

N. 01244/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00381/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 381 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Coest s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Russi e Emanuele D'Amico, con domicilio eletto presso Vittorio Russi in Bari, corso Vittorio Emanuele, 60;

contro

Comune di Vico del Gargano, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Irmici, con domicilio eletto presso Antonio Distaso in Bari, corso Vittorio Emanuele, 60;

nei confronti di

Favellato Claudio s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso Aldo Loiodice in Bari, via Nicolai, 29;

per l'annullamento,

previa adozione di misure cautelari,

- dell'aggiudicazione definitiva in favore della Favellato Claudio s.p.a. della

gara d'appalto indetta dal Comune di Vico del Gargano "per l'affidamento dei lavori e delle opere di consolidamento e messa in sicurezza dei tratti di costa interessati da dissesti in località Monte Pucci e Postiglione in San Menaio - in agro di Vico del Gargano";

- in particolare, dei verbali delle operazioni di gara del 12 gennaio 2010 e del 19 gennaio 2010;

- della determinazione del Capo Settore - RUP n. 47 del 4 febbraio 2010;

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, collegato, connesso o consequenziale;

nonché per l'annullamento e/o, comunque, per la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto ove stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica e solo in subordine per equivalente;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vico del Gargano e della controinteressata Favellato Claudio s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Favellato Claudio s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il dott. Francesco Cocomile e uditi per le parti i difensori avv.ti Emanuele D'Amico, Raffaele Irmici, Ignazio Lagrotta, su delega degli avv.ti Aldo Loiodice e Isabella Loiodice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

L'odierna ricorrente Coest s.r.l. ha partecipato alla gara d'appalto mediante procedura aperta indetta dal Comune di Vico del Gargano (FG) per l'esecuzione dei lavori e delle "opere di consolidamento e messa in

sicurezza dei tratti di costa interessati da dissesti in località Monte Pucci e Postiglione di San Menaio - in agro di Vico del Gargano” per un importo a base d’asta di € 1.303.903,40, di cui al bando pubblicato all’Albo Pretorio in data 16.11.2009.

Il bando ha previsto l’aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa *ex art.* 83 dlgs 12 aprile 2006, n. 163, previa valutazione anche di eventuali proposte migliorative che, per espressa previsione della *lex specialis*, non avrebbero dovuto integrare gli estremi di varianti o alternative progettuali, dovendosi conformare ai sub criteri A.1, A.2, B.1 e B.2 fissati dal disciplinare di gara.

La Coest si classificava al secondo posto nella graduatoria finale con complessivi 51,66 punti, mentre la controinteressata Favellato Claudio s.p.a. al primo con complessivi 93,88 punti.

La ricorrente impugna con l’atto introduttivo l’aggiudicazione definitiva dell’appalto in favore della controinteressata.

Chiede altresì l’annullamento e/o comunque la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto ove stipulato ed il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

Evidenzia nei motivi di ricorso che l’offerta tecnica della Favellato s.p.a. doveva essere esclusa poiché non conforme alle previsioni della *lex specialis*; che in particolare l’offerta della controinteressata prevede modalità esecutive (*rectius* utilizzo di perforazioni per la messa in opera di chiodi mediante perforatrici montate su piattaforma aerea) in contrasto con le norme cogenti in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al dlgs 9 aprile 2008, n. 81; che la gru gommata MRT 2150 di cui alla proposta della Favellato deve necessariamente essere impiegata su piani stabili al fine di evitare che gli stabilizzatori sprofondino e garantire la stabilità del braccio elevatore; che, al contrario, l’arenile sabbioso e cedevole profondo pochi metri su cui la pesante macchina dovrebbe operare non

risponde ai requisiti minimi per la sicurezza di cui all'art. 140 dlgs n. 81/2008; che conseguentemente non possono trovare applicazione a beneficio degli addetti alle macchine suddette le misure di protezione collettive e personali prescritte dagli artt. 111 e 115 dlgs n. 81/2008; che le lettere d.3 e d.4 dell'art. 2 del disciplinare di gara contemplano rispettivamente l'esclusione delle offerte in contrasto con clausole essenziali che regolano la gara, espressamente previste dal disciplinare di gara, ancorché non indicate nell'elenco di cui allo stesso art. 2, e l'esclusione delle offerte in violazione di prescrizioni legislative e regolamentari inderogabili, delle norme di ordine pubblico o dei principi generali dell'ordinamento giuridico (tra cui - secondo parte ricorrente - le norme poste a tutela della sicurezza sul lavoro); che deve considerarsi essenziale il sub criterio di valutazione/aggiudicazione B.2 espressamente finalizzato dal disciplinare di gara alla valutazione delle offerte tecniche anche sotto il profilo della riduzione dei rischi.

Sottolinea, altresì, la ricorrente che l'offerta tecnica della Favellato risulta oscura, contraddittoria e fuorviante in più punti in violazione dell'art. 2, lett. b.4) del disciplinare di gara ("Sono escluse le offerte con una o più delle dichiarazioni richieste recanti indicazioni errate, insufficienti, non pertinenti, non veritiere o comunque non idonee all'accertamento di fatti, circostanze o requisiti per i quali sono prodotte") e della sezione III.2.3 del bando di gara ("I concorrenti dovranno presentare documentazione utile a permettere la comprensione delle migliorie funzionali estetiche e costruttive proposte"); che presenta rappresentazioni fotografiche ingannevoli quando viene ritratta la macchina da lavoro in tutt'altro contesto rispetto a quello in cui dovrà operare; che prevede l'impiego di un insieme di risorse per la sorveglianza e la guardiania; che non è ben chiaro in cosa consista detto insieme di risorse; che detta offerta non è idonea e sufficiente a permettere la comprensione delle migliorie funzionali, estetiche e costruttive proposte,

così come richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*; che conseguentemente l'offerta tecnica della controinteressata non solo non meritava un punteggio così elevato quale quello attribuitole dalla Commissione di gara, ma andava addirittura esclusa.

Infine, rileva la Coest nel ricorso introduttivo che il bando di gara attribuisce un peso preponderante all'offerta tecnica; che la Commissione ha del tutto omesso di valutare i pregnanti elementi migliorativi della propria offerta tecnica come viceversa imposto a pagg. 5 e 6 del disciplinare di gara e, all'opposto, ha valorizzato elementi che in taluni casi l'offerta tecnica della Favellato neanche contiene; che anzi l'offerta della aggiudicataria prevede delle inammissibili varianti al progetto esecutivo; che l'aggiudicazione in favore della Favellato è avvenuta in violazione della disposizione di cui all'art. 38, comma 3 dlgs n. 163/2006, non essendo possibile evincere l'esperimento, da parte della stazione appaltante, delle verifiche prescritte dalla norma in esame e finalizzate ad appurare l'esistenza di carichi penali pendenti a carico del legale rappresentante della stessa controinteressata; che, avendo il legale rappresentante della Favellato s.p.a. presentato un certificato dei carichi penali pendenti attestante l'esistenza di due procedimenti per i quali sussisteva la richiesta di rinvio a giudizio (uno per il capo di imputazione *ex art. 10 bis* dlgs 10 marzo 2000, n. 74 e l'altro per il capo di imputazione di cui all'art. 589, commi 1 e 2 cod. pen.) ed essendo l'udienza con riferimento al secondo procedimento fissata per il giorno 22.1.2010, questi potrebbe "... essersi venuto a trovare nelle condizioni di cui alla lett. c, comma I dell'art. 38 dlgs n. 163/2006 ...". Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 2.7.2010 la Coest contesta gli stessi atti gravati con l'atto introduttivo, evidenziando che soltanto in data 17.6.2010 è stato consentito dal Comune di Vico del Gargano l'accesso di cui alla istanza del 21.5.2010; che quindi essa ricorrente è venuta a conoscenza della esistenza di una procura speciale

redatta in data 26 gennaio 2007 ed intesa a nominare e costituire il sig. Claudio Favellato (insieme ad altre sette persone) procuratore speciale avente il potere di espletare alcune operazioni tecniche, operative ed amministrative; che quindi il Favellato assomma in sé amplissimi poteri decisionali, gestionali e di rappresentanza della società controinteressata; che conseguentemente questi aveva l'obbligo di rendere le dichiarazioni *ex art. 38 dlgs n. 163/2006*; che tale omissione determina l'esclusione della Favellato.

Si sono costituiti il Comune di Vico del Gargano e la controinteressata Favellato Claudio s.p.a., deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

La controinteressata Favellato Claudio s.p.a. propone altresì ricorso incidentale con cui contesta l'ammissione alla gara della ricorrente principale Coest s.r.l.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso introduttivo sia manifestamente infondato.

Data la manifesta infondatezza del ricorso principale, è possibile procedere all'esame prioritario dello stesso, pur a fronte della proposizione del ricorso incidentale "paralizzante" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4).

Va in primo luogo rimarcato che le valutazioni tecniche espresse dalla Commissione di gara sono insindacabili in sede giurisdizionale ove non inficiate - come nella fattispecie oggetto del presente giudizio - da profili di erroneità, di illogicità e di sviamento.

Invero, le scelte dell'amministrazione aggiudicatrice in materia di valutazione dell'offerta tecnica sono ampiamente discrezionali. Pertanto, si sottraggono al sindacato di questo giudice, non essendo manifestamente irragionevoli, arbitrarie, contraddittorie o sproporzionate.

Come evidenziato da Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2009, n. 282 "Nell'ambito di una procedura di appalto-concorso, condotta secondo il

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione in ordine all'idoneità ed alla qualità di un progetto costituisce espressione paradigmatica di lata discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità del merito di dette valutazioni ove non inficiate da profili di erroneità, di illogicità e di sviamento.”.

Nel caso di specie, le deficienze e gli aspetti tecnici del progetto dell'aggiudicataria su cui sono incentrate le censure della ricorrente principale non sono supportati da idonei elementi di prova ai sensi dell'art. 64, comma 1 cod. proc. amm., risolvendosi in mere affermazioni sull'inidoneità del progetto della controinteressata.

Rispetto alle stesse non è quindi configurabile un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo.

Inoltre, le modalità di utilizzo della macchina MRT 2150, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, rispondono alle normali condizioni d'uso e sono perfettamente in linea con le norme di sicurezza vigenti.

Va altresì evidenziato che le prescrizioni della *lex specialis* richiamate dalla Coest ed asseritamente violate dalla controinteressata si riferiscono alla documentazione amministrativa e non già all'offerta tecnica.

Peraltro, la relazione predisposta dai progettisti della controinteressata Favellato s.p.a. smentisce sul piano tecnico, con argomentazioni che questo Collegio ritiene di condividere, quanto sostenuto dalla ricorrente principale. Con riferimento alla censura relativa alla violazione da parte della stazione appaltante della previsione di cui all'art. 38, comma 3 dlgs n. 163/2006, va osservato che si tratta di una mera affermazione di parte ricorrente fondata su una inammissibile logica presuntiva, peraltro non supportata da alcun elemento di prova ai sensi dell'art. 64, comma 1 cod. proc. amm.

Al medesimo punto parte ricorrente afferma - come visto in precedenza - che, avendo il legale rappresentante della Favellato s.p.a. presentato un certificato dei carichi penali pendenti attestante l'esistenza di due

procedimenti per i quali sussisteva la richiesta di rinvio a giudizio (uno per il capo di imputazione *ex art. 10 bis* dlgs n. 74/2000 e l'altro per il capo di imputazione di cui all'art. 589, commi 1 e 2 c.p.) ed essendo l'udienza con riferimento al secondo procedimento fissata per il giorno 22.1.2010, questi potrebbe "... essersi venuto a trovare nelle condizioni di cui alla lett. c, comma I dell'art. 38 dlgs n. 163/2006 ..." (cfr. pag. 30 del ricorso introduttivo).

Tuttavia, anche in tal caso si tratta di mera presunzione.

Non sussiste allo stato alcuna condanna passata in giudicato, unica ipotesi considerata dall'art. 38, comma 1, lett. c) dlgs n. 163/2006 ostativa alla partecipazione alla gara, non essendo sufficiente a tal fine un rinvio a giudizio.

Peraltro, l'affermazione della controinteressata Favellato s.p.a. (cfr. pag. 30 della memoria depositata in data 13 aprile 2010) relativa alla adozione nel corso dell'udienza del 22.1.2010 di una sentenza di non luogo a procedere per non aver commesso il fatto non è contestata dalle parti costituite (cfr. art. 64, comma 2 cod. proc. amm.).

Con riguardo ai dubbi - sollevati dalla Coest a pag. 3 del ricorso introduttivo - connessi al tempo impiegato dalla Commissione (meno di un'ora e mezza) per l'esame delle offerte tecniche presentate dalle concorrenti, ritiene questo Collegio che l'elemento temporale, in sé considerato, non è affatto sintomatico di una illegittimità dell'azione amministrativa (cfr. T.A.R. Puglia, sede di Bari, 6 aprile 2010, n. 1279).

Per quanto concerne il ricorso per motivi aggiunti, lo stesso deve essere respinto, potendosi conseguentemente prescindere dalla eccezione di tardività formulata da parte resistente.

Invero, secondo Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1782 "L'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nell'individuare i soggetti partecipanti a gare pubbliche e tenuti a rendere la dichiarazione di onorabilità, fa riferimento

soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza, ossia a soggetti titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, con la conseguenza che una valutazione ampliativa, e quindi non ancorata a precisi criteri prestabiliti per legge circa l'ampiezza dei poteri attribuiti con la procura, finirebbe per scalfire la garanzia di certezza del diritto sotto il profilo, di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, della possibilità di partecipare ai pubblici appalti.”.

Nello stesso senso si era orientato Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513: “I procuratori speciali della società muniti di poteri di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti (di cui all'art. 38 d.lg. n. 163/2006) tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità della società stessa.”.

Anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 134 ha affermato che “Nelle gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione i c.d. procuratori speciali possono farsi rientrare fra gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, sui quali incombe l'obbligo di dichiarazione ai sensi dell'art. 38, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, solo ove titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura, e non per effetto del conferimento ad essi del mero potere di rappresentanza negoziale della società, ivi compresa la facoltà di partecipare alle gare e stipulare contratti con la Pubblica amministrazione.”.

Nella presente fattispecie, emerge dagli atti di causa che con procura speciale redatta in data 26 gennaio 2007 il sig. Claudio Favellato è stato nominato e costituito procuratore speciale della società controinteressata avente il potere di espletare le operazioni tecniche, operative ed amministrative di seguito elencate: intrattenere rapporti con le stazioni appaltanti; tutelare gli interessi dell'impresa per gli incarichi in genere affidati; fare qualsiasi operazione presso gli uffici di enti pubblici e privati per la partecipazione alle gare di appalto con tutti i conseguenti

adempimenti di aggiudicazione e stipula dei contratti definitivi di appalto, ivi compreso la presa visione della documentazione di gara e dei luoghi ove debbono eseguirsi i lavori; firmare verbali di consegna, sospensione, ripresa ed ultimazione dei lavori; firmare stati di avanzamento lavori e tutti i relativi documenti contabili; formulare riserve; firmare certificati di regolare esecuzione e collaudi; firmare atti aggiuntivi e tutti gli elaborati inerenti a perizie di variante tecniche e/o suppletive ivi compreso gli sistemi di atti sottomissione e verbali di concordamento nuovi prezzi; richiedere e ritirare presso le Prefetture od altri enti qualsiasi certificazione richiesta riguardante la società (in particolare le certificazioni antimafia); fare pratiche di amministrativa presso le autorità governative, regionali, comunali e fiscali e presentare ricorsi.

Il Favellato non era, quindi, munito di poteri generali e continuativi di gestione tali da farlo assimilare ad un amministratore della società, obbligato in quanto tale a rendere le dichiarazioni *ex art. 38 dlgs n. 163/2006*.

Dalle considerazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, e la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Favellato Claudio s.p.a.

Essendo stata riscontrata la legittimità degli atti gravati, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria azionata dalla ricorrente principale.

Infine, stante il carattere ritenuto non sconveniente e non offensivo delle espressioni utilizzate dal difensore della ricorrente principale avv. Emanuele D'Amico negli atti e scritti del presente giudizio, va disattesa la richiesta di cancellazione (stralcio) *ex art. 89 cod. proc. civ.* di dette espressioni avanzata dagli avv.ti Aldo Loiodice e Isabella Loiodice nella memoria depositata in data 8 giugno 2010, trattandosi di espressioni che rappresentano manifestazione non censurabile delle esigenze della difesa.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciandosi,

1) respinge il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto;

2) dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Favellato Claudio s.p.a.

Condanna la ricorrente principale Coest s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Vico del Gargano, liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna la ricorrente principale Coest s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore di Favellato Claudio s.p.a., liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)