



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

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1498 del 2010, proposto da:
R.t.i. Calora S.u.r.l. F.lli Gulielmo S.n.c., rappresentato e difeso
dall'avv. Pantaleo Ernesto Bacile, domiciliato ex articolo 25 c.p.a.
presso la Segreteria del Tar in Lecce, via F. Rubichi, 23;

contro

Comune di Tricase, non costituito;

nei confronti di

Igeco Costruzioni S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella De
Giorgi Cezzi, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Lecce,
via G. Paladini, 50;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione della Gara per procedura aperta del 21 luglio
2010 – Lavori di adeguamento recapito finale reti di fognatura

pluviale che scaricano nel sottosuolo attraverso pozzi assorbenti, effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, importo a base dei lavori pari a euro 1.290.850,17, di cui euro 49.317,40 a titolo di oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso;

e, per l'effetto, per la dichiarazione del diritto del RTI ricorrente di ottenere l'aggiudicazione dei suddetti lavori;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Igeco Costruzioni S.p.a.;

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 27 gennaio 2011 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti l'avv. Bacile per il ricorrente e l'avv. De Giorgi Cezzi per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Raggruppamento temporaneo di imprese, Calora S.u.r.l. - F.lli Gulielmo S.n.c., classificato al secondo posto, impugna l'aggiudicazione della gara, indetta dal Comune di Tricase, per i lavori di adeguamento recapito finale delle reti di fognatura pluviale,

effettuata a favore della controinteressata Igeco Costruzioni S.p.a. con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi:

a) violazione degli artt. 83, 84 e 132, comma 2, del d.lgs.n. 163/2006, delle norme sull'aggiudicazione delle gare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del bando di gara, del principio di corrispondenza tra lo stato fenomenico dei luoghi e quello rappresentato in progetto;

b) eccesso di potere per difetto istruttorio e omessa verifica del progetto presentato, per difetto di analisi dei prezzi offerti, per inaffidabilità dell'offerta aggiudicataria, per difetto di stima degli oneri di sicurezza, per erronea composizione della commissione di gara.

3. Si è costituita la società aggiudicataria, controinteressata, interponendo ricorso incidentale e concludendo per il rigetto del ricorso principale.

4. Alla Camera di Consiglio del 27 gennaio 2011 fissata per la trattazione la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

I. Il ricorso principale è infondato per quanto di seguito esposto.

I.1. Con il primo motivo di ricorso il Raggruppamento di imprese ricorrente lamenta la violazione della "lex specialis" sostenendo che la società aggiudicataria, la Igeco Costruzioni S.p.a., doveva essere esclusa dalla gara per avere presentato un progetto inaffidabile

(punto 3.2, lett.j) del disciplinare di gara) .

La censura non è fondata.

I.1.1. Erra il ricorrente nella ricostruzione della disciplina di gara laddove deduce che il progetto della controinteressata non sarebbe stato realizzabile per avere la medesima proposto il semplice raddoppio della condotta fognaria esistente, soluzione progettuale più onerosa e non migliorativa, anziché la sua sostituzione con altra di maggiori dimensioni e capacità.

Vero è, invece, che lo stesso bando della gara in questione, a base della quale è posta la realizzazione di un progetto esecutivo, alla sezione IV.2.1), punto a.1), indica tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta, attribuendo il punteggio massimo di 50, il "Raddoppio/sostituzione del collettore principale di Via Marina Serra" (pag. 4). Le due modalità di realizzazione dell'ampliamento della portata del collettore principale, raddoppio o sostituzione, pertanto, non solo sono previste ma sono ritenute equivalenti dalla stessa "lex specialis", tanto da essere valutabili con lo stesso punteggio massimo e costituire un elemento di ponderazione unico. Tale aspetto trova esplicita conferma al punto 3 del disciplinare di gara ("Contenuto del plico "Offerta tecnica"), laddove si specifica che nella relativa busta dovrà essere contenuta "l'offerta tecnica, illustrante le proposte integrative, migliorative e funzionali ..., ai sensi del punto IV.2.1.) del bando di gara", sopra richiamato, al dichiarato fine di migliorare complessivamente l'efficienza del

sistema cittadino di collettamento e captazione delle acque meteoriche che si andrà a realizzare con l'attuazione del progetto esecutivo in appalto. Prosegue il citato punto: "Tali miglioramenti possono essere realizzati mediante il raddoppio/sostituzione del collettore esistente su Via Marina Serra..".

I.1.2. Del pari non risulta corretta l'affermazione di parte ricorrente secondo la quale il progetto dell'aggiudicataria non riporterebbe l'esatto stato dei luoghi e, in particolare, la presenza delle canalizzazioni Enel e della fognatura nera, sottoservizi che interferiscono necessariamente con la realizzazione dello scavo, con ciò sottovalutando i maggiori costi e la presumibile dilatazione temporale nella realizzazione dell'intervento, la cui durata, da bando, non deve, invece, superare i trecento giorni dal verbale di consegna dei lavori.

La controinteressata ha prodotto in atti l'allegato n. 5 (elaborato 2.4.5.IG) dell'offerta tecnica, contenente "Tavole schematiche dei sottoservizi rilevati nel centro storico Collettore via Marina Serra" ove vengono riportate diverse sezioni del tracciato viario, con localizzazione della fognatura bianca, della fognatura nera e dell'acquedotto pugliese. Come chiarito nelle memorie difensive, la medesima impresa non ha ragionevolmente ritenuto di dovere indicare anche la canalizzazioni dell'energia elettrica, trattandosi di rete flessibile non di ostacolo alla realizzazione delle opere edilizie.

I.1.3. Generica e come tale insindacabile è la censura, sollevata in

subordine, relativa agli errori prospettici nel posizionamento dei suddetti sottoservizi, per la cui localizzazione sarebbero state utilizzate vecchie planimetrie, non specificate. Dal richiamato elaborato grafico, allegato n. 5, emerge essenzialmente una raffigurazione schematica che non consente, in assenza di ulteriori elementi di prova, alcuna valutazione in ordine al profilo evidenziato.

I.1.4. Con riferimento alla complessiva realizzabilità del raddoppio del collettore, previsto nel bando avente ad oggetto un progetto esecutivo, la impresa controinteressata ha ragionevolmente chiarito che il relativo posizionamento si pone necessariamente nella parte destra lateralmente alla banchina, zona meno interessata dai sottoservizi, e non nella parte sinistra verso il centro della strada, come sostenuto da parte ricorrente, soluzione che comporterebbe, tra l'altro, un ingiustificato maggiore ingombro ed una ulteriore complessità negli scavi.

II. Con il secondo motivo di ricorso la parte ricorrente evidenzia la presunta sussistenza di errori nel computo metrico estimativo e nell'elenco prezzi unitario, lamentando l'assenza di alcuni costi, quali quelli del conferimento in discarica del materiale di risulta e gli oneri per la sicurezza, nonché la carenza di una apposita analisi dei prezzi offerti non risultando i medesimi desumibili dal prezziario ufficiale della Regione, così come previsto dal disciplinare di gara in sede di offerta tecnica (pag. 6).

II.1. Quanto al primo profilo, la controinteressata ha chiarito come il

costo del conferimento del materiale di risulta derivante dalla fresatura finale del manto stradale non è stato indicato in sede di offerta per la possibilità di reimpiego, ammissibile, secondo la normativa vigente, Reg. r. n. 6/2006, in altri utilizzi di cantiere, soprattutto nell'ultima parte della condotta, in campagna priva del soprastante manto stradale, ovvero per la pista di servizio. Il costo degli oneri di sicurezza sarebbe, invece, già compreso nei prezzi.

II.2. Quanto al secondo profilo, nel verbale di gara n. 6, si riporta un giudizio di complessiva attendibilità dei prezzi in quanto riferibili, contrariamente all'assunto di parte, al prezziario regionale ed. 2008.

III. Con il terzo motivo di ricorso, il Raggruppamento ricorrente sostiene che la controinteressata avrebbe presentato varianti inammissibili, in contrasto con la normativa tecnica, le disposizioni legislative e regolamentari, in assenza di proposte migliorative ovvero in contrasto con gli adempimenti previsti e in violazione con l'art. 132, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006.

III.1. Ora, a norma dell'art. 74, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, relativo alle "Varianti progettuali in sede di offerta", come quelle di specie: "Le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate".

Il bando di gara, nella sez. VI, punto VI.3, Informazioni complementari, lett. b.1) espressamente richiama l'"offerta tecnica ... con le proposte di varianti migliorative relative agli elementi di

valutazione di cui al punto IV.2.1)”.

Il punto 3 del disciplinare di gara, citato, come detto, indica espressamente quale contenuto dell’offerta tecnica “le proposte integrative, migliorative e funzionali del sistema cittadino di captazione delle acque meteoriche”, con ciò autorizzando, già in sede di offerta, varianti ovvero “miglioramenti che consentono di aumentare l’efficienza idraulica del collettore principale e delle reti secondarie di captazione nell’abitato”, che, nello specifico, “possono essere realizzati mediante il raddoppio/sostituzione del collettore esistente” e che, in definitiva, “dovranno, quindi, integrarsi con il progetto esecutivo posto a base d’asta per dare luogo, in caso di aggiudicazione ... ad un nuovo progetto esecutivo ..”.

III.2. Il richiamo all’art. 132, comma 3 ult. cpv., del d.lgs. citato, secondo le cui disposizioni “L’importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell’importo originario del contratto ...”, non si attaglia, ai fini dell’ammissibilità o meno delle varianti presentate, al caso di specie, attenendo al diverso caso delle varianti presentate in corso d’opera ovvero in fase di esecuzione dei lavori, a contratto stipulato, e non in quella, antecedente, di presentazione delle offerte nell’ambito della procedura concorsuale.

IV. Con il quarto motivo di ricorso, il ricorrente lamenta l’illegittima composizione della Commissione di gara, sostenendo, in particolare che, ad eccezione del Presidente, ingegnere, gli altri componenti non avrebbero una adeguata preparazione e sufficiente esperienza per

potere valutare i profili tecnici insiti nei progetti presentati dalle partecipanti alla gara, tanto inficiare la legittimità dell'intera procedura.

La censura è priva di pregio.

Premesso che il Presidente di Commissione è anche il dirigente dell'Ufficio tecnico ed il responsabile del procedimento di gara, quindi, munito di adeguata competenza tecnica nelle materie oggetto della gara, gli altri dirigenti componenti risultano parimenti qualificati all'espletamento di procedure concorsuali, procedimenti complessi nell'ambito dei quali risulta rilevante l'apporto anche di ulteriori professionalità, proprio per i diversi profili coinvolti, di natura finanziaria e amministrativa. Trattasi, nel caso di specie, del direttore di ragioneria e del vice segretario generale comunale, responsabile del Settore Affari Istituzionali, che per la stessa funzione svolta, possiede specifica esperienza nelle procedure di evidenza pubblica.

V. Parimenti deve essere respinto il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata e volto alla esclusione della ricorrente principale.

V.1. Con il primo motivo di gravame la ricorrente incidentale lamenta la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 e delle relative norme di "lex specialis" in quanto mancherebbero le dichiarazioni degli amministratori della Calora Costruzioni S.r.l., dante causa in qualità di cedente di un ramo di azienda, nell'arco del triennio antecedente all'appalto, di una delle

imprese costituenti il raggruppamento ricorrente.

La censura è infondata.

Ritiene il Collegio di aderire a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la normativa relativa ai requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure concorsuali, in quanto limitativa della stessa concorrenza, sia di stretta interpretazione, non estendendosi ai casi ivi non espressamente contemplati. Nel caso di specie, non vi è alcuna disposizione che imponga la dichiarazione o l'assenza delle condizioni di cui al comma 1, lett. c) citato nell'ipotesi della cessione del ramo di azienda.

Come osservato, “Nelle procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione, poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara, sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la “par condicio” dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione; pertanto le norme di legge e di bando, che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche, devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41, cost., oltre che dal trattato comunitario” (Consiglio Stato, sez. V, 21

maggio 2010, n. 3213).

In particolare, “Manca nel codice appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione d’azienda antecedente alla partecipazione alla gara un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici in quanto l’art. 38 richiede il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali di partecipazione solo in capo al soggetto concorrente. Ne discende che in assenza di tale norma e siccome la cessione di azienda comporta non una successione a titolo universale del cessionario al cedente bensì una successione nelle posizioni attive e passive relative all’azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l’impresa cessionaria del ramo d’azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente” (Consiglio Stato, sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044).

V.2. Con il secondo e terzo motivo di ricorso incidentale la controinteressata lamenta la violazione degli artt. 76 e 83 del d.lgs n. 163/2006 e l’eccesso di potere sostenendo che il raggruppamento ricorrente avrebbe proposto varianti inammissibili consistenti nell’integrale sostituzione della fognatura nera al fine di rendere possibile la sostituzione del collettore principale e che, pertanto, andava escluso in quanto avrebbe modificato l’oggetto del contratto. La soluzione tecnica prescelta, inoltre, comporterebbe notevoli difficoltà operative derivanti dalla necessaria acquisizione della

preventiva autorizzazione dell'AQP S.p.a. alla temporanea dismissione della fognatura nera esistente, aspetto questo che avrebbe dovuto comportare o l'esclusione della raggruppamento concorrente, per avere presentato una offerta condizionata (punto 7, c.4) del disciplinare), ovvero l'attribuzione di un punteggio inferiore o pari a zero (punto V.3 del bando; 1.a del disciplinare), trattandosi di offerta più onerosa.

La censura non coglie nel segno, dovendosi intendere la sostituzione della fognatura, con posa in parallelo a quella preesistente, un accorgimento tecnico strumentale propedeutico alla sostituzione del collettore e non una diversa ideazione dell'oggetto del contratto in quanto comunque rispettosa dei requisiti minimi richiesti. Il presunto costo aggiuntivo, di importo non esorbitante, deve ritenersi, sulla base dell'offerta presentata, contenuto nel prezzo di aggiudicazione e, comunque, valutato come tale dalla Commissione esaminatrice. Quanto ai disagi derivanti dalla temporanea interruzione del servizio, questi possono essere minimizzati con miglioramenti nella organizzazione e gestione del cantiere, a fronte di una migliore efficienza idraulica complessiva. La relativa valutazione non risulta in violazione di legge e, rientrando nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, non presenta neppure palesi profili di manifesta illogicità, tanto da evidenziare il ricorso delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Né può ritenersi di ostacolo alla sua positiva ponderazione l'eventuale acquisizione preventiva di una

autorizzazione da parte dell'AQP, tenuto, istituzionalmente, alla migliore efficienza del sistema fognario e alla collaborazione con l'ente locale territoriale.

V.3. Con il quarto motivo di ricorso incidentale la ricorrente si duole della violazione della "lex specialis", ritenendo che tale ultimo accorgimento si tradurrebbe in una nuova offerta economica contenuta arbitrariamente nell'offerta tecnica (punti 3 e 7 d.5 del disciplinare) e come tale comportante l'esclusione.

Il motivo è infondato.

L'esecuzione dell'opera strumentale proposta rientra comunque nel corrispettivo complessivo offerto, avente ad oggetto, in generale, i lavori di miglioramento dell'efficienza idraulica del sistema cittadino di captazione delle acque meteoriche, nell'ambito dei quali sono ammissibili proposte integrative, purché "nella salvaguardia di tutte le funzioni previste dal progetto esecutivo" (pag. 6 del disciplinare di gara), che, nel caso specifico, con la previsione del nuovo tratto di fogna nera al fine di consentire la sostituzione del collettore principale con altro di maggiori dimensioni per aumentarne l'efficienza idraulica, vengono rispettate.

V.4. Tanto basta a ritenere l'impugnata aggiudicazione e la procedura concorsuale ad essa presupposta immune dalle censure dedotte con i ricorsi all'esame.

La richiesta di risarcimento danni, avanzata in subordine per il caso di accoglimento del ricorso principale, va conseguentemente

respinta.

VI. In conclusione, sulla base delle sovra esposte considerazioni, il Collegio respinge sia il ricorso principale che il ricorso incidentale.

VII. In considerazione della peculiarità e complessità delle questioni sottoposte all'esame, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sede di Lecce, terza sezione, respinge il ricorso principale e il ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese e le competenze di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2011

IL SEGRETARIO

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