

Sindacabilità in s.g. delle scelte tecnico discrezionali effettuate dalla stazione appaltante

di Francesca Iaquina

Data di pubblicazione: 19-10-2016

1. Nell'ambito delle gare pubbliche, sono inammissibili le censure volte a sindacare il merito delle scelte tecnico discrezionali effettuate al fine di selezionare l'offerta migliore, trattandosi di valutazioni riservate alla stazione appaltante – che ne assume la piena responsabilità – non soggette al sindacato di legittimità, se non nei casi in cui esse risultino affette da manifesta illogicità, manifesta carenza di istruttoria o travisamento.

Conforme Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015 n. 2615; id., 30 aprile 2015 n. 2198; id., 23 febbraio 2015 n. 882; id., 26 marzo 2014 n. 1468; id., sez. III, 13 marzo 2012 n. 1409; Cons. St., sez. III, 24 settembre 2013 n. 4711.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta l'annosa questione concernente i limiti entro cui può intervenire il sindacato del g.a. sulle valutazioni tecnico discrezionali effettuate dall'amministrazione.

A tal proposito, si ritiene utile operare una premessa di carattere definitorio.

Anzitutto, per discrezionalità amministrativa s'intende la facoltà delle Pubbliche Amministrazioni, nel rispetto dei limiti generali fissati dalla legge, di compiere scelte che siano più idonee a realizzare l'interesse pubblico specifico di cui sono portatrici.

Dalla discrezionalità amministrativa in senso proprio si distingue la cd. discrezionalità tecnica, che ricorre, invero, quando l'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico necessiti del ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche di carattere specialistico.

Ebbene, nella pronuncia suepigrafata, il Tribunale adito, aderendo all'orientamento maggioritario, precisa che tali valutazioni – scientifiche e tecniche – effettuate dall'amministrazione, possono essere sottoposte al vaglio del g.a., ma a condizione che le

censure dedotte non siano volte a sindacare il merito dell'azione amministrativa.

Il Collegio ha più volte ribadito l'inammissibilità delle osservazioni di parte ricorrente volte a sostituire le proprie valutazioni a quelle già effettuate dalla stazione appaltante e ad incidere, quindi, nel merito di **apprezamenti di natura tecnico-discrezionale, riservati all'amministrazione**, tanto più perché supportate da argomentazioni estremamente generiche.

Invero, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo può investire soltanto quelle scelte compiute dagli organi della stazione appaltante che siano **manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti**, restando altrimenti riservate all'amministrazione.

Ne consegue che **il sindacato sulle valutazioni a carattere tecnico-discrezionale** deve, necessariamente, **tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi, rimessi al solo organo amministrativo**, con la possibilità per il giudicante di esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

Ad ogni buon conto, essendo la consulenza tecnica uno strumento finalizzato ad offrire un ausilio di carattere tecnico all'attività del giudice nella comprensione del materiale probatorio già acquisito alla causa, essa non esonera la parte dall'onere di fornire la prova specifica dei fatti dedotti in giudizio.

Alla luce di tali presupposti, è evidente che l'ampliamento del potere di cognizione del giudice sull'attività tecnico-discrezionale dell'amministrazione, derivante dall'evoluzione del contesto normativo e dalle sollecitazioni della dottrina e della giurisprudenza, resta pur sempre circoscritto – come confermato nella sentenza in commento – al profilo meramente accertativo, avuto riguardo ai casi in cui le valutazioni effettuate dalla stazione appaltante siano affette da manifesta illogicità, manifesta carenza di istruttoria o travisamento, sulla scorta del principio di separazione dei poteri.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 502 del 2016, proposto dall'Impresa Chisari S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, con i quali è domiciliata in Catanzaro, via Nunzio Nasi n. 18;

contro

la Regione Calabria, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Manna, presso cui è domiciliata in Catanzaro, via Milano n. 28;

nei confronti di

Campania Noleggi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Patti e domiciliata presso la Segreteria del Tribunale, ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

per l'annullamento

- del D.D.S. n. 6719 del 1° luglio 2015, con il quale la Regione Calabria ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'impresa Campania Noleggi S.r.l.;
- di tutti i verbali di gara, nella parte in cui viene ammessa e valutata l'offerta dell'Impresa, in uno con la relativa graduatoria finale;
- dei verbali di gara nn. 4, 5, 6 e 7 relativi alla valutazione dell'offerta tecnica risultata aggiudicataria e della graduatoria tecnica;
- ove occorra, del bando e del disciplinare di gara;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione della Regione Calabria e della Campania Noleggi S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore nella pubblica udienza del 14 settembre 2016 il Cons. Giovanni Iannini e sentiti i difensori delle parti, come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 10 ottobre 2014 la Regione Calabria ha indetto una gara per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza di tratti di falesie in erosione sottostanti zone abitate nel Comune di Isola Capo Rizzuto (I Stralcio), sulla base del progetto definitivo acquisito in sede di offerta.

Alla relativa gara hanno preso parte la Chisari Gaetano S.r.l. e la Campania Noleggi S.r.l.

L'offerta della Chisari Gaetano S.r.l., odierna ricorrente, ha ottenuto 53,62 per l'offerta tecnica e 15,00 per l'offerta economica, per un punteggio complessivo di 73,62.

L'offerta della Campania Noleggi S.r.l. ha ottenuto il punteggio di 80 per l'offerta tecnica e 13,38 per l'offerta economica, per un punteggio complessivo di 98,38, risultando, quindi, prima classificata.

2. Con ricorso ritualmente notificato, depositato nella Segreteria del Tribunale il 3 maggio 2016, la Chisari Gaetano S.r.l. ha impugnato il decreto n. 6719 del 1° luglio 2015 del dirigente del Settore 2 del Dipartimento infrastrutture, lavori pubblici, mobilità della Regione Calabria, con il quale l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla Campania Noleggi S.r.l.

La società ricorrente afferma, in ciò non contraddetta dalle resistenti, di avere acquisito conoscenza del provvedimento di aggiudicazione solo con nota del 23 marzo 2016, tramessa tramite PEC.

Essa ha impugnato, altresì, i verbali di gara, meglio indicati in epigrafe, nonché, occorrendo, il bando di gara e il disciplinare.

La ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti impugnati e ne ha chiesto l'annullamento, con aggiudicazione dell'appalto.

In via subordinata, la ricorrente ha chiesto che sia disposta una nuova valutazione delle offerte da parte di una commissione in diversa composizione.

In via gradata, la società Chisari Gaetano ha chiesto che sia accertato il proprio diritto al risarcimento del danno subito, quantificabile nella misura del 10% dell'importo netto contrattuale.

3. Si è costituita la Regione Calabria, che ha dedotto l'inammissibilità del ricorso, in quanto tendente a sindacare le scelte frutto di discrezionalità tecnica della stazione appaltante e deducendo, comunque, l'infondatezza del gravame.

Si è costituita, altresì, la Campania Noleggi S.r.l., che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, in quanto incidente sulle valutazioni di merito compiute e ha dedotto l'infondatezza di esso.

4. Alla pubblica udienza del 14 settembre 2016, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata assegnata in decisione.

5. Con un unico, articolato, motivo la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 53, 83 e 84 del d.lgs. n. 163/06, dell'art. 24 e 26, D.P.R. n. 207/2010, dei punti 7.1.1 e 7.1.2 del disciplinare di gara, degli artt. 6, 12, 13 e 14 del capitolato speciale di appalto, eccesso di potere per disparità di trattamento, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, perplessità.

Parte ricorrente ha rilevato che il progetto preliminare prevede la costruzione di una barriera emersa, di cui è specificata la dimensione, da porre a protezione del promontorio dall'azione del "moto ondoso", al fine di evitare l'erosione del piede della falesia a salvaguardia della c.d. "Torre Vecchia", sottoposta a vincolo archeologico. Ha aggiunto che il progetto prevede la possibilità di proporre in fase di gara interventi e servizi opzionali volti alla stabilizzazione delle falesie.

Ciò premesso la ricorrente ha affermato che il progetto definitivo redatto dall'aggiudicataria non costituisce diretto sviluppo del preliminare e non contiene gli elementi necessari di cui agli artt. 24 e 26 del D.P.R. n. 207/2010.

Ha rilevato in proposito che il progetto definitivo della Campania Noleggi contempla la costruzione di una barriera sommersa, con una berma di 5 o 8 metri e posta a una quota di - 0,50 m. rispetto al livello medio del mare.

Ciò a fronte di quanto previsto nel progetto preliminare, nel quale la berma ha una larghezza pari a 10 metri ed è collocata a + 1,50 m. rispetto al livello medio del mare.

La previsione del progetto definitivo predisposto dalla Campania Noleggi importerebbe la violazione del punto 6.1.b del Capitolato, per il quale: *"sono altresì proponibili soluzioni progettuali differenti e alternative rispetto a quella individuata nel progetto preliminare ... dette variazioni devono rispettare, in ogni caso, gli obiettivi di mitigazione previsti dalla soluzione individuata nel progetto preliminare posto a base di gara ed essere adeguatamente e dettagliatamente giustificate"*.

Il restringimento della berma non sarebbe stato dettagliatamente giustificato dall'impresa aggiudicataria.

Altro profilo riguarda il salpamento di scogli presenti in sito per la formazione del 94% dell'intera barriera e l'approvvigionamento presso la cava del Comune di Crotona per il restante 6%.

Secondo la ricorrente ciò sarebbe in contrasto con quanto previsto nello "Studio di prefattibilità ambientale", che prevede che i massi di roccia locale ubicati al piede della falesia hanno la funzione di consolidare la parte inferiore del promontorio in corrispondenza della linea emersa. La previsione di costruire il 94% della barriera con massi recuperati dal piede della falesia andrebbe a incidere sull'equilibrio e sulla stabilità dei versanti.

Sarebbe previsto, inoltre, l'utilizzo, per il restante 6% della berma, di pietra granitica di caratteristiche diverse rispetto a quella presente sul posto.

La ricorrente ha, inoltre, evidenziato che l'aggiudicataria ha proposto a) il ripascimento di una porzione di territorio con l'impiego di ghiaia e ciottoli; b) la realizzazione di una palizzata in corrispondenza della corona della falesia e di cartellonistica indicativa; c) la realizzazione di gradonature sulla falesia, per favorire le specie vegetali e lo sviluppo delle radici; d) l'installazione di un sistema web-gis per la raccolta dei dati del litorale.

Le attività di cui ai punti b), c) e d) sarebbero descritte nella "Relazione di confronto tra la soluzione proposta e il progetto preliminare", nella "Relazione generale interventi servizi opzionali migliorativi" e in "Interventi/servizi opzionali migliorativi", senza quantificazione nell'offerta economica.

L'offerta, perciò, sarebbe inattendibile.

La ricorrente ha ancora evidenziato che è contemplata la realizzazione soltanto parziale della berma, in quanto "per ragioni economiche il progetto esecutivo prevede la realizzazione soltanto della parte più a nord della barriera e il relativo pennello".

In violazione dell'art. 26 del DPR n. 207/2010 non sarebbero presenti simulazione numeriche, né verifiche di stabilità delle opere di difesa.

Essa ha aggiunto, sulla scorta di quanto risultante dallo studio idrodinamico elaborato dall'aggiudicataria, che l'attuazione della proposta risulterebbe peggiorativa rispetto alla situazione esistente e contribuirebbe alla formazione di forti correnti pericolose per la balneazione oltre che per la stabilità della falesia.

La stabilità dell'intera falesia risulterebbe, altresì, compromessa dalla previsione relativa alla costruzione della scogliera mediante "salpamento" dei massi presenti nell'area, in quanto l'attuale sistema di difesa del promontorio verrebbe completamente a cessare a causa della rimozione dei massi. Essa, inoltre, importerebbe la modifica sostanziale dell'intero sistema idrodinamico costiero, dello scenario paesaggistico e del fondale marino.

Vi sarebbero, inoltre, incongruenze riguardo alle modalità di realizzazione delle opere, in quanto la documentazione tecnica farebbe riferimento all'impiego di mezzi terrestri, mentre lo studio di impatto ambientale contemplerebbe lo svolgimento di opere prevalentemente via mare.

Quanto sopra importerebbe la globale inadeguatezza dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

6. Si è premesso che le parti resistenti hanno eccepito l'inammissibilità del gravame, in quanto tendente ad incidere sulle scelte tecnico - discrezionali dell'amministrazione.

In realtà, occorre un approccio più articolato, in quanto alcune tra le censure dedotte attengono a profili di stretta legittimità, altre, invece, appaiono volte a sindacare il merito delle valutazioni

effettuate al fine di selezionare l'offerta migliore e sono, quindi, inammissibili.

7. Concerne, indubbiamente, profili di legittimità la censura con cui parte ricorrente evidenzia che il progetto definitivo proposto in sede di gara non costituisce sviluppo del progetto preliminare, in considerazione di caratteristiche e dimensioni della berma, che, secondo il progetto dell'aggiudicataria, è collocata a - 0,50 rispetto al livello del mare, anziché a + 1,50, ed è di larghezza inferiore a quella prevista dal preliminare.

Parte ricorrente non censura il fatto, in sé considerato, del mutamento di dimensioni e caratteristiche, quanto la mancanza di giustificazioni adeguate e dettagliate. Ciò in quanto erano ammesse modifiche, ma solo se adeguatamente e dettagliatamente giustificate.

Per come formulata, la censura non può che essere rigettata, atteso che la doglianza non è supportata dal minimo elemento che dimostri la fondatezza dell'osservazione.

Si tratta, infatti, di valutare la sussistenza o meno di adeguate giustificazioni di una certa soluzione tecnica, risultante da un progetto definitivo. Una valutazione del genere non può prescindere dall'analisi di specifici profili di carenza riguardo alle giustificazioni offerte, intese non nel senso della sufficienza dell'apparato motivazionale, quasi si trattasse di un provvedimento amministrativo, ma nel senso dell'adeguata esternazione delle ragioni che dovrebbero condurre a ritenere idonea la soluzione proposta.

Risulta, invece, inammissibile, in quanto tendente sostanzialmente a sindacare il merito delle scelte tecnico discrezionali effettuate in ordine alla soluzione tecnica proposta, l'altra censura relativa al salpamento degli scogli presenti in loco, per un'incidenza del 94% di tutta la formazione della barriera.

È vero che parte ricorrente denuncia un profilo di contrasto con lo "*Studio di prefattibilità ambientale*", ma la censura, in effetti, si risolve nell'osservazione secondo cui l'utilizzo dei massi ricavati dal piede della falesia andrà ad incidere sull'equilibrio e sulla stabilità dei versanti.

Si tratta di soluzioni tecniche, giuste o sbagliate, che non possono essere sindacate in questa sede e di cui l'amministrazione, nonché le imprese proponenti, assumono la piena responsabilità.

Appare, poi, oscuro il riferimento all'utilizzo di pietra granitica non presente in loco, non essendo specificato quali siano i profili di illegittimità che tale scelta progettuale dovrebbe comportare.

Del tutto generica e, quindi, inammissibile, la doglianza con cui si lamenta la mancata quantificazione nell'offerta economica di alcune opere e, segnatamente, della messa in opera di una palizzata e di cartellonistica indicativa, della realizzazione di gradonature sulla falesia, dell'installazione di un sistema web - gis per la raccolta dei dati del litorale.

Si tratta di riferimenti in sé privi di effettivo significato, se sganciati da un'analisi inerente

l'incidenza degli interventi sul complesso delle opere.

D'altra parte, appare verosimile quanto rilevato dalla Regione Calabria, che ha evidenziato che si tratta di interventi complementari, i cui oneri restano a carico dell'impresa esecutrice.

Altro ordine di censure attiene alla mancanza di elaborati che evidenzino simulazioni numeriche e ciò comporterebbe la violazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 207/2010, che prescrive che il progetto definitivo deve contenere relazioni tecniche e specialistiche, con annessi calcoli, per la definizione dei criteri di verifica da adottare per soddisfare i requisiti di sicurezza previsti dalla normativa tecnica vigente.

Anche questa censura è formulata in maniera estremamente generica.

Deve, comunque, rilevarsi che la difesa della controinteressata ha evidenziato che sono stati effettuati i calcoli secondo le disposizioni di legge vigenti e che sono stati applicati, per le verifiche di stabilità idraulica - strutturale, i criteri di ingegneria marittima e costiera di cui alle linee guida per la progettazione delle dighe marittime, redatte dal Consiglio Superiore dei lavori pubblici.

La censura, pertanto è priva di fondamento.

Risultano inammissibili le ulteriori doglianze con le quali si afferma che le opere progettate, oltre a non attenuare il moto ondoso insistente sulla falesia, contribuirebbero alla formazione di correnti pericolose per la balneazione e per la stabilità della falesia.

Si tratta di profili che, come risulta dallo stesso ricorso, la stazione appaltante ha avuto la piena possibilità di valutare sotto ogni profilo, essendo stati evidenziati gli aspetti problematici delle soluzioni tecniche adottate.

Ne deriva che le osservazioni di parte ricorrente appaiono dirette a sostituire le proprie valutazioni a quelle già effettuate dagli organi della stazione appaltante e a toccare, quindi, il merito di apprezzamenti di natura tecnico - discrezionale, riservati all'amministrazione.

Lo stesso deve dirsi riguardo al generale giudizio di inidoneità tecnica del progetto dell'aggiudicataria, espresso da parte ricorrente. Esso tende a incidere su valutazioni riservate alla stazione appaltante - che ne assume la piena responsabilità - non soggette a sindacato di legittimità, se non nei casi in cui esse risultino affette da manifesta illogicità, manifesta carenza di istruttoria o travisamento.

Del tutto generico, infine, il riferimento all'incidenza su aspetti di natura ambientale ed economica della possibilità, prospettata nel progetto, che le attività, in caso di diniego dell'Ente Parco, debbano essere svolte con l'impiego di mezzi via terra, anziché via mare.

Ancora una volta, manca qualsiasi specificazione riguardo all'incidenza di tale eventualità e ai risvolti riguardo all'attendibilità e alla completezza dell'offerta.

8. Parte ricorrente ha formulato, sia pure in via gradata, domanda di risarcimento dei danni, da quantificare nella misura del 10% dell'importo contrattuale.

Tale domanda è basata, tuttavia, sul presupposto dell'illegittimità degli atti impugnati, per cui essa risulta infondata.

9. Per quanto sopra, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Le spese, liquidate in favore delle parti costituite nella misura di cui al dispositivo, devono essere poste a carico della ricorrente, in virtù del principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente Impresa Ghisari Gaetano S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento in favore della Regione Calabria e e dell'Impresa Campana Noleggi S.r.l. di spese competenze del presente giudizio, che liquida nella misura di € 3.500,00 (euro tremilacinquecento), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 14 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Raffaele Tuccillo, Referendario