

Publicato il 07/05/2018

N. 02689/2018REG.PROV.COLL.
N. 05659/2016 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 in appello iscritto al numero di registro generale 5659 del 2016,
proposto da

La Dragaggi S.r.l. in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con Mari Ter S.r.l.,
Sapir Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Maria Zappalà, Luigi Strano e
Enrico Gai, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Strano in
Roma, via degli Scipioni, n. 288;

contro

Nuova Coedmar S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caldarera, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via Crescenzo, n. 9;

nei confronti

Comune di Ortona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Aristide Police, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti, n. 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA, n. 00181/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Nuova Coedmar S.r.l. e di Comune di Ortona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Zappalà Stefano Maria, Strano Luigi, Gai Enrico, Calderara Mario e Police Aristide;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dal RTI La Dragaggi avverso la sentenza, di estremi indicati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha accolto il ricorso proposto in primo grado da Nuova Co.Ed.Mar. s.r.l. e, per l'effetto, ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento della *“Progettazione definitiva, esecutiva e realizzazione di opere di escavazione e approfondimento dei fondali del bacino portuale di Ortona”*.

2. I motivi di appello principale sono diretti a contestare l'accoglimento del primo motivo di ricorso proposto innanzi al T.a.r. Pescara dalla Nuova Co.Ed.Mar, concernente la carenza dell'offerta tecnica del RTI La Dragaggi sotto il profilo dello studio di impatto ambientale, in particolare per quanto riguarda la relazione geologica.

3. All'esito dell'udienza di discussione del 19 gennaio 2017, con ordinanza n. 377/2017 questa Sezione aveva disposto una verifica volta a chiarire gli aspetti progettuali sopra ricordati, affidando al direttore del Dipartimento di Scienze della Terra dell'Università della Sapienza di Roma la nomina di un professionista ordinario della materia per rispondere ai seguenti quesiti:

1) *“dica il verificatore se, con riferimento alla gara indetta dal Comune di Ortona per l'affidamento della “Progettazione definitiva, esecutiva e realizzazione di opere di escavazione e approfondimento dei fondali del bacino portuale di Ortona”, il contenuto delle relazioni e degli elaborati progettuali e tecnici prodotti dal raggruppamento temporaneo di imprese La Dragaggi s.r.l. era idoneo, tenendo conto delle informazioni tecniche fornite, a valere anche come studio di impatto ambientale”;*

2) *“dica il verificatore, sempre con riferimento alla gara di cui al precedente quesito, se, considerate tutte le relazioni e gli elaborati progettuali e tecnici prodotti in sede di gara, il progetto definitivo presentato dal raggruppamento temporaneo di imprese La Dragaggi s.r.l. potesse considerarsi, sotto il profilo sostanziale (tenendo conto, quindi, delle informazioni tecniche effettivamente fornite), privo o meno della relazione geologica, con particolare riferimento alla circostanza che il progetto definitivo presentato dal citato r.t.i. prevedeva la realizzazione di una nuova cassa di colmata in zona diversa rispetto alla previsione del progetto preliminare”.*

4. Veniva quindi nominato il Prof. Gabriele Scarascia Mugnozza che, all'esito della verifica, depositava la relazione tecnica di risposta ai suddetti quesiti, risolvendoli positivamente.

In particolare in quella relazione, relativamente al primo quesito, si affermava che il progetto definitivo del RTI La Dragaggi contiene le informazioni richieste dalla normativa vigente e può, pertanto, valere come studio di impatto ambientale.

Al secondo quesito il verificatore rispondeva che il progetto definitivo del RTI La Dragaggi è corredato da un'adeguata modellazione geologica, che si riflette sostanzialmente in una relazione geologica.

5. Alla successiva udienza del 18 maggio 2017, i difensori della Coedmar hanno esibito un esposto denuncia della stessa Coedmar alla Procura della Repubblica di Roma, riguardante la persona del verificatore incaricato, Prof. Scarascia, al quale venivano attribuite presunte condotte penalmente rilevanti nello svolgimento dell'incarico svolto, fondate sulla circostanza che il file word contenente la relazione finale di verifica e depositato presso la segreteria

della Sezione risultava avere come nome autore (nelle proprietà del file) quello del tecnico di parte nominato dal RTI La Dragaggi.

