

Publicato il 21/12/2018

N. 07205/2018REG.PROV.COLL.
N. 07325/2018 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 7325 del 2018, proposto da Nuova Co.Ed. Mar. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Cristina Lenoci, Mario Caldarera e Sergio Della Rocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Cristina Lenoci in Roma, via Emanuele Gianturco, 1;

contro

Comune di Ortona, non costituito in giudizio;

nei confronti

Rti - Mari Ter S.r.l. e Rti - Sapir Engineering, non costituiti in giudizio;

La Dragaggi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Strano, Stefano Maria Zappalà e Enrico Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Strano in Roma, via degli Scipioni, 288;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 02689/2018, resa tra le parti, sul ricorso in appello di R.G. n. 5659/2016, proposto dall'ATI La Dragaggi per la riforma della sentenza n. 181/2016 resa inter partes dal TAR Pescara, Sez. I, nel ricorso di R.G. n. 95/2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Dragaggi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Maria Cristina Lenoci, Luigi Strano e Stefano M. Zappalà.

FATTO

Questo Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 7 maggio 2018, n. 2689, ha accolto l'appello principale proposto da La Dragaggi S.r.l. in proprio e quale capogruppo del R.T.I. con Mari Ter S.r.l. e Sapir Engineering S.r.l., e respinto l'appello incidentale di Nuova Coedmar S.r.l.; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata (TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, n. 181-2016), ha respinto il ricorso di primo grado di Nuova Coedmar S.r.l. R.G. n. 95-2016.

Secondo l'attuale ricorrente:

- l'ATI La Dragaggi ha proposto appello avverso la sentenza n. 181-2016 avanzando tre motivi, ma non l'ha impugnata nella parte in cui il TAR Pescara ha statuito che nell'ambito della procedura di gara de qua era la lex specialis (oltre alla vigente normativa in materia d'appalti) che obbligava i concorrenti, a pena di esclusione, a presentare in gara un progetto definitivo corredato della relativa relazione geologica e ad indicare un geologo nel gruppo di progettazione, e che, quindi, imponeva l'esclusione dei concorrenti non rispettosi di siffatte prescrizioni: da qui, la definitiva intangibilità delle suddette statuizioni non impuginate ed ormai coperte dalla forza del giudicato interno con conseguente irreversibile vincolatività delle stesse per la Stazione Appaltante;

- nel frattempo, è passata in giudicato per mancata impugnazione la sentenza n. 188-2016, con la conseguente definitiva intangibilità anche delle (analoghe) sue statuizioni relative all'obbligatorietà ai fini della legittima ammissione alla gara de qua della presentazione della relazione geologica del progetto definitivo ed alla necessità di escludere i concorrenti che pur prevedendo in sede di progetto definitivo varianti migliorative relative allo sversamento di notevoli quantità di materiale dragato in area del tutto estranea a quella presa in esame dal progetto preliminare - e, quindi, non oggetto di alcuna indagine geologica da parte della Stazione Appaltante - si è limitato ad allegare al proprio progetto definitivo lo Studio geologico del preliminare e, comunque, non ha indicato il geologo nel gruppo dei progettisti.

Il ricorrente impugna la sentenza di questo Consiglio, deducendo plurimi errori revocatori:

- ex art. 395, n. 4, c.p.c. sub specie di omessa pronuncia riconducibile alla mancata percezione dell'esistenza e del contenuto di atti processuali (sotto diversi profili);

- ex art. 395, n. 5, c.p.c. sub specie di contrasto di giudicati;

- ex art. 395, n. 4, c.p.c. per omessa disamina dell'eccezione d'inammissibilità dell'appello principale;

Con il ricorso in esame chiedeva, quindi, di dichiararsi inammissibile e, comunque, infondato l'appello proposto dall'ATI La Dragaggi avverso la sentenza n. 181-2016 del TAR Pescara, anche in accoglimento dell'eccezione d'inammissibilità e del riproposto motivo di primo grado non esaminati in seno alla suddetta revocanda sentenza, e, in ogni caso, confermarsi l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso di primo grado anche con diversa motivazione.

Si costituiva la parte controinteressata, chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 20 dicembre 2018 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si deve rilevare, in punto di fatto, che l'attuale convenuto RTI La Dragaggi, nell'appello avanti a questo Consiglio di Stato, che ha portato alla sentenza oggetto della presente revocazione, aveva contestato la sentenza del TAR (con il primo motivo di appello) nella parte in cui la stessa aveva ritenuto incompleto il proprio studio di impatto ambientale (pag. 9 e ss. del predetto appello). Inoltre, aveva evidenziato la carenza e/o inadeguatezza della relazione geologica (secondo motivo di appello, pag. 17 e ss. dell'appello) e contestato la sentenza del TAR nella parte in cui aveva statuito la necessità di indicare la figura del geologo nel team dei progettisti (terzo motivo, pag. 22 e ss. dell'appello).

2. Con ordinanza collegiale 31 gennaio 2017, n. 377 il Consiglio di Stato aveva disposto una verifica, formulando due distinti quesiti:

a) se il contenuto delle relazioni e degli elaborati progettuali e tecnici prodotti da La Dragaggi fossero idonei a valere come studio di impatto ambientale;

b) se, sotto il profilo sostanziale, poteva dirsi presente o meno la relazione geologica "soprattutto in relazione alla previsione di realizzare la vasca di colmata in zona diversa da quella individuata nel progetto preliminare".

L'incarico di verifica veniva affidato al Prof. Gabriele Scarascia Mugnozza, del Dipartimento di Scienze della Terra dell'Università La Sapienza, che all'esito della verifica depositava relazione tecnica, risolvendo positivamente i suddetti quesiti.

In particolare, in quella relazione, relativamente al primo quesito, si affermava che il progetto definitivo del RTI La Dragaggi contenesse le informazioni richieste dalla normativa vigente e potesse, pertanto, valere come studio di impatto ambientale. Relativamente al secondo quesito, il verificatore rispondeva che il progetto definitivo del RTI La Dragaggi era certamente corredato da un'adeguata modellazione geologica, che si riflette sostanzialmente in una relazione geologica.

3. All'udienza di merito del 18.5.2017, i difensori della Coedmar esibivano 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.

Con ordinanza 19 maggio 2017, n. 2366 il Consiglio di Stato decideva di chiedere una relazione di chiarimenti sui fatti oggetto dell'esposto.

Acquisiti i chiarimenti, con ordinanza n. 4103-2017, il Consiglio di Stato disponeva 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.

Con successiva ordinanza n. 4445-2017, il Collegio incaricava per i medesimi incumbenti il Direttore del Dipartimento di Scienze della Terra dell'Università di Milano, il quale pure formalizzava dopo qualche giorno la propria rinuncia.

Soltanto all'esito di nuova ordinanza collegiale 19 ottobre 2017, n. 5064, e dopo aver investito della questione il Rettore dell'Università di Milano, veniva incaricato per la 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.

L'esito di tale rinnovata verifica, tuttavia, forniva risposte del tutto contrastanti con la prima verifica.

Nel frattempo interveniva l'ordinanza di archiviazione della Procura della Repubblica relativa al primo verificatore nominato, che escludeva definitivamente l'esistenza di qualsiasi ipotesi di reato strumentalmente sostenuta nei suoi confronti da Coedmar.

4. Con la sentenza 7 maggio 2018, n. 2689 il Consiglio di Stato riteneva maggiormente rispondente ai quesiti la prima verifica, quella cioè del Prof. Gabriele Scarascia Mugnozza e, sulla base della predetta verifica, il Consiglio di Stato stabiliva definitivamente che il progetto definitivo de La Dragaggi conteneva tutti gli elementi ritenuti rilevanti a valere come studio d'impatto ambientale.

Con riguardo al secondo quesito, veniva accertato che “il progetto definitivo è certamente corredato da un’adeguata modellazione geologica che si riflette de facto in una relazione geologica”.

Con la medesima sentenza, inoltre, il Consiglio di Stato respingeva l’appello incidentale proposto dall’attuale ricorrente, in relazione ai motivi di ricorso di primo grado respinti dal TAR.

5. Con il primo motivo di ricorso si ipotizza l’esistenza di un errore revocatorio ai sensi dell’art. 395, n. 4, c.p.c. derivante dall’omesso esame del terzo motivo di appello, con il quale il RTI La Dragaggi aveva impugnato il capo della sentenza del TAR Pescara n. 181-2016 che affermava la necessità della presenza del geologo nel team dei progettisti.

La censura si deve ritenere inammissibile.

Infatti, il terzo motivo dell’appello si fondava sulla premessa che non “fosse necessaria l’acquisizione di una nuova relazione geologica da parte del RTI La Dragaggi”, venendo meno anche il presupposto logico che, secondo il TAR, avrebbe imposto alla stessa impresa aggiudicataria l’obbligo di indicare in sede di gara il geologo tra lo staff dei progettisti.

