

N. 00234/2013REG.PROV.COLL.
N. 01492/2012 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 numero di registro generale 1492 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ra Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento n. 11;

contro

Comune di Brindisi in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Trane, con domicilio eletto presso l'avv. Nathalie Lusi in Roma, via Flaminia n. 362;

Alfa Impianti s.n.c. in persona del legale rappresentante, in proprio e come capogruppo dell'associazione temporanea di imprese con Edil generali s.r.l. ed E.T. Engineering s.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Arturo Cancrini ed Anna D' Arpa, con domicilio eletto presso l'avv. Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli n. 13;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce

Sezione III, n. 00306/2012, resa tra le parti, concernente gara d'appalto per progettazione ed esecuzione di lavori di rigenerazione urbana e ristrutturazione area – mcp;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Brindisi e di Alfa Impianti s.n.c. come capogruppo di associazione temporanea di imprese ed in proprio;

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 20 novembre 2012 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Pellegrino, per delega dell'avvocato Gianluigi Pellegrino, Pasquale Trane, per delega dell'avvocato Francesco Trane, e Pierluigi Giammaria, per delega dell'avvocato Arturo Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, RA costruzione s.r.l. impugnava:

- la decisione adottata nella seduta del 24 giugno 2011 e comunicata con nota prot. n. 629 del 28 giugno 2011, con la quale la commissione di gara per l'appalto indetto dal Comune di Brindisi con riguardo all'area di Via del Mare ha escluso la stessa s.r.l. dalla gara medesima;

- la determinazione n. 243 del 6 luglio 2011, con la quale il responsabile del Settore affari generali e contratti del Comune di Brindisi ha aggiudicato in via definitiva la gara d'appalto all'associazione temporanea di imprese Alfa Impianti s.n.c. - Edil Generali s.r.l. - E.T. Engineering s.r.l.;

- i verbali della Commissione di gara, e, segnatamente, il verbale n. 6 del 26

maggio 2011, il verbale n. 7 e il verbale n. 8;

- il bando di gara ed il capitolato speciale;

- ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso.

La ricorrente chiedeva inoltre la conseguente declaratoria di aggiudicazione in proprio favore della ricorrente della gara ed il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittima attività amministrativa.

Il ricorso era affidato ai seguenti motivi:

A) violazione e falsa applicazione dell'art. 53 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del bando di gara e del capitolato speciale prestazionale; violazione del d.p.r. n. 554 del 1999; eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta; violazione dei principi generali in materia di pubblici appalti e, in particolare, del principio di proporzionalità; violazione della disciplina comunitaria; eccesso di potere per disparità di trattamento.

B) Violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del bando di gara.

La ricorrente formulava quindi le sopra richiamate conclusioni.

Si costituiva in giudizio l'aggiudicataria Alfa Impianti s.n.c. capogruppo dell'associazione temporanea di imprese con Edil generali s.r.l. ed E.T. Engineering s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso principale e proponendo ricorso incidentale, impugnando gli atti con i quali la commissione aveva ammesso temporaneamente la RA Costruzioni alla prosecuzione della gara escludendola poi con motivazione insufficiente, affidato alle seguenti censure:

C) violazione dell'art. 91, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 per mancato inserimento nel raggruppamento della figura del geologo (sotto altro profilo rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante); violazione delle regole sulla progettazione definitiva; violazione del bando e del disciplinare di gara (art. 3, p. 3.1, parte prima); violazione del capitolato

prestazionale d'oneri;

D) violazione degli artt. 91 e 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 per il mancato rilievo dell'assenza della dichiarazione di sub-appalto delle attività geologiche non strettamente riconducibili alla sola relazione geologica; violazione del bando di gara (art. 3 della parte terza "documentazione e informazioni" 3. Subappalto);

E) violazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006; violazione delle prescrizioni di legge speciale sul punto.

Con la sentenza in epigrafe, n. 731 in data 27 aprile 2012, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, Sezione III, respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

2. Avverso la predetta sentenza RA Costruzioni s.r.l. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 1492/12 (originariamente proposto avverso il dispositivo ed integrato da motivi aggiunti una volta pubblicata la sentenza) chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Brindisi chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio anche Alfa Impianti s.n.c., in proprio e come capogruppo dell'associazione temporanea di imprese con Edil generali s.r.l. ed E.T. Engineering s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo i motivi del ricorso incidentale, dichiarato improcedibile dal primo giudice.

Le parti si sono scambiate memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 20 novembre 2012.

DIRITTO

L'appello deve essere respinto non essendo condivisibili le critiche proposte nei confronti della sentenza di primo grado.

L'odierna appellante è stata esclusa dalla gara d'appalto di cui in narrativa

per non avere prodotto, a corredo dell'offerta, la relazione tecnica in cui dettagliare le migliorie proposte rispetto al progetto posto a base della gara richiesta dall'art. 5, lett. d.1., parte prima, ed art. 1, punto 1) pag. 19, parte seconda della "*lex specialis*".

L'impostazione della commissione di gara è stata condivisa dal primo giudice, che ha ritenuto essenziale ed assistita da comminatoria espressa d'esclusione la clausola di cui si discute.

Le conclusioni del primo giudice sono condivise dal Collegio.

Invero, non vi ha dubbio sul fatto che la normativa di gara imponesse la presentazione di una specifica relazione tecnica contenente il dettaglio delle migliorie offerte.

L'odierna appellante ha ritenuto che tale elaborato non abbia caratteristiche proprie e rientri sostanzialmente nella documentazione tecnica prevista in linea generale dagli artt. 25 e 25 del d. P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Sulla base di tale presupposto l'appellante afferma che il contenuto di tale elaborato potesse essere riportato all'interno della relazione generale, esplicativa del progetto, ma tale opinione non può essere condivisa.

Invero, la normativa di gara fa riferimento espresso ad una specifica relazione tecnica descrittiva delle migliorie proposte, sanzionando con l'esclusione dal procedimento la sua mancanza.

Il tema è adeguatamente specificato nella sentenza di primo grado nei termini seguenti: "*Con riguardo, anzitutto, al tema sub 1), va precisato che il bando di gara, all'art. 3, punto 3.1, prescriveva l'allegazione, nella busta "B", di una <<relazione tecnica [...] in cui siano dettagliate le migliorie proposte rispetto al progetto posto a base di gara. [...] Dovrà evidenziare i vantaggi delle soluzioni e degli accorgimenti introdotti in termini di miglioramento della funzionalità dell'opera o di parti della stessa, dei tempi di esecuzione [...] nonché di miglioramento dell'aspetto estetico [...]>>*".

8.1 Tale relazione tecnica era espressamente richiesta dalla *lex specialis* della procedura

a pena di esclusione -v. art. 5, lett. d.1, parte prima, e art 1, punto 1), pag. 19, parte seconda- e la sua mancata allegazione da parte della RA Costruzioni ne giustificava dunque, ex se, come correttamente ritenuto dalla Commissione, l'esclusione dalla gara. Ciò, a differenza di quanto previsto con riguardo alla mancanza o incompletezza degli elaborati esecutivi da allegare a supporto della predetta relazione -dedotta dalla ricorrente quanto all'offerta della controinteressata-, ipotesi per la quale il bando solo prevedeva l'assegnazione di zero punti alla miglior proposta (sicchè, l'impugnazione della RA sul punto dev'essere respinta; né il tema del punteggio zero per le migliori assumeva infine rilievo concreto, essendo quella dell'a.t.i. Alfa Impianti l'unica offerta rimasta in gara).”

Atteso che il Collegio condivide la tesi del primo giudice, deve essere affermato che la normativa della gara di cui si discute prevede la necessaria presentazione della relazione esplicativa delle migliori.

L'odierna appellante sostiene di avere, nella sostanza, adempiuto alle prescrizioni di gara avendo fornito il materiale esplicativo richiesto nel corpo della relazione prodotta a corredo dell'offerta complessiva, e che qualora la normativa di gara dovesse essere intesa nel senso restrittivo seguito dalla stazione appaltante e dal primo giudice la stessa dovrebbe essere dichiarata nulla per violazione dell'art. 46, comma primo bis, del d. lgs. 11 settembre 2008, n. 163, e del presupposto principio di proporzionalità, in base al quale *“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, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque*

nulle".

Ritiene il Collegio che la normativa della gara di cui ora si tratta non risulti irragionevolmente limitativa della partecipazione.

Deve essere osservato come la stazione appaltante ammettendo la presentazione di modifiche migliorative al proprio progetto di base avvii una fase di utile confronto per il raggiungimento, con il contributo dei concorrenti, del migliore risultato possibile, ma al tempo stesso introduca importanti elementi di incertezza circa il contenuto finale della prestazione, che deve risultare da dichiarazioni univoche di entrambe le parti; soprattutto, l'offerente deve assumere una chiara obbligazione, sulla quale non sorgano contestazioni in fase di esecuzione.

Inoltre, la presentazione di proposte migliorative complica la fase relativa al giudizio, nella quale deve essere considerato non solo il merito assoluto della proposta ma anche la sua compatibilità con il progetto di base predisposto dall'Amministrazione (art. 76 d. lgs. 11 settembre 2008, n. 163).

In tale quadro, le modalità di presentazione dell'offerta e delle proposte modifiche migliorative non costituiscono formalità inutili, ma costituiscono la "camicia" predisposta "*a priori*" per prevenire gli equivoci interpretativi che, come già sottolineato, possono verificarsi tanto in sede di valutazione delle offerte quanto in sede di esecuzione del contratto.

Giova sottolineare anche come lo stesso art. 46, comma primo bis, del d. lgs. 11 settembre 2008, n. 163, dia espresso rilievo alla comprensibilità dell'offerta, prevedendo l'esclusione della proposta in caso di incertezza assoluta del suo contenuto.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha preventivamente fornito alle imprese partecipanti un parametro minimo in base al quale valutare la comprensibilità dell'offerta, ed alla luce delle osservazioni appena esposte la normativa di gara non può essere qualificata irragionevolmente formalistica

ed inutilmente restrittiva della partecipazione.

E' probabilmente vero che il contenuto della proposta dell'odierna appellante poteva essere ricostruito; peraltro, la delicatezza della materia, e la necessità di prevenire i problemi applicativi sopra evidenziati ha suggerito alla stazione appaltante di imporre agli imprenditori partecipanti alla gara una specifica "lingua" ovvero modalità esplicativa delle proposte non illogicamente ritenuta necessaria, nel caso concreto, per rendere più agevole e trasparente la conduzione della gara e al gestione del contratto.

In tale quadro, non è in realtà comprensibile il motivo per il quale l'odierna appellante ha ritenuto di non assoggettarsi a tali prescrizioni, presentando la propria proposta espressa con una impostazione autonomamente determinata.

L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

Ogni ulteriore questione, ivi comprese quelle proposte in primo grado con ricorso incidentale dall'odierna appellata e riproposte nel presente grado, deve essere assorbita.

Le spese del grado, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello n. 1492/12, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento di spese ed onorari del giudizio, che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge, per ciascuna delle due controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2013

IL SEGRETARIO

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