All'esito dell'udienza di trattazione del merito la Sezione con ordinanza n. 2366 del 19 maggio 2017, decideva di rinviare l'udienza a quella successiva del 22 luglio 2017, chiedendo al verificatore di fornire una relazione di chiarimenti sui fatti oggetto dell'esposto.

6. Preso atto dei chiarimenti resi dal verificatore e nelle more degli accertamenti di rito da parte della Procura della Repubblica sull'esposto di Coedmar, all'esito dell'udienza del 22 luglio 2017, con ordinanza n. 4103/2017, è stata disposta la rinnovazione della verifica sui medesimi quesiti, incaricando all'uopo il Direttore del Dipartimento di Scienze Geologiche di Roma Tre, che tuttavia dichiarava di non poter accettare l'incarico in quanto all'interno del Dipartimento non vi erano professionisti con le specifiche competenze richieste.

7. Sicché, con successiva ordinanza n. 4445/2017, preso atto della suddetta rinuncia, la Sezione incaricava per i medesimi incombenti il Direttore del Dipartimento di Scienze della Terra dell'Università di Milano, il quale pure formalizzava dopo qualche giorno la propria rinuncia per non meglio precisati impegni professionali dei docenti del Dipartimento.

8. Soltanto all'esito di nuova ordinanza collegiale n. 5064/2017 del 19 ottobre 2017 e dopo aver investito della questione il Rettore dell'Università di Milano, veniva incaricato della verifica un collegio di docenti appartenenti al Dipartimento di Scienze della Terra della medesima Università, nelle persone dei Prof. Giovanni Pietro Beretta, Tiziana Apuani e Marco Masetti.

Dopo aver svolto le operazioni di verifica in contraddittorio con le parti, il suddetto collegio dei verificatori ha quindi inviato una relazione tecnica preliminare ai consulenti di parte per le controdeduzioni e all'esito di queste, in data 8 marzo 2018, ha depositato la relazione finale di verifica.

9. In vista dell'odierna udienza di discussione le parti hanno presentato memorie e repliche, focalizzando l'attenzione soprattutto sui contenuti

dell'ultima verifica collegiale. L'appellante principale ha fatto presente che nelle more del giudizio il procedimento penale nei confronti del prof. Scarascia è stato archiviato.

10. Il peculiare sviluppo, di cui si è dato atto, che ha avuto il presente giudizio, caratterizzato dalla presenza di due verificazioni il cui esito è in gran parte non collimante, impone alla Sezione una valutazione complessiva dei risultati raggiunti dai due verificatori.

Del resto, come osserva il RTI La Dragaggi, la prima verifica del prof. Scarascia non è stata stralciata dagli atti del giudizio e, nelle more, il procedimento penale seguito all'esposto presentato dalla Nuova Co.Ed.Mar. s.r.l. è stato archiviato. Sono circostanze che consentono di esaminare i risultati della seconda verifica collegiale, tenendo conto anche delle conclusioni cui era giunta la prima verifica.

11. La valutazione globale delle due predette relazioni tecniche si impone alla luce del fatto che la seconda verifica collegiale non contiene una risposta del tutto calibrata sui quesiti formulati dall'ordinanza collegiale n. 5064/2017.

In ordine al primo quesito (se il contenuto della relazione e degli elaborati progettuali e tecnici prodotti dal r.t.i. La Dragaggi fossero idonei, tenuto anche conto delle informazioni tecniche fornite, a valere anche come studio di impatto ambientale) la verifica collegiale giunge, invero, ad una conclusione negativa, ma nel motivare tale conclusione dà peso più che agli aspetti sostanziali (che il quesito chiedeva di valorizzare) ad aspetti prevalentemente di natura formale e documentale.

Si legge, infatti, nella verifica collegiale che, pur essendovi negli elaborati tecnici e progettuali alcuni contenuti utili per essere ripresi in un SIA, tuttavia tali elementi sono insufficienti per una completa descrizione dell'impatto ambientale dell'opera che prevede vari interventi (dragaggio sedimenti, palancoato, cassa di colmata).

Tale conclusione, però, si fonda su una motivazione che in buona parte travalica la valutazione del dato sostanziale (demandato ai verificatori) e

impinge in valutazioni di carattere tecnico-giudico, che sono, invece, riservate al giudice e non delegabili al verificatore.

Si fa riferimento, in particolare, alle considerazioni che i verificatori svolgono sulle caratteristiche e finalità che dovrebbe avere un SIA. Si legge, a tal proposito, nella risposta al quesito n. 1: *“In sintesi è necessario che il documento tecnico sia unico, organico e strutturato in maniera chiara secondo i contenuti della stessa Normativa; un documento a cui facciano specifico riferimento i nomi dei tecnici specialisti abilitati, responsabili dei contenuti interdisciplinari dello Studio. La non osservanza di questa logica fa perdere anche di ogni significato l’articolazione di un Progetto in documenti tecnici diversi, portando alla conseguenza che potrebbe arrivare alla redazione di un Progetto definitivo attraverso un solo documento che contenga tutti gli specifici contenuti tecnici richiesti in maniera sparsa e frammentata”*.

In altri termini, la verifica collegiale, pur ammettendo che i documenti presentati dal RTI La Dragaggi contengano almeno una parte degli elementi da considerare in un SIA, esclude, tuttavia, l’equipollenza sostanziale, dando rilievo determinante da una circostanza di natura eminentemente formale, rappresentata dal fatto che le informazioni tecniche sono “sparse e frammentate” e non contenute in un documento formalmente unitario, come dovrebbe certamente essere un SIA.

Come già accennato, una simile affermazione tuttavia travalica il senso del quesito posto dall’ordinanza interlocutoria, con la quale, preso atto di un dato incontestato (la mancanza di un documento unitario formalmente riconducibile ad un SIA), si chiedeva di verificare, se, ciò nonostante, nella sostanza, le informazioni essenziali del SIA fossero presenti nei vari documenti e nei vari elaborati tecnici presentati dal RTI La Dragaggi.

A tale specifico quesito, in effetti la verifica collegiale non fornisce una risposta adeguata.

Proprio per questa ragione, occorre, invece, riprendere e valorizzare i risultati cui era giunta la prima verifica, la quale, in maniera più aderente alla logica del quesito, aveva nettamente affermato che *“il progetto definitivo redatto*

dal r.t.i. La Dragaggi – Mari Ter s.r.l. – Sapir Engineering s.r.l. contiene le informazioni richieste dalla normativa vigente richiamata in premessa e può, pertanto, valere come Studio di impatto ambientale’.

In particolare, come evidenziato dal verificatore, il progetto definitivo, nella sostanza, contiene: a) una descrizione delle misure previste per evitare, ridurre e possibilmente compensare gli impatti negativi rilevanti; b) i dati necessari per individuare e valutare i principali impatti sull’ambiente e sul patrimonio culturale che il progetto può produrre, sia in fase di realizzazione che in fase di esercizio; c) una descrizione sommaria delle principali alternative prese in esame dal proponente, ivi compresa la cosiddetta opzione zero, con indicazione delle principali ragioni della scelta sotto il profilo ambientale; d) una descrizione delle misure previste per il monitoraggio.

12. Considerazioni analoghe valgono per quanto concerne il secondo quesito, che richiedeva di verificare se il progetto definitivo potesse considerarsi “*sotto il profilo sostanziale (tenendo conto delle informazioni tecniche effettivamente fornite), privo o meno della relazione geologica*”, soprattutto in relazione alla previsione di realizzare la vasca di colmata in zona diversa da quella individuata nel progetto preliminare.

Anche in questo caso, la risposta negativa si fonda su una valutazione in astratto (la relazione geologica del progetto preliminare è insufficiente e incompleta per il livello di dettaglio richiesto da un progetto definitivo, perché ogni livello di progettazione dovrebbe essere assistito da una relazione geologica), ma non tiene conto del particolare rapporto esistente nel caso specifico tra progetto preliminare e progetto definitivo, in base al contenuto concreto degli stessi.

Significativo di tale approccio (astratto e paragiuridico più che concreto e tecnico-scientifico) è, del resto, anche la circostanza che la verifica collegiale richiama, oltre che una serie di riferimenti normativi, un precedente di questo Consiglio di Stato (Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1595) in ordine alla necessità della relazione geologica anche in assenza di una previsione della *lex*

specialis, precedente superato però dalla più recente giurisprudenza della Sezione: va richiamata, in particolare, la sentenza di questa Sezione 23 gennaio 2018, n. 430, che, confermando l'approccio sostanzialistico sotteso ai quesiti sottoposti ai verificatori dall'ordinanza interlocutoria, ha chiaramente affermato: “*con riferimento alla problematica della automatica eterointegrazione della normativa di gara ad opera degli artt. 24, 26 (e 35) del regolamento di esecuzione al previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, la Sezione, nella consapevolezza della ricorrenza di precedenti giurisprudenziali non univoci, ha da ultimo ritenuto – con maturato orientamento al quale occorre dare, in difetto di contrarie ragioni, sostanziale continuità (cfr. Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4080, sulla scia di Id., 28 ottobre 2016, n. 4553) – che la formulazione delle norme richiamate deponga per il carattere solo eventuale delle relazioni specialistiche in sede di progettazione (definitiva od esecutiva)*”.

Anche rispetto al secondo quesito, pertanto, appurata l'inadeguatezza della risposta contenuta nella verifica collegiale, non si può che privilegiare l'approccio sostanziale contenuto nella prima verifica, nella quale, rispetto al secondo quesito, si legge: “*considerati i dati di carattere geologico desunti dagli studi e dagli approfondimenti effettuati dal r.t.i. La Dragaggi – Mari Ter – Sapir Engineering s.r.l. per la redazione del progetto definitivo è possibile affermare che sotto il profilo sostanziale il progetto definitivo è certamente corredato da un'adeguata modellazione geologica che si riflette de cacto in una relazione geologica*”.

Per giungere a tale conclusioni sono state valorizzate le seguenti circostanze: a) il grado di dettaglio delle informazioni di carattere generale contenute nelle relazioni prodotte da La Dragaggi, relative agli inquadramenti geologico, geomorfologico, idrogeologico, sismico e, più in generale, di pericolosità geologica del territorio in cui l'intervento è inserito risulta adeguato al tipo di opere e alla complessità del contesto geologico di sito specifico; b) il modello geologico che si evince dagli elaborati progettuali e tecnici del progetto definitivo rappresenta un significativo avanzamento rispetto a quello posto a base di gara e contenuto nel progetto preliminare in quanto ottenuto

mediante indagini e rilievi integrativi predisposti ed eseguiti dal r.t.i. La Dragaggi; c) l'utilizzo della tecnica Sub Bottom Profiler ha consentito un maggior dettaglio del rilievo batimetrico e stratigrafico, nonché l'individuazione di una struttura geologica definita "elemento marmoso", non rilevata dalle precedenti indagini poste a corredo del progetto preliminare; d) in relazione alla ricostruzione dell'assetto lito-stratigrafico nell'area di pertinenza della nuova cassa di colmata, la produzione di numerose sezioni geofisiche ha fornito un quadro conoscitivo più dettagliato ed accurato rispetto a quello acquisito mediante i tre sondaggi geognostici esibiti dal progetto preliminare o acquisibili con ulteriori indagini puntuali.

I suddetti studi ed approfondimenti, quindi, unitamente ai dati recepiti nel progetto preliminare consentono di ricostruire adeguatamente il modello geologico a supporto della progettazione definitiva, con particolare riferimento alla palancolata a sostegno della nuova cassa di colmata.

13. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello principale deve, pertanto, essere accolto e, per l'effetto, deve essere respinto il primo motivo del ricorso introduttivo proposto dalla società Nuova Co.Ed.Mar.

14. Va, pertanto, esaminato l'appello incidentale proposto dalla Nuova Co.Ed.Mar. s.r.l. contro la sentenza di primo grado, nella parte in cui ha respinto gli altri motivi del ricorso introduttivo.

15. L'appello incidentale non merita accoglimento.

15.1. È infondato il motivo sull'indeterminatezza dell'offerta tempo atteso che il cronoprogramma del R.T.I. Dragaggi indica esattamente il periodo temporale di esecuzione dell'appalto in duecentodieci giorni (equivalenti a trenta settimane), più periodi festivi e sospensioni, da intendersi riferite ad eventuali cause di forza maggiore. L'avverbio "presumibilmente", su cui si appuntano le censure dell'appellante incidentale, non incide sulla determinatezza dell'offerta tempo, ma fa riferimento all'eventuale verificarsi di fattori imprevedibili, che possono costituire causa di sospensioni temporanee, quali, ad esempio, le sospensioni dovute a condizioni meteo avverse superiori

rispetto a quelle prevedibili con l'ordinaria diligenza e non superabili per qualsiasi appaltatore.

Risulta, inoltre, smentito *per tabulas* l'assunto secondo cui l'incertezza dei tempi di esecuzione sarebbe derivata anche dall'omessa dichiarazione circa l'impegno a garantire la funzionalità ed operatività del porto durante il corso dei lavori: la suddetta dichiarazione, infatti, è stata espressamente resa dal RTI La Dragaggi (Elaborato R9, pag. 10).

15.2. Il motivo sulla dichiarazione non veritiera (a causa della mancata indicazione del presidente del c.d.a. della società controllante e unica proprietaria della mandante) è, parimenti, destituito di fondamento, perché nel caso di specie – anche a prescindere dalla questione ampiamente dibattuta e oggetto di contrasti interpretativi se l'obbligo dichiarativo valga anche per il socio unico persona giuridica – la mancata dichiarazione (che non è equiparabile ad una ipotesi di falsità) avrebbe dovuto essere oggetto di soccorso istruttorio.

Non rileva in senso contrario il precedente di questa Sezione di cui alla richiamata sentenza n. 3178/2017. Nella richiamata decisione l'impossibilità di fare il soccorso istruttorio è, infatti, motivata facendo riferimento all'esistenza di condanne penali non dichiarate, mentre nel caso oggetto del presente giudizio non risulta che il legale rappresentante della persona giuridica socio unico avesse condanne penali: si lamenta solo che non ha reso dichiarazione. Risulta, quindi, incontestata la sussistenza del requisito sostanziale con conseguente possibilità di applicare il c.d. soccorso istruttorio processuale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

15.3. Anche il terzo motivo di appello incidentale è infondato, in quanto sopralluogo è stato effettuato da altra impresa facente parte del raggruppamento come il bando consentiva.

15.4. Il quarto motivo di appello incidentale (diretto a contestare la presenza nell'offerta tecnica di elementi dell'offerta economica) è parimenti infondato: la relazione illustrativa prodotta da La Dragaggi recava, infatti, l'espressione di

elementi noti a tutti i concorrenti, non suscettibili di anticipare l'offerta economica finale, rappresentata esclusivamente dal ribasso percentuale offerto.

15.5. In ordine al quinto motivo di appello incidentale, diretto a contestare il giudizio di non anomalia è sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui: a) nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta – finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte – ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; b) detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; c) dal suo canto il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione; d) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della pubblica amministrazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 5387/2017).

Nel caso di specie, le contestazioni dell'appellante incidentale risultano, comunque, smentite dall'ampia documentazione giustificativa fornita a sostegno della congruità dell'offerta del R.T.I. La Dragaggi.

16. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello incidentale deve essere respinto.

In conclusione, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

17. La complessità, anche dal punto di vista tecnico, delle questioni controverse giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

18. Vanno, invece, poste a carico della soccombente Nuova Co.Ed.Mar. s.r.l. i compensi dei verificatori (per entrambe le verificazioni), che si liquidano, per la prima verifica, in complessivi € 4.000, e per la seconda verifica in complessivi € 12.000 (€ 4.000 per ciascun verificatore).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Condanna la società Nuova Co.Ed.Mar. al pagamento dei compensi dei verificatori, così come quantificati al par. 18 della motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO