

N. 00358/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00642/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 642 del 2010, proposto da G.T.A. s.r.l., in persona dell'amministratore unico Claudio Nigita, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con le società Metsi engineering and financial consulting e Tecnica s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Tiziana Di Consolo, in Latina, via Monti n. 13;

contro

il comune di Sezze, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Mancini e Eugenio Tristano, elettivamente domiciliato in Latina, via Monti n. 13/B, presso lo studio dell'avvocato Mancini;

nei confronti di

Eduardo Molinaro, nella qualità di rappresentante della impresa Edumol Costruzioni Impianti e di componente della costituenda “ATI Eurodepuratori s.p.a. – Edumol”, rappresentato e difeso dall’avvocato Salvatore Scafetta, da intendersi domiciliato agli effetti del presente giudizio presso la segreteria della sezione;

per l’annullamento, previa sospensione dell’esecuzione

del verbale della commissione di gara per l’aggiudicazione dell’appalto di progettazione e esecuzione del depuratore comunale e collettore emissario n. 7 del 16 aprile 2010, del verbale n. 6 del 19 marzo 2010, dei restanti atti di gara, dei provvedimenti recanti l’aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara all’ATI Eurodepuratori s.p.a. – Edumol, se e in quanto possa occorrere del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui prevedono le modalità di redazione della relazione analitica illustrativa del programma dei lavori e della relazione descrittiva gestionale, e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e /o consequenziale nonché per ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto e la condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’amministrazione intimata e del controinteressato;Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 7 aprile 2011 il dott.

Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'articolo 120 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Sezze Romano indiceva il 25 febbraio 2009 una gara, da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione del depuratore comunale e del relativo collettore emissario.

2. Per quanto qui interessa è necessario sin d'ora premettere che il disciplinare di gara prescriveva:

A) che la busta C, recante l'offerta tecnica, contenesse i seguenti documenti: 1) una dettagliata descrizione del progetto proposto; 2) una relazione descrittiva gestionale; 3) una relazione descrittiva delle fasi lavorative proposte; il disciplinare rinviava per il contenuto di questi documenti all'allegato n. 2;

B) che la busta B, recante l'offerta economica, a sua volta contenesse i seguenti documenti: 1) offerta economica, a pena di esclusione inserita in una busta sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura; 2) lista delle categorie di lavorazioni e fornitura con indicazione delle quantità e dei prezzi, parimenti da inserire a pena di esclusione in busta sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura; 3) elenco dei prezzi unitari, parimenti da inserire a pena di esclusione in busta

sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura; 4) programma dei lavori riferito alla relazione illustrativa redatto in unica copia, parimenti da inserire a pena di esclusione in busta chiusa e controfirmata sui lembi di chiusura; 5) costo di gestione riferito alla analitica relazione illustrativa redatto in unica copia, da inserire a pena di esclusione in busta chiusa e controfirmata sui lembi di chiusura;

C) che la commissione di gara avrebbe dapprima attribuito il punteggio relativo al valore tecnico del progetto; “esaurita tale fase si procederà all’apertura dei plichi contenenti i documenti economici e all’attribuzione dei punteggi relativi ai restanti elementi” (così letteralmente il disciplinare).

La ricorrente presentava, nella qualità di capogruppo mandataria dell’ATI formata con le mandanti Metis s.r.l. e Tecnica s.r.l., domanda di partecipazione alla gara ma ne veniva esclusa (si veda il verbale n. 7 del 16 aprile 2010) in quanto, aperte le buste recanti la relazione illustrativa dei singoli componenti della gestione degli impianti e la relazione analitica e illustrativa del programma dei lavori (cioè la seconda e la terza busta da inserire nel plico C recante l’offerta tecnica), la commissione vi rinveniva “l’indicazione esplicita dei costi di gestione sia dei singoli componenti che del costo totale di gestione annua” e “l’indicazione esplicita del termine di esecuzione dei lavori”; di conseguenza si riteneva fosse stata violata la disciplina del disciplinare di gara e i principi di segretezza e par condicio delle

offerte.

Successivamente in data 7 giugno 2010 la gara era provvisoriamente aggiudicata all'ATI Eurodepuratori – Edumol.

3. Seguiva l'accesso della ricorrente agli atti di gara (in data 9 giugno 2010) e la proposizione del ricorso all'esame con cui: a) si contesta l'illegittimità dell'esclusione dalla gara (primi quattro motivi); b) si contesta l'illegittimità della valutazione del progetto tecnico della ricorrente (anche in relazione alle valutazioni compiute nei confronti dei progetti degli altri concorrenti e, in particolare, di quello dell'aggiudicataria) avvenuta nella seduta del 19 marzo 2010 (restanti motivi); c) si conclude chiedendo la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria e il risarcimento dei danni.

4. Dalla documentazione successivamente depositata è risultato che il contratto è stato stipulato il 30 dicembre 2010, in base a aggiudicazione definitiva del precedente 1° settembre 2010, con il RTI Gima Industria s.r.l., classificatosi al secondo posto (in quanto la Eurodepuratori non aveva dimostrato il possesso dei requisiti ex articolo 38 del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e l'aggiudicazione provvisoria in suo favore era revocata).

5. Resistono al ricorso il comune di Sezze Romano e la Edumol Costruzioni impianti, componente della costituenda Ati cui era stata provvisoriamente aggiudicata la gara.

6. Con ordinanza n. 421 del 7 ottobre 2010 la sezione respingeva l'istanza di tutela cautelare.

7. Il ricorso è improcedibile.

Come accennato la ricorrente ha proposto il ricorso prima ancora dell'aggiudicazione definitiva della gara notificandolo all'aggiudicataria provvisoria.

Tuttavia l'aggiudicazione provvisoria è stata revocata il 1° settembre 2010 con determinazione prot. 158 e la gara è stata definitivamente aggiudicata a altro soggetto; l'aggiudicazione definitiva è stata depositata in giudizio dal comune di Sezze in data 6 dicembre 2010 con allegata fotocopia dell'avviso di ricevimento in data 17 settembre 2010 da parte della ricorrente.

Quest'ultima non solo non ha impugnato l'aggiudicazione definitiva ma nulla ha controdedotto negli atti difensivi depositati in prossimità dell'udienza (memoria del 18 marzo 2011 e nota di replica del 25 marzo 2011) in ordine alla circostanza dell'avvenuta comunicazione dell'aggiudicazione definitiva nei propri confronti, sostenuta dal comune di Sezze, che ha eccepito l'improcedibilità del ricorso.

Quest'ultima eccezione è quindi fondata, poichè costituisce giurisprudenza amministrativa costante che l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva da parte del concorrente che abbia impugnato l'esclusione dalla gara rende improcedibile il suo ricorso (cfr. ad es. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21 ottobre 2010, n. 32947); in ordine a quanto sostenuto dalla ricorrente nella memoria del 25 marzo 2011 circa la non necessità di un'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva avendo essa con l'atto improduttivo

indicato come oggetto del processo anche l'aggiudicazione definitiva va opposto che costituisce opinione della sezione che il ricorso proposto avverso l'esclusione da una gara è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse qualora non venga espressamente impugnata l'aggiudicazione definitiva che intervenga in corso di giudizio, non potendosi quest'ultima impugnazione ricomprendersi nell'espressione contenuta nell'atto introduttivo del giudizio nella parte in cui si richiama anche "l'eventuale aggiudicazione provvisoria e/o definitiva della gara"; simile locuzione si risolve, infatti, in una formulazione ipotetica che non esprime in maniera chiara l'intendimento di contestare l'atto conclusivo della procedura (T.A.R. Lazio, Latina, 6 ottobre 2010, n. 651). Né può essere seguita la tesi secondo cui in caso d'impugnazione dell'esclusione dalla gara non sarebbe onere dell'escluso impugnare l'aggiudicazione definitiva in quanto l'annullamento dell'esclusione avrebbe carattere caducante di quest'ultima; in realtà "è principio consolidato che, in caso di impugnazione del provvedimento di esclusione da una gara d'appalto, è onere del soggetto escluso di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva al fine di impedirne il consolidamento. È, di conseguenza, improcedibile il ricorso proposto avverso l'esclusione dalla gara d'appalto, ove la ricorrente non abbia successivamente esteso l'impugnativa all'aggiudicazione definitiva, provvedimento quest'ultimo che non costituisce atto meramente confermativo od esecutivo dell'aggiudicazione provvisoria ma che, anche quando

recepisce i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti. Ne consegue la necessità dell'impugnazione autonoma dell'aggiudicazione definitiva nonostante la precedente contestazione dell'aggiudicazione provvisoria” (così T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 22 aprile 2010, n. 1485).

8. Il ricorso è quindi improcedibile.

9. La domanda di risarcimento dei danni – anche se si volesse considerare ammissibile (cioè come domanda autonoma di risarcimento del danno derivante dall'avvenuta esclusione, secondo quanto ora ammesso dal codice del processo amministrativo, ancora non in vigore al tempo della proposizione del ricorso) – è invece infondata poichè l'esclusione della ricorrente dalla gara appare, per le ragioni già sinteticamente espresse in sede cautelare e che in questa sede si ribadiscono, legittima.

La lex specialis – valutata nel suo complesso – era infatti inequivoca nello stabilire che elementi dell'offerta economica non potessero essere inseriti nei documenti costituenti l'offerta tecnica, atteggiandosi questi ultimi essenzialmente a documenti di tipo “metodologico-illustrativo”, privi pertanto di ogni riferimento a dati economico-quantitativi.

Sul punto va aggiunto che gli argomenti a sostegno della tesi dell'ambiguità della disciplina di gara e della possibilità di inserire nei documenti costituenti l'offerta tecnica i dati che hanno poi

provocato l'esclusione, fondati sul tenore letterale delle previsioni dell'allegato n. 2 del disciplinare, non sono persuasivi perché essi prescindono del tutto da una valutazione globale e sistematica del disciplinare e dell'allegato n. 2 il complesso delle prescrizioni dei quali è – lo si ribadisce – univoco nel separare nettamente gli elementi economico-quantitativi, da inserire nei documenti costituenti l'offerta economica, da quelli tecnici, confluenti nei documenti da inserire nella busta C; del resto, se fosse corretta la tesi della ricorrente, che senso avrebbe avuto la previsione – peraltro a espressa (e ripetuta ogni volta) pena di esclusione - dell'inserimento in buste sigillate da controfirmare sui lembi e da inserire nella busta B di quegli stessi elementi che essa ha indicato nei documenti inseriti nella busta C ? e che senso avrebbe avuto la previsione della valutazione dell'offerta tecnica in un momento anteriore all'apertura della busta recante l'offerta economica ? Insomma il disciplinare e l'allegato n. 2, pur nella loro complessità, stabilivano in modo più che comprensibile per un soggetto normalmente provveduto in materia di procedure a evidenza pubblica che l'offerta tecnica sarebbe stata valutata dalla commissione in un momento in cui questa ancora non conosceva (né poteva conoscere) l'offerta economica, cosicché la commistione tra offerta tecnica e economica in cui è incorsa la ricorrente ne giustificava l'esclusione dalla gara (a nulla rilevando che anche altri concorrenti siano incorsi in analogo errore e siano stati parimenti esclusi).

9. Le spese di giudizio sono poste a carico della ricorrente dati la riconducibilità alla sua inerzia della declaratoria di improcedibilità del ricorso e la sostanziale infondatezza delle sue allegazioni.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, in parte lo dichiara improcedibile e in parte infondato.

Condanna la ricorrente al pagamento a favore di ciascuna delle parti resistenti della somma di euro duemilacinquecento.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Santino Scudeller, Consigliere

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/04/2011

IL SEGRETARIO

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