N. 02609/2015REG.PROV.COLL.

N. 00641/2015 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 641 del 2015, proposto dalla Gica Costruzioni del Geom. Giuseppe Catapano, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicolò Mastropasqua, con domicilio eletto presso l'avvocato Piero Lorusso in Roma, largo Messico, n. 7;

contro

la Provincia di Lecce, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Testi, con domicilio eletto presso la signora Maria Antonietta Capone in Roma, via Giuseppe Donati, n. 115 c/ F.Rosci;

nei confronti di

la Ditta Pandone Marcello, rappresentato e difeso dall'avvocato Santo Palmisano, con domicilio eletto presso il sig. Giuseppe Pecorilla in Roma, via della Scrofa, n. 64;
Abilo S.r.l., Socev S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Sezione staccata di Lecce, Sez. II, n. 265/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento di lavori di ristrutturazione ed adeguamento normativo del corpo laboratori dell'I.p.s.i.a. "Marconi" di Lecce.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lecce e della Ditta Pandone Marcello;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti l'avvocato Nicolò Mastropasqua, l'avvocato Luigi Paccione su delega dell'avvocato Francesca Testi, e l'avvocato Felice Lorusso su delega dell'avvocato Santo Palmisano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La ditta GICA Costruzioni del Geom. Giuseppe Catapano:

- ha preso parte con esito sfavorevole alla gara indetta dalla Provincia di Lecce per l'appalto di lavori di ristrutturazione e adeguamento normativo del corpo laboratori dell'I.P.S.I.A. "Marconi" di Lecce, conclusasi con aggiudicazione definitiva alla ditta Pandone Marcello mediante determinazione n. 112 del 13 novembre 2014 del servizio Appalti ed Espropri della Provincia;

- con ricorso al T.A.R. per la Puglia impugnava, oltre l'aggiudicazione, l'ammissione alla procedura della concorrente Abilo s.r.l., deducendo la nullità del contratto di avvalimento stipulato dalla medesima con la s.r.l. Socev, e impugnava, altresì, la valutazione dell'offerta presentata dalla stessa soc. Abilo e la graduatoria finale di gara.

In via subordinata veniva domandato il risarcimento dei danni per equivalente.

La ricorrente deduceva a fondamento del ricorso che la concorrente s.r.l. Abilo sarebbe dovuta essere esclusa dalla procedura, per violazione dell'art. 49, comma 2, lett. a), c), d) ed f) del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88, comma 1, lett. a) e c) del d.P.R. n. 207/2010, poiché l'oggetto del contratto di avvalimento da questa concluso non sarebbe stato determinato, e, inoltre, poiché tale contratto non sarebbe stato riprodotto nella dichiarazione resa dall'ausiliaria alla Stazione appaltante.

L'esclusione della soc. Abilo avrebbe comportato il ricalcolo della soglia di anomalia e la conseguente aggiudicazione definitiva in favore di essa ricorrente.

Resistevano all'impugnativa la Provincia di Lecce e l'aggiudicataria ditta Pandone Marcello.

2 Il Tribunale adìto, trattenuta la causa in decisione alla camera di consiglio del 15 gennaio 2015 ai sensi dell'art. 60 C.P.A., con la sentenza n. 265/2015 in epigrafe respingeva il ricorso.

3 Seguiva contro tale decisione la proposizione del presente appello alla Sezione da parte della soccombente, che riproponeva le proprie censure di legittimità e contestava le argomentazioni con cui queste erano state disattese dal primo Giudice.

Resistevano all'impugnativa anche in questo nuovo grado la Stazione appaltante e l'aggiudicataria, deducendone l'infondatezza.

L'appellante con successiva memoria replicava alle obiezioni avversarie, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

L'aggiudicataria presentava uno scritto di replica.

Alla pubblica udienza del 16 aprile 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

4 L'appello deve essere respinto, in quanto la sentenza impugnata va confermata con diversa motivazione.

5 Il bando con il quale è stata indetta la procedura oggetto di controversia è stato pubblicato il 1° agosto del 2014.

La relativa gara è perciò soggetta *ratione temporis* alla disciplina innovativa introdotta dall'art. 39, commi 1 e 2, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, dal momento che il comma 3 dello stesso articolo dispone, appunto, che «*Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto*»

In particolare, si rivela applicabile alla controversia il periodo conclusivo del comma 1 dell'art. 39 cit., ossia del comma 2-bis da questo introdotto nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale «*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*».

6 Va sottolineato che il caso in esame ricade appieno nella fattispecie astratta delineata dalla disposizione appena trascritta.

Come si è già esposto, la ricorrente contesta la legittimità dell'ammissione della concorrente Abilo alla gara, domandandone l'esclusione, al solo scopo di ottenere, con l'espunzione della sua offerta, un ricalcolo della soglia di anomalia grazie al quale l'aggiudicazione non spetterebbe più alla ditta Pandone Marcello, ma ad essa GICA Costruzioni.

Orbene, questa articolata deduzione è preclusa dalla norma in esame, che comporta appunto che la «*variazione*» che la ricorrente persegue - contestando la legittimità dell'ammissione alla gara della soc. Abilo - non potrebbe portare in alcun modo ad una rideterminazione della soglia di anomalia che ha condotto ad aggiudicare la gara alla ditta Pandone, e quindi non potrebbe porre in discussione la validità dell'aggiudicazione che costituisce l'oggetto principale del gravame.

7 La novità disposta dal citato comma 2-bis induce però la Sezione ad intrattenersi specificamente sull'ampiezza del suo campo di applicazione.

Occorre sottolineare che, benché la previsione sia stata immessa dal legislatore nel testo dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, essa è applicabile anche nei casi in cui non sia in questione la carenza di uno dei requisiti elencati nello stesso articolo, ma qualunque altra potenziale ragione di esclusione di un concorrente.

Il testo della innovativa disposizione esibisce, infatti, una portata ben più vasta dell'elenco di cause ostative contenuto nell'articolo in cui essa per ragioni contingenti è stata inserita: esso ha la natura di una «norma generale», in quanto si riferisce ad "*Ogni variazione che intervenga … successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*". E tale frase ha una autonoma portata precettiva rispetto ai periodi precedenti dello stesso comma.

L'applicabilità della regola generale – sinteticamente definibile quale «principio di stabilità della soglia di anomalia, una volta terminata in sede amministrativa la "*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte"*» - si desume anche dal disposto del comma 1-ter dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006, pure in esso inserito dal medesimo art. 39 d.l. n. 90/2014, il quale puntualizza che il comma 2-bis dell'art. 38 si applica «*a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara*».

Pertanto, pur se l'attuale ricorrente ha dedotto che la soc. Abilo è stata ammessa illegittimamente per violazione del principio di determinatezza dell'oggetto dell'avvalimento (e non per la violazione delle regole sostanziali contenute nell'art. 38 cit), va affermata in questa sede l'applicabilità al caso concreto della previsione di chiusura del nuovo comma 2-bis.

8. Non risulta poi fondata la tesi sostenuta dall'appellante nel corso dell'udienza di discussione, secondo la quale la disposizione innovativa sopra riportata si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali affermati dagli artt. 24 e 113 Cost. sulla indefettibilità della tutela giurisdizionale e sulla impossibilità che tale tutela sia «*esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione*».

La regola generale introdotta nell'art. 38, comma 2-bis, attiene all'andamento del procedimento amministrativo di settore, nel senso che, una volta conclusa la «*fase*» procedimentale riguardante l'ammissione, la regolarizzazione o l'esclusione delle offerte, le sopravvenienze non possono essere prese in considerazione dalla stessa Amministrazione. Ne consegue che, trattandosi di una regola di diritto sostanziale che ha inteso innovare alla disciplina del procedimento di gara, e che solo di riflesso riverbera le proprie coerenti conseguenze sul terreno processuale, la medesima non può essere sospettata di avere inciso sulle garanzie costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale.

9 Per le ragioni ora esposte, neppure può ritenersi, come sostenuto in udienza dalla difesa dell'appellante, che la norma in questione esaurisca la sua funzione con l'escludere che ricorsi aventi impostazione simile a quello in esame possano far conseguire a chi li propone l'aggiudicazione, lasciando però intatta la possibilità di accedere negli stessi casi ad una tutela risarcitoria per equivalente.

La nuova norma, come si è appena detto, non ha, invero, natura processuale, ma ha articolato l'andamento del procedimento di evidenza pubblica, stabilendo che una volta effettuato il calcolo della media, ed individuata la soglia di anomalia, qualsiasi successiva variazione, anche ove discendente da una pronuncia giurisdizionale, non giustifica il suo rifacimento.

Tanto il calcolo della media delle offerte quanto la determinazione della soglia di anomalia attengono, d'altra parte, a dati convenzionali, sicché il legislatore, nell'esercizio della proprie scelte discrezionali, ben può circoscrivere gli elementi rilevanti per la definizione di entrambe le grandezze, nello specifico negando rilevanza alle sopravvenienze cui la norma in questione ha avuto riguardo.

In altri termini, la nuova norma disconosce in radice qualunque forma di protezione giuridica per l'interesse sostanziale dell'impresa che prospetti la necessità della rinnovazione di una fase del procedimento, in quanto il legislatore ha posto la regola della irrilevanza di alcune sopravvenienze, per rendere più stabili gli esiti finali del procedimento ed evitare che – anche ipoteticamente - possano esservi iniziative distorsive della leale concorrenza tra le imprese.

9 Per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto, mentre la sentenza impugnata va confermata con la diversa motivazione che precede.

Il carattere recente dell'innovazione legislativa rivelatasi decisiva per le sorti della causa induce alla compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe n. 741 del 2005, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 16 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2015

IL SEGRETARIO

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