5 dell'art. 76 ma in relazione al quale la società SOA non aveva mai concluso il relativo procedimento con l'emissione del nuovo certificato e a cui aveva fatto seguito un secondo contratto, stipulato tra le medesime parti e con il medesimo oggetto e riguardante le medesime categorie e classifiche, questa volta in data successiva alla scadenza del termine di cui al comma 5 dell'art. 76, e che trovava la sua giustificazione esclusivamente nell'entrata in vigore di nuove disposizioni relativamente alle categorie interessate;

-- in senso contrario non depone, infine, nemmeno la circostanza che l'attestazione SOA del 7.11.2017 è stata rilasciata, quanto alla categoria interessata, sulla base del medesimo certificato di esecuzione della Termokimik del 2011 posta a base della certificazione originaria in scadenza alla data del 7.10.2017;

-- quanto, infine, alla domanda formulata in via subordinata da GESAP, con la quale è stato chiesto a di sollevare, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia

Europea sulla compatibilità della norma contenuta nell'art. 76, comma 5, del D.P.R. n. 207/2010 e i principi comunitari in materia "...di tutela del legittimo affidamento

e di certezza del diritto...", deve rilevarsi che la questione sollevata da parte resistente appare priva di pregio nella considerazione che proprio l'interpretazione

data dalla giurisprudenza amministrativa alla norma contenuta nel richiamato comma 5 dell'art. 76 del D.P.R. n. 207/2010 tutela gli operatori del mercato in applicazione del principio di matrice comunitaria del *favor participationis*;

Considerato, altresì, che il ricorso incidentale, sulla base della valutazione sommaria propria della presente fase, non appare supportato da adeguati elementi di fondatezza avuto riguardo alle seguenti circostanze:

- a norma dell'art. 95, comma 14, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016, il bando di gara deve prevedere se siano autorizzate o richieste varianti al progetto esecutivo, ed in mancanza di tale espressa previsione, le varianti si intendono non autorizzate;
- nella fattispecie la *lex specialis* di gara non prevedeva espressamente né l'autorizzazione né la richiesta di varianti che, pertanto, non erano ammesse;
- anche nel caso in cui le varianti non sono ammesse, è, tuttavia, ammessa, per giurisprudenza prevalente sul punto, comunque la possibilità per gli offerenti di presentare "proposte", "soluzioni", o "variazioni" migliorative e, allora, si tratta, in realtà, di stabilire la differenza tra le "varianti", ammissibili solo negli stretti limiti delle disposizioni richiamate, e i "miglioramenti", sempre proponibili dagli offerenti;
- le soluzioni o proposte migliorative possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione;
- le proposte migliorative sono quindi tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste;
- la distinzione tra varianti e miglioramenti riposa in definitiva sull'intensità e sul grado delle modifiche introdotte rispetto al progetto posto a base della gara e si tratta di mere migliorie solo quando non si traducono in una diversa ideazione

dell'oggetto del contratto;

- appare corretta l'interpretazione secondo la quale deve, comunque, ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, a prescindere dalla possibilità di proporre varianti, sia consentito alle imprese (anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo) di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili anche dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, onde non ledere la par condicio;

- la distinzione tra variante e miglioramento, di cui alla prevalente richiamata giurisprudenza in materia, permette di non escludere proposte che, da un lato, non comportano rilevanti modifiche del progetto previsto dal bando, e che, dall'altro, consentono di soddisfare le esigenze dell'amministrazione appaltante in modo flessibile;

- e, al riguardo, nell'attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali ai fini della loro riconduzione nell'ambito delle varianti o delle mere migliorie, vi è un ampio margine di discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, che rimane fuori dal sindacato del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 134 c.p.a., tranne nei casi di manifesta irragionevolezza della scelta tecnica;

- e nella fattispecie:

-- il Disciplinare di gara al Capo 7, "Criteri di Aggiudicazione", individuava i criteri sulla base dei quali sarebbe stata valutata l'offerta economicamente più vantaggiosa e, per quanto qui di interesse, al punto 2) è individuato il criterio di valutazione denominato "Qualità architettonica ed inserimento nel contesto";

-- nella "Relazione del Responsabile del Procedimento in ordine al Criterio di Aggiudicazione", al capitolo "PROCEDURA E CRITERI DI AGGIUDICAZIONE" sono state dettate le "regole" a cui gli operatori economici avrebbero dovuto sottostare nella predisposizione della loro offerta tecnica;

-- in particolare, nella richiamata Relazione, il R.U.P. ha individuato i limiti entro i

quali si sarebbero potute esplicitare le migliorie proposte dai concorrenti in sede di offerta tecnica, anche con specifico riferimento al criterio di cui trattasi, al chiaro fine di evitare che le stesse potessero sfociare in vere e proprie varianti sostanziali al progetto non ammissibili ai sensi della legge di gara;

-- le migliorie in contestazione, concernenti pilastri, inclinazione e pannelli, sembrano potere essere ricondotte all'ipotesi della migliororia così come individuata in seno alla richiamata relazione;

-- la mancata esclusione della ricorrente dalla gara sulla base degli elementi indicati nel ricorso incidentale non appare, pertanto, manifestatamente illogica;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), accoglie l'istanza di sospensione cautelare di cui al ricorso introduttivo e per l'effetto:

a) sospende l'esecutività dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio;

b) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 26 giugno 2018, ore di rito.

Compensa le spese della presente fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente, Estensore

Nicola Maisano, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO