

N. 05253/2014REG.PROV.COLL.
N. 01543/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1543 del 2014, proposto dalla società Mair Josef & Co. s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con le mandanti Gregorbau s.r.l. e Tecnoimpianti Paternoster s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo De Guelmi, Gianpiero Luongo e Federica Scafarelli, con domicilio eletto presso quest'ultima in Roma, via G. Borsi n.4;

contro

Consorzio di Miglioramento Fondiario di Castefondo, non costituito;

nei confronti di

Collini Lavori s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con le mandanti Misconel s.r.l. e Lago Rosso società cooperativa, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Vannicelli e Beatrice Tomasoni, con

domicilio eletto presso il primo in Roma, via Varrone n. 9;

per la riforma

della sentenza breve del T.R.G.A. – sede di Trento - n. 384 del 20 novembre 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visto l'atto di costituzione in giudizio e contestuale appello incidentale della società Collini Lavori s.p.a.;

Viste le memorie difensive e di replica depositate dalla società ricorrente (in data 28 marzo, 26 settembre e 3 ottobre 2014) e dalla società appellata (in data 26 settembre e 3 ottobre 2014);

Visto il deposito documentale effettuato dalla ricorrente in data 23 settembre 2014;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Scafarelli e Cinquemani su delega dell'avvocato Vannicelli;

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'appalto di lavori per la costruzione del bacino irriguo in località Ronchi nel comune di Castelfondo, indetta dal Consorzio di miglioramento fondiario di Castelfondo.

1.1. Alla procedura hanno partecipato numerose imprese; la gara è stata aggiudicata all'a.t.i. costituita fra la Collini Lavori s.p.a.

(capogruppo mandataria) e le imprese mandanti Misconel s.r.l. e Lago Rosso società cooperativa (in prosieguo ditta Collini), classificatasi al primo posto con punti 78,715; al secondo posto si è classificata l'a.t.i. costituita fra la Mair Josef & Co. s.a.s., (capogruppo mandataria) e le imprese mandanti Gregorbau s.r.l. e Tecnoimpianti Paternoster s.r.l. (in prosieguo ditta Mair), con punti 78,566 (cfr. verbale del Consiglio dei delegati del Consorzio n. 3 del 19 marzo 2013).

1.2. Con ricorso principale proposto innanzi al T.R.G.A. (notificato il 24 aprile 2013 e depositato il successivo 29 aprile), la ditta Mair ha impugnato gli atti di gara proponendo domanda di annullamento (sostenuta da cinque autonomi motivi), nonché domanda di risarcimento del danno.

1.3. Nelle more del giudizio di primo grado, avuto riguardo al terzo motivo di ricorso principale – incentrato sulla mancata verbalizzazione, da parte della commissione tecnica, del giudizio concernente il punteggio (pari a 2,8) attribuito all'offerta tecnica della ditta Mair in relazione all'elemento sub II.1.b. del bando (*Criteri ed apparecchiature di cui l'impresa intende usufruire durante la fase d'esecuzione degli spari con le mine*) – la stazione appaltante ha riconvocato la commissione tecnica che ha proceduto alla verbalizzazione postuma delle motivazioni del punteggio in questione (cfr. verbale n. 17 del 17 maggio 2013), cui sono seguiti i consequenziali provvedimenti della commissione amministrativa (cfr. verbale n. 5 del 28 maggio 2013) e del Consiglio dei delegati (cfr. verbale n. 7 del 30 maggio 2013).

1.4. Avverso i su menzionati provvedimenti la ditta Mair ha proposto

motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati.

2. L'impugnata sentenza - T.R.G.A. – sede di Trento - n. 384 del 20 novembre 2013 -:

a) ha respinto sinteticamente, ai sensi dell'art. 120, co. 10, c.p.a., il primo, il secondo, il quarto, il quinto e i motivi aggiunti;

b) ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il terzo motivo di ricorso (tale capo di sentenza non è stato impugnato);

d) ha respinto la domanda di risarcimento del danno e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla ditta Collini;

e) ha compensato le spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta Mair ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza, affidato a 5 autonomi motivi di gravame, sollevando anche doglianze nuove (in parte anche nelle memorie difensive).

4. Non si è costituita l'amministrazione intimata.

5. Si è costituita la ditta Collini eccependo l'infondatezza sia delle originarie doglianze articolate in primo grado che dell'atto di appello; ha proposto, inoltre, appello incidentale reiterando i motivi posti a sostegno del ricorso incidentale di primo grado non esaminato dal T.a.r.

6. All'udienza pubblica del 14 ottobre 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio rileva che:

a) è inammissibile l'introduzione, per la prima volta nel giudizio di appello, di produzioni documentali e doglianze ulteriori rispetto a quelle che, proposte con atti ritualmente notificati, hanno delimitato il perimetro del *thema decidendum vel probandum* in prime cure; non si può tener conto di tali documenti e profili nuovi perché sollevati in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 13 maggio 2014, n. 2444; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.);

b) conseguentemente, per ragioni di comodità espositiva, si prendono in esame direttamente le doglianze poste a base dell'originario ricorso al T.a.r. (e dei motivi aggiunti), nei limiti in cui sono state criticamente riproposte nell'atto di gravame e non si tiene in alcuna considerazione la produzione documentale di parte ricorrente depositata in appello in data 23 settembre 2014;

c) conformemente a quanto statuito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. ad. plen., n. 9 del 2014, cui si rinvia a mente degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), 99, co. 3, e 120, co. 10, c.p.a.), in caso di manifesta infondatezza del ricorso principale di primo grado (e di quello in appello che ne riproduca i contenuti), il giudice, per ragioni di economia processuale, è esonerato dall'esame preventivo del ricorso incidentale, *a fortiori* in una fattispecie come quella in trattazione in cui le imprese rimaste in gara sono più di due.

7.1. Con il primo motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 10 – 14), si lamenta l'illegittimità dell'operato della commissione tecnica nella parte in cui avrebbe introdotto un nuovo e diverso sub criterio (e relativo sub punteggio) di valutazione delle offerte, relativamente all'elemento di cui al punto IV del bando (*Termine di esecuzione dei lavori*); in particolare l'organo tecnico avrebbe dato rilievo, nell'ambito del crono programma, al divieto, mai esplicitato formalmente negli atti di gara, di eseguire lavori nell'alveo in località Carbonare durante i mesi invernali, assegnando conseguentemente punti zero all'offerta Mair che, *in parte qua*, aveva indicato, nella rappresentazione grafica del proprio crono programma, di voler eseguire i lavori *in situ* nei mesi di novembre e dicembre.

7.1.1. Il motivo è infondato.

7.1.2. Come si evince univocamente dall'art. 1 del bando e del capitolato speciale, le imprese in gara erano tenute, fra l'altro, a conformarsi a tutte le prescrizioni stabilite dal progetto esecutivo e relativi allegati (fra cui ovviamente la relazione tecnico illustrativa di cui faceva parte integrante).

La predetta relazione ha esplicitato con chiarezza che i lavori nell'alveo in località Carbonare, a tutela della riproduzione delle trote, non potevano essere svolti oltre la prima metà del mese di ottobre.

Ne discende che la commissione non ha introdotto alcun criterio o sub criterio nuovo rispetto a quelli integranti la legge di gara.

Del tutto irrilevante è la circostanza che la ditta Mair, nella propria relazione tecnica illustrativa, *in parte qua*, abbia fatto generico

riferimento al rispetto del progetto esecutivo posto a base di gara; ciò che rileva, infatti, è la scansione analitica del crono programma dei lavori effettuata negli elaborati grafici dove si indicano i mesi di novembre e dicembre per l'esecuzione dei lavori in località Carbonare.

7.2. Con il secondo motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 14 - 22), la ditta Mair contesta, da un lato, il significato e la portata vincolante della prescrizione recata dalla su menzionata relazione tecnica allegata al progetto esecutivo, dall'altro, l'attribuzione di un punteggio pari a zero, rilevandone l'arbitrarietà e l'ingiustizia anche in relazione al differente metro valutativo di altre offerte in gara.

7.2.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

7.2.2. La censura è inammissibile nella parte in cui sollecita il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato di merito, al di fuori delle tassative ipotesi divise dall'art. 134 c.p.a., sulle valutazioni tecnico discrezionali riservate dalla legge alla commissione di gara che, nel caso di specie, non appaiono *prima facie* abnormi (cfr. da ultimo Cons. St., ad. plen., nn. 7 e 9 del 2014; Cass. civ., sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622; Cons. St., sez. V, 13 maggio 2014, n. 2444; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, e 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 6 e 10, c.p.a.).

La chiarezza ed univocità delle prescrizioni imposte dalla più volte menzionata relazione tecnica posta a base di gara, unitamente alla

circostanza di fatto relativa alla sostanziale diversità delle offerte messe in comparazione dalla ricorrente, rendono palese l'inconsistenza dei paventati corrispondenti vizi di legittimità.

7.3. Con il terzo motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 22 – 24), è stata censurata la mancata verbalizzazione, da parte della commissione tecnica, del giudizio concernente il punteggio (pari a 2,8) attribuito all'offerta tecnica della ditta Mair in relazione all'elemento sub II.1.b. del bando (*criteri ed apparecchiature di cui l'impresa intende usufruire durante la fase d'esecuzione degli spari con le mine*). Come già illustrato, l'impugnata sentenza ha dichiarato il motivo improcedibile e avverso tale capo non è stato proposto appello.

7.4. Con il quarto motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 24 - 27), si lamenta la violazione, da parte della ditta Collini, delle prescrizioni imposte a pena di esclusione dalla stazione appaltante nel chiarimento reso in data 27 dicembre 2011, relativamente alle modalità di presentazione dell'offerta economica in presenza di varianti, proposte in sede di offerta tecnica, migliorative rispetto ai parametri dei materiali e delle modalità esecutive indicate nel progetto base.

7.4.1. Il motivo è infondato.

7.4.2. Come si evince dalla piana lettura del chiarimento, la stazione appaltante ha previsto modalità di presentazione delle migliorie facoltative e non obbligatorie senza per altro aggiungere alcuna sanzione espressa di esclusione, il che rende la tesi della ricorrente *ex se* infondata alla luce del principio di tassatività delle clausole di

esclusione come elaborato dall'adunanza plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2014.

7.5. Con il quinto motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 27 - 30), la ditta Mair critica i punteggi attribuiti dalla commissione all'offerta tecnica dell'aggiudicataria avuto riguardo ai seguenti elementi indicati dal bando rispettivamente sub: II.1.a (*Tecniche costruttive*) in relazione alla proposta migliorativa di utilizzo dei limi di scarto da impianti di lavaggio inerti; II.3. (*Caratteristiche tecniche del manto in poliolefine e degli altri strati costituenti il pacchetto di tenuta idraulica*) in relazione alla proposta migliorativa di utilizzo di un manto di guaina in materiale HDPE privo di armatura interna; III (*Conduzione tecnica dei lavori*) in relazione alla incomprensibile posizione di ciascun singolo collaboratore e professionista all'interno della squadra incaricata della esecuzione dei lavori.

7.5.1. Il motivo è inammissibile per le stesse ragioni illustrate al precedente punto 7.2.2.

7.6. Con il sesto motivo (pagine 6 – 12 dell'atto di motivi aggiunti in prime cure) si deduce la violazione degli artt. 11, 12, 83 e 84 del codice dei contratti pubblici, nonché degli artt. 39 e 40-*bis* della l.p. n. 26 del 1993; la ditta Mair sostiene che: I) la stazione appaltante si è avveduta solo dopo la proposizione del ricorso principale della omessa verbalizzazione delle motivazioni del punteggio (pari a 2,8) attribuito all'offerta tecnica della ditta Mair in relazione all'elemento sub II.1.b. del bando (*Criteri ed apparecchiature di cui l'impresa intende usufruire durante la fase d'esecuzione degli spari con le mine*); II) a seguito

dell'esercizio dell'autotutela da parte della stazione appaltante (cfr. verbale n. 6 del 15 maggio 2013 del Consiglio dei delegati), è stata riconvocata, in seduta riservata, la commissione tecnica che ha motivato *ex post* il punteggio in questione confermandolo all'esito di una rinnovata istruttoria (cfr. verbale n. 17 del 17 maggio 2013), in spregio a tutti i principi di imparzialità, trasparenza, concentrazione, speditezza e contestualizzazione delle operazioni di gara; III) si ipotizza il pericolo di condizionamento della commissione nonché l'implausibilità della tesi dell'errore di stampa o dell'errore materiale sostenuta dall'amministrazione.

7.6.1. Il motivo è infondato.

7.6.2. In fatto giova precisare quanto segue:

- a) nel verbale della seduta della commissione tecnica n. 13 del 9 maggio 2012 (redatto con precisione, senza soluzione di continuità ed in modo analitico), manca effettivamente la verbalizzazione, da parte della commissione tecnica, del giudizio concernente il punteggio (pari a 2,8) attribuito all'offerta tecnica della ditta Mair in relazione all'elemento sub II.1.b. del bando (*Criteri ed apparecchiature di cui l'impresa intende usufruire durante la fase d'esecuzione degli spari con le mine*);
- b) che tale punteggio sia stato attribuito, si evince dal successivo verbale n. 16 relativo alla seduta del 21 maggio 2012, nel corso della quale la commissione ha completato l'esame delle offerte tecniche delle imprese con l'attribuzione dei punteggi agli ultimi criteri presi in considerazione, elaborando una tabella riepilogativa (facente parte integrante del verbale) recante per il criterio sub II.1.b. del bando

(Criteri ed apparecchiature di cui l'impresa intende usufruire durante la fase d'esecuzione degli spari con le mine) il punteggio di 2,8 in favore dell'impresa Mair;

c) sollecitata dall'impugnativa proposta da quest'ultima, la stazione appaltante ha riconvocato la commissione tecnica che ha proceduto alla verbalizzazione postuma delle motivazioni del punteggio in questione (cfr. verbale n. 17 del 17 maggio 2013), limitandosi a riproporre quanto deliberato a suo tempo nella seduta del 13 maggio 2012;

d) nel corso del giudizio di prime cure la difesa dell'ente ha depositato: I) analitica dichiarazione del presidente della commissione (del 14 ottobre 2013) da cui si evince il refuso informatico ed il conseguente errore materiale di stampa in cui a suo tempo è incorsa la commissione nel redigere il verbale relativo alla seduta del giorno 9 maggio 2012; II) cd Rom recante il file integrale (con tutte le motivazioni) riportato ad una data compatibile (20 maggio 2012) con quella in cui si è svolta sia la seduta del 9 maggio del 2012 (dove è stato valutato per tutte le imprese il criterio sub II.1.b. del bando), sia la seduta del 21 maggio 2012 (dove è stata redatta la tabellina riepilogativa dei punteggi tecnici assegnati (voce per voce); III) brogliaccio originale cartaceo dattiloscritto con integrazioni a penna, il cui contenuto è stato integralmente riportato nel verbale n. 17 del 17 maggio 2013.

7.6.3. In diritto il Collegio osserva che non intende deflettere dai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio

(cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2012, n. 4422; sez. I, 19 aprile 2012, n. 5641/10; sez. V 21 marzo 2012, n. 1599), e recentemente approfonditi dall'analisi sviluppata dall'Adunanza plenaria (3 febbraio 2014, n. 8) in forza dei quali:

- a) il veicolo per l'espressione dei giudizi formulati dagli organi di gara è il verbale che deve accompagnare le relative operazioni; il verbale è redatto in via ordinaria per ogni adunanza dell'organo collegiale ed ha funzione ricognitiva e documentale delle operazioni compiute e delle deliberazioni assunte; l'art. 78 del codice dei contratti pubblici elenca gli elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale (fra i quali non risulta quello della contestuale redazione del verbale rispetto alla seduta di gara), rinviando agli ordinamenti di settore per ulteriori eventuali prescrizioni redazionali;
- b) la commissione (ove non sia diversamente disposto), può legittimamente procedere alla redazione del verbale dopo l'effettuazione di più sedute (o addirittura di tutte le sedute);
- c) a tutela della genuinità del verbale, la verbalizzazione «differita» deve comunque intervenire entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi; ne consegue che se l'intervallo temporale è breve, non può dedursi l'illegittimità *ex se* della procedura concorsuale, per la verbalizzazione postuma, ove manchi l'allegazione e la prova rigorosa, da parte del ricorrente, di specifici elementi di fatto che inducano a ritenere sussistente la manipolazione della effettiva volontà espressa dall'organo collegiale nella deliberazione;

d) al contrario, in presenza di un notevole divario temporale fra operazioni di gara e verbalizzazione delle medesime, la procedura risulterà viziata, salvo che non siano fornite adeguate garanzie da parte del seggio di gara; in tale ultimo caso, infatti, anche il decorso di un ampio lasso di tempo non attinge la legittimità delle operazioni di gara perché resta esclusa la sussistenza di manipolazioni delle medesime.

7.6.4. Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie la Sezione rileva che tutte le censure appaiono prive di pregio perché:

a) l'amministrazione non ha esercitato in senso proprio poteri di autotutela essendosi limitata a riproporre, mediante espressa verbalizzazione, la deliberazione a suo tempo assunta dalla commissione tecnica (nella parte relativa alla motivazione del punteggio di 2,8) e non riportata nel verbale del 9 maggio 2012; sono pertanto inconferenti le censure che presuppongono la carenza di motivazione *ab origine* e conseguentemente la violazione del divieto di motivazione postuma in sede procedimentale o, peggio ancora, in sede giudiziale;

b) le doglianze sono incentrate su congetture che risultano smentite dal corredo documentale istruttorio acquisito ritualmente in prime cure; il ricorrente, pertanto, non ha assolto l'onere di allegare e provare effettive manipolazioni ovvero la non genuinità della verbalizzazione postuma; in quest'ottica, va disattesa anche la doglianza incentrata sulla circostanza che la commissione, per formulare i giudizi tecnici sulle offerte in gara, si sarebbe riunita in

seduta riservata; tale *modus operandi* è infatti conforme alla disciplina normativa della materia, come stabilito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenze 22 aprile 2013, n. 8 e 28 luglio 2011, n. 13);

c) anche un verbale delle operazioni di gara postumo è assistito da fede privilegiata, ai sensi dell'art. 2700 c.c., quanto ai fatti in esso descritti (provenienza dell'atto, dichiarazioni delle parti, atti ed operazioni compiuti in presenza del pubblico ufficiale), sì che per contestare tali fatti è necessaria la proposizione della querela di falso (cfr. ex plurimis e da ultimo Cass., sez. trib., 21 ottobre 2013, n. 23747; sez. II, 2 febbraio 2011, n. 2434), evenienza questa che pacificamente non si è verificata nel caso di specie.

8. Dalla assodata legittimità della procedura di gara consegue il rigetto della domanda di annullamento e di quella risarcitoria formulata nel presupposto della lesione *contra ius* degli interessi legittimi incisi dai provvedimenti impugnati.

9. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello principale proposto dalla società Mair; tanto esonera il Collegio, come già rilevato, dal prendere in esame l'appello incidentale proposto dalla ditta Collini.

10. Nella peculiarità della vicenda procedimentale, il collegio ravvisa eccezionali ragioni, a mente del combinato disposto degli articoli 92, co. 2, c.p.c. e 26, co. 1, c.p.a., per compensare integralmente fra le parti costituite le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello proposto dalla società Mair Josef & Co. s.a.s. e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- b) dichiara integralmente compensate fra le parti costituite le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2014

IL SEGRETARIO

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