**N. 05971/2012REG.PROV.COLL.**

**N. 05911/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5911 del 2012, proposto da:  SAD S.R.L. in proprio e quale mandataria capogruppo dell’A.T.I. con EAE di Cirrottola Vito, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa, dall'avv. Fabrizio Lofoco, con domicilio eletto presso Fabrizio Lofoco in Roma, viale G. Mazzini, n. 6;

*contro*

COMUNE DI TRANI, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Amedeo Bottaro, con domicilio eletto presso Nicola Sepe in Roma, Piazzale Clodio, n. 13; IMPRESA GARIBALDI S.R.L., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con De Magis s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difeso dall'avv. Giuseppe Macchione, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, Sez. I, n. 1520 del 26 luglio 2012, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di restauro complesso monastero di colonna - ris.danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Trani;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dall’Impresa Garibaldi s.r.l., nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Lofoco, Bottaro e Macchione;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con bando in data 21 maggio 2011 la Città di Trani ha indetto una procedura aperta per l’appalto integrato della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei lavori di completamento del restauro monumentale “Monastero di Colonna”, per un importo complessivo di €. 3.022.600,00, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei criteri e dei punteggi (sub – criteri e sub – punteggi), puntualmente indicati.

Giusta determinazione dirigenziale n. 39 del 27 gennaio 2012 è stata dichiarata aggiudicataria definitiva dell’appalto l’A.T.I. Impresa Garibaldi s.r.l. – De Magis s.r.l., che aveva conseguito complessivamente 79,597 punti ed offerto un prezzo di €. 2.030.000,00 per i lavori e di €. 14.800,00 per le spese di progettazione.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, con la sentenza n. 1520 del 26 luglio 2012, definitivamente pronunciando sul ricorso principale della SAD s.r.l. (anche quale mandataria dell’A.T.I. con E.A.E. di Cirrottola Ciro), seconda classificata (per l’annullamento dell’aggiudicazione definitiva e per l’accertamento del suo diritto a subentrare nel contratto e per il risarcimento dei danni subiti) e su quello incidentale dell’A.T.I. aggiudicataria (per l’illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale), ha respinto il primo, ritenendo infondati i motivi di censura sollevati, ed ha dichiarato conseguentemente improcedibile il ricorso incidentale.

3. La SAD s.r.l., nella già indicata qualità, ha chiesto la riforma della predetta sentenza, lamentandone l’erroneità e l’ingiustizia alla stregua di due motivi di gravame, con il primo dei quali è stato dedotto “Ingiustizia della sentenza n. 1520/2012 per erronea presupposizione di fatto e di diritto ed ingiustizia manifesta – Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 D. Lgs. 163/2006 – Violazione dei criteri di aggiudicazione stabiliti dalla sezione IV.2.1 del bando di gara – Violazione della par condicio tra i concorrenti – Violazione dei principi di buon andamento dell’azione amministrazione”, mentre con il secondo sono state integralmente riproposte le censure spiegate in primo grado, sostenendosi l’omesso o superficiale esame delle censure ed il conseguente immotivato, incomprensibile e non condivisibile rigetto del ricorso di primo grado.

L’Impresa Garibaldi s.r.l., in proprio e quale mandataria dell’A.T.I. con De Magis s.r.l., oltre a resistere al gravame, chiedendone il rigetto, ha spiegato anche appello incidentale riproponendo le censure sollevate col ricorso incidentale (avverso l’illegittima ammissione alla gara dell’A.T.I., seconda classificata), dichiarato improcedibile a causa dell’infondatezza di quello principale.

Si è costituito in giudizio anche l’amministrazione comunale di Trani, instando per il rigetto dell’appello principale.

4. All’udienza in camera di consiglio del 9 ottobre 2011, fissata per la delibazione dell’istanza incidentale di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata, ritualmente informate le parti presenti dell’intenzione della Sezione di decidere la controversia direttamente nel merito, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Ragioni logiche – giuridiche impongono il preliminare esame dell’appello incidentale, con cui, riproponendo i motivi del ricorso incidentale spiegato in primo grado, è stata contestata la legittimità dell’ammissione alla gara dell’A.T.I. SAD s.r.l.

5.1. Il primo motivo dell’appello incidentale, con il quale è stato lamentato che l’offerta presentata dall’A.T.I. SAD s.r.l. doveva essere esclusa dalla gara per violazione del punto 3.1. del disciplinare di gara in quanto il Piano di gestione ed il Piano di manutenzione non erano state firmate anche dalla impresa mandataria (con conseguente impossibilità di sicura e corretta imputazione dell’offerta stessa alla predetta A.T.I.), non merita favorevole considerazione.

5.1.1. Occorre premettere che il punto 3.1. del disciplinare di gara, disciplinando il “contenuto della seconda busta interna - offerta tecnica”, ha stabilito che “…le relazioni e gli altri elaborati devono essere sottoscritte dal concorrente su ogni foglio”, aggiungendo che qualora essi siano composti da più fogli “…è sufficiente che la sottoscrizione sia effettuata in chiusura sull’ultima pagina” ed ancora (al terz’ultimo comma) che “in caso di raggruppamento temporaneo o consorzio occasionale, è sufficiente che la sottoscrizione sia effettuata dall’operatore economico mandatario o capogruppo”.

Deve aggiungersi in punto di fatto che non è stato contestato da parte della difesa dell’A.T.I. SAD s.r.l. l’effettiva mancata sottoscrizione degli atti in questione da parte della capogruppo.

5.1.2. Ciò chiarito, pur non potendosi condividere la tesi secondo cui ai fini della validità ed ammissibilità dell’offerta era sufficiente la sola firma della impresa mandante, la Sezione è tuttavia dell’avviso che tale incompletezza non poteva comportare *tout court* l’esclusione dalla gara (anche per la mancanza di una specifica clausola in tal senso), tanto più che la imputabilità dell’offerta dall’A.T.I. in questione era comunque assicurata, atteso che, come si evince dall’esame della documentazione versata in atti, nel frontespizio dell’elaborato PM – Piano di manutenzione – era riportato anche il timbro della mandataria: si era pertanto in presenza di una irregolarità nelle modalità di confezionamento della documentazione di cui era costituita l’offerta che ben poteva giustificare il c.d. soccorso istruttorio.

5.2. E’ invece fondato e deve essere accolto il secondo motivo dell’appello incidentale, con cui è stata lamentata la omessa esclusione dalla gara dell’A.T.I. SAD s.r.l. per “Violazione dell’art. 93, commi 5° e 6° del D. Lgs. 163/2006 (art. 16, comma 5°, legge 109/94) nonché del D.P.R. 554/99, articoli da 35 a 39 con particolare riferimento alla carenza nella progettazione offerta dei requisiti indefettibili e necessari a rendere esecutivo il progetto (sezione quarta del DPR 554/99) e segnatamente alla carenza della Relazione geologica (art. 37), degli elaborati grafici delle strutture (art. 35, lett. c), dei calcoli esecutivi delle strutture (art. 39 – DM 14 gennaio 2008, Circolare del 02.02.2009), in combinato disposto con la violazione del disciplinare di gara al punto 3.1. – lett. b) – c) – d) – Violazione della legge 5 novembre 1971, n. 1086 “Norme per la disciplina delle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica” – Eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria; violazione della par condicio”.

5.2.1. Il già citato punto 3.1. del disciplinare di gara ha previsto che tra i documenti che, a pena di esclusione, dovevano essere inseriti nella seconda busta interna, denominata “offerta tecnica”, doveva esservi il progetto esecutivo che doveva definire “compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale e impiantistico l’intervento da realizzare”, aggiungendo che detto progetto esecutivo, a pena di esclusione, doveva essere conforme a quanto stabilito dall’art. 35 e ss. del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (indicando partitamente tutti i relativi documenti).

L’art. 93 del D. Lgs. n. 163 del 2006, a proposito dei livelli di progettazione per gli appalti e le concessioni di lavori, al quinto comma stabilisce che “il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare…e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo”, aggiungendo inoltre che esso è costituito “…dall’insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall’elenco prezzi unitari” e specificando ancora che esso “…è redatto sulla base degli studi e delle indagini compiti nelle fasi precedenti e degli eventuali altri studi e indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari sulla base di rilievi planimetrici, di misurazioni, di picchettazioni, di rilievi delle reti di servizio del sottosuolo”.

5.2.2. Sulla base del delineato substrato normativo ad avviso della Sezione non può ragionevolmente dubitarsi che il progetto proposto dall’A.T.I. SAD s.r.l. non era conforme alle previsioni della *lex specialis* e non poteva essere quindi qualificato come progetto esecutivo.

Non è stato infatti contestato dalla predetta A.T.I., appellante principale, che il progetto proposto era effettivamente carente o quanto meno incompleta con riguardo al locale pompa antincendio, alla piattaforma elevatrice e alla allocazione della centrale termo – frigorifera, difettando anche dei necessari calcoli esecutivi e delle verifiche ai sensi del D.M. 14 gennaio 2008.

Sennonché tali mancanze, lungi dal rappresentare delle mere irregolarità ovvero dall’essere sostanzialmente irrilevanti ed ininfluenti, stante la loro minima e del tutto trascurabile incidenza sul progetto complessivamente considerato, sulla validità dell’offerta, costituiscono invece delle macroscopiche violazioni della ricordata normativa, tradendone la *ratio* e la finalità, cui doveva conseguire necessariamente l’esclusione dalla gara.

Né può condividersi l’ulteriore assunto dell’appellante secondo cui, con riferimento alla mancanza dei calcoli strutturali del vano tecnico e alla realizzazione della piattaforma elevatrice, anche a prescindere dalla esiguità di tali incompletezze, le stesse sarebbero state determinate esclusivamente dalle corrispondenze lacune (e vizi) del progetto definitivo posto dall’amministrazione appaltante a base di gara: è sufficiente rilevare che tali dedotte circostanze, in omaggio peraltro ai fondamentali principi di lealtà e buona fede cui devono essere improntati i rapporti tra cittadini o imprese e pubblica amministrazione, avrebbero dovuto quanto meno essere prospettate all’amministrazione appaltante prima della presentazione delle offerte, essendo elementi della *lex specialis* che impedivano la esatta formulazione della stessa, e non possono invece essere invocate successivamente a pretesa giustificazione della offerta non conforme alla previsione del bando.

Né alcun valore ai fini della pretesa irrilevanza dell’incompletezza della offerta può trarsi dalla asserita mancanza di contestazione sul punto da parte della stazione appaltante.

6. Sulla scorta di tali osservazioni, in accoglimento dell’appello incidentale, la sentenza impugnata deve essere riformata e per l’effetto, in accoglimento del ricorso incidentale spiegato in primo grado dall’A.T.I. Impresa Garibaldi s.n.c. – De Magis s.r.l., devono essere annullati gli atti impugnati nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla gara dell’A.T.I. SAD, con conseguente inammissibilità del ricorso principale di quest’ultima per difetto di interesse.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull’appello principale proposto dalla SAD s.r.l., nella qualità indicata, e su quello incidentale spiegato dall’Impresa Garibaldi s.r.l., nella qualità in atti, così provvede:

- accoglie l’appello incidentale e per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso incidentale spiegato in primo grado dall’A.T.I. Impresa Garibaldi s.n.c. – De Magis s.r.l., con conseguente annullamento degli atti impugnati nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla gara dell’A.T.I. SAD, e dichiara inammissibile il ricorso principale di primo grado proposto dall’A.T.I. SAD s.r.l. quest’ultima per difetto di interesse;

- dichiara inammissibile l’appello principale;

- dichiara interamente compensate le spese 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 9 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2012

IL SEGRETARIO

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