

N. 03807/2014REG.PROV.COLL.
N. 01645/2013 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 1645 del 2013, proposto dalla società Edil Alta s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso l'avvocato Silvia Guicciardi in Roma, via Germanico n. 146;

contro

Acea s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Mirabile, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Borgognona n. 47;

nei confronti di

Impec Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. costituita con le imprese Siemens s.p.a., R.D.R. s.r.l. e Paolo De Luca Costruzioni Generali s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe

Abenavoli, con domicilio eletto presso l'avvocato Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio – Roma - Sezione II *ter*, n. 9655 del 21 novembre 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Acea s.p.a. e di Impec Costruzioni s.p.a.;

Viste le memorie difensive e di replica depositate dalla società ricorrente (in data 6 giugno 2014) e dalla società Acea (in data 6 e 13 giugno 2014);

Vista la produzione documentale depositata dall'appellante in data 3 giugno 2014;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Nardelli e Calamita su delega dell'avvocato Mirabile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara concernente l'affidamento della progettazione e l'esecuzione dei lavori di adeguamento del depuratore "Scoppio" - gestito dalla società Acea nel comune di Monterotondo - culminata nell'aggiudicazione alla

società Impec Costruzioni (in prosieguo ditta Impec, cfr. determinazione n. 115/A2 del 29 marzo 2010).

1.1. Nel corso della gara, cui hanno partecipato nove imprese, due di queste (fra cui l'odierna appellante società Edil Alta s.r.l., in prosieguo ditta Edil), sono state escluse perché <<...in violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara, hanno prodotto, nel plico contenente i documenti amministrativi, la documentazione relativa all'ELEMENTO n. 4 "Garanzia prestazionale del comparto a membrane" facente parte dell'offerta tecnica; tale esclusione è disposta in virtù dei più generali principi di segretezza delle offerte e par condicio tra i concorrenti, che impongono di garantire alla futura Commissione giudicatrice di operare nella più assoluta imparzialità e senza condizionamento proveniente dalla conoscenza di informazioni di natura tecnica, in una fase antecedente all'apertura di tutti i plichi da sottoporre a valutazione>> (cfr. verbale in data 14 ottobre 2009 per atto notarile Mattiangeli n. rep. 115651, comunicato con nota prot. n. 1386 in data 19 ottobre 2009).

1.2. Giova fin da ora sintetizzare il contenuto, *in parte qua*, della legge di gara (indetta con bando pubblicato in data 31 luglio 2009):

a) la stazione appaltante ha stabilito che fra gli elementi essenziali dell'offerta tecnica vi fosse la c.d. "garanzia prestazionale del comparto a membrane", assegnando a tale elemento 10 punti sui 40 riservati alla parte tecnica dell'offerta; conseguentemente ha stabilito che, a pena di esclusione, tale elemento – denominato Elemento n. 4 (gli altri elementi dell'offerta tecnica sono stati il n. 2 relativo al valore tecnico dell'impianto MBR, e il n. 3, relativo al valore tecnico del servizio) – fosse inserito in un plico autonomo posto all'interno di

quello più ampio destinato ad ospitare l'intera offerta tecnica (cfr. artt. 16 e 17.1.2. del bando);

b) l'art. 11 del medesimo bando ha enumerato i tipi di garanzie richieste e, fra l'altro, ha puntualmente richiamato la "garanzia prestazionale del comparto membrane" specificandone la disciplina e rinviando per i dettagli all'art. 5 del capitolato; a fianco di tale previsione il medesimo articolo ha contemplato le ordinarie garanzie a corredo dell'offerta, dell'esecuzione del contratto, dei danni;

c) a sua volta il disciplinare di gara ha puntualizzato le modalità di prestazione delle garanzie di cui al punto 11 del bando riferendosi alle garanzie contemplate dall'art. 75 del codice dei contratti (ovvero quelle inerenti ai requisiti generali); ha stabilito, inoltre, che il plico generale spedito dai concorrenti doveva contenere 4 autonome buste separate, fra cui la n. 1 riservata ai documenti a corredo della offerta, la busta recante l'offerta tecnica, quella recante l'offerta economica e, infine, quella contenente i giustificativi (cfr. art. 1, pagine 1 e 2, e art. 2, pagina 4);

d) la documentazione a corredo dell'offerta nel suo complesso - ovvero quella volta a dimostrare l'esistenza dei requisiti generali all'atto della proposizione della domanda - è stata elencata dall'art. 17.2. del bando che alla lettera e) si è riferito <<alla garanzia a corredo dell'offerta di cui al punto 11 del bando>>, ovviamente intendendosi per tali le garanzie diverse da quella c.d. "prestazionale" costitutiva invece dell'offerta tecnica.

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. per il Lazio – Roma - Sezione II *ter*,

n. 9655 del 21 novembre 2012 –:

- a) ha respinto con dovizia di argomenti tutte le doglianze avverso il provvedimento di esclusione e la legge di gara;
- b) ha dichiarato tardive le censure ulteriori dedotte con il secondo atto di motivi aggiunti (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
- c) ha dichiarato inammissibile l'impugnativa dell'aggiudicazione definitiva;
- d) ha regolamentato le spese di lite secondo il criterio della soccombenza.

3. Con ricorso ritualmente notificato (in data 20 febbraio 2013) e depositato (in data 6 marzo 2013), la ditta Edil ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza deducendo quanto segue:

- a) con il primo e secondo mezzo (pagine 8 – 13 dell'atto di appello), lamenta l'erroneità della sentenza la dove sarebbe incorsa nella medesima incompienza della stazione appaltante ritenendo che la "garanzia prestazionale" non fosse scindibile in più parti, e che l'impegno fideiussorio in senso stretto non dovesse essere inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa bensì nel plico autonomo relativo all'Elemento n. 4 - posto all'interno della busta relativa all'offerta tecnica nel suo complesso - destinato a racchiudere le rimanenti parti della "garanzia prestazionale" (ovvero i termini contrattuali e la durata della garanzia); si duole, inoltre, del carattere perplesso delle clausole, della violazione del chiarimento fornito dalla stazione appaltante, dell'inesistenza della sanzione

- dell'esclusione per la mancata allegazione dell'impegno fideiussorio;
- b) con il terzo mezzo (pagine 13 – 16 dell'atto di appello), si contesta che l'inserimento della polizza fideiussoria relativa alla “garanzia prestazionale” tra i documenti a corredo dell'offerta abbia determinato la violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica e della *par condicio*; si assume la sproporzione del mezzo rispetto al fine avuto di mira e la conseguente illegittimità della clausola;
- c) con il quarto mezzo (pagine 16 – 20 dell'atto di appello), infine, si ribadisce il carattere oscuro ed ambiguo delle clausole di gara, la necessità di una interpretazione favorevole all'ammissione più ampia possibile dei concorrenti nonché della eventuale disapplicazione della legge di gara, la carenza di motivazione del provvedimento di esclusione, l'inesistenza della violazione del principio di segretezza delle offerte;
- d) con il quinto mezzo (pagina 20 dell'atto di appello), si contrasta la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione dell'aggiudicazione;
- e) con il sesto mezzo (pagine 20 – 22 dell'atto di appello), si ripropone la domanda risarcitoria.
4. Si è costituita Acea eccependo l'infondatezza dell'appello in fatto e diritto.
5. Si è costituita in data 13 marzo 2013 la ditta Impec eccependo l'irricevibilità e l'infondatezza del gravame.
6. Le parti hanno meglio illustrato le proprie difese con le memorie indicate in epigrafe; la ditta Edil ha effettuato deposito documentale

in data 3 giugno 2014.

7. All'udienza pubblica del 24 giugno 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello proposto dalla ditta Edil è infondato e deve essere respinto nel merito; tanto esime il Collegio dall'esaminare le questioni di tardività dell'appello e di ammissibilità della produzione documentale effettuata dalla ricorrente per la prima volta in appello.

8.1. I primi quattro mezzi di gravame, in quanto intimamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

8.1.1. I mezzi sono tutti infondati sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

a) la gara in contestazione non è disciplinata dal d.l. n. 70 del 2011 che, novellando l'art. 46 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione a valere per le procedure selettive indette successivamente al 14 maggio 2011 (cfr. sul punto Cons. St., Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.);

b) le clausole costitutive della legge di gara, *in parte qua*, hanno univocamente imposto a pena di esclusione che la c.d. "garanzia prestazionale", in quanto elemento essenziale dell'offerta tecnica, venisse inserita in apposito plico separato da quello contenente la documentazione amministrativa che, come noto, viene scrutinata per prima nella sub fase procedurale dedicata all'accertamento, in capo ai concorrenti, dei requisiti generali (cfr. sul punto Ad. plen. n. 9 del

2014 cit.);

c) in sede di chiarimenti resi in occasione del c.d. *ruling* contrattuale, la stazione appaltante ha ribadito che la “garanzia prestazionale” fa parte dell’Elemento n. 4 e conduce all’assegnazione del punteggio tecnico, senza in alcun modo autorizzarne lo scomponimento in più parti e l’inserimento nella busta n.1 della polizza in senso proprio;

d) le clausole della legge di gara che hanno disciplinato la prestazione della “garanzia prestazionale” sono univoche, non sono sindacabili dal giudice amministrativo, non hanno introdotto prescrizioni abnormi e, soprattutto, sono finalizzate a presidiare in concreto il principio generale, in materia di appalti, relativo alla segretezza delle offerte (tecniche ed economiche) rispetto alla conoscibilità anticipata durante la fase preliminare deputata alla verifica dei requisiti generali tramite il riscontro dei documenti amministrativi immessi nella pertinente autonoma busta; si evidenzia, sul punto, che ben sette imprese su nove non hanno dato corso alla vietata commistione di elementi dell’offerta tecnica ed elementi della documentazione amministrativa generale;

e) l’esclusione della ditta Edil è un atto dovuto e dunque non necessita di un particolare apparato motivazionale; comunque, nella specie, la stazione appaltante ha ampiamente giustificato il provvedimento;

f) anche prima della menzionata novella recata dal d.l. n. 70 del 2011 all’art. 46 del codice dei contratti pubblici, “il potere di soccorso” della stazione appaltante non consente la sanatoria della forma

omessa ove tale adempimento sia previsto a pena di esclusione dalla legge di gara (cfr. sul punto Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.).

8.2. Avuto riguardo al quinto e sesto motivo di appello è sufficiente rilevare che dalla assodata legittimità della procedura di gara e del provvedimento di esclusione consegue l'inammissibilità della domanda di annullamento dell'aggiudicazione ed il rigetto di quella risarcitoria formulata nel presupposto della lesione *contra ius* degli interessi legittimi incisi dai contestati provvedimenti.

9. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello proposto dalla ditta Edil.

10. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello proposto dalla società Edil Alta s.r.l. e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

b) condanna la società ricorrente a rifondere in favore delle società Acea s.p.a. e Impec Costruzioni s.p.a. le spese e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno
2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2014

IL SEGRETARIO

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