

N. 01046/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01727/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1727 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

COVERALL SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Sportoletti, Giovanni Tarantini, con domicilio eletto presso l'avv.to Giovanni Mangialardi in Milano, via Matteo Bandello n. 5;

contro

AZIENDA OSPRA DI DESIO E VIMERCATE, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Cannone, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, c.so Porta Romana n. 116/A;

nei confronti di

R.T.I. HOLZ ALBERTANI S.P.A. - SI.GE.CO. COSTRUZIONI S.R.L., rappresentate e difese dagli avv. Roberto G. Di Martino, Gaetano Di Martino, Francesco Delfino, con domicilio eletto presso l'avv.to Bruna Lepre in Milano, via Vincenzo Monti n. 29;

per l'annullamento,

- (con ricorso principale) della delibera del Direttore Generale dell'Azienda

Ospedaliera di Desio e Vimercate n. 337 del 21.4.2011, con cui sono stati approvati gli atti relativi alla procedura aperta per appalto integrato per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di nuovo edificio da destinare ad Asilo Nido Aziendale all'interno del Presidio Ospedaliero di Desio" ed è stata dichiarato aggiudicatario il R.T.I. Holz Albertani s.p.a. - SI.GE.CO. Costruzioni s.r.l., nonché per l'annullamento di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali e/o successivi ed in particolare dei verbali della Commissione giudicatrice di cui alle sedute del 25.2.2011, 2.3.2011 e 16.3.2011, del verbale del Seggio di gara del 25.3.2011, del provvedimento assunto dal Dirigente responsabile dell'U.O. Gestione servizi generali - Logistica e Approvvigionamenti, del 23.5.2011, con cui è stata respinta l'istanza di annullamento in via di autotutela, presentata dalla COVERALL e dell'ATO di valutazione della Commissione giudicatrice nella nota riportato;

- (con motivi aggiunti depositati il 24 dicembre 2011) della deliberazione del 7 novembre 2011, con cui l'amministrazione ha dato esecuzione all'ordinanza cautelare del 15 luglio 2011, contenente la revoca in via di autotutela della precedente deliberazione del 21 aprile 2011 n. 337;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della AZIENDA OSPRA DI DESIO E VIMERCATE;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale R.T.I. HOLZ ALBERTANI SPA - SI.GE.CO. COSTRUZIONI S.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2012 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso depositato il 10 giugno 2011, la società ricorrente ha impugnato gli atti conclusivi della procedura di gara meglio descritti in epigrafe, chiedendo al Tribunale di disporre l'annullamento, previa sospensione, in quanto viziati da violazione di legge ed eccesso di potere.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, chiedendo il rigetto del ricorso. Il raggruppamento controinteressato ha proposto ricorso incidentale.

Con ordinanza del 15 luglio 2011, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, ha accolto la domanda cautelare, ritenendo, sia pure alla stregua della cognizione sommaria propria della fase processuale, fondate le ragioni prospettate dal ricorrente e non accoglibili le censure formulate con il ricorso incidentale.

In esecuzione della ordinanza cautelare, l'amministrazione ha adottato la deliberazione del 7 novembre 2011, contenente la revoca in via di autotutela della precedente deliberazione del 21 aprile 2011 n. 337 e degli altri atti di gara; anche tale atto è stato impugnato con motivi aggiunti depositati il 24 dicembre 2011.

L'udienza pubblica del 10 novembre 2011, fissata inizialmente per la trattazione di merito del ricorso, su richiesta delle parti, è stata rinviata al 15 febbraio 2012.

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza. Di seguito le motivazioni rese nella forma redazionale semplificata di cui all'art. 74 c.p.a. (cui rinvia l'art. 120, comma 10, c.p.a.).

2. In primo luogo, occorre scrutinare gli atti conclusivi della procedura di affidamento gravati con il ricorso principale.

3. Il ricorso incidentale non può trovare accoglimento.

3.1. Secondo il raggruppamento aggiudicatario l'impresa ausiliaria, di cui la ricorrente principale avrebbe voluto avvalersi ai fini dell'acquisizione dell'attestazione SOA nella categoria OG11, non avrebbe assunto alcun concreto obbligo di garantire le proprie risorse per l'intero corso dei lavori, posto che lo stesso vincolo era stato sottoposto ad alcune condizioni (quali la possibilità di poter monitorare la regolarità degli atti tecnici ed amministrativi relativi allo svolgimento della fornitura, nonché la stipula da parte dell'impresa avvalente di idonea polizza assicurativa in favore dell'impresa ausiliaria).

Ritiene, per contro, il collegio che il contratto e le dichiarazioni, prodotte ai fini dell'avvalimento, rispondano ai requisiti prescritti dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici. Con la prescritta dichiarazione unilaterale, l'impresa ausiliaria ha assunto l'obbligazione di messa a disposizione nei confronti della stazione appaltante delle risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente. Quanto al contenuto del contratto di avvalimento, le clausole invocate dal raggruppamento controinteressato sono pattuizioni che impegnano reciprocamente le parti senza condizionare né sospensivamente né risolutivamente l'effetto obbligatorio di messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie allo svolgimento dell'appalto.

3.2. Il ricorrente incidentale denuncia, altresì, che l'impresa ausiliaria non avrebbe messo a disposizione le proprie risorse anche per l'eventuale periodo di proroga, così come certamente imposto dal disciplinare.

Invero, l'espressione "tutta la durata del contratto" include, in assenza di precisazioni contrarie, i periodi di proroga che definiscono l'allungamento concordato dei termini di vincolatività del medesimo rapporto contrattuale; del che si trae conferma nella clausola finale del contratto di avvalimento, la cui scadenza è fissata in conformità "ai tempi per l'esecuzione dei lavori ..appaltati".

3.3. Sostiene ancora il ricorrente incidentale che un ulteriore vizio sarebbe

ravvisabile nel fatto che il contratto di avvalimento non avrebbe stabilito un compenso per l'attività dell'impresa ausiliaria né precisato se l'impegno debba intendersi a titolo gratuito.

Per la verità, in disparte ogni valutazione sulla idoneità di siffatti rilievi inerenti la causa del contratto a determinare un vizio invalidante, è dirimente replicare come il terz'ultimo paragrafo del contratto di un avvalimento preveda espressamente che, in caso di aggiudicazione, l'impresa avvalente verserà anticipatamente un importo pari al 2% del valore dell'appalto oltre al costo delle risorse materiali, immateriali tecniche o finanziarie eventualmente forniti dall'impresa ausiliata.

3.4. Da ultimo, il ricorrente incidentale lamenta che la ricorrente avrebbe fornito alla stazione appaltante una cauzione provvisoria non valida, contravvenendo all'articolo 75 del codice dei contratti pubblici; ciò in quanto la polizza non menziona anche l'impresa ausiliaria e dunque non garantisce eventuali specifici inadempimenti di quest'ultima.

Sul punto, ai fini del rigetto del motivo, si condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'onere cauzionale in questione non grava anche sull'impresa ausiliaria (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03 dicembre 2009 n. 12455; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 10 gennaio 2011 n. 12).

4. A questo punto, respinto il ricorso incidentale, occorre scrutinare le censure contenute nel ricorrente principale.

4.1. A parere del Collegio, è fondata la censura secondo cui la modifica delle modalità di realizzazione delle pareti esterne dell'edificio non potesse considerarsi soluzione migliorativa ammessa dalla disciplina di gara; ciò in quanto la piana lettura dell'art. 1 del capitolo speciale (alla cui stregua "l'intera struttura dell'asilo deve essere realizzata con un sistema produttivo in pannelli di legno multistrato X-LAM ...") rendeva ragionevole una sua interpretazione in buona fede nel senso della "invariabilità" di tale dato progettuale. A questa stregua, l'offerta tecnica del raggruppamento

aggiudicatario, avendo previsto una diversa costruzione basata su una struttura di legno a telaio, si poneva in difformità rispetto al progetto definitivo, in violazione della legge di gara e dell'articolo 93, comma 5, del codice dei contratti pubblici. E' utile precisare come la sussistenza di una espressa prescrizione di gara renda irrilevante discernere tra le contrapposte deduzioni in punto di configurabilità o meno delle differenze tra le due tipologie costruttive in termini di "varianti meramente migliorative".

4.2. Al riguardo, è infondato il motivo di ricorso incidentale formulato in subordine avverso il bando, il quale sarebbe illogico e in contrasto con l'articolo 76 del codice dei contratti pubblici, per il fatto di ammettere, da un lato, la possibilità di presentare offerte migliorative e, dall'altro, di contemplare limiti alle variazioni possibili.

Invero, proprio la norma da ultimo citata, nel consentire alla stazione appaltante di autorizzare gli offerenti a presentare varianti, non esclude certo che le stazioni appaltanti possano precisare limiti alla loro presentazione, prescrivendo dati strutturali del progetto definitivo non modificabili.

4.3. L'accoglimento del motivo idoneo a fornire la massima utilità sostanziale, consente di assorbire le ulteriori censure relative al giudizio valutativo espresso dalla commissione giudicatrice.

5. Veniamo ora agli atti impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

5.1. In primo luogo la delibera assunta dall'azienda ospedaliera in data 7 novembre 2011 n. 986, deve interpretarsi quale revoca dell'intera gara; ciò avuto riguardo al "RITENUTO" con cui si conclude la pagina 5 del provvedimento in questione (in particolare, si legge: *"ritenuto pertanto necessario di dover procedere all'esercizio del potere di revoca riconosciuto alla pubblica amministrazione, sia per ottemperare all'ordinanza del Tribunale Amministrativo regionale della Lombardia, sede di Milano, sopra richiamata, sia a causa dell'impossibilità di poter usufruire del finanziamento di cui alla DDG del 30 giugno*

2010 n. 6567, cui è subordinato l'avvio dei lavori alla data del 7 luglio 2011, procedendo al ritiro della procedura aperta affidata con deliberazione del 21 aprile 2011 n. 337 e di tutti gli atti di gara i provvedimenti ad essa con, successivi le conseguenti adottati da questa amministrativo"); ciò nonostante che il dispositivo della delibera faccia riferimento alla sola revoca della aggiudicazione.

Ciò premesso, la revoca degli atti di gara è affetta da un evidente vizio di istruttoria, nella parte in cui viene giustificata dalla mancata proroga da parte della Regione Lombardia del termine per l'inizio dei lavori fissato alla data dell'8 gennaio 2011, con conseguente perdita del contributo regionale. Tale circostanza, in realtà, è contraddetta dal fatto che la proroga era già stata concessa sin dal 4 novembre 2011; sebbene tale circostanza sia stata comunicata soltanto il 10 novembre 2011, era dovere istruttorio dell'amministrazione acquisire compiutamente informazioni circa la sussistenza dei presupposti di fatto del provvedimento di ritiro.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

RIGETTA il ricorso incidentale;

ACCOGLIE il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti indicati in epigrafe;

CONDANNA l'amministrazione intimata e il raggruppamento controinteressato al pagamento delle spese di lite in favore della società ricorrente che si liquida in € 1.200,00 ciascuno, oltre rimborso C.U., IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2012

IL SEGRETARIO

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