



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 della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 818 del 2007, proposto da:
Impresa Dott. Ing. H.C. Pasquale Mastrominico, rappresentata e difesa dagli avv. Innocenzo Calabrese, Giuseppe Romano, con domicilio eletto presso Giuseppe Romano in Napoli, via Toledo,156; Ing. Giovanni Francione;

contro

Comune di S.Maria Capua Vetere;

nei confronti di

Co.Ge.Co - Consorzio Generale Costruzioni s.c.r.l., Consorzio Stabile Aedars s.c.r.l.;

per l'annullamento

DETERMINA N. 970 DEL 29.12.2006, RECANTE
L'ESCLUSIONE DALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO

DELLA PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE DEI LAVORI
DI RIQUALIFICAZIONE DELLA VIA APPIA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2011 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, la Impresa Dott. Ing. Pasquale Mastrominico e Francione Giovanni, in qualità, rispettivamente di capogruppo e mandante dell'ATI tra loro costituita, impugnavano, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla gara di appalto concorso mediante pubblico incanto, indetta dal Comune di Santa Maria Capua Vetere per l'affidamento della progettazione definitiva, esecutiva e della realizzazione dell'intervento di riqualificazione della via Appia nell'ambito del PIT "Itinerario culturale Antica Capua" (determinazione del 5 dicembre 2005, prot. n. 1179; bando del 15 dicembre 2005, prot. n. 43810): - determinazione del 29 dicembre 2006, n. 970, laddove erano state disposte l'esclusione dell'ATI Mastrominico – Francione e la mancata aggiudicazione dell'appalto concorso in parola; - tutti i

verbali di gara, tra cui, segnatamente, il verbale di gara n. 10 del 28 dicembre 2006, laddove era stata disposta l'esclusione dell'ATI Mastrominico – Francione; - il bando e il disciplinare di gara, ove lesivi; - ogni altro atto connesso, preordinato o conseguente;

- il gravato provvedimento espulsivo era stato motivato in base al rilievo che “nei plichi denominati ‘C – Elaborati tecnici’ ... gli elaborati tecnici costituenti il progetto esecutivo non potevano essere considerati esecutivi sotto il profilo della ‘cantierizzazione’”, e, quindi, in base al rilievo della “incompletezza e carenza degli elaborati tecnici predisposti dai concorrenti”, “non conformi alle normative vigenti in materia ed alle prescrizioni dettate nel disciplinare di gara”;

- con specifico riferimento alla posizione dell'ATI Mastrominico – Francione, la commissione giudicatrice aveva verificato che non era “stata prodotta alcuna copia del piano di sicurezza e di coordinamento e del capitolato speciale di appalto, pur essendo questi elaborati indispensabili alla formazione del progetto esecutivo, come prescritto dall'art. 16 della l. n. 109/1994 e dal d.p.r. n. 554/1999”; elaborati che, “essendo oggetto di valutazione dell'offerta tecnica, dovevano inderogabilmente rinvenirsi in questa fase istruttoria e precisamente nel plico ‘C – Elaborati tecnici’”; aveva, quindi, concluso che la proposta progettuale esaminata non era da considerarsi “perfettamente in linea con le indicazioni dettate dal progetto preliminare approvato, tale da consentire una esaustiva

valutazione dell'intero intervento (verbale di gara n. 10 del 28 dicembre 2006);

- a sostegno dell'impugnazione proposta, venivano dedotte le seguenti censure: 1) difetto di motivazione; violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; 2) eccesso di potere; presupposti erronei; travisamento ed erronea valutazione dei fatti; 3) violazione e falsa applicazione degli artt. 16 della l. n. 109/1994 e 25 del d.p.r. n. 554/1999; violazione del principio di trasparenza, par condicio e legalità dell'azione amministrativa; 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; difetto di motivazione; mancata rappresentazione dell'interesse pubblico; violazione dei principi di giusto procedimento;

- in estrema sintesi, i ricorrenti lamentavano che: - la lex specialis di gara non avrebbe espressamente prescritto l'inserimento del piano di sicurezza e di coordinamento e del capitolato speciale di appalto all'interno del plico 'C – Elaborati tecnici', cosicché, in presenza di una simile ambiguità del regime concorsuale, illegittima sarebbe stata la disposta esclusione dell'ATI Mastrominico – Francione; - quest'ultima, peraltro, correttamente avrebbe inserito nel plico 'B – Offerta e documenti economici' i documenti ritenuti mancanti; - il provvedimento impugnato non sarebbe stato supportato da un adeguato impianto motivazionale, anche sotto il profilo del pubblico interesse sotteso alla mancata aggiudicazione dell'appalto concorso; - l'amministrazione intimata non si costituiva in giudizio;

- alla camera di consiglio del 26 febbraio 2007, la proposta istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 655/2007, confermata in appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 3758/2007;

- all'udienza pubblica dell'11 gennaio 2011, la causa veniva trattenuta in decisione;

Considerato che:

- ai sensi del capo 1 del disciplinare di gara, nel plico 'C – Elaborati tecnici' avrebbero dovuto essere contenuti, a pena di esclusione gli "elaborati relativi alla proposta progettuale esecutiva – primo lotto funzionale offerta dal concorrente" e la proposta avrebbe dovuto essere predisposta "sulla base delle indicazioni e prescrizioni contenute nei documenti di progetto preliminare e comunque ... presentata nella forma esecutiva ai sensi del comma 5 dell'art. 16 della l. n. 109/1994, nonché degli artt. 35 ss. del d.p.r. n. 554/1999";

- l'art. 35, lett. f e m, del d.p.r. n. 554/1999 annovera specificamente tra i documenti componenti il progetto esecutivo i "piani di sicurezza e coordinamento" e lo "schema di contratto e capitolato speciale di appalto", i quali sono, poi, disciplinati in dettaglio dai successivi artt. 41 e 45;

- sulla base del puntuale rinvio alle forme di progettazione esecutiva stabilite dalla richiamata normativa regolamentare, il capo 1 del disciplinare di gara aveva, dunque, espressamente sanzionato con l'esclusione l'omessa produzione degli elaborati tecnici di cui si

connotano le predette forme di progettazione esecutiva;

- l'ATTI Mastrominico – Francione, a dispetto del chiaro (e tutt'altro che ambiguo) tenore della *lex specialis*, ha tralasciato di inserire nel plico 'C – Elaborati tecnici' il piano di sicurezza e di coordinamento e il capitolato speciale di appalto;

- tale omissione integra una violazione delle regole concorsuali dianzi riportate, cui la stazione appaltante, nel comminare la sanzione espulsiva si era indefettibilmente autovincolata e che, quindi, non avrebbe potuto disapplicare;

- l'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe potuto, cioè, ritenere ammissibili le offerte presentate in violazione delle predette regole, ossia carenti di elaborati tecnici, quali il piano di sicurezza e di coordinamento e il capitolato speciale di appalto, che, a norma degli artt. 35 ss. del d.p.r. n. 554/1999, costituiscono parte integrante e indefettibile del progetto esecutivo;

- essa aveva, infatti, autolimitato ex ante il proprio potere discrezionale, elidendo ogni margine per successive valutazioni circa la rilevanza di eventuali irregolarità o carenze e si era, quindi, definitivamente vincolata ad escludere le imprese che avessero omesso, in tutto o in parte, il richiesto adempimento documentale (cfr., in tal senso, ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 2830/2001; sez. IV, n. 4572/2001; n. 6440/2002; n. 6674/2002; sez. V, n. 357/2003; n. 918/2003; n. 1551/2003; n. 1856/2003; n. 3345/2003; n. 3866/2003; 4326/2003; sez. V, n. 307/2004; n. 1551/2004; sez. IV,

n. 3297/2004; sez. V, n. 3456/2004; sez. IV, n. 5198/2004; sez. V, n. 1453/2006; n. 2269/2006; n. 3280/2006; n. 3436/2008; n. 4252/2008; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 3389/2008; Napoli, sez. VIII, n. 1144/2008; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 1057/2009; TAR Liguria, Genova, sez. II, n. 2897/2009);

- stante l'illustrato autovincolo e il limite costituito dal rispetto della par condicio (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 2191/2002; sez. IV, n. 6684/2002; sez. V, n. 357/2003; n. 5463/2003; sez. V, n. 364/2004; n. 7905/2004; sez. IV, n. 4559/2005; n. 2254/2007; sez. V, n. 4027/2007; n. 567/2008; n. 498/2009; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 4027/2007; TAR Puglia, Lecce, sez. III, n. 2108/2009), nonché a fronte di una omissione documentale addebitabile alla sola impresa concorrente (TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 796/2004; TAR Campania, Salerno, n. 399/2004), e in assenza di qualsivoglia principio di prova o ragionevole indizio circa l'avvenuta produzione del piano di sicurezza e di coordinamento e del capitolato speciale di appalto (Cons. Stato, sez. VI, n. 1331/2004; n. 1068/2006), doveva indefettibilmente disporsi la sanzione espulsiva, soprattutto in quanto prevista da una puntuale clausola concorsuale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 1331/2004; n. 624/2005; sez. V, n. 3280/2006; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 601/2001);

- non vale addurre in contrario la circostanza (indimostrata) che l'ATI Mastrominico – Francione abbia, comunque, inserito nel plico 'B – Offerta e documenti economici' i documenti ritenuti mancanti;

- ed invero, ai sensi del capo 1 del disciplinare di gara, il piano di sicurezza e di coordinamento e il capitolato speciale di appalto, in quanto espressamente contemplati dalla normativa all'uopo richiamata (artt. 35 ss. del d.p.r. n. 554/1999) e in quanto integranti elaborati valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico alle soluzioni migliorative proposte ('valore tecnico ed estetico delle opere progettate – coefficiente B': cfr. capo 2 del disciplinare di gara), avrebbero dovuto inequivocabilmente e inderogabilmente essere contenuti nel plico 'C – Elaborati tecnici', e non già nel plico 'B – Offerta e documenti economici', nel quale avrebbero dovuto essere inseriti documenti completamente diversi (dichiarazione di offerta; computo metrico estimativo globale; computo estimativo e quadro delle opere del primo lotto funzionale; elenco dei prezzi unitari; analisi dei prezzi unitari non previsti nel vigente tariffario regionale);

- il piano di sicurezza e di coordinamento e il capitolato speciale di appalto erano, come detto, elaborati valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico alle soluzioni migliorative proposte; cosicché giammai avrebbero potuto essere scrutinati dalla commissione giudicatrice congiuntamente ai documenti economici, senza che la loro valutazione restasse inquinata dalla conoscenza di questi ultimi, a discapito dei principi di imparzialità e trasparenza, presidiati dalle regole (cfr. capo 3 del disciplinare di gara; art. 91, comma 3, del d.p.r. n. 554/1999) di segretezza dell'offerta economica e di separazione

del relativo esame rispetto a quello dell'offerta tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 7431/2003; sez. V, n. 3575/2009; TAR Marche, Ancona, n. 307/2004; TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 5196/2005; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 1236/2005; sez. III, n. 1852/2007; n. 1969/2007; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, n. 296/2006; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 7089/2006);

- a differenza di quanto sostenuto da parte ricorrente, le ragioni della disposta esclusione risultano puntualmente e perspicuamente illustrate nella determinazione del 29 dicembre 2006, n. 970, ove la riscontrata carenza della documentazione integrante il progetto esecutivo contenuta nel plico 'C – Elaborati tecnici' viene segnatamente ricondotta al "profilo della 'cantierizzazione'", ossia al subcriterio di valutazione delle soluzioni migliorative proposte, inerente alla "razionalizzazione degli interventi con riferimento alle fasi realizzative, all'organizzazione del cantiere, agli aspetti della sicurezza" (cfr. capo 2 del disciplinare di gara);

- dette ragioni risultano, vieppiù, esplicitate nel verbale di gara n. 10 del 28 dicembre 2006, che la determinazione del 29 dicembre 2006, n. 970 recepisce ed approva;

- in particolare, nel citato verbale di gara n. 10 del 28 dicembre 2006 la commissione giudicatrice rileva specificamente la mancanza del piano di sicurezza e di coordinamento e del capitolato speciale di appalto, precisa, altresì, "essendo oggetto di valutazione dell'offerta tecnica, dovevano inderogabilmente rinvenirsi in questa fase

istruttoria e precisamente nel plico ‘C – Elaborati tecnici’” e menziona, infine, le clausole concorsuali violate dall’impresa esclusa;

- siffatto impianto motivazionale non avrebbe dovuto arricchirsi dell’illustrazione dell’interesse pubblico sotteso alla disposta esclusione ed alla conseguente determinazione di non affidamento (per essere la gara andata deserta a causa dell’invalidità di tutte le offerte presentate);
- come già evidenziato, in presenza di una inequivoca e tassativa sanzione espulsiva comminata dalla lex specialis, non residuava alla stazione appaltante alcun margine per successive valutazioni discrezionali circa l’interesse pubblico all’esclusione o meno dalla gara; interesse pubblico la cui sussistenza, dacché cristallizzata ex ante in sede di formulazione della disciplina concorsuale, risiedeva, in re ipsa, nella salvaguardia della par condicio tra i concorrenti mediante l’indefettibile e vincolata applicazione delle regole di gara;
- l’invalidità di tutte le offerte presentate (ivi compresa quella dell’ATI Mastrominico – Francione), verificatasi in conseguenza della necessaria osservanza della cennata comminatoria di esclusione, non poteva, poi, non comportare la determinazione di non affidamento per essere la gara andata deserta, senza che, anche sotto questo riguardo, residuassero all’amministrazione aggiudicatrice margini per valutazioni discrezionali di interesse pubblico circa la soluzione da adottare;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la ravvisata infondatezza delle censure proposte dalla Mastrominico e dal Francione, così come dianzi scrutinate, il ricorso in epigrafe deve essere respinto unitamente alla connessa domanda risarcitoria;

- quanto alle spese di lite, nulla devesi nei confronti dell'amministrazione intimata e del controinteressato, non costituiti in giudizio;

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe e la connessa domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Nulla sulle spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2011

IL SEGRETARIO

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