

N. 03884/2012REG.PROV.COLL.
N. 01417/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1417 del 2012, proposto da:
Siti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Napolitano, con
domicilio eletto presso Salvatore Napolitano in Roma, via Zara 16;

contro

Edil Safer S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni
Malinconico, con domicilio eletto presso Federico Pernazza in
Roma, via Nizza, 53;

Comune di Cori, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Palombelli,
con domicilio eletto presso Cons. Di Stato Segreteria in Roma, p.za
Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA:
SEZIONE I n. 00991/2011, resa tra le parti, concernente

affidamento lavori di realizzazione edificio scolastico scuola media di Giulianello - (ris. danni)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Edil Safer Srl e di Comune di Cori;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Gennaro, per delega dell'avv. Napolitano, Malinconico e Palombelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Edil Safer s.r.l. ha partecipato alla procedura di affidamento in appalto dei lavori di realizzazione dell'edificio scolastico Scuola Media di Giulianello, indetta dal Comune di Cori con bando pubblicato in data 16 maggio 2011, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, classificandosi al secondo posto, dietro l'aggiudicataria Siti s.r.l.

Adiva quindi il TAR Lazio – sez. staccata di Latina, impugnando l'aggiudicazione a favore della controinteressata, gli atti ed il bando di gara.

2. Nel giudizio si costituivano l'amministrazione intimata e la Siti

s.r.l., la quale proponeva ricorso incidentale con cui contestava l'ammissione della Edil Safer, disposta malgrado la stessa non avesse inserito nella documentazione amministrativa l'attestazione rilasciata dal responsabile unico del procedimento dell'avvenuta effettuazione del sopralluogo da parte di un proprio rappresentante.

3. Con la sentenza in epigrafe il TAR, respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva il ricorso principale.

Il primo veniva reputato infondato in applicazione della regola della tassatività delle cause di esclusione prevista dal comma 1-bis dell'art. 46 d.lgs. 163/2006, introdotto dal d.l. n. 70/2011 (conv. dalla l. n. 106/2011) ed in ragione dell'assenza di una simile comminatoria nell'art. 71 d.p.r. n. 554/1999.

Venivano invece accolti i motivi del ricorso principale avverso l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta segreta, in ritenuta violazione dei principi di pubblicità stabiliti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n. 13; nonché per la mancata determinazione dei sub-criteri e sub-punteggi per i criteri di valutazione delle offerte stabiliti nella legge di gara.

In conseguenza di ciò il TAR dichiarava l'inefficacia del contratto.

4. Nell'appello la Siti censura il mancato accoglimento del ricorso incidentale.

Sostiene che il Giudice di primo grado abbia errato nel non ritenere integrata una causa di esclusione per la mancanza documentale di cui sopra, evidenziando che la relativa comminatoria è ricavabile sia

dall'art. 71, comma 2, d.p.r. n. 554/1999 sia dal disciplinare di gara, che a tale riguardo aveva prescritto (parte I, pag. 2) di inserire il certificato di presa visione dei luoghi rilasciato dal responsabile unico del procedimento.

L'appellante si duole inoltre dell'accoglimento del ricorso principale, osservando che i principi in tema di pubblicità delle sedute di gara sono stati affermati dall'Adunanza Plenaria, nella pronuncia sopra citata, successivamente all'apertura dei plichi e che l'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 facoltizza ma non obbliga le amministrazioni aggiudicatrici ad individuare sub-criteri e sub-punteggi.

5. Conclusioni conformi a quelle della società appellante sono state formulate dal Comune di Cori, il quale ha anche censurato la dichiarazione di inefficacia del contratto, assunta – a dire dell'amministrazione – senza tenere conto dell'interesse pubblico alla sua conservazione, desumibile nel caso di specie dalla possibilità di finanziare la realizzazione della scuola con fondi regionali (per un ammontare di € 1.500.000), a condizione che l'obbligazione contrattuale si perfezioni entro il 30 luglio 2011.

6. La Edil Safer assume di avere osservato il precetto contenuto nell'art. 71, comma 2, d.p.r. n. 554/1999 attraverso l'inserimento nella documentazione amministrativa della dichiarazione di presa visione dei luoghi di esecuzione dei lavori, mentre la certificazione della stazione appaltante non è contemplata dalla citata disposizione, ma solo dal disciplinare di gara.

6.1 Nella propria memoria conclusionale, l'appellata ha eccepito l'inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 104 cod. proc. amm., deducendo che il motivo con cui è dedotta la violazione della citata disposizione del d.p.r. n. 554 è stata formulata per la prima volta in questo grado di giudizio, mentre con il ricorso incidentale la Siti aveva contestato l'ammissione per violazione del disciplinare di gara.

7. Così sintetizzati i termini della presente controversia occorre esaminare dapprima quest'ultima eccezione, stante il suo rilievo pregiudiziale rispetto al merito delle questioni dedotte attraverso l'appello e gli atti costitutivi delle parti.

In quanto fondata su una lettura formale degli atti di causa essa non può essere accolta.

Nel motivo del proprio ricorso incidentale la Siti ha dedotto espressamente una violazione di legge per il fatto dell'omessa produzione dell'attestazione di presa visione dei luoghi dei lavori da parte della Edil Safer, omettendo tuttavia di illustrarlo in detto atto per diffondersi sulla censura di violazione della legge di gara in cui il complesso motivo si articolava.

Nondimeno, in seguito alla memoria depositata dalla Edil Safer in vista dell'udienza camerale del 3 novembre 2011, nella quale quest'ultima ha replicato al ricorso incidentale eccependo la nullità della clausola del disciplinare in discussione ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, con note di udienza la Siti ha precisato la propria doglianza invocando il parametro normativo di

cui al comma 2 dell'art. 71 d.p.r. n. 554/1999.

Conseguentemente, l'impostazione difensiva della ricorrente incidentale in primo grado è rimasta circoscritta nell'ambito di una consentita *emendatio libelli*, tale da rendere possibile la devoluzione al giudice d'appello della censura, nei termini ora esposti, attraverso puntuale motivo di gravame, come in effetti avvenuto.

8. Venendo dunque al merito della questione il Collegio è dell'avviso che debba essere confermata la delibazione di fondatezza dell'appello già espressa nella fase cautelare, all'esito della quale è stata disposta la sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado, essendo fondata la censura di violazione dell'art. 71, comma 2, d.p.r. n. 554/1999 formulata a sostegno del ricorso incidentale.

9. In fatto è pacifico che la Edil Safer non ha prodotto l'attestazione del r.u.p. di presa visione dei luoghi dove devono eseguirsi i lavori e che questa era imposta dal disciplinare di gara.

10. In diritto giova evidenziare che, lungi dal sostanzarsi in un adempimento documentale aggiuntivo rispetto alla citata disposizione del regolamento attuativo della legge sui lavori pubblici (in allora vigente), la prescrizione del disciplinare in esame è alla stessa riconducibile, sicché la società odierna appellata non può invocarne la nullità in virtù del comma 1-*bis* dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006.

Ciò in quanto con il richiedere l'attestazione della presa di conoscenza delle condizioni locali e di tutte le circostanze che

possono influire sull'esecuzione dell'opera, e prima ancora sulla formulazione dell'offerta, la stazione appaltante pone a carico dell'appaltatore un preciso dovere cognitivo, cui corrisponde una altrettanto precisa responsabilità contrattuale di quest'ultimo. La provenienza di detto documento dall'amministrazione aggiudicatrice assicura a quest'ultima maggiore tutela, a presidio dell'interesse, di ordine imperativo, alla individuazione del contraente più idoneo nonché alla correttezza e regolarità della gara, in un'ottica dunque di rafforzamento degli adempimenti dichiarativi imposti dall'art. 71, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 e dunque in coerenza con l'interesse pubblico sotteso a tale norma di azione.

10.1 E' ancora il caso di aggiungere che lo stesso onere non può essere surrogato da autodichiarazione del concorrente, che è priva di valore di certazione proprio dell'attestazione rilasciata dalla stazione appaltante.

Si tratta inoltre di un onere documentale ragionevole, posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di poter riporre affidamento sulla serietà del concorrente e non sproporzionato, essendo agevolmente assolvibile.

11. Quanto finora osservato consente di escludere l'applicabilità della comminatoria di nullità contenuta nell'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblica, poiché la (necessaria) copertura normativa dell'esclusione è rinvenibile nel più volte citato art. 71, comma 2, d.p.r. n. 554. Del resto, anche dopo le modifiche

introdotte dal c.d. decreto sviluppo di cui al d.l. n. 70/2011, è rimasta inalterata la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere ai partecipanti ad una procedura di affidamento la documentazione necessaria o utile per operare la selezione nel rispetto del principio di proporzionalità (art. 73, comma 3, d.lgs. n. 163/2006).

12. Conseguentemente, in accoglimento dell'appello ed in riforma della sentenza di primo grado deve essere accolto il ricorso incidentale della Siti e dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione ad agire il ricorso principale della Edil Safer, la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Le spese del doppio grado di giudizio possono tuttavia essere integralmente compensate tra tutte le parti in ragione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2012

IL SEGRETARIO

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