

**N. 00102/2010 REG.SEN.**

**N. 00020/2009 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 il Molise**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 20 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Grassi Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Claudio Paoletti, con elezione di domicilio in Campobasso, piazza della Vittoria n. 4, presso lo studio Colitti,

***contro***

Comune di Termoli, in persona del Sindaco p. t., rappresentato e difeso dall'Avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto in Campobasso, piazza Vittorio Emanuele II, n. 5, presso lo studio Criscuoli,

***nei confronti di***

Edil Costruzioni Pasquarelli s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., controinteressata e ricorrente incidentale, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuliano Di Pardo, presso il cui studio in Campobasso, via Garibaldi n. 33, è domiciliata,

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

dei seguenti atti: 1)il rifiuto dell'Amministrazione di consentire la visione degli atti di gara e il rilascio di copia integrale degli stesi, relativi ai lavori di <<miglioramento e risanamento della viabilità di accesso alla traversa interna Termoli lato nord>> approvati con la delibera di C.C. di Termoli n. 52 del 29.9.2008; 2)i verbali pubblici di gara datati 11, 12, 15 e 22 dicembre 2008, nonché i verbali di gara in forma riservata datati 16 e 18 dicembre 2008, nella parte in cui risultano accertate le violazioni di cui al ricorso, ed esclusa la parte in cui l'attuale ricorrente viene dichiarato secondo classificato; 3)il provvedimento di aggiudicazione provvisoria datato 22.12.2008 (verbale di gara n. 6) e il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato con

determinazione n. 320 datato 24.12.2008, del dirigente IV Settore – Ufficio Lavori Pubblici e Progettazioni del Comune di Termoli; 4)il contratto di appalto stipulato in data 29.12.2008; 5)ogni altro atto relativo al vincolo contrattuale, in particolare la nota del Comune di Temoli prot. n. 39366 del 24.12.2008, inviata alla Regione Molise; 6)la nota prot. n. 39596 del 30.12.2008, con cui il Comune di Termoli comunica alla ricorrente G.C.G. s.r.l. l'aggiudicazione definitiva alla società controinteressata e restituisce la polizza fidejussoria, svincolandola; 7)ogni altro atto, provvedimento relativi al progetto, alla gara e all'appalto, nonché ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso;

Visto il ricorso con i relativi allegati, nonché i motivi aggiunti della società ricorrente;

Visti l'atto di costituzione e il controricorso dell'Amministrazione intimata, nonché l'atto di costituzione, il ricorso incidentale e le memorie della società controinteressata;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita, alla pubblica udienza del 16 dicembre 2009, la relazione del Consigliere, dott. Orazio Ciliberti;

Udite, altresì, le parti, come da verbale di udienza;

Ritenuto, in fatto e in diritto, quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

I – La ricorrente società, avendo partecipato a una gara pubblica, bandita per procedura aperta dal Comune di Termoli, per un importo complessivo di euro 1.862.745,90, ed essendosi classificata al secondo posto, insorge per impugnare i seguenti atti: a)il rifiuto dell'Amministrazione di consentire la visione degli atti di gara e il rilascio di copia integrale degli stesi, relativi ai lavori di <<miglioramento e risanamento della viabilità di accesso alla traversa interna Termoli lato nord>> approvati con la delibera di C.C. di Termoli n. 52 del 29.9.2008; b)i verbali pubblici di gara datati 11, 12, 15 e 22 dicembre 2008, nonché i verbali di gara in forma riservata datati 16 e 18 dicembre 2008, nella parte in cui risultano accertate le violazioni di cui al ricorso, ed esclusa la parte in cui l'attuale ricorrente viene dichiarato secondo classificato; c)il provvedimento di aggiudicazione provvisoria datato 22.12.2008 (verbale di gara n. 6) e il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato con determinazione n. 320 datato 24.12.2008, del dirigente IV Settore – Ufficio Lavori Pubblici e Progettazioni del Comune di Termoli; d)il contratto di appalto stipulato in data 29.12.2008; ogni altro atto relativo al vincolo contrattuale, in particolare la nota del Comune di Termoli prot. n. 39366 del 24.12.2008, inviata alla Regione Molise; e)la nota prot. n. 39596 del 30.12.2008, con cui il Comune di Termoli comunica alla ricorrente G.C.G. s.r.l. l'aggiudicazione definitiva alla società controinteressata e restituisce la

polizza fidejussoria, svincolandola; f)ogni altro atto o provvedimento relativo al progetto, alla gara e all'appalto, nonché ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso. Deduce i seguenti motivi: 1)eccesso di potere per sviamento e violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e “par condicio”; 2)eccesso di potere e violazione di legge, in particolare artt. 86 e 87 D.Lgs. n. 163 del 2006 e punti 5 e 9 del disciplinare di gara, in ordine ai casi di esclusione “ope legis” dalla gara; 3)eccesso di potere e violazione di legge per omessa verifica dei requisiti, artt. 38 e 88 D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione di legge per rifiuto di accesso agli atti legge n. 241 del 1990, art. 20 D.L. n. 185 del 2008, D.Lgs. n. 163 del 2006;4)violazione di legge ed eccesso di potere in relazione agli artt. 38, 87 e 88 D. Lgs. N. 163 del 2006, nonché del disciplinare di gara, in merito alle modalità e ai tempi del possesso dei requisiti a pena di esclusione – scorrimento della graduatoria; 5)D.L. n. 185 del 2008 art. 20 comma ottavo (cd. Decreto anti-crisi);6)istanza cautelare art. 23bis legge n. 1034 del 1971, artt. 245 e 246 D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 20 comma ottavo D.L. n. 185 del 2008.

Con i motivi aggiunti del 27.2.2009, la ricorrente società impugna nuovamente gli atti di cui alle lettere a) ed f) del ricorso introduttivo, deducendo le seguenti censure: 1)violazione del bando di gara e del D.Lgs. n. 163 del 2006, in ordine alle garanzie fidejussorie, nullità del contratto; 2)violazione di legge e omessi controlli ex art. 11, 12, 38 e 48 T.U.; 3)istanze istruttorie.

Si costituisce il Comune intimato, deducendo, anche con successiva memoria, l'infondatezza del ricorso. Conclude per la reiezione.

Si costituisce la società controinteressata, deducendo, anche con due successive memorie, la inammissibilità e la infondatezza del ricorso.

Con apposito ricorso incidentale, la controinteressata chiede l'annullamento del bando e del disciplinare di gara prot. n. 34251 del 10.11.2008 relativi ai lavori di <<miglioramento e risanamento della viabilità di accesso alla traversa interna Termoli lato nord>> dei verbali pubblici di gara datati 11, 12, 15 e 22 dicembre 2008, nonché dei verbali di gara in forma riservata datati 16 e 18 dicembre 2008, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria datato 22.12.2008 (verbale di gara n. 6) e del provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato con determinazione n. 320 datato 24.12.2008, del dirigente IV Settore – Ufficio Lavori Pubblici e Progettazioni del Comune di Termoli, nonché di ogni altro atto presupposto e connesso, deducendo i seguenti motivi: 1) eccesso di potere e violazione di legge per omessa verifica dei requisiti, artt. 38, 48 e 88 D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 20 D.L. n. 185 del 2008; 2) in via subordinata, violazione e falsa applicazione D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione e falsa applicazione legge n. 241 del 1990, violazione artt. 3 e 97 Costituzione, violazione artt. 1362 e 1369 codice civile, eccesso di potere, errore nei presupposti, illogicità, sviamento dall'interesse pubblico,

disparità di trattamento, difetto di motivazione, manifesta ingiustizia, violazione dei principi di ragionevolezza e trasparenza.

Con decreto presidenziale n. 19 del 2009, questo T.A.R. respinge la istanza cautelare provvisoria della parte ricorrente.

All'udienza del 18 novembre 2009, la causa viene introitata per la decisione.

II – Il ricorso è infondato e i motivi aggiunti sono inammissibili.

III – La ricorrente società si duole del fatto che alcune sedute della commissione di gara si siano svolte in forma riservata, nonché del fatto che la commissione ha chiesto integrazioni e chiarimenti all'offerta della ditta aggiudicataria, anziché escluderla per incompletezza dell'offerta medesima. La ricorrente si duole, altresì, dell'illegittima ammissione dell'offerta della ditta controinteressata, da essa ritenuta anomala, stante la incompleta verifica della correttezza contributiva e fiscale della controinteressata, la presunta mancanza in capo a detta società del requisito curriculare dell'attività di costruzione di strade e la presunta irregolarità del d.u.r.c. esibito dalla stessa.

Con riguardo al primo motivo del gravame, si osserva che il principio della pubblicità delle sedute riguarda esclusivamente la gara propriamente detta, cioè la fase dell'apertura dei plichi, dell'esame della documentazione

e dell'apertura delle offerte economiche, non già il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. Ciò, in quanto la pubblicità delle sedute di gara rappresenta uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e alla identificazione del loro contenuto (cfr.: T.A.R. Roma I, 1.7.2009 n. 6346), mentre il procedimento amministrativo di individuazione delle offerte anomale nelle pubbliche gare si configura come un sub-procedimento, all'interno del procedimento di scelta del contraente, collocato dopo la fase di apertura delle buste e prima dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto. Esso si articola in quattro distinti momenti: 1) la individuazione delle offerte sospettate di essere anomale; 2) la richiesta delle giustificazioni dell'offerta da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice; 3) la presentazione di chiarimenti, precisazioni e giustificazioni dell'offerta da parte della ditta la cui offerta è sospettata di anomalia; 4) la verifica e la valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. La normativa di settore impone l'esperimento del contraddittorio esclusivamente con il concorrente interessato da tale verifica, circostanza che esclude la necessità di esperire tale sub-procedimento in seduta pubblica. Proprio la specificità degli accertamenti da esperire nell'ambito di tale sub-procedimento – che culmina con un giudizio di congruità dell'offerta valutata nel suo insieme – porta la giurisprudenza a ritenere che la commissione di gara abbia un ampio margine di

valutazione tecnico-discrezionale dell'offerta e possa persino avvalersi, all'uopo, del parere di esperti esterni (cfr.: Cons. Stato V, 20.5.2008 n. 2348; T.A.R. Napoli I, 6.5.2008 n. 3379; T.A.R. Roma III, 29.4.2008 n. 3577). Il principio di pubblicità delle sedute della commissione di gara è funzionale al rispetto delle esigenze di imparzialità e trasparenza – che sono proprie di ogni attività amministrativa – di guisa che la pubblicità delle sedute assurge a principio generale della materia dei contratti pubblici, con esclusione tuttavia della fase di valutazione tecnica delle offerte (cfr.: Cons. Stato V, 12.11.2009 n. 7042; idem, 14.10.2009 n. 6311). Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, pertanto, non deve essere effettuato in seduta pubblica, perché esso riguarda esclusivamente l'offerta oggetto di valutazione, costituisce momento di espressione del potere tecnico-discrezionale della commissione di gara e, talora, deve essere coperto da riservatezza, in quanto la divulgazione di dettagli informativi tecnici potrebbe ledere interessi commerciali e di riservatezza industriale della ditta partecipante (cfr.: T.A.R. Piemonte II, 19.4.2006 n. 1864).

E' infondato anche il secondo dei motivi del gravame: la documentazione integrativa presentata dalla ditta controinteressata non riguarda la fase di gara, ma si pone a valle dell'apertura della busta dell'offerta economica e si riferisce esclusivamente al sub-procedimento di verifica dell'anomalia. E' normale e regolare che – in tale sub-procedimento, che deve svolgersi necessariamente in contraddittorio con il concorrente – la stazione

appaltante richieda chiarimenti o elementi integrativi, come è avvenuto nella specie. Infatti, con la nota datata 16.12.2008, il Comune ha chiesto chiarimenti in ordine ad alcune voci per le quali aveva riscontrato la presenza di errori materiali. Ad esempio, la giustificazione della voce 005.007.A, relativa al calcestruzzo, riportava, oltre alla dicitura Rck 250 kg/cmq., anche la dicitura Rck 150 al prezzo di euro 50,00: dal chiarimento della ditta controinteressata, avvenuto con lettera del 17.12.2008, si è avuta conferma che l'indicazione Rck 150 era stata erroneamente riportata insieme alla dicitura Rck 250. Inoltre, il codice di tariffa NP009 era stato indicato come altro codice per errore materiale, ma la descrizione della lavorazione era la stessa di quella riportata nel computo metrico del progetto approvato. Infine, il prezzo R/03-002, stando ai chiarimenti della ditta aggiudicataria, era quello comprensivo della bocciardatura. Da quanto detto, si evince che i chiarimenti ed elementi integrativi forniti dalla controinteressata non hanno apportato modifica alcuna all'offerta economica, rientrando così perfettamente nelle modalità consentite del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (cfr.: T.A.R. Toscana II, 4.6.2007 n. 825). Ciò, anche in considerazione del fatto che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non è vincolato a formalità particolarmente stringenti, prevalendo l'interesse all'accertamento della reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte, di talché ben può avvenire che l'Amministrazione insista nel chiedere precisazioni,

ragguagli e integrazioni (cfr.: Cons. Stato V, 7.2.2003 n. 642; T.A.R. Bologna I, 28.2.2003 n. 169). La giurisprudenza ha persino ritenuto possibile che, in sede di contraddittorio per la verifica dell'anomalia dell'offerta, sia consentito un moderato rimaneggiamento degli elementi dell'offerta, a condizione che la proposta contrattuale non venga modificata, né alterata nella sua logica complessiva (cfr.: Cons. Stato VI, 7.3.2008 n. 1007). Bene ha fatto, dunque, la commissione di gara a chiedere e ottenere dalla ditta concorrente chiarimenti ed elementi integrativi che, peraltro, non hanno comportato modifiche degli elementi dell'offerta.

Il terzo motivo del gravame è parimenti inattendibile. La ditta controinteressata possiede il requisito curriculare dell'attività di costruzione di strade, essendo qualificata per l'espletamento di lavori rientranti nella categoria OG3 classifica V (strade, autostrade, ferrovie, ponti, viadotti, fino a euro 5.164.569,00). Inoltre, la concorrente aggiudicataria ha prodotto, in sede di gara, il documento unico di regolarità contributiva (cosiddetto d.u.r.c.) e un ulteriore d.u.r.c. è stato presentato in sede di aggiudicazione. La stazione appaltante ha poi eseguito di ufficio tutte le verifiche in ordine al possesso dei requisiti, attraverso interrogazioni del sistema informatico, nonché verifiche allo Sportello unico della regolarità contributiva. Quanto alla dedotta mancata presentazione di dichiarazioni circa l'esistenza di condoni o pendenze con l'Erario della ditta controinteressata, va rilevato che tale ulteriore produzione non è richiesta né dalla legge, né dal bando di gara. Viceversa, l'art. 38 del Codice dei

contratti pubblici, di cui al D.Lgs. n. 163/2006, stabilisce l'esclusione dalle gare di imprese che hanno commesso violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e contribuzioni. Gli esiti finali delle certificazioni rilasciate da Equitalia Servizi al Comune per la aggiudicataria riportano lo stato di <<soggetto non inadempiente>>. Né la ricorrente ha fornito alcuna prova o principio di prova circa la presunta mancanza della regolarità contributiva e fiscale della ditta controinteressata, la qual cosa rende addirittura inammissibile il motivo di ricorso.

I motivi del ricorso, in conclusione, sono destituiti di fondamento.

IV – I motivi aggiunti sono inammissibili, stante la carenza di interesse della parte ricorrente.

I motivi aggiunti, invero, appuntano censure alle polizze fidejussorie presentate dalla ditta controinteressata. Anche a voler ritenere la giurisdizione del giudice amministrativo sulla validità di atti che sono temporalmente successivi alla aggiudicazione definitiva e si inseriscono nella successiva fase di esecuzione contrattuale (questione, peraltro, controversa come dimostra l'orientamento di talune pronunce, come T.A.R. Bari I, 11.10.2007 n. 2553), è assai dubbio che la ricorrente abbia un concreto e qualificato interesse a censurare l'attività posta in essere dall'Amministrazione dopo l'aggiudicazione definitiva, se si considera che la eventuale irregolarità delle polizze non comporterebbe decadenza dall'aggiudicazione, ma solo la conseguenza della

diffida alla regolarizzazione delle stesse, a norma dell'art. 1454 del codice civile. Infatti, l'art. 113 comma quarto del D.Lgs. n. 163/2006 sanziona con la decadenza soltanto la totale mancanza della cauzione definitiva, non già la sua irregolarità o inidoneità.

V – Il ricorso incidentale è improcedibile, atteso che il rigetto del ricorso rende del tutto inutile l'esame del ricorso incidentale.

VI – In conclusione, il ricorso non può essere accolto. Si ravvisano giustificate ragioni per la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise rigetta il ricorso in epigrafe, perché infondato, dichiara inammissibili i motivi aggiunti e improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina all'Autorità amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza.

Così deciso in Campobasso, presso la sede del T.A.R., nella Camera di Consiglio del 16 dicembre 2009, dal Collegio così composto:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO