

Pubblicato il 06/02/2018



N.00110 /2018 REG.PROV.COLL.
N. 00535/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA



ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso avente numero di registro generale 535 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Albergo appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Cannizzaro, in Potenza, alla via N. Sauro n. 102;

contro

- Consorzio di Bonifica di Bradano e Metaponto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Marchitelli, da intendersi domiciliato, ai sensi dell'art. 25, n. 1, lett. a) cod. proc. amm., presso la segreteria di questo Tribunale;

nei confronti di

- Hydrowatt s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Silvestrini, Mauro Cuzzaniti e Lorenzo Aureli, con

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Buscicchio, in Potenza, alla piazza della Costituzione Italiana n. 42;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

con riguardo al ricorso introduttivo:

- del provvedimento di aggiudicazione della "Procedura aperta per la concessione del diritto di uso dei canali e/o delle condotte in gestione al Consorzio di Bonifica Alta Val d'Agri, del diritto di superficie su aree nella disponibilità del Consorzio e dei diritti di servitù sulle medesime aree ai fini della realizzazione di impianti idroelettrici di potenza indicativamente non superiore a 500 kwp. Impianto Idroelettrico – Canale Cavolo – CIG: 6954055BB7", disposto con deliberazione n. 487, in data 14 settembre 2017, in favore di Hydrowatt s.p.a.;

- dei verbali di gara, del bando di gara del disciplinare e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato di nelle more, del subentro nell'aggiudicazione e nel contratto da parte della ricorrente, nonché per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 121, 122 e 123 d.lgs. n. 104 del 2010;

con riguardo ai motivi aggiunti

- dei medesimi atti già impugnati col ricorso introduttivo.

l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della "Procedura aperta per la concessione del diritto di uso dei canali e/o delle condotte in gestione al Consorzio di Bonifica Alta Val D'Agri, del diritto di superficie su aree nella disponibilità del Consorzio e dei diritti di servitù sulle medesime aree ai fini della realizzazione di impianti idroelettrici di potenza indicativamente non superiore a 500 kwp. Impianto Idroelettrico – Canale Cavolo - CIG: 6954055BB7", disposto con delibera n. 487, in data 14.9.2017, in favore di Hydrowatt s.p.a., mai comunicato alla ricorrente, della relativa "attestazione di efficacia" (priva di data e di numero di protocollo)



mai comunicata alla ricorrente, di tutti i verbali di gara, ivi incluso quello di verifica di congruità delle offerte, del bando di gara, del disciplinare e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi incluse, si opus sit, delle note prot. 7057 del 3.8.2017, prot. n. 9080 del 23.10.2017 e prot. n. 9519 del 6.11.2017; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e del subentro nell'aggiudicazione e nel contratto da parte della ricorrente, nonché per la adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 121, 122 e 123 del Dlgs 104/2010.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore, alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2017, il Referendario Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

1. Con atto spedito per la notificazione il 13 novembre 2017, depositato il successivo 15 di novembre, la Albergo appalti s.r.l. è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione alla Hydrowatt s.p.a. della "procedura aperta per la concessione del diritto di uso dei canali e/o delle condotte in gestione al Consorzio di Bonifica Alta Val d'Agri, del diritto di superficie su aree nella disponibilità del Consorzio e dei diritti di servitù sulle medesime aree ai fini della realizzazione di impianti idroelettrici di potenza indicativamente non superiore a 500 kwp. Impianto Idroelettrico – Canale Cavolo – CIG: 6954055BB7".

1.1. In punto di fatto, la ricorrente ha esposto quanto segue:

- ha preso parte alla procedura indetta dal Consorzio di bonifica di Bradano e Metaponto, per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione per 30



- anni di un impianto idroelettrico sul canale Cavolo;
- in data 23 maggio 2017 la Hydrowatt s.p.a., odierna controinteressata, è stata esclusa dalla gara.
 - il 6 luglio 2017 la stazione appaltante ha comunicato che l'offerta della ricorrente è risultata essere quella economicamente più vantaggiosa;
 - il successivo 28 luglio 2017, il Consorzio intimato, dato atto della riammissione in gara della Hydrowatt s.p.a., ha fissato al 1 agosto 2017 la data di apertura, in seduta pubblica, del plico contenente l'offerta tecnica di quest'ultima, dandone comunicazione ai concorrenti;
 - in data 1 agosto 2017 è stata tuttavia aperta anche l'offerta economica della medesima Hydrowatt s.p.a.;
 - il 3 agosto 2017 la stazione appaltante ha comunicato che Hydrowatt s.p.a., è risultata essere prima in graduatoria.
 - il 5 settembre 2017, in seduta pubblica, è stato comunicato che l'offerta di Hydrowatt s.p.a. è stata ritenuta "congrua";
 - soltanto il 19 ottobre 2017 Albergo Appalti ha avuto notizia della intervenuta aggiudicazione definitiva della gara, col provvedimento impugnato, in favore della controinteressata. In pari data, conseguentemente, ha segnalato la violazione dell'art. 76, n. 5, d.lgs. 50/16;
 - il 23 ottobre 2017, in risposta alla diffida, il Consorzio ha rappresentato quanto segue: «si chiarisce che l'aggiudicazione disposta nei confronti della Ditta Hydrowatt s.p.a. con delibera n. 487 del 19.9.2017 diverrà efficace solo dopo l'avvenuta verifica dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario. Tale efficacia verrà comunicato ai concorrenti partecipanti ai sensi e con le modalità di cui all'art. 76 del D.Lgs. 50/2016. Per quanto sopra esposto ad ulteriore chiarimento, si comunica che si è provveduto a pubblicare l'avviso di esito di gara GURI n. 119 del 13.10.2017. Tale pubblicazione [...] è reperibile sul profilo committente»;



- in data 6.11.2017, la stazione appaltante ha comunicato l'intervenuta efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

1.2. In diritto, la ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

- I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 76, d.lgs. 50/16. Violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere. Sviamento;
- II. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10 del disciplinare. Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 24 e 26 d.P.R. 207/2010. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti travisamento dei fatti;
- III. Violazione dei principi generali di imparzialità e buon andamento. Violazione e/o falsa applicazione del disciplinare di gara. Violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Violazione della par condicio. Eccesso di potere.

2. La società controinteressata, costituitasi in giudizio, ha concluso, in rito, per il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nonché, nel merito, per il rigetto del ricorso.

3. Alla camera di consiglio del 6 dicembre 2017, su istanza della ricorrente, la trattazione dell'incidentale istanza cautelare è stata differita.

4. Con atto spedito per la notificazione in data 7 dicembre 2017, depositato il successivo 11 di dicembre, la ricorrente, all'esito di istanza ostensiva, ha proposto motivi aggiunti avverso i medesimi atti già impugnati col ricorso principale.

4.1. Con decreto presidenziale n. 88 del 2017 la ricorrente è stata autorizzata a procedere alla notificazione di atto di motivi aggiunti «in via telematica (mediante casella PEC comunque intestata alle amministrazioni intime, anche se non presente nel Registro PP.AA. presso il Ministero della giustizia) o mediante telefax».

4.2.. In data 11 dicembre 2017 la ricorrente ha notificato a mezzo p.e.c. il ricorso.

5. Si è costituita in giudizio, con memoria di stile e esclusivamente con riguardo al ricorso introduttivo, il Consorzio di bonifica di Bradano e Metaponto.

6. Alla camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2018 il Collegio ha dato avviso



Handwritten signatures in black ink, appearing to be initials or names, located on the right side of the page.

alle parti, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., dell'intendimento di definire il ricorso con sentenza in forma semplificata. Indi i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. *In limine litis*, va disattesa l'eccezione sollevata dalla società controinteressata, nel senso del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Invero, come chiarito dal giudice della giurisdizione, spettano alla cognizione del complesso TAR-Consiglio di Stato, le controversie concernenti atti solo strumentalmente inseriti in procedimenti finalizzati ad incidere sul regime delle acque pubbliche, in cui rileva esclusivamente l'interesse al rispetto delle norme di legge nelle procedure amministrative volte all'affidamento di concessioni o di appalti di opere relative a tali acque, trattandosi, appunto, di provvedimenti non incidenti, se non in via meramente strumentale ed indiretta, sulla materia e sul regime delle acque (Cass., SS.UU., sent. n. 14195 del 6 luglio 2005; id. ord. n. 337 del 13 gennaio 2003)

8. Nel merito, il ricorso e l'atto di motivi aggiunti sono fondati, alla stregua delle ragioni che seguono.

8.1. Coglie nel segno quanto dedotto col secondo motivo del ricorso principale, poi ampliato nei suoi contenuti in sede di atto di motivi aggiunti, nel senso della illegittimità della documentazione di gara della Idrowatt s.p.a., avendo quest'ultima presentato, in violazione dell'art. 26, n. 1, lett. a) del d.P.R. n. 207 del 2010 e del disciplinare di gara, di una relazione "geologica" non sottoscritta da un geologo.

