

N. 05851/2012REG.PROV.COLL.
N. 01385/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1385 del 2008,
proposto da:

SO.CO.STRA.MO. S.R.L., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.O. con
l'impresa Di Mario Livio s.r.l., in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dall'avv. Benito Beneventano della Corte, con
domicilio eletto presso Benito Beneventano della Corte in Roma, via
Levico, n. 9;

contro

COMUNE DI TREVISO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e
difeso dall'avv. Antonio Munari, con domicilio eletto presso Michele Costa
in Roma, via Bassano del Grappa, n. 24;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, Sez. I, n. 3249 del 15
ottobre 2007, resa tra le parti, concernente esclusione appalto per lavori di
realizzazione opere cd "Treviso servizi";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Treviso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Beneventano Della Corte e Costa, quest'ultimo per delega dell'Avv. Munari;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, con la sentenza n. 3249 del 15 ottobre 2007, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto dalla società SO.CO.STA.MO. s.r.l., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con la società Di Mario Livio s.r.l., per l'accertamento del diritto all'aggiudicazione in suo favore dell'appalto dei lavori di costruzione di un nuovo centro doganale in Treviso (progetto denominato "Treviso servizi – seconda fase primo stralcio), indetto con delibera della Giunta comunale n. 497 del 7 maggio 1997), e per la condanna dell'intimata amministrazione comunale al risarcimento del danno ingiusto causato dalla sua illegittima esclusione dalla gara (illegittimità dichiarata dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, con la sentenza n. 1859 del 24 dicembre 1997, confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, con la decisione n. 1683 del 25 marzo 2002), lo ha respinto, compensando le spese di giudizio.

Il predetto tribunale ha infatti rilevato che all'esito della rinnovazione virtuale della gara, disposta con ordinanza n. 261 del 18 gennaio 2007, l'offerta presentata dall'A.T.I. ricorrente era risultata priva dei requisiti prescritti dalla lex specialis quanto alle giustificazioni preventive delle offerte, il che ne avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

2. La società SO.CO.STRA.MO. s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, alla stregua di un unico articolato motivo di gravame, rubricato "Eccesso di

potere per sviamento, violazione e falsa applicazione del bando di gara, violazione di legge, violazione e falsa applicazione della direttiva 93/37/CEE, dell'art. 21, comma 1 bis, L. 109/94, violazione dei principi stabiliti dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea del 27.11.01 nei ricorsi 385/286", deducendo, sotto un primo profilo, che, essendo l'aggiudicazione dell'appalto prevista secondo il criterio del massimo ribasso e non dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non doveva neppure essere disposta la rinnovazione virtuale della gara, atteso che, una volta accertata la sua illegittima esclusione dalla gara, l'appalto stesso non poteva che esserle aggiudicato, due soltanto essendo le offerte presentate (tanto più che il bando di gara, alla lettera g), stabiliva che si sarebbe proceduto all'aggiudicazione anche nel caso in cui fosse pervenuta una sola offerta valida); ha poi aggiunto che i primi giudici avevano erroneamente fondato il proprio convincimento sulla relazione predisposta dal Segretario comunale di Treviso (cui era stato conferito l'incarico di procedere alla rinnovazione virtuale della gara), avendo questi tenuto conto di un testo del bando diverso da quello ufficiale; ciò peraltro senza contare che la mancata giustificazione preventiva delle offerte, che nel caso di specie non era neppure totale, avendo riguardo il 55% e non il 75% delle voci, non poteva costituire causa di esclusione dalla gara.

Ha resistito al gravame il Comune di Treviso che ne ha dedotto l'irricevibilità, l'inammissibilità e comunque l'infondatezza, insistendo per il suo rigetto.

L'appellante con apposita memoria ha decisamente contestato l'eccezione di irricevibilità dell'appello, deducendo la nullità della notificazione della sentenza di primo grado.

3. All'udienza pubblica del 16 ottobre 2012, dopo la rituale discussione, nel corso della quale il difensore della parte appellante ha insistito sulla questione di nullità dell'atto di notificazione della sentenza impugnata,

chiedendo in subordine termine per la proposizione della querela di falso della cartolina – avviso di ricevimento, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'infondatezza nel merito dell'appello esime la Sezione dalla deliberazione dall'esame della questione pregiudiziale di irricevibilità dell'appello e dalla pronuncia sulla richiesta del difensore dell'appellante di concessione del termine per la proposizione della querela di falso, ai sensi dell'art. 77, comma 2, c.p.a.

4.1. La società appellante contesta innanzitutto la correttezza della decisione dei primi giudici di disporre la rinnovazione virtuale della gara: a suo avviso, infatti, all'illegittimità della sua esclusione dalla gara (accertata con la sentenza n. 1859 del 24 dicembre 1997 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, con la decisione n. 1683 del 25 marzo 2002) conseguirebbe automaticamente l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore, in virtù delle specifiche disposizioni di cui alle lettere c) e p) del bando di gara concernenti rispettivamente il criterio di aggiudicazione (massimo ribasso da applicarsi sia sull'elenco prezzi per le opere a misura, sia all'importo delle opere a corpo poste a base di gara) e la puntuale previsione secondo cui si sarebbe proceduto all'aggiudicazione anche nel caso di una sola offerta valida.

La tesi non può essere condivisa.

Con l'ordinanza n. 261 del 18 gennaio 2007 i primi giudici hanno infatti disposto la verifica per accertare se l'offerta presentata "...non fosse carente di requisiti prescritti dalla lex specialis", all'evidente fine di accertare l'ammissibilità dell'offerta (cioè la sua piena conformità alle specifiche disposizioni del bando di gara), condizione imprescindibile per procedersi poi alla successiva fase dell'aggiudicazione dell'appalto, mediante individuazione del prezzo più basso offerto dalle ditte in gara.

Non può negarsi la necessità di tale indagine e, conseguentemente la correttezza e la coerenza dell'operato dei primi giudici, trattandosi di un accertamento necessariamente preliminare al riscontro del ribasso offerto, tanto più in ragione della domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente che, postulando l'accertamento della spettanza dell'aggiudicazione dell'appalto, presupponeva l'ammissibilità della sua offerta.

Né può sostenersi che tale verifica fosse assorbita dal giudicato formatosi sulla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, n. 1859 del 24 dicembre 1997, confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, con la decisione n. 1683 del 25 marzo 2002, sulla illegittima esclusione dalla gara de qua della società ricorrente, atteso che il profilo di illegittimità ivi esaminato aveva riguardato soltanto le concrete modalità di prestazione della cauzione per la partecipazione alla gara stessa.

4.2. La società appellante ha poi decisamente sostenuto che la propria offerta non poteva essere esclusa dalla gara, come ritenuto dai primi giudici in ragione delle conclusioni contenute nella relazione di verifica, sulla scorta della previsione contenuta nell'ultimo comma del punto 6 del bando di gara, atteso che quest'ultimo non riguardava i requisiti di ammissibilità dell'offerta presentata; né poteva costituire legittima causa di esclusione la insufficiente giustificazione preventiva dell'offerta presentata.

Anche tali suggestive argomentazioni non meritano accoglimento.

4.2.1. In punto di fatto deve osservarsi che il bando di gara prevedeva poi (punto 6) che l'offerta doveva essere corredata "...da giustificazioni relative alle seguenti voci di prezzo più significative che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base d'asta: tutte le opere con prezzo a corpo , e le seguenti voci di si prezzo per opere a misura: opere edili (art. 6 e art. 11), opere di viabilità (MA 03), acquedotto e fognature (V2 A180), opere elettriche (art. 9.4A e art. 2.6b)"; il predetto punto 6 si concludeva con la previsione secondo cui "La mancanza,

l'incompletezza o l'irregolarità sostanziale della documentazione richiesta comportano l'esclusione dalla gara”.

Il segretario generale del Comune di Treviso, incaricato dai primi giudici di procedere alla ricordata verifica, come emerge dalla lettura della relazione depositata presso la segreteria del giudice di primo grado in data 3 aprile 2007, ha appurato che: 1) nell'offerta presentata dalla So.co.stra.mo. s.r.l. mancavano “...le giustificazioni per tutte le opere edili con prezzo a corpo. Il relativo importo a base d'appalto figura soltanto nel quadro riepilogativo dell'ultima pagina dell'offerta unitamente all'importo scontato offerto dall'impresa ed all'indicazione del ribasso medio applicato...”; 2) l'offerta inoltre non era “...corredata da giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base d'asta...”, essendo stati giustificati i prezzi “...per una percentuale inferiore al 55%, mancando la giustificazione dei prezzi a corpo delle opere edili...”; 3) l'offerta non era corredata da giustificazioni relative alle voci prezzo per le opere edili a misura, articolo 6; 4) l'offerta era giustificata solo in modo apparente per le voci di prezzo relative alle “opere elettriche a misura art. 9.4A e art. 2.6B (cfr.: pagine 15 ed, in particolare, 16 ove si riferisce di che: <Dall'esame dei prezzi unitari, tenuto conto delle indagini di costo del mercato possiamo effettuare sulle opere un ribasso del 15%>”.

4.2.2. Sulla scorta di tali elementi di fatto, peraltro non contestati dalla società appellante, le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici non meritano censure.

4.2.2.1. Invero la tesi secondo cui la disposizione contenuta nell'ultimo comma del punto 6 del bando di gara, a tenore della quale “la mancanza, l'incompletezza o l'irregolarità sostanziale della documentazione richiesta comportano l'esclusione dalla gara”, non potrebbe trovare applicazione alla fattispecie in questione è apodittica, priva di qualsiasi supporto probatorio,

anche di carattere sistematico, e smentita proprio dalla sua stessa collocazione.

Mentre infatti è del tutto priva di rilevanza la circostanza, su cui indugia la società appellante, di una pretesa difformità di stampa del bando di gara utilizzato dal verificatore rispetto alla sua versione ufficiale (nella quale la predetta clausola non sarebbe riportata senza soluzione di continuità nel testo del ricordato punto 6, essendone staccata da una spaziatura), è decisiva invece la (non irragionevole e non illogica) formula omnicomprensiva della predetta clausola escludente, intesa a sanzionare con la esclusione la mancanza, l'incompletezza o l'irregolarità sostanziale della (di tutta la) documentazione richiesta dalla lex specialis, a presidio e garanzia della speditezza del procedimento di gara, della affidabilità delle offerte presentate e della par condicio dei concorrenti, in puntuale attuazione dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa predicati dall'art. 97 della Costituzione.

Né del resto vi è alcun elemento, né espresso e tanto meno tacito, dal quale possa evincersi che la predetta previsione di esclusione fosse limitata, come pure sostenuto dall'appellante, ai soli requisiti di qualificazione (dei quali peraltro non vi è traccia nel bando di concorso).

4.2.2.2. Quanto poi alla questione delle legittimità dell'esclusione della gara per la mancata presentazione delle giustificazioni preventive delle offerte, non vi è ragione di discostarsi dal consolidato e condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui è da considerarsi legittima una clausola della lex specialis che richieda la presentazione di giustificazioni preventive, ulteriori rispetto a quelli indicate negli articoli 86 e 87 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in quanto essa non contrasta con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria, rispondendo anche a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura di gara e di garanzia di serietà dell'offerta (scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano

ricostruite solo ex post, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione dell'offerta, in quanto solo l'offerente che abbia esposto con completezza i costi delle singole voci che compongono la lavorazione, dimostra di avere una piena consapevolezza dell'impegno che assume presentando l'offerta, C.d.S., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3925; sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1348), così che non comporta un onere documentale incongruo ed eccessivo (C.d.S., 8 settembre 2010, n. 6518).

D'altra parte la giurisprudenza invocata dall'appellante riguarda la diversa ipotesi del giudizio di anomalia dell'offerta che non può fondarsi soltanto sulle predette giustificazioni preventive.

5. In definitiva l'appello deve essere respinto.

La peculiarità della fattispecie e l'annosità della controversia giustificano la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla società SO.CO.STRA.MO. s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, n. 3249 del 15 ottobre 2007, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

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