

N. 01295/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02017/2010 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 2017 del 2010, proposto dall'Impresa Napolitano Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Nanula e Giuseppe Tempesta, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Muscatello in Bari, Strada Torre Tresca n. 2/A;

contro

Comune di Torremaggiore, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Follieri, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

nei confronti di

ditta Schiavone Tevere, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Antonucci, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Basso in Bari, corso Mazzini, 134/B;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 562 del 4.11.2010, con cui il Dirigente del Settore tecnico del Comune di Torremaggiore ha aggiudicato, in via definitiva, in favore dell'impresa Schiavone Tevere l'appalto dei lavori di

costruzione di alloggi di edilizia sociale e urbanizzazioni - contratto di Quartiere II, indetto con bando del 26.7.2010;
dei verbali di gara della Commissione giudicatrice n. 1 del 15.9.2010, n. 2 del 24.9.2010, n. 3 del 4.10.2010, n. 4 del 5.10.2010 e n. 5 del 25.10.2010, nonché il bando ed il disciplinare di gara del 26.7.2010;
di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, in quanto lesivo, ivi compresi in particolare gli articoli 15, 16 e 17 del regolamento comunale dei contratti, nonché, ove occorra, la nota in data 4 novembre 2010, a firma del Dirigente del Settore tecnico del Comune di Torremaggiore, recante comunicazione dell'aggiudicazione definitiva in favore della ditta Schiavone Tevere,
nonché per il risarcimento del danno ingiusto subito dalla ditta Napolitano Costruzioni S.r.l. a causa del contegno illegittimo serbato dalla Stazione appaltante nello svolgimento della gara in questione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torremaggiore e della ditta Schiavone Tevere;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Francesco Nanula, Enrico Follieri e Fabrizio Lofoco, per delega dell'avv. Vincenzo Antonucci;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'impresa Napolitano Costruzioni S.r.l. ha partecipato, classificandosi al secondo posto, alla gara d'appalto dei lavori di costruzione di alloggi di edilizia sociale e urbanizzazioni - contratto di Quartiere II, indetta dal

Comune di Torremaggiore con bando del 26 luglio 2010 e definitivamente aggiudicata all'impresa Schiavone Tevere (con determinazione del Dirigente del Settore tecnico n. 562 del 4 novembre 2010).

La società ha impugnato gli atti della procedura, chiedendone l'annullamento, perché illegittimi, e ha domandato altresì il risarcimento dei danni subiti.

Si sono costituiti il Comune di Torremaggiore e la ditta Schiavone Tevere, eccependo l'inammissibilità del ricorso e contestando nel merito le tesi attoree.

L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza 13 gennaio 2011 n. 69, che, *prima facie*, ha ravvisato la violazione dell'articolo 83, quarto comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e che altresì ha osservato: “la circostanza (denunciata in relazione al disposto dell'articolo 84 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163) che la commissione sia stata nominata (il 13 settembre 2010), prima della scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione (fissata per il 14 settembre 2010), non sembra essere stata convincentemente smentita”.

L'esito della fase cautelare è stato confermato dal Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza 15 marzo 2011 n. 1173.

All'udienza del giorno 8 giugno 2011 la causa è stata riservata per la decisione.

2. Preliminarmente dev'essere respinta l'eccezione d'inammissibilità del ricorso.

La controinteressata sostiene che la censura, con la quale si denuncia l'illegittimità della scelta, operata dal bando, di attribuire maggior rilevanza all'aspetto economico (punti 62) e minor peso all'aspetto tecnico (punti 38) nella valutazione dell'offerta e più vantaggiosa, *ex* articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, doveva essere tempestivamente prodotta nei confronti del bando stesso.

Invero, il rilievo è chiaramente infondato non trattandosi di clausola escludente (Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003 n. 1).

L'argomento della ricorrente Impresa Napoletano peraltro in sé non convince, non essendo la contestata opzione né vietata, né illogica e rivelandosi, invece, sotto questo profilo, specificamente giustificata dal fatto che i lavori sarebbero stati realizzati in base a un progetto esecutivo, il quale lasciava perciò uno spazio limitato alle migliorie.

Diversamente deve dirsi per i motivi rubricati sub 1.b) e 1.c), i quali denunciano che la commissione – in contrasto con l'articolo 83, quarto comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 - ha ulteriormente specificato i criteri individuando dei sub-criteri.

Innanzitutto deve riconoscersi l'interesse della ricorrente in relazione allo specifico rilievo: infatti, se è vero che la medesima ha ottenuto il – relativamente - più alto punteggio per l'aspetto tecnico (29,958), in ogni caso, i punti assegnabili per questa voce erano ben 38; inoltre tale suddivisione in sub-criteri non può che aver inciso anche sulla valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata, la quale, per questa voce, si è vista attribuire 26,583. Il tutto tenendo presente che, globalmente, mentre i punti dell'aggiudicataria ammontano a 76,900, quelli della ricorrente risultano 74,677. In definitiva è evidente la portata lesiva della determinazione della commissione nella seduta del 4 ottobre 2010.

Occorre ricordare che, a norma del vigente articolo 83, quarto comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, “Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara”.

L'originaria formulazione è stata appositamente modificata dall'articolo 1, comma 1, lettera u), del decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152, che ha abrogato il periodo "La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

In questa sede non è necessario ripercorrere le vicende di tale disposizione e il dibattito che su di essa si è sviluppato (all'uopo è sufficiente richiamare il percorso motivazionale della sentenza del T.A.R. Toscana, Sezione seconda, 24 novembre 2010 n. 6619), considerata la palese illegittimità dell'operato della commissione. Infatti, non solo in base alla formulazione attuale dell'articolo 83 è inibita alla commissione qualunque attività che possa configurarsi come integrazione della *lex specialis*, ma anche prendendo a parametro l'originario comma quarto dell'articolo 83 la fissazione di veri e propri sub-criteri, con analitico punteggio (e non già di meri criteri motivazionali di tipo esplicativo), doveva a rigore allora (e ancor più oggi) essere esclusa.

In definitiva, di fatto, è stata determinata *a posteriori* una ponderazione degli elementi dell'offerta che, se conosciuta al momento della preparazione delle offerte, avrebbe potuto influenzare la detta preparazione; con ciò violando i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (Corte di giustizia CE, Sez. II, 24 novembre 2005, in C-331/04).

Sub 1.d) la società Napolitano denuncia poi che la commissione sia stata nominata il 13 settembre 2010, prima della scadenza per la presentazione delle domande (14 settembre 2010), conseguentemente infrangendo il disposto dell'articolo 84, comma decimo, del codice dei contratti pubblici.

Oppongono l'Amministrazione e la controinteressata che la data della protocollazione sarebbe diversa (ma l'elemento non viene chiarito dalle parti) e che l'atto è stato comunicato il 15 settembre 2010 (ovvero nello

stesso giorno di convocazione, alle ore 9:30, della commissione, la quale si è effettivamente riunita), come risulta segnato anche in calce al medesimo. Secondo la tesi prospettata dalle parti, tale annotazione a mano dovrebbe valere come indicazione dell'effettiva data. La circostanza dell'avvenuta comunicazione il 15 settembre renderebbe poi la violazione dell'articolo 84 "innocua", tenendo presente la *ratio* della norma.

Nel caso concreto, la data è stata apposta (ed è quella del 13 settembre 2010) e lo stesso documento risulta con tale indicazione riportato anche nelle premesse del verbale n. 1 della commissione, datato 15 settembre 2010, sicché non vi è motivo per mettere in dubbio che l'atto di nomina della commissione medesima sia venuto ad esistenza nel giorno indicato.

Né si vede la necessità di forzare e travolgere il dato letterale del richiamato articolo 84, comma decimo ("La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte") in favore di un'interpretazione teleologica che, oltre a cogliere solo parzialmente la finalità della norma, renderebbe assai macchinoso l'effettivo controllo del suo rispetto, necessitando in particolare di precisi (ma difficoltosi) accertamenti di fatto in ordine al momento di effettiva conoscenza della nomina da parte dei membri della commissione.

Quanto alle censure raccolte nel secondo motivo, con cui vengono mosse una serie di contestazioni in ordine alla valutazione dell'offerta della Schiavone Tevere - relativamente all'attività di sperimentazione (elemento di valutazione A4) e all'affidabilità, dimostrata attraverso il collaudo del sistema di monitoraggio -, che presenterebbe altresì vere e proprie modifiche del progetto esecutivo per le strutture in cemento armato della palazzina 167, esse si risolvono in rilievi riguardanti l'esercizio della discrezionalità tecnica e incidenti sul merito dei relativi apprezzamenti su aspetti in futuro suscettibili di eventuale rinnovata valutazione.

Di conseguenza il motivo deve reputarsi inammissibile.

In conclusione, il ricorso dev'essere accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti di gara a partire dall'atto di nomina della commissione del 13 settembre 2010 (perché operata prima della scadenza prevista per la partecipazione), con la conseguente riedizione dell'attività procedimentale ad iniziare da tale atto fino alla conclusione della selezione. Alla luce dell'intero art. 84 del codice dei contratti pubblici (e nonostante l'inapplicabilità del dodicesimo comma del medesimo) infatti la rinnovata valutazione delle offerte (in base ai criteri fissati dal bando) non può ritenersi preclusa (Corte cost., ord. 20 ottobre 2011 n. 81; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 febbraio 2010 n. 867).

Nella domanda di risarcimento dei danni la società si è invece limitata a ribadire quali siano gli effetti della pronuncia demolitoria, insistendo per la relativa declaratoria, per cui non vi è spazio per un'autonoma statuizione.

Le spese seguono la soccombenza, come da liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti della procedura impugnati a partire dall'atto di nomina della commissione del 13 settembre 2010.

Condanna il Comune di Torremaggiore e la ditta Schiavone Tevere, con vincolo solidale, al pagamento delle spese processuali in favore dell'impresa Napolitano Costruzioni S.r.l., nella misura di € 5.000,00, più CU, CPI e IVA, come per legge, a carico di ciascuna parte, e complessivamente di € 10.000,00, più CU, CPI e IVA.

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, Estensore

Savio Picone, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/09/2011

IL SEGRETARIO

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