8.1.1. In effetti, il paragrafo 10 di tale disciplinare, rubricato "offerta tecnica", al punto 10 dispone che la busta contenente l'offerta debba: «contenere la documentazione tecnica, sottoscritta in ogni pagina con firma leggibile e per esteso [...] ed in particolare: 10.1- Progetti definitivi della/e centrale/i idroelettrica/che costituente/i l'intervento, comprendente tutti i documenti previsti dagli articoli 24-32 del D.P.R. 207/2010». In tal modo, è stata resa obbligatoria la presentazione, tra l'altro, della relazione geologica di cui all'art. 26, n. 1, lett. a) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Relazione geologica che, va evidenziato, costituisce un elaborato



imprescindibile anche del progetto definitivo (T.A.R. Sicilia, sez. II, 28 giugno 2017, n. 1727).

8.1.1.1. Nel caso di specie non è contestato che tale relazione geologica non sia stata firmata da un geologo, bensì da un ingegnere meccanico, segnatamente dal progettista responsabile dell'intero progetto. Ebbene, ritiene il Collegio, in conformità a un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, che la relazione geologica non può essere sostituita da una qualsiasi, indeterminata valutazione di idoneità da parte del progettista (professionista diverso dal geologo), seppure correlata ad un precedente elaborato o a criteri di "adiacenza territoriale", e ciò in quanto la normativa sui lavori pubblici impone chiaramente alla stazione appaltante l'acquisizione della relazione geologica ai fini della progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva. In altri termini, anche a prescindere da uno specifico obbligo imposto dal bando, nella compagine che viene indicata in sede di gara quale responsabile della progettazione deve essere necessariamente incluso un geologo allorquando la relazione geologica figuri fra gli elaborati da presentare a pena di esclusione (T.A.R. Marche, 25 novembre 2015, n. 861, e la giurisprudenza ivi richiamata).

8.1.1.2. Ne consegue l'infondatezza della tesi della società aggiudicataria secondo cui la sottoscrizione dell'elaborato "relazione geologica" da parte del progettista responsabile renderebbe superflua, ai sensi dell'art. 9.8.2., lett. b) del disciplinare, la sottoscrizione del medesimo elaborato da parte di un geologo, così come di quello secondo cui la presenza di altri professionisti specialisti sarebbe soltanto stata ammessa, pur non essendo necessaria e non potendo pertanto ritenersi la relativa mancanza idonea a dar luogo all'esclusione dalla gara.

8.1.1.3. Del pari, non persuade l'ulteriore argomento della controinteressata, secondo cui il punto 10.3 del disciplinare di gara, tra gli elementi e i sub elementi di valutazione avrebbe individuato il criterio "...completezza della documentazione progettuale..." prevedendo l'assegnazione di un punteggio massimo di 5 punti, per cui al più potrebbe ritenersi che la mancanza della sottoscrizione di un geologo in



Handwritten signatures or initials on the right margin.

calce all'elaborato "relazione geologica" potesse dar adito ad una valutazione da parte della commissione in ordine al grado di rispondenza della documentazione progettuale presentata, senza determinare l'esclusione. In senso contrario, in disparte quanto già innanzi osservato, va comunque evidenziato che tale previsione non sarebbe comunque applicabile, essendosi in presenza di offerta tecnica che non risponde ai requisiti minimi previsti dagli atti di gara, derivandone necessariamente l'esclusione.

8.1.2.5. Peraltro, espressamente il disciplinare, al punto 10.2., ha previsto che il progetto definitivo da presentare nell'offerta tecnica dovesse essere redatto in modo adeguato, completo e idoneo all'ottenimento dell'atto di assenso relativo alla verifica preventiva della progettazione, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. n. 50 del 2016, ovverosia della conformità degli elaborati alla normativa vigente.

8.1.2.6. A ben vedere, ancora, la legge 3 febbraio 1963, n. 112, recante disposizioni per la tutela del titolo e della professione di geologo, dispone, all'art. 3, lett. b) che formano oggetto dell'attività professionale di quest'ultimo, tra l'altro, le rilevazioni e le consulenze geologiche che riguardano il suolo e il sottosuolo ai fini delle opere concernenti dighe, strade, gallerie, acquedotti, ponti canali, aeroporti, cimiteri, porti, ferrovie, edifici.

8.1.2.7. Fermo quanto innanzi, di per sé dirimente, ritiene il Collegio che nel caso di specie la "relazione geologica" difetti anche dei contenuti minimi prescritti dal cennato art. 26 della d.P.R. n. 207 del 2010, come pure dedotto dalla ricorrente.

9. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento del ricorso, con assorbimento di ogni ulteriore censura e, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

10. Non risultando intervenuta la stipulazione del contratto, va respinta l'istanza di declaratoria di inefficacia di esso, nonché la domanda risarcitoria, non risultando la ricorrente, allo stato, aver subito alcun pregiudizio.

11. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per

disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso e sull'atto di motivi aggiunti, per come in epigrafe li accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore



L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO