

N. 03998/2014REG.PROV.COLL.
N. 10329/2011 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 10329 del 2011, proposto dalla s.r.l. Coest, rappresentata e difesa dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Rinascimento, 11;

contro

Il Comune di Vico del Gargano, rappresentato e difeso dall'avv.to Raffaele Irmici, con domicilio eletto presso il signor Matteo Barrea in Roma, via Centuripe, 33;

Favellato Claudio Spa, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ombrone, 12 Pal. B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 1244/2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento di lavori di

consolidamento e di messa in sicurezza di tratti di costa, in agro di Vico del Gargano, nonché una domanda di risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vico del Gargano e della s.p.a. Favellato Claudio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2014 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti l'avvocato Michele Di Donna, su delega dell'avvocato Valeria Pellegrino, l'avvocato Raffaele Irmici e l'avvocato Andrea Manzi, su delega dell'avvocato Aldo Loiodice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato all'albo pretorio in data 16 novembre 2009, il Comune di Vico del Gargano bandiva una gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'esecuzione di opere di consolidamento e messa in sicurezza dei tratti di costa interessati da dissesti in Località Monte Pucci e Postiglione in San Menaio.

All'esito della procedura, con la determinazione n. 47 dell'8 febbraio 2010, il responsabile unico del procedimento ne disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della s.p.a. Favellato Claudio (nel prosieguo 'Favellato').

2. Per ottenere l'annullamento della aggiudicazione e degli atti

connessi, la s.r.l. CO.E.ST., seconda in graduatoria, proponeva il ricorso n. 381 del 2010 al Tar Puglia – Sezione di Bari, chiedendo altresì la declaratoria di inefficacia del contratto se stipulato, nonché il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

L'impugnazione era rivolta, in particolare, avverso la mancata esclusione dell'offerta formulata dall'aggiudicataria, in quanto asseritamente in contrasto con le norme cogenti in materia di tutela della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

In via subordinata, poi, la ricorrente deduceva l'irrazionalità della valutazione delle offerte tecniche (segnalando l'esiguità del tempo utilizzato per pervenire all'attribuzione dei punteggi e la ritenuta sistematica penalizzazione della CO.E.ST., a tutto vantaggio della Favellato), nonché il difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa la Commissione giudicatrice in ordine alle verifiche di cui all'art. 38, terzo comma, del Codice dei Contratti pubblici.

Con successivo atto di motivi aggiunti, la ricorrente contestava infine la mancata esclusione della Favellato, stante la mancata dichiarazione da parte del Signor Claudio Favellato delle dichiarazioni di cui all'art. 38, primo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Si costituiva in giudizio il Comune di Vico del Gargano, deducendo l'infondatezza del ricorso nonché, con particolare riguardo all'atto di motivi aggiunti, l'inammissibilità dello stesso.

Si costituiva altresì la società Favellato, contestando parimenti la

fondatezza del gravame ed interponendo altresì ricorso incidentale, volto ad ottenere l'esclusione della CO.E.ST. dalla gara.

3. All'esito del giudizio, con la sentenza n. 1244/2011, il Tribunale adito:

- respingeva il ricorso introduttivo ritenendolo “*manifestamente infondato*”, sul rilievo per cui le valutazioni tecniche di natura discrezionale espresse dalla stazione appaltante sarebbero state esenti dai profili di erroneità, illogicità e sviamento dedotti da CO.E.ST., la quale, peraltro, non avrebbe fornito adeguato supporto probatorio alle proprie argomentazioni;

- respingeva altresì il ricorso per motivi aggiunti, reputando che il Signor Favellato non fosse “*munito di poteri generali e continuativi di gestione tali da farlo assimilare ad un amministratore della società*”;

- dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

4. Avverso tale decisione la CO.E.ST. ha quindi interposto l'appello in esame, chiedendone la riforma.

Si sono costituiti in giudizio, chiedendo il rigetto dell'impugnativa, sia il Comune di Vico del Gargano sia la società Favellato, la quale non ha riproposto le doglianze formulate in primo grado con il ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con i primi due motivi di appello, che possono essere esaminati congiuntamente stante la loro sostanziale unicità logica, CO.E.ST.

deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha ritenuto insindacabili i giudizi tecnici formulati dalla Commissione di gara, pur trattandosi di valutazioni asseritamente affette da illogicità, irrazionalità ed inattendibilità.

L'appellante ribadisce, al riguardo, che l'utilizzo di 'perforatrici montate' su piattaforma aerea, a sua volta montata sul braccio della gru/carrello elevatore MRT 2150, violerebbe cogenti norme legislative e regolamentari a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro e, conseguentemente, la *lex specialis*, che ha sanzionato con l'esclusione le offerte in contrasto con norme inderogabili e di ordine pubblico (art. 2, lett. d, del Disciplinare di gara).

Essa sostiene, poi, di aver puntualmente corroborato le proprie argomentazioni allegando la scheda tecnica della citata gru, nonché una specifica perizia attestante che il mezzo in questione non potrebbe essere impiegato con le modalità proposte in sede di gara dalla Favellato.

L'appellante sottolinea, infine, l'esiguità del tempo impiegato per l'esame delle offerte, la diversa considerazione a suo danno di elementi identici a quelli proposti dall'aggiudicataria, nonché l'erronea attribuzione, in favore della Favellato, del massimo punteggio in applicazione di alcuni sub criteri.

2. L'articolata doglianza così riassunta non può essere condivisa e va respinta.

3. Ed invero, con riguardo al primo profilo di censura, osserva il collegio come la CO.E.ST si sia limitata sia nel primo che nell'odierno

grado del giudizio a formulare contestazioni sostanzialmente apodittiche nei confronti delle valutazioni tecnico-discrezionali (di per sé insindacabili) effettuate nel corso del procedimento, con deduzioni per di più smentite dagli accertamenti svolti in cantiere durante lo svolgimento dei lavori.

Inoltre, la perizia giurata, depositata in giudizio dalla Favellato, corrobora la legittimità della valutazione dell'Amministrazione in ordine alla piena conformità dell'offerta dell'aggiudicataria alla normativa di cui l'appellante deduce la violazione, tenuto conto della composizione geologica del suolo sul quale è stato previsto l'ancoraggio dell'elevatore MRT 2150, della prevista sistemazione del suolo medesimo (mediante compattamento e livellamento), nonché dell'effettiva portata del cestello e degli spazi necessari per l'installazione del mezzo.

Tali circostanze non risultano oggettivamente smentite, ciò che rende il rilievo in esame sostanzialmente insussistente, come correttamente osservato dal primo giudice.

In merito, poi, al dedotto difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa la Commissione di gara in ragione dell'esiguità del tempo impiegato per l'esame delle offerte, va osservato come - per la costante giurisprudenza - *“nelle controversie in materia di appalti pubblici è da escludere che possa essere addotta a indice di illegittimità dell'operato del seggio di gara la pretesa inadeguatezza dei tempi impiegati per l'esame delle offerte”* (Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1871).

Sotto tale profilo, a meno che non siano dedotti specifici ulteriori

elementi da cui possa evincersi la superficialità delle valutazioni effettuate nel corso della seduta, si deve osservare che la brevità dei lavori può essere la risultante di particolari doti, anche di sintesi, dei componenti della commissione, della adeguatezza della organizzazione dei suoi lavori, ovvero della rilevazione a volte ictu oculi delle peculiari caratteristiche dei progetti presentati.

Quanto, infine, all'asserita attribuzione in danno di CO.E.ST. ed a vantaggio di Favellato di punteggi per singoli sub criteri, anche sotto tale profilo va osservato come, nel caso di gare aggiudicate – quale quella di cui trattasi – secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione della qualità delle offerte costituisce una tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui è titolare la Commissione di gara che, in quanto tale, è sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di manifesta irrazionalità, assoluta incongruenza o macroscopica erroneità.

E, nella specie, non si rinviene alcuna delle suddette ipotesi che possa giustificare la richiesta riforma della sentenza di primo grado, che il Collegio viceversa sul punto condivide appieno.

4. Con ulteriore motivo di appello, CO.E.ST. deduce l'erroneità della gravata sentenza nella parte in cui, respingendo le censure contenute nell'atto di motivi aggiunti notificato in data 2 luglio 2010, ha affermato che il Signor Claudio Favellato non era tenuto a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, primo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

L'appellante sostiene, al riguardo, che a mezzo dell'atto pubblico rep.

n. 70207 racc. n. 18861 del 26 gennaio 2007, il Signor Favellato era stato viceversa investito della rappresentanza della società nonché, in via generale e continuativa, di poteri decisionali e gestionali.

Sul punto, il Comune di Vico Gargano ha peraltro riproposto l'eccezione di inammissibilità formulata in prime cure, sottolineando come la censura ben si sarebbe potuto dedurre con il ricorso introduttivo del giudizio, posto che l'esistenza della procura era già nota alla data del 21 maggio 2010.

5. Attesa l'infondatezza del motivo d'appello, si può prescindere dall'eccezione di tardività così formulata.

6. Ed invero, come da ultimo è stato chiarito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione 16 ottobre 2013 n. 23, il procuratore speciale *“finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama”* l'art. 38, primo comma, del D.Lgs. n. 163 del 2006, quando sia munito *“di poteri decisionali di peculiare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti che, per sommatoria, possono configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori”*, poiché in tale caso *“da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma primo, c.c. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti”*.

In altri termini, il procuratore deve rendere le dichiarazioni di cui trattasi allorquando, sulla base dei poteri concretamente conferitigli, possa impegnare la volontà della società al pari di un amministratore della stessa.

Ciò posto, nel caso di specie, dalla lettura della procura di cui al citato atto pubblico in data 26 gennaio 2007, non emerge affatto che il Signor Favellato sia titolare di *“poteri decisionali di peculiare ampiezza”* tanto da renderlo paragonabile ad un amministratore.

Invero, egli può eseguire in modo generico attività *“tecniche, operative ed amministrative”* relativamente ad *“appalti già aggiudicati ed in corso di esecuzione e che saranno aggiudicati”*, ma non determinare egli stesso la partecipazione a gare d'appalto, difettando quindi di quei *“poteri decisionali di peculiare ampiezza..... che per sommatoria, possono configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori”*

Pertanto, le richiamate attività che possono essere eseguite dal Signor Favellato in virtù della procura conferitagli, riguardate sia singolarmente che nel loro complesso, non risultano tali da poter ragionevolmente far assurgere quest'ultimo ad *“amministratore di fatto che assomma in sé anche il ruolo di rappresentante”* della società.

Da qui l'infondatezza anche della censura in esame.

7. Per quanto sopra esposto, l'appello si appalesa infondato e, come tale, da respingere, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

8. Attesa la peculiarità della controversia, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 10329 del 2011, come in

epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del secondo grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2014

IL SEGRETARIO

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