E’ quindi evidente come nell’atto di appello il terzo motivo di ricorso fosse inscindibilmente collegato al secondo motivo di appello, con il quale si censurava la sentenza di primo grado nella parte in cui aveva ritenuto carente e inadeguata la relazione geologica che il RTI La Dragaggi al livello di progettazione definitiva.

Pertanto, una volta accertata l’esistenza di una adeguata relazione geologica, sarebbe risultato scardinato anche il presupposto logico-giuridico in base al quale il TAR Pescara aveva ritenuto necessaria la presenza di un geologo nel gruppo di progettazione e questo è esattamente quello che è accaduto nel corpo argomentativo della revocanda sentenza del Consiglio di Stato.

Infatti, il Consiglio di Stato ha condiviso le conclusioni della relazione del Prof. Scarascia Mugnozza, la quale aveva fornito riscontro positivo al secondo quesito posto dal Collegio, avente proprio lo scopo di verificare se il progetto

definitivo del RTI La Dragaggi potesse considerarsi “sotto il profilo sostanziale (tenendo conto delle informazioni tecniche effettivamente fornite), privo o meno della relazione geologica”.

La questione relativa alla presenza del geologo, oggetto di contestazione con il terzo motivo di appello, ben può considerarsi assorbita nella accertata esistenza di una adeguata relazione geologica.

Sulla base della ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, emerge, dunque, come lo stesso abbia ritenuto che non era affatto obbligatorio indicare un geologo tra lo staff dei progettisti.

Con la conseguenza che, nella ricostruzione logico-giuridica fatta propria dal giudice di secondo grado, il terzo motivo di appello del RTI La Dragaggi debba intendersi accolto anche se nella motivazione manca un esplicito riferimento alla figura del geologo.

Come è noto, “ai fini di ottenere la revocazione per errore di fatto in conseguenza del mancato esame di un motivo di ricorso, l’omessa pronuncia su un vizio denunciato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso e senza privilegiare aspetti formali e può ritenersi sussistente solo nell’ipotesi in cui non risulti essere stato esaminato il punto controverso e non quando la decisione sul motivo (o sull’eccezione) risulti implicitamente, o quando la pronuncia su di esso c’è stata, anche se non ha preso specificamente in esame alcune argomentazioni a sostegno della doglianza (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 21).

Infatti, “nel processo amministrativo il rimedio della revocazione ha natura straordinaria e l’errore di deve rispondere a tre requisiti: a) derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l’organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto fattuale, ritenendo così un fatto documentale escluso, ovvero inesistente un fatto documentale provato; b) attenersi ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; c) essere stato un elemento decisivo della decisione

da revocare, necessitando perciò un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa; inoltre, l'errore deve apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche; esso è configurabile nell'attività preliminare del giudice, relativa alla lettura ed alla percezione degli atti acquisiti al processo quanto alla loro esistenza ed al loro significato letterale, ma non coinvolge la successiva attività d'interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande e delle eccezioni, ai fini della formazione del convincimento; in sostanza l'errore di fatto, eccezionalmente idoneo a fondare una domanda di revocazione, è configurabile solo riguardo all'attività ricognitiva di lettura e di percezione degli atti acquisiti al processo, quanto a loro esistenza e a loro significato letterale, per modo che del fatto vi siano due divergenti rappresentazioni, quella emergente dalla sentenza e quella emergente dagli atti e dai documenti processuali; ma non coinvolge la successiva attività di ragionamento e apprezzamento, cioè di interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande, delle eccezioni e del materiale probatorio, ai fini della formazione del convincimento del giudice (cfr. ancora Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 21).

6. E' inammissibile anche la censura subordinata del primo motivo di ricorso con il quale si far valere l'esistenza di un asserito contrasto tra giudicati rispetto alla sentenza del TAR Pescara n. 188-2016 che aveva pronunciato sul ricorso proposto all'epoca dall'impresa terza classificata SIDRA e risolto con dichiarazione di inammissibilità in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto da Coedmar nei confronti della stessa SIDRA.

E' evidente pertanto che tale tipo di pronuncia in rito non è in alcun modo idonea a costituire giudicato esterno rispetto al RTI La Dragaggi.

Infatti "il contrasto, quale incompatibilità tra due pronunce decisorie che accertino e/o conformino in modo tra di loro antitetico (in tutto o in parte) una stessa situazione giuridica soggettiva, non può che manifestarsi in relazione a sentenze aventi un contenuto decisorio di merito, suscettibili di

acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale (art. 2909 cod. civ.), per cui non è configurabile in relazione a sentenze (o ad altri provvedimenti giudiziari a queste assimilabili) a mero contenuto processuale” (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2017, n. 1).

In ogni caso, nella sentenza n. 188-2016 il TAR non ha mai direttamente e inequivocabilmente statuito sulla necessità che la società SIDRA dovesse indicare il geologo nel gruppo dei progettisti.

7. Con il secondo motivo di revocazione si ipotizza l'esistenza di altro errore revocatorio, consistente nella omessa pronuncia sull'eccezione d'inammissibilità dell'appello proposto da La Dragaggi per la mancata impugnazione della decisione del TAR Pescara n. 181-2016 nella parte in cui avrebbe statuito “che la lex specialis obbligava a pena di esclusione i concorrenti a presentare in gara un progetto definitivo, corredato dalla relazione geologica prevista dall'art. 26 del D.P.R. n. 207-2010.

Giova preliminarmente osservare che il RTI La Dragaggi si è puntualmente difeso sull'eccezione relativa all'inammissibilità dell'appello nella memoria di replica depositata per l'udienza pubblica del 27 luglio 2017.

In particolare a pag. 8 della replica si afferma che: “Premesso che la lex di gara (e nello specifico il Disciplinare al punto X.4) faceva genericamente richiamo alle norme regolamentari in tema di progetto definitivo (artt. da 24 a 32 del dpr n. 207/2010), senza alcuna specificazione che riguardasse un espresso obbligo di produzione di determinate relazioni specialistiche, va rilevato che in ogni caso la relazione geologica è effettivamente presente all'interno del progetto definitivo del RTI La Dragaggi”.

Alla luce di tali difese si deve dedurre, all'evidenza, che il Consiglio di Stato abbia ritenuto che l'eccezione dell'odierno ricorrente fosse irrilevante ai fini del percorso logico-argomentativo che ha portato all'accoglimento dell'appello.

Peraltro, come è noto, “l'omesso rilievo di un giudicato interno, ove esistente, può configurare eventualmente un errore di diritto, ma non legittima

un'istanza di revocazione, la quale è ammissibile solo quando si tratta di giudicato risultante da un giudizio separato e sempre che, con la sentenza da revocare, il giudice non abbia pronunciato sull'eccezione di giudicato esterno” (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4434).

8. Con il terzo motivo di revocazione la ricorrente sostiene che la sentenza impugnata sarebbe affetta da errore revocatorio consistente nel “manifesto travisamento” del contenuto della relazione collegiale di verifica (ovvero la seconda verifica), “essendovi la palese divergenza tra il suo contenuto integrale e la rappresentazione da parte del giudice, riconducibile all’abbaglio dei sensi”, ossia alla percezione di un contenuto diverso da quello assunto.

La mera lettura della sentenza revocanda smentisce tale ricostruzione.

Al capo 10 della sentenza si statuisce che “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”.

Al capo 11 della sentenza revocanda si aggiunge che “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”.

La motivazione della sentenza impugnata è, dunque, frutto di una valutazione complessiva e globale dei risultati di due verificazioni e mirante ad accertare l’esistenza, sotto il profilo sostanziale e non meramente formale, della completezza dell’offerta tecnica del RTI La Dragaggi, con la conseguenza che

nessun errore di percezione può riscontrarsi in tale completa e con divisibile operazione logico-argomentativa.

9. Parimenti inammissibile è l'ultimo motivo di revocazione con il quale si contesta l'omesso esame "parziale" del quarto motivo di ricorso proposto dalla Nuova Coedmar innanzi al giudice di primo grado e riproposto nel giudizio di appello come terzo motivo di appello incidentale.

Con tale motivo si contestava l'ammissione alla gara del RTI La Dragaggi per mancata effettuazione del sopralluogo di presa visione dei luoghi e del progetto da parte della mandataria La Dragaggi.

Su tale rilievo il Consiglio di Stato ha fornito una sintetica ed efficace motivazione di rigetto, rilevando che "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".

Conseguentemente, deve considerarsi assorbita ogni ulteriore contestazione formulata sul punto dalla Nuova Coedmar, come quella relativa alla ritenuta falsità delle autodichiarazioni rese in gara da tutte le imprese del RTI La Dragaggi circa l'avvenuto sopralluogo.

10. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

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, come in epigrafe indicato, lo dichiara inammissibile.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018

con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO