

N. 04015/2014REG.PROV.COLL.
N. 03721/2013 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 in appello iscritto al numero di registro generale 3721 del 2013,
proposto da:

Nikante Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto
presso Giuliano Di Pardo in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

contro

Comune di Roseto Valfortore, in persona del sindaco in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele De Vitto, con domicilio eletto
presso Gregoria Failla in Roma, corso Trieste, n. 87;

nei confronti di

Impresa Edile F.lli Antonio e Pasquale Picciuto S.n.c., in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Mescia,
Giuseppe Mescia, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in
Roma, via Paisiello, n. 55/5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA, BARI, Sez. I n. 00174/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di intervento di mitigazione del rischio idrogeologico;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Roseto Valfortore e dell'Impresa Edile F.Lli Antonio e Pasquale Picciuto Snc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2014 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Di Pardo su delega dell'avv. Giuliano Di Pardo, Massimo Malena su delega dell'avv. Raffaele De Vitto, Antonio Mescia e F. M. Tucci su delega dell'avv. Giuseppe Mescia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 19 marzo 2012 il Comune di Roseto Valfortore ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori di "intervento di mitigazione del rischio idrogeologico nel centro abitato in zona Vadangillo- via Coste", di importo a base d'asta pari ad €. 813.299,64 oltre oneri per la sicurezza, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al termine delle valutazioni della commissione giudicatrice, l'Impresa Edile F.Lli Antonio e Pasquale Picciuto s.n.c. ha ottenuto il punteggio più elevato (70,735/100) ed è stata dichiarata aggiudicataria dell'appalto, mentre la Nikante Costruzioni s.r.l., risultata seconda classificata con punti 61,093, ha

impugnato davanti al TAR della Puglia tutti gli atti della procedura, dall'atto di indizione della gara all'aggiudicazione definitiva.

A sostegno dell'impugnativa sono stati articolati due distinti gruppi di censure.

Con un primo gruppo è stata contestata la mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara, sulla scorta di due ordini di ragioni: a) la controinteressata non si sarebbe limitata a proporre varianti o migliorie dell'opera, secondo le previsioni del bando, ma avrebbe previsto l'esecuzione di lavorazioni in parte ricadenti nel lotto B, non ancora posto in gara, in parte in area esterna ad entrambi i lotti in cui l'intervento è suddiviso; b) l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata sprovvista di parte della documentazione progettuale circa la cantierabilità dell'opera.

Con il secondo gruppo di motivi è stata invece censurata la composizione della Commissione di gara, ancora una volta sotto due distinti profili: a) illegittima partecipazione del Responsabile unico del procedimento, avendo questi svolto funzioni e compiti tecnico-amministrativi relativamente alla fase di programmazione, progettazione ed affidamento della procedura di gara ed essendo previsto che ne espletasse ulteriori nella fase esecutiva; b) i componenti della Commissione sarebbero risultati per due terzi in possesso del solo titolo di geometra; sicché non essendo, in tale qualità, abilitati a progettare i lavori oggetto della gara controversa, sarebbero stati sprovvisti delle necessarie cognizioni e preparazione per poter valutare i progetti presentati, non potendo essere considerati esperti della materia.

2, Con sentenza n. 174 del 6 febbraio 2013 il TAR per la Puglia, sez. II, invertendo l'ordine delle censure, ha accolto il ricorso annullando l'intera procedura di gara a partire dalla nomina della commissione giudicatrice,

sulla base dell'assorbente fondatezza del secondo gruppo di motivi.

A suo avviso, infatti, la partecipazione alla commissione di gara del geom. Capuano, già nominato responsabile unico della gara in questione, era illegittima per violazione del principio della distinzione tra organo istruttorio e decidente codificato nell'art.84 cod. contr. pubbl. con riferimento ai componenti della Commissione di gara diversi dal Presidente e finalizzato a tutelare l'imparzialità della valutazione discrezionale della Commissione stessa, ponendola al riparo da possibili inquinamenti ogni qual volta il criterio prescelto sia – come nel caso di specie - quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In secondo luogo, sempre ai sensi dell'art.84 del d.lgs. n.163/2006, la composizione della Commissione mediante la partecipazione di soggetti in possesso del mero diploma di geometra nella misura di due terzi del numero prescritto, non poteva esaurire la necessità della presenza di esperti in possesso delle necessarie cognizioni e competenze per valutare le diverse soluzioni tecniche proposte in relazione alla complessità ed alla specificità dell'opera, consistente in interventi di mitigazione del rischio idrogeologico. Detta composizione, non poteva essere sanata con l'attribuzione della presidenza ad un laureato in ingegneria e con l'esperienza maturata dai due geometri tramite la partecipazione ad una non meglio specificata pluralità di commissioni di gara.

Il predetto tribunale ha aggiunto che l'annullamento dell'intera gara impediva l'accoglimento della richiesta di risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica, mentre quella per equivalente, era da disattendere per la sua assoluta genericità.

3. Con appello notificato il 3 maggio 2013 la Nikante Costruzioni S.r.l., pur

vittoriosa in primo grado, ha chiesto la riforma della predetta sentenza, lamentando la violazione del principio della domanda in ragione dell'avvenuta inversione nell'esame dei motivi di ricorso, essendo si proceduto all'esame delle censure sollevate in via subordinata avverso l'intero procedimento di gara, prima di quelle proposte in via principale nei confronti dell'aggiudicazione, dichiarate assorbite, senza neppure darne conto ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

L'appellante ha quindi riproposto il primo gruppo di censure sollevate con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio la controinteressata ed il Comune di Roseto Valfortore, sostenendo da un lato la correttezza dell'operato del giudice di primo grado e dall'altro, in particolare l'Impresa Edile F.lli Antonio e Pasquale Picciuto s.n.c., l'infondatezza delle censure inerenti l'esame delle domande da parte della commissione giudicatrice.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. La Sezione ritiene che l'appello non sia meritevole di favorevole considerazione, secondo quanto appresso indicato.

4,1, Occorre innanzitutto rilevare che, sebbene non possa negarsi l'esistenza di un significativo indirizzo giurisprudenziale che attribuisce al giudice amministrativo il potere di decidere l'ordine di trattazione delle censure proposte e di esaminare i singoli motivi, iniziando da quelli che in astratto sono idonei a determinare una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato (senza che il ricorrente possa pretendere un diverso ordine di esame dei motivi stessi), non può tuttavia sottacersi l'esistenza di un altro, pur significativo e consistente indirizzo

giurisprudenziale, che pone a fondamento del potere del giudice il principio della domanda, che resta nella disponibilità della parte che agisce e che determina pertanto l'ordine di trattazione delle censure.

L'adesione all'uno o all'altro indirizzo non è privo di effetti diretti e concreti sulla controversia. Facendo riferimento al caso di specie, si osserva infatti che la ricorrente in primo grado Nikante Costruzioni s.r.l. ha chiesto con il ricorso al TAR della Puglia di annullare l'aggiudicazione disposta in favore della concorrente Impresa Edile F.lli Antonio e Pasquale Picciuto s.n.c. evidenziando una serie di errori ed omissioni contenuti nell'offerta di quest'ultima che, se ritenuti fondati, le avrebbero consentito di ottenere direttamente l'aggiudicazione; solo in via subordinata (e quindi solo per l'ipotesi che non potesse conseguire l'aggiudicazione) la ricorrente ha l'annullamento dell'intera procedura di gara a causa dell'illegittima composizione della commissione giudicatrice.

E' agevole rilevare che in tal modo il ricorso di primo grado conteneva due domande diverse, cui corrispondevano due diversi vantaggi e due distinti beni delle vite e che il vantaggio derivante alla Nikante Costruzioni in caso di accoglimento dell'uno o dell'altro gruppo di censure non era indifferente, visto che altro è ottenere l'affidamento del contratto per la sistemazione idrogeologica di una porzione del centro cittadino, altro è avere la possibilità di partecipare ad una gara rinnovata con una futura eventualità di essere aggiudicatari.

4.2. Ciò posto, la Sezione è pertanto dell'avviso che doveva e deve essere esaminato anche il primo gruppo di censura del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, diretto contro l'aggiudicazione all'Impresa Picciuto.

Le relative censure sono però infondate.

Come già accennato, esse concernono due diversi profili dell'offerta dell'aggiudicataria, l'uno riguardante le supposte invasioni da parte delle lavorazioni offerte nel lotto B, mentre le opere potevano riguardare il solo lotto A così come individuato dal progetto esecutivo posto a base di gara, l'altro relativo ad una serie di mancate allegazioni di elaborati relativi all'offerta tecnica dell'Impresa Picciuto, a dire della Nikante necessarie ai fini del riconoscimento di varianti migliorative rispetto al progetto posto in gara.

Orbene, se i contenuti dell'offerta dell'Impresa Picciuto possono apparentemente trarre in inganno, ad una loro attenta e serena lettura essi non possono determinare la dedotta illegittimità dell'offerta per il presunto sconfinamento nel lotto B (da rivedere, progettare e porre in gara successivamente), giacchè tali contenuti non possono essere esaminati in modo atomistico e disgiunto dalla legge di gara, in particolare del disciplinare.

Nell'offerta dell'Impresa Picciuto si prevede di proseguire l'intervento con la realizzazione di parte delle opere previste nel lotto B, in particolare alcuni marciapiedi posti alla fine del lotto A, si propone di giungere alla scalinata inserita in area interessata dal lotto B, collocando sette pali trivellati indicati nella planimetria di gara, la relativa testa di chiusura, i tiranti previsti e le opere di finitura compresa la realizzazione della stessa scala e dei suoi muri di sostegno.

Orbene, se ad una prima veloce, ma necessariamente superficiale, lettura parte dell'offerta può sembrare esulare dal progetto posto a base di gara, offrire lavorazioni diverse a quelle richieste ed interferire con progetti

futuri, non può sottacersi che il disciplinare di gara, nel predisporre il punteggio da assegnare al merito tecnico delle offerte, prevede un forte punteggio, venti punti pari al punteggio per il prezzo offerto, a tutte le estensioni dell'intervento previsto in progetto e dunque una simile espressione può facilmente essere collegata, come poi è accaduto, anche ad un ampliamento quantitativo dell'area interessata dagli interventi, quale spunto progettuale per il futuro lotto B, area che va ricordato, è la semplice risultante di una suddivisione di un intero complesso nel quale operare una ricostruzione idrogeologica.

Dunque il dedotto sconfinamento, per altro assolutamente limitato, non può autonomamente essere causa dell'esclusione di un'offerta, trattandosi di un'ipotesi progettuale plausibilmente idonea ed utile a rendere più agevole il ridisegno del futuro lotto B.

Vi è da aggiungere che la ricordata previsione di disciplinare di gara non è stata autonomo oggetto di impugnazione.

Quanto poi alle dedotte mancate allegazioni di elaborati relativi all'offerta tecnica da parte dell'Impresa Picciuto, ossia il computo metrico delle maggiori e/o diverse quantità, l'analisi dei nuovi prezzi con i relativi giustificativi per tutto quanto non previsto nell'elenco prezzi progetto, l'assenza di nuovi prezzi nella bozza di sottomissione e gli elaborati grafici relativi all'eventuali proposte in variante e/o migliorative, va principalmente rilevato che il disciplinare di gara alla pag. 21, laddove indica i documenti da inserire nella busta contenente l'offerta tecnica non prescrive l'esclusione per determinate assenze, mentre statuisce contrariamente nella seguente pag. 22 per l'assenza di una serie di documenti nella busta contenente l'offerta economica.

In primo luogo la tassatività delle cause di esclusione non può notoriamente essere superata dal mancato inserimento dei documenti indicati dall'appellante, ciò in via strettamente formale, ma in secondo luogo, in via sostanziale, i documenti assenti dovevano supportare le varianti e le migliorie offerte: allora tale assenza doveva semmai dare luogo ad un diverso punteggio, ma di tanto né nel ricorso di primo grado, né nell'atto di appello è contenuta una consimile censura.

Per cui, anche per le carenze della legge di gara, il gruppo di motivi finora esaminati non comporta conseguenze sulle decisioni giurisdizionali già adottate a proposito della controversia.

5. In conclusione l'appello deve perciò essere respinto, ricorrendo pertanto una giusta causa per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Dichiara compensate le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Fulvio Rocco, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2014

IL SEGRETARIO

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