

N. 01053/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00009/2014 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9 del 2014, proposto da:
Impresart Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Massimo Ingravalle e Stefania Morgigno, con domicilio eletto presso
Massimo F. Ingravalle, in Bari, piazza Garibaldi, n. 63;

contro

Provincia di Barletta Andria Trani, rappresentata e difesa dall'avv.
Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio eletto presso Gennaro
Notarnicola, in Bari, via Piccinni, n. 150;

nei confronti di

Consorzio Produzione Lavoro Artigiano (Co.Pro.L.A.), rappresentato
e difeso dall'avv. Carlo Tangari, con domicilio eletto presso Carlo
Tangari, in Bari, via Piccinni, n. 150;

Edilbat S.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensiva dell'efficacia

della determinazione n. 3132 del 18.11.2013, notificata il 20.11.2013, a firma del Dirigente del Settore XII - Edilizia e Manutenzione, Impianti Termici, Espropriazioni - della Provincia di Barletta Andria Trani, recante aggiudicazione definitiva, in favore del consorzio "CO.PRO.L.A.", dell'appalto integrato per l'affidamento di lavori e servizi tecnici di ingegneria per l'ampliamento - primo stralcio funzionale - del Liceo Scientifico "Riccardo Nuzzi", sito in Andria, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, così come indicati in ricorso;

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto stipulando con l'odierna controinteressata nelle more del presente giudizio;

per l'accertamento del diritto della ricorrente ad essere dichiarata aggiudicataria dell'appalto di cui è causa e del conseguente diritto a subentrare nel contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio;

nonché, in via subordinata, per la condanna della Provincia di Barletta Andria Trani al risarcimento del danno, per equivalente monetario, in favore della ricorrente.

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Barletta Andria Trani e del Consorzio Produzione Lavoro Artigiano (Co.Pro.L.A.);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta;

Uditi per le parti i difensori avv.ti Massimo F. Ingravalle, Luigi D'Ambrosio, per delega dell'avv. Gennaro Rocco Notarnicola, e Carlo Tangari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso pervenuto in Segreteria in data 4.1.2014, la società Impresart Costruzioni S.r.l. impugnava dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, i provvedimenti meglio indicati in oggetto.

Evidenziava che, con determinazione dirigenziale n. 23 del 01.02.2013, la Provincia di Barletta Andria Trani stabiliva di indire procedura aperta *“per l'affidamento di lavori e servizi tecnici di ingegneria per l'ampliamento - primo stralcio funzionale - del Liceo scientifico “Riccardo Nuzzi” sito in Andria”*, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo pari ad €. 3.580.000,00.

All'esito della valutazione complessiva delle 28 (ventotto) offerte ammesse in gara, risultava aggiudicatario provvisorio il Consorzio Produzione Lavoro Artigiano (Co.Pro.L.A.), ottenendo un punteggio finale di 89,27 punti.

Il citato Consorzio veniva successivamente dichiarato aggiudicatario in via definitiva con determinazione dirigenziale n. 3132/2013.

La ricorrente partecipava alla gara classificandosi seconda, con punteggio finale pari a 76,92.

Ciò premesso, la Impresart Costruzioni S.r.l. impugnava il suddetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, unitamente agli ulteriori atti del procedimento di gara, deducendo censure così riassumibili:

- Violazione ed omessa applicazione degli artt. 11, com. 6 e 46, com. 1 bis d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, travisamento dei fatti e sviamento. Violazione del buon andamento della Pubblica Amministrazione ex art. 97 Cost.. Violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti e del principio di unicità dell'offerta.

Instava parte ricorrente per l'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario definitivo, per aver presentato un'offerta plurima e, pertanto, indeterminata, non idonea a manifestare una volontà univoca dell'impresa e, pertanto, non suscettibile di corretta valutazione da parte della Stazione appaltante;

- Violazione ed omessa applicazione degli artt. 3.2.3) lett. D) del bando di gara e 2.4 del disciplinare di gara. Violazione ed omessa applicazione degli artt. 48 e 53 del d.lgs. 163/2006; 252 e 263 del d.p.r. 207/2010. Eccesso di potere per carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti e sviamento. Altra violazione del buon andamento della Pubblica Amministrazione, ex art. 97 Cost., e del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Ravvisavano gli istanti il mancato possesso da parte del Consorzio Co.Pro.L.A. dell'attestazione S.O.A. di sola costruzione, ossia del requisito di idoneità tecnico – professionale, previsto dagli artt. 2.4 del disciplinare di gara e 263 del d.p.r. 207/2010.

- Violazione ed erronea applicazione dell'art. 3 del disciplinare di gara e dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, per omessa previsione, da parte del controinteressato, della verifica di compatibilità delle proposte migliorative offerte, con il progetto definitivo posto a base di gara. Violazione degli artt. 5 e 19 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale e dell'art. 76 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento per come evidenziatisi nel provvedimento impugnato.

- Violazione ed omessa applicazione degli artt. 46, com. 1 bis e 53, lett. B) d.lgs. 163/2006. Violazione ed omessa applicazione degli artt. 3 del disciplinare di gara, 3 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale; 33, 34, 35, 37, 40, 42 del d.p.r. 207/2010. Eccesso di potere per carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento. Ulteriore violazione del principio di *par condicio* tra operatori economici.

Deduceva, inoltre, parte ricorrente l'omessa esclusione dalla gara del Consorzio controinteressato per la mancata produzione nella documentazione tecnica, di gran parte degli elaborati obbligatori di cui all'art. 33 d.p.r. 207/2010.

Impugnava, altresì, l'aggiudicazione per violazione dell'art. 3 del disciplinare di gara, nella parte in cui disponeva di attribuire 10 punti

al piano di manutenzione programmata ricorrendo, la Commissione di gara, ad un criterio valutativo difforme dalla norma citata.

Instava, pertanto, la Impresart Costruzioni S.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e, conseguentemente, per l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore, nonché, in via subordinata, formulava istanza di risarcimento del danno per equivalente.

Con memoria pervenuta in Segreteria in data 27.1.2014, si costituiva in giudizio la Provincia di Barletta Andria Trani, eccependo l'infondatezza del gravame avverso, con particolare riguardo alla domanda risarcitoria, chiedendone, pertanto, il rigetto.

Con memoria pervenuta in Segreteria in pari data, si costituiva altresì il Consorzio Co.Pro.L.A., invocando il rigetto del ricorso in quanto improcedibile e/o inammissibile ed infondato.

L'odierno controinteressato proponeva, altresì, ricorso incidentale impugnando il medesimo atto già oggetto del gravame principale, limitatamente alla parte in cui in esso non si disponeva l'esclusione dalla gara della ricorrente principale, deducendo a sostegno dell'ulteriore impugnativa in via incidentale il seguente motivo:

- Violazione dell'art. 97 Cost., violazione degli artt. 2 e 46, comma 1 bis d.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, lett. d.5) del disciplinare di gara. Violazione del principio di segretezza dell'offerta, nel caso di specie, per aver, la ricorrente principale, inserito nell'offerta tecnica il cronoprogramma, rivelando al seggio di gara un elemento destinato ad esser reso noto nella successiva fase di apertura dell'offerta economica e temporale. Eccesso di potere per

erronea presupposizione e difetto di istruttoria.

All'esito della Camera di Consiglio del giorno 29 gennaio 2014, il Collegio, con ordinanza n. 68/2014, rigettava l'istanza cautelare volta ad ottenere la sospensione dei provvedimenti impugnati.

Con ricorso numero di registro generale 1373 del 2014, Impresart Costruzioni S.r.l. proponeva appello avverso la suddetta ordinanza, invocandone la riforma.

Nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014, la V Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1300, pronunciandosi sull'impugnazione del provvedimento cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe, respingeva l'appello.

All'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014, la causa era trattenuta per la decisione.

In rito, deve essere prioritariamente esaminato il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Co.Pro.L.A., in ciò prestando convinto ossequio ad un risalente indirizzo giurisprudenziale, di recente tornato di grande attualità nel dibattito processuale in materia, "*(Consiglio Stato, Sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159), in forza del quale il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.*

Il rapporto di priorità logica ed ontologica di cui all'ordine di trattazione delle questioni poste dalla controversia in esame, per come prospettate dalle parti, consente che siano decise, con precedenza su ogni altra sollevata con il ricorso

principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale". (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4).

Come è noto, il tema dell'ordine logico di trattazione delle questioni processuali e di merito, fra ricorso incidentale (in particolare, di tipo "escludente") e ricorso principale, è stato fatto oggetto di successive autorevoli pronunce, anche della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, oltre che della stessa Adunanza Plenaria (cfr. CGUE, Sentenza in causa C-100/12 del 4 luglio 2013 Fastweb; Cons. Stato, Ad. Plen., Sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014).

Ai fini della decisione del ricorso in esame e tenuto conto della peculiarità del caso di specie (gara di appalto con 28 partecipanti) sono i principi generali di cui alla Adunanza Plenaria n. 4/2011 che vengono in evidenza.

Pertanto, allorquando, come nel caso di specie, il ricorso incidentale tenda a dimostrare la mancanza di una condizione generale per l'azione nel processo amministrativo, qual è l'interesse a ricorrere o la legittimazione a ricorrere in capo a chi promuova il giudizio, *"il ricorso incidentale, [...]va sempre esaminato con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti (siano essi soggettivi o oggettivi) di partecipazione alla gara che si assumono violati, dacché con detto ricorso il controinteressato pone una questione pregiudiziale di rito, che, se fondata, si riflette nella preclusione all'esame del ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire"* (cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, n. 1695 del 2012; in senso conforme, si veda altresì Cons.

Stato., Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407).

Nel merito, il ricorso incidentale è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

Il Consorzio controinteressato denuncia in capo alla ricorrente principale la violazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 2 e 46, comma 1 bis d.lgs. 163/2006, nonché, dell'art. 6, lett. d.5) del disciplinare di gara.

Nella fattispecie, più nel dettaglio, il Consorzio impugna la violazione del principio di segretezza dell'offerta, per aver, la ricorrente principale, inserito nell'offerta tecnica il cronoprogramma, rivelando indirettamente, in tal modo, al seggio di gara l'indicazione temporale, ovvero, un elemento dell'offerta destinato ad esser reso noto solo nella successiva fase di apertura della busta C.

Emerge, dalla documentazione allegata al ricorso introduttivo, l'inserimento del cronoprogramma nella busta contenente l'offerta tecnica, con la conseguente indicazione, alla Commissione di gara, dei tempi per la realizzazione delle varie fasi di lavoro.

Tale indicazione, in ossequio all'art. 4 del disciplinare di gara, avrebbe dovuto essere oggetto di quanto contenuto nella busta C, riservata ad accogliere esclusivamente l'offerta economica - temporale ed a rivelare - solo dopo la valutazione dell'offerta tecnica, dunque - il tempo per la redazione del progetto esecutivo, il tempo per l'esecuzione dei soli lavori, nonché il prezzo.

Su tale notorio profilo delle pubbliche gare, si è ormai formato un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in virtù del quale il principio

di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è inderogabilmente preclusa al seggio di gara la conoscenza, diretta o indiretta, del valore dell'offerta economica, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica; in tal senso, il principio della segretezza dell'offerta economica è presidio dell'attuazione dei principi d'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e, in particolare, con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri con i quali quest'ultima viene valutata (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3841; T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 12 novembre 2013, n. 526; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, Sent. n. 1716 del 2.7.2014).

Pertanto, anche nel caso *de quo* deve trovare applicazione l'assunto in base al quale: *“le garanzie essenziali sulla segretezza del contenuto dell'offerta economica e sull'impossibilità di prenderne visione non trovano equipollenti, [...] infatti, la formalità della integrità della busta contenente l'offerta economica non ammette equipollenti e non consente che questa sia presentata senza le dovute formalità di segretezza ovvero sia aperta, anche se vi siano state più o meno idonee misure empiriche per impedire la lettura del suo contenuto (cfr. Cons. St., sez. V, n. 1996 del 1998 cit.; Cons. St., sez. VI, 3 giugno 1997, n. 839; Cons. St., sez. VI, n. 3962 del 2001)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, Sentenza n. 196/2007).

Sul punto, come evidenziato in una recente, condivisibile, pronuncia “*la separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa persegue lo scopo di garantire un ordinato svolgimento della gara e di salvaguardare l'esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta, imponendo al contempo di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche. A nulla rileva la circostanza che nel caso di specie il punteggio previsto per tale elemento possa essersi rivelato assolutamente non determinante, [...]infatti ciò che risulta determinante, perché costituisce violazione degli essenziali principi della par condicio, dell'imparzialità e di segretezza delle offerte, è l'astratta possibilità che siffatta indebita influenza, di per sé idonea ad introdurre elementi perturbatori della corretta valutazione da parte della Commissione di gara, abbia potuto verificarsi, non trattandosi di un giudizio suscettibile di verifica ex post. [...]Non va neppure dimenticato che, vertendosi nell'ambito di una gara aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio di segretezza risponde all'esigenza, ancora più avvertita, di controbilanciare l'ampio spazio rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante nella valutazione di elementi e parametri ulteriori rispetto a quello meramente automatico del prezzo più basso” (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, Sentenza n. 501/2011).*

Ne consegue che, applicando tali lineari coordinate ermeneutiche alla fattispecie sottoposta al vaglio del Collegio, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto - come sopra

evidenziato - per il tramite del cronoprogramma inserito nella busta riservata all'offerta tecnica, ha palesato al seggio di gara, prima della formale apertura della più volte menzionata busta C, i termini temporali dell'offerta, ossia, un elemento di fondamentale rilievo destinato ad esser reso noto solo nella successiva fase di valutazione dell'offerta economica – temporale.

Il motivo di ricorso incidentale, pertanto, merita accoglimento e, per l'effetto, deve essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione a ricorrere.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo, in particolare qualificando il valore della presente controversia come indeterminabile.

Da ultimo, si pone a carico del ricorrente principale, soccombente, l'importo del contributo unificato versato dal ricorrente incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna la società Impresart Costruzioni S.r.l. al pagamento delle spese di lite in favore della Provincia di Barletta Andria Trani e del Consorzio Co.Pro.L.A., che liquida in euro 3.000,00 per spese e compensi, oltre accessori come per legge, da versarsi in favore di ciascuna delle suddette parti.

Condanna la società Impresart Costruzioni S.r.l. alla rifusione, in

favore del Consorzio Co.Pro.L.A., di quanto versato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/09/2014

IL SEGRETARIO

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