

N. 00416/2016REG.PROV.COLL.

N. 04459/2015 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 numero di registro generale 4459 del 2015, proposto da:

Gugliucciello Costruzioni in proprio e Capogruppo Mandataria Rti, Rti Soc.Gorrasi Cost. Srl, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Brancaccio in Roma, Via Taranto n. 18;

contro

Comune di Agropoli, in nome del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. A. Placidi in Roma, Via Cosseria n.2;

nei confronti di

Società Russo Costruzioni S.a.s. di Russo Geom.Vincenzo, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Lenza in Roma, Via XX Settembre n.98/E;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00734/2015, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di completamento e rifunzionalizzazione della rete fognaria comunale di collegamento - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Agropoli e di Società Russo Costruzioni Sas di Russo Geom.Vincenzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2015 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, Lorenzo Lentini e Marcello Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Gugliucciello Costruzioni s.r.l. in proprio e Capogruppo Mandataria Rti, Rti Soc.Gorrasi Cost. s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore di Russo Costruzioni s.a.s. del contratto, con importo a base d'asta pari a 7.869.035,66 euro, avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di completamento e rifunzionalizzazione della rete fognaria di collegamento.

Aggiudicazione disposta dal comune di Agropoli con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediata dal confronto a coppie.

A fondamento del gravame, cumulativamente proposto con la domanda di risarcimento danni, la ricorrente, seconda classificata nella graduatoria finale di gara, ha dedotto la plurima violazione della *lex specialis* sotto diversi profili ciascuno comportante l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria che:

- avrebbe indicato nell'offerta la figura del progettista benché l'appalto avesse ad oggetto la sola esecuzione delle opere;
- avrebbe omesso di presentare l'offerta migliorativa per due dei tre tratti di rete fognaria;
- avrebbe allegato all'offerta tecnica il computo metrico estimativo violando il principio di segretezza dell'offerta economia.

Da ultimo, la stazione appaltante avrebbe violato il principio di concentrazione delle operazioni di gara e di custodia dei plichi contenenti le offerte.

Si costituivano in giudizio il comune di Agropoli e l'aggiudicataria che, a sua volta, spiegava ricorso incidentale escludente deducendo le carenze progettuali delle offerte migliorative presentate dalla ricorrente, ostante alla sua partecipazione alla gara.

Il Tar, in espressa esecuzione del criterio dettato da Cons. St. ad plen n. 9 del 2014, scrutinava in via prioritaria il ricorso incidentale c.d. escludente, ritenendolo fondato e dichiarava inammissibile quello principale.

Affermava che le varianti migliorative proposte dal RTI ricorrente non raggiungevano il livello di approfondimento tecnico richiesto dal bando ed assorbiva le residue censure.

Appella la sentenza Gugliucciello Costruzioni s.r.l. in proprio e Capogruppo Mandataria Rti, Rti Soc.Gorrasi Cost. s.r.l.. Resistono il comune di Agropoli e l'aggiudicataria riproponendo i motivi di censura dedotti nel ricorso incidentale assorbiti.

Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2015 la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

Oltre a riproporre le censure dedotte con l'atto introduttivo non esaminate nel giudizio di primo grado, l'appellante lamenta l'errore in cui sarebbe incorso il Tar laddove ha accolto il ricorso incidentale escludente, proposto dalla controinteressata aggiudicataria, per un'omissione non affatto prevista dalla *lex specialis*.

In particolare con specifico riguardo all'offerta migliorativa il disciplinare di gara, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, non avrebbe prescritto che le proposte migliorative "dovessero avere un medesimo livello di dettaglio corrispondente al progetto esecutivo".

Il motivo d'appello è fondato.

Costituisce principio consolidato, da cui non sussistono giustificati motivi per qui discostarsi, recepito positivamente dal codice dei contratti pubblici, che le cause d'esclusione, oltre a dover essere tipiche e tassative, devono essere espressamente previste dalla *lex specialis* e dalla legge (cfr. art. 46 d.P.R. n. 163/2006).

Viceversa, il Tar, estrapolando singole prescrizioni contenute nella *lex specialis*, avulse dal contesto normativo entro le quali si collocano, ha ricostruito in via induttiva un requisito di ammissione relativo alla proposta progettuale contenente le miglorie di cui non v'è traccia nel capitolato né nel disciplinare di gara.

Annettendovi per giunta (*iussu iudicis*) la sanzione dell'esclusione dalla gara.

Anche a voler accedere all'indirizzo attinto dai giudici di prime cure, inteso a privilegiare l'interesse sostanziale sotteso ad una prescrizione *aliunde* rinvenibile al di là della *littera legis*, le proposte migliorative presentate dalla ricorrente principale, conformemente alla loro natura, hanno avuto ad oggetto gli elementi di valutazione già previsti (in dettaglio) dalla *lex specialis*. In caso contrario, portando alla logiche conseguenze il ragionamento seguito dal Tar, che le ha parificate quanto ad approfondimento tecnico al progetto esecutivo posto a base di gara, ove avessero avuto ad oggetto elementi diversi da quelli indicati nel disciplinare, le proposte migliorative avrebbero assunto (almeno in astratto) la natura e la consistenza di varianti progettuali non affatto consentite: esse sì costituenti espressa causa d'esclusione.

Conclusivamente sul punto, il motivo d'appello è fondato sì da consentire la cognizione dei motivi d'appello già proposti in primo grado con il ricorso avverso l'aggiudicazione.

La cui infondatezza consente di prescindere dall'esame dell'appello incidentale riproposto dall'aggiudicataria relativamente alla censure assorbite dal Tar campano con la sentenza appellata.

Un dato di fatto merita in premessa di essere sottolineato: il criterio d'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato mediato dal sistema del confronto a coppie.

Vale a dire mediante una metodologia (cfr. Allegato G del d.P.R. 207/2010) che non permette di individuare la migliore offerta in assoluto ma soltanto quella che in confronto con le altre si rileva essere la migliore.

La valutazione, afferendo ad un giudizio di valore relativo, ha ad oggetto la qualità dell'opera.

A corollario consegue che al confronto a coppie non è applicabile alcun automatismo procedimentale (cfr. la c.d. proprietà transitiva) e, per quel che qui più rileva, non è consentito scindere le valutazioni dall'ambito (relativo e specifico) del confronto entro cui esse sono espresse.

Viceversa il nucleo fondante l'appello, dedotto nel secondo motivo, trascura il criterio di valutazione.

Lamenta che l'offerta migliorativa presentata dall'aggiudicataria avrebbe avuto ad oggetto solo due dei tre tratti di rete fognaria indicati nel disciplinare, postulandone l'esclusione dalla gara o, in alternativa, la mancata attribuzione di alcun punteggio per l'offerta tecnica.

In realtà il completamento della rete fognaria è solo uno dei quattro *sub*-criteri in cui si articola l'attribuzione di 45 punti previsti dal disciplinare per (la voce unitaria) "messa in sicurezza di strade, opere complementari fornitura di mezzi".

Voce che – va sottolineato – inerendo ad un parametro unitario del confronto a coppie, riguardante la qualità progettuale complessiva, non è suscettibile di essere frazionata nei singoli addendi che la compongono.

A sua volta, la valutazione sottesa all'attribuzione del relativo punteggio non può essere contestata e sindacata in assoluto, prescindendo dall'ambito proprio del confronto a coppie entro cui è espressa in termini (necessariamente) relativi sulla *qualità complessiva* dell'offerta migliorativa.

Al contrario: il motivo in esame qualifica erroneamente il *sub*-criterio sul completamento della rete fognaria quale autonomo criterio per valutare in termini assoluti la *quantità delle opere* migliorative progettate, sì da disattendere sia la logica del metodo di valutazione impiegato che le previsioni espressamente dettate sul punto dal disciplinare di gara.

Anche i residui motivi d'appello sono infondati.

Il primo motivo s'incentra sull'indicazione contenuta nell'offerta dell'aggiudicataria della figura del progettista non prescritta dal bando.

A tacer d'altro, l'indicazione, ancorché superflua, non integra nessuna causa di esclusione né altera la *par condicio* fra offerenti.

Né sussiste la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica.

Il computo metrico è stato allegato all'offerta tecnica senza l'indicazione dei prezzi in modo tale da non consentire alla Commissione di gara di risalire all'importo economico su cui era ragguagliata l'offerta economica.

Ad analoga conclusione si deve giungere per quanto riguarda la denunciata violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara e di conservazione dei plichi contenenti le offerte.

La concentrazione delle operazioni di gara è un principio la cui precettività va valutata in concreto, in ragione di tutti i fattori che governano la dinamica del confronto concorrenziale.

Nel caso in esame il termine di 40 giorni tra le sedute della Commissione di gara, in relazione al tipo di gara, al metodo di valutazione impiegato ed al numero delle imprese partecipanti, pare congruo ove si tenga in debita considerazione l'impegno non esclusivo cui sono chiamati i membri della Commissione, ordinariamente occupati in altre attività di lavoro. In aggiunta l'appellante non ha allegato alcun elemento di fatto da cui inferire, nemmeno in via ipotetica, che il lasso di tempo trascorso (di 40 giorni fra le sedute) sia *ex se* sintomo di alcuna anomalia inficiante la legittimità degli atti adottati dalla Commissione.

Alla medesima stregua, la violazione del dovere di conservare integro e segreto il materiale concorsuale è denunciata in astratto.

L'infondatezza dell'appello principale consente di prescindere dalla cognizione dell'appello incidentale divenuto improcedibile.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite individuabili nella parziale e reciproca soccombenza delle parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
definitivamente pronunciando sugli appello, come in epigrafe proposto,
accoglie in parte l'appello principale e, per l'effetto, respinge il ricorso.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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