

N. 02617/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00495/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 495 del 2012, proposto da:

Mersi Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro De Luca, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Pietro De Luca in Catania, viale Ruggero di Lauria, 29;

contro

Comune di Motta D'Affermo;

nei confronti di

Impresa Castrovinci Costruzioni Srl - Soc. Unipersonale, rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Cintioli, con domicilio eletto presso Carmelo Toscano in Catania, via della Scogliera, 1;

per l'annullamento, previa sospensiva

- dei provvedimenti di cui al verbale di riapertura gara 26.1.2012 recanti l'esclusione della Mersi srl e l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto all'impresa Castrovinci costruzioni srl;
- della determina del responsabile dell'area tecnica del Comune di Motta D'Affermo n. 8 del 2.2.2002, di approvazione del verbale di gara del

26.10.2012 e di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'impresa Castrovinci costruzioni srl;

-di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi il bando ed il disciplinare di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Impresa Castrovinci Costruzioni Srl - Soc. Unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2012 il dott. Francesco Brugaletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Motta D'Affermo, con bando e disciplinare di gara regolarmente pubblicati in G.U.R.S., indiceva pubblico incanto, da esperirsi con il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base di gara al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, per l'appalto dei "lavori di messa in sicurezza di emergenza della discarica sita in località Santisi", per l'importo complessivo di € 204.528,05, di cui € 2.956,38 per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso.

L'impresa Mersi s.r.l. presentava rituale istanza di partecipazione.

All'apertura della gara, con verbale del 12/09/2011 , il Presidente dava atto che erano pervenuti, nei termini, 50 plichi recanti all'esterno le indicazioni richieste dal bando, e fuori termine 1 plico.

Ultimato nelle successive sedute l'esame documentale ed effettuate le operazioni previste dalla legge, con verbale del 02/12/2011 il Presidente disponeva l'aggiudicazione provvisoria della gara all'impresa Mersi s.r.l., con l'offerta di ribasso del 23,2623%, seguita in graduatoria dall'impresa

Castrovinci Costruzioni s.r.l., con l'offerta di ribasso del 23,2540%.

Successivamente l'Impresa seconda graduata faceva pervenire al Comune di Motta D'Affermo un atto di contestazione dell'aggiudicazione dell'appalto alla Mersi s.r.l., facendo notare <<... che l'Impresa aggiudicataria ha omesso di dichiarare quanto previsto nel disciplinare di gara alla lettera f), e precisamente “di essersi recato sul posto dove debbono eseguirsi i lavori” ...>>.

Conseguentemente veniva comunicato che il 26/01/2012 la Commissione avrebbe riaperto la gara per l'eventuale ripetizione delle operazioni.

Quindi, con verbale del 26/01/2012, la Commissione di gara riteneva che la dichiarazione di cui al punto 7), lett. f) del disciplinare di gara fosse stata omessa, che la stessa fosse prescritta a pena di esclusione e che non fosse regolarizzabile.

A questo punto la Mersi s.r.l. veniva esclusa dalla gara che veniva aggiudicata all'impresa Castrovinci Costruzioni s.r.l. in via definitiva con determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Motta d'Affermo n. 08 del 02/02/2012.

Da cio' il ricorso in esame con il quale vengono proposte le seguenti censure:

1. Violazione dell'art. 12, comma 1 e segg., del D.Lgs n. 163/06, in relazione all'art. 11, comma 9 del medesimo D.Lgs – Violazione dell'art. 21, comma nonies della L. 07/08/1990, n. 241 - Carezza assoluta di motivazione sull'interesse pubblico all'esercizio della potestà di autotutela.
2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs 12/04/2006, n. 163 - Eccesso di potere per carezza d'istruttoria.

Si è costituita in giudizio la contro interessata Impresa Castrovinci avversando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla Pubblica Udienza del 18 ottobre 2012 la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

Ad avviso del Collegio il ricorso in esame è infondato e da rigettare.

Invero la prima censura di parte ricorrente puo' essere senz'altro rigettata, sol se si prende in esame e si segue l'indirizzo indicato dalla giurisprudenza qui trascritta:

- <<il richiamo all'esigenza di ripristinare la legalità costituisce una motivazione sufficiente a suffragare l'esercizio del potere di autotutela in sede di annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto; l'erronea ammissione in una gara d'appalto di un'impresa e la conseguente aggiudicazione alla stessa consentono comunque l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione, legittimandola a ritirare la deliberazione di aggiudicazione già emanata, senza che a tal fine occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto >> (cfr. Cons. St., V, 5.4.2001 n. 2093);

- <<il brevissimo tempo trascorso tra l'originaria approvazione degli atti di gara ed il successivo riesame rende evidente, comunque, la prevalenza dell'interesse pubblico sulle contrapposte aspettative dell'aggiudicatario >> (cfr. Cons. St., V, 3.2.2000 n. 661);

- <<l'erronea ammissione di una impresa ad una gara d'appalto (ovvero l'erronea valutazione della sua offerta), qualora essa ne sia risultata vincitrice e non sia stato stipulato ancora il contratto d'appalto, ben consente l'esercizio del potere di autotutela e di disporre l'annullamento dell'atto di valutazione del progetto dell'impresa difforme dalle previsioni del bando, nonché dell'atto che ha disposto in suo favore l'aggiudicazione; nè in tal caso occorre una diffusa motivazione sull'interesse pubblico attuale, in quanto essa può considerarsi sufficiente col richiamo all'esigenza di ripristinare la legalità violata e la "par condicio" tra le imprese >> (cfr. Cons. St., V, 13.5.1995 n. 761)

- << In materia di annullamento di ufficio, non è necessaria una particolare

motivazione del provvedimento di autotutela ove l'annullamento intervenga a breve distanza di tempo rispetto alla data di adozione dell'atto annullato >> (cfr.T.A.R. Sicilia Catania Sez. II, 09-12-1993, n. 986).

Si puo' esaminare a questo punto la principale questione controversa che attiene alla rilevanza della omessa dichiarazione da parte della ricorrente Mersi srl di "essersi recato sul posto dove debbono eseguirsi i lavori".

Ebbene la prescrizione della suddetta dichiarazione è presente nel Capitolato Generale d'Appalto di cui al D.M. n° 1063/1962, il cui art. 1 ("Condizioni di ammissibilità alla gara") dispone che "per essere ammessi a partecipare alle gare per gli appalti delle opere pubbliche gli imprenditori devono presentare ... una dichiarazione con la quale essi attestino di essersi recati sul luogo dove debbono eseguirsi i lavori".

E nella fattispecie in esame il Disciplinare di gara del 6.7.11, esplicitamente prescrive la dichiarazione in questione nella lett. f) del punto 7 ("Dichiarazione sostitutiva"). E ciò fa con esplicito avvertimento che "La domanda, le dichiarazioni e le documentazioni richiesti del presente disciplinare devono contenere quanto previsto nei predetti punti a pena di esclusione" (si veda il 9° capoverso sottostante a "nota bene" del Disciplinare, in calce all'elencazione di cui al punto 7).

Sul punto la giurisprudenza amministrativa così si è orientata:

1) "La dichiarazione di cui all'art. 1 del Capitolato generale di appalto approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, attestante che l'impresa partecipante ha preso effettiva visione dei luoghi dove i lavori devono essere eseguiti, costituisce condizione di ammissione alla gara solo qualora il bando di gara preveda specificamente detta prescrizione" (cfr. Cons. St., VI, 27.8.1997, n. 1220).

2) "Con riferimento alle clausole della disciplina di gara che prevedono apposite dichiarazioni dei concorrenti di aver visitato i luoghi di esecuzione dei lavori ... la giurisprudenza di questo Consiglio distingue tra

dichiarazione di sopralluogo a cura del partecipante e verbale di sopralluogo a cura della stazione appaltante, considerando generalmente sufficiente ai fini dell'ammissione alla gara la dichiarazione di sopralluogo a prescindere dalle modalità con cui esso sia stato eseguito, a meno che non sia espressamente richiesto anche uno specifico verbale di sopralluogo sulle relative modalità “(cfr: Cons. St., sez. IV, n. 3063 del 6.2.2001; Sez. V, n. 2668 del 9.5.2000 e n. 3870 del 30.6.2003; Cons. St., sez. V, 7.7.2005 n. 3729).

3) “In tema di appalto di opere pubbliche, la dichiarazione dell'impresa di aver esaminato la situazione dei luoghi e i suoi riflessi nell'esecuzione dell'opera si inserisce nell'ambito delle disposizioni introdotte dall'art. 1 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (che, per la sua natura normativa, non è consentito considerare di stile), del quale riproduce sostanzialmente il contenuto mediante una specifica clausola contrattuale: questa, dunque, traducendosi in un attestato di presa conoscenza delle condizioni locali e di tutte le circostanze che possano influire sull'esecuzione dell'opera e comportando un preciso dovere di conoscenza a carico dell'appaltatore - dovere cui è correlata una altrettanto precisa responsabilità -, non può a maggior ragione essere considerata superflua, come è peculiare delle clausole di stile” (cfr. Cass., Sez. I, sent. n. 13734 del 18.09.2003);

4) “In tema di opere pubbliche, la clausola contrattuale con cui, riproducendo il contenuto dell'art. 1 d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, l'impresa dichiara di aver esaminato la situazione dei luoghi e di averne valutato i riflessi sull'esecuzione dell'opera, lungi dal costituire una mera clausola di stile o dal risolversi in un riconoscimento della remuneratività dei prezzi dell'appalto, si traduce in un'attestazione della presa di conoscenza delle condizioni locali e di tutte le circostanze che possono influire sull'esecuzione dell'opera; essa, pertanto, pone a carico dell'appaltatore un preciso dovere cognitivo, cui corrisponde una altrettanto

precisa responsabilità, determinando un allargamento del rischio, senza però comportare un'alterazione della struttura e della funzione del contratto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio” (cfr. Cass., Sez. I, Sent. n. 3932 del 18-02-2008);

5) “La funzione della dichiarazione di aver effettuato il sopralluogo è quella di precludere all'appaltatore contestazioni basate sull'asserita mancanza conoscenza dei luoghi e di ridurre al minimo le possibilità di modifiche contrattuali in sede di esecuzione, per cui l'onere posto a carico dell'impresa concorrente di visitare i luoghi dell'appalto prima di formulare la propria offerta è posto essenzialmente a garanzia dell'amministrazione, garanzia che tale dichiarazione, in quanto resa, viene comunque ad assolvere “ (cfr. T.a.r. Sicilia, Palermo, 27.3.2008 n. 398).

Pertanto alla luce di quanto sopra riportato non c'è dubbio che la doglianza della ricorrente sia da rigettare.

Ne' la situazione cambia alla luce della normativa piu' recente.

Invero l'art. 106, comma secondo, del D.P.R. 5-10-2010 n. 207 - Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» , pubblicato nella Gazz. Uff. 10 dicembre 2010, n. 288,207/10, così recita:

<<L'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico-estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le

circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto.>>

A sua volta il comma 1-bis del nuovo art. 46 D.Lgs. 12-4-2006 n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Comma aggiunto dal n. 2 della lettera d del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70) - così dispone:

“1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti...”.

Nessun dubbio, perciò, resta sulla legittimità della causa di esclusione contemplata dal Disciplinare di gara e, conseguentemente sulla esclusione dalla gara concretamente comminata alla ricorrente.

Ed invero lo stesso Consiglio di Giustizia amministrativa con Ordinanza n. 232/12, confermando l'Ordinanza n. 391/12 di questa Sezione e rigettando l'appello cautelare proposto dalla ricorrente, ha così motivato:

“ritenuto che il sopralluogo sul posto dove devono essere eseguiti i lavori è imposto dall'art. 106 c. 2 del regolamento di esecuzione del codice appalti”.

In conclusione il ricorso viene rigettato.

La novità e complessità della materia trattata consigliano la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di

Catania (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo
rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2012
con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Brugaletta, Consigliere, Estensore

Dauno Trebastoni, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2012

IL SEGRETARIO

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