



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1575 del 2010, proposto da:

Paolo Beltrami S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Gallenca, Giorgio Cugurra ed Elena Pontiroli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via XX Settembre, 60;

contro

Comune di Stresa, rappresentato e difeso dall'avv. Teodosio Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, corso Re Umberto, 27;

nei confronti di

Gastone Guerrini Costruzioni Generali S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Casavecchia e Luigi Giorgi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Paolo Sacchi, 44; Tedde S.r.l. - Si.Co.Tek S.r.l.;

per l'annullamento

della determina n. 182 in data 9.11.2010, comunicata alla ricorrente il 22.11.2010, con la quale il Responsabile del Servizio Tecnico della Città di Stresa ha aggiudicato definitivamente a Gastone Guerrini Costruzioni Generali S.p.a l'appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori di completamento delle nuove opere portuali, rideterminando altresì la graduatoria dell'appalto integrato e collocando al secondo posto la costituenda ATI tra Tedde Sr.l. e Si.Co.Tek. S.r.l. e al terzo posto Paolo Beltrami S.p.a., nonché di ogni altro atto della procedura connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Stresa e di Gastone Guerrini Costruzioni Generali 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 6 dicembre 2012 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con determinazione 01.06.2009 n.92 del Responsabile dell'Area Lavori Pubblici, il Comune di Stresa ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, mediante appalto integrato, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di completamento delle nuove opere del porto turistico di Stresa.

Con tale stessa determinazione, l'amministrazione comunale ha approvato il bando di gara e i relativi allegati, tra cui il disciplinare per la redazione del progetto esecutivo e del piano di sicurezza e la realizzazione dell'opera.

Il bando prevedeva che l'appalto venisse aggiudicato mediante il criterio del massimo ribasso e che non fossero ammissibili offerte alla pari o in aumento. L'importo a base di gara era di complessivi euro 3.106.509,00, così distinto:

euro 125.000,00 per compenso professionale;

euro. 2.985.000 per lavori, oltre euro 125.000 per oneri per la sicurezza.

Per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, il disciplinare di gara prevedeva che "...l'offerta riferita ai lavori dovrà obbligatoriamente contenere, anche in foglio separato, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 86 comma 5 e 87 comma 2 del d.lgs. 163/2006 s.m.i., le giustificazioni del prezzo offerto, costituite a pena di esclusione dall'analisi delle voci che compongono i singoli prezzi costituenti l'elenco prezzi unitari".

All'esito della procedura di gara, che ha dovuto prendere atto degli esiti di più ricorsi giurisdizionali alla stessa interposti, la Gastone Guerrini Costruzioni Generali s.p.a. è risultata aggiudicataria, in quanto miglior offerente con un ribasso del 21,56%, innanzi al RTI Tedde-Si.co.tek. (secondo con un ribasso di 12,92%) e alla Paolo Beltrami s.p.a. (terza graduata con un ribasso del 10,65%).

2) Con il presente ricorso la Paolo Beltrami s.p.a. ha dedotto l'illegittimità dell'ammissione alla competizione delle controinteressate Guerrini Costruzioni e ATI Tedde-Si.co.tek. (e del conseguente provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della prima), in quanto le stesse non avrebbero presentato - a corredo dell'offerta - le giustificazioni preventive di tutte le voci dei lavori indicate nell'elenco prezzi, così come espressamente previsto dalla legge di gara a pena di esclusione (punto D.3 del capitolato speciale).

In particolare la ricorrente ha rilevato, per quanto riguarda la Guerrini Costruzioni:

a) che la stessa non avrebbe presentato giustificazioni preventive per ben 17 voci di prezzo e che il seggio di gara, anziché escludere tale concorrente dalla competizione, avrebbe illegittimamente chiesto spiegazioni in merito a tale mancanza e consentito alla stessa concorrente di integrare la documentazione mancante;

b) che, pur volendo ritenere che le giustificazioni mancanti non fossero necessarie (in quanto confermate dei prezzi indicati dalla stazione appaltante per le 17 voci di prezzo mancanti), non si perverrebbe comunque al ribasso offerto del 21,56% ma a quello del 25%, cosicché tale impresa avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione per anomalia dell'offerta.

Queste invece le censure inerenti la posizione dell'ATI Tedde-Si.co.tek.:

a) anche tale concorrente avrebbe ommesso di presentare tre schede di analisi giustificative, relative a tre voci di prezzo;

b) la stessa avrebbe indicato il costo della manodopera in misura inferiore a quella prevista dal vigente C.C.N.L. per il settore edile;

c) l'ATI avrebbe commesso un evidente errore nella determinazione della voce dell'elenco prezzi n. 78, poiché non avrebbe sommato la componente manodopera alla componente noli (ma avrebbe operato una sottrazione di quest'ultima componente alla prima), determinando in tal modo una differenza di prezzo di euro 88.258,68.

3) Si sono costituiti in giudizio la Guerrini Costruzioni e il Comune di Stresa, contestando gli assunti avversi, di cui hanno chiesto l'integrale rigetto.

Respinta l'istanza cautelare di sospensione, il procedimento è pervenuto a decisione all'udienza del 06.12.2012.

4) Va premesso che il Comune di Stresa ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale, in quanto l'offerta formulata dalla ricorrente presenterebbe difetti di formulazione del tutto analoghi a quelli imputati alle controparti, tali da rendere la Paolo Beltrami s.p.a. priva di interesse ad agire.

L'eccezione non è stata introdotta, tuttavia, con ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente, e come tale non può trovare seguito nel presente giudizio.

Il ricorso risulterebbe inammissibile sotto un secondo profilo, in quanto precluso dall'acquiescenza spontanea manifestata dalla ricorrente rispetto alla decisione della stazione appaltante di ammettere alla competizione l'ATI Tedde-Si.co.tek.. Tale acquiescenza si ricaverebbe dal fatto che la ricorrente era già da tempo a conoscenza, a seguito di accesso agli atti, delle giustificazioni preventive presentate dall'ATI.

L'eccezione è infondata, in quanto l'interesse a proporre ricorso contro l'ammissione di un concorrente ad una gara può essere fatto valere solo mediante l'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura stessa da parte dei concorrenti non aggiudicatari. L'unica eccezione al principio suddetto (estranea alla fattispecie de qua) è costituita dall'aggiudicazione provvisoria, la quale, peraltro, pur precludendo all'aggiudicazione definitiva, come provvedimento effettivamente conclusivo della gara, spesso da essa non risulta facilmente distinguibile e comunque conchiude, già di per sé, sebbene provvisoriamente, le operazioni di gara, con ciò acquisendo una relativa autonoma rilevanza per i soggetti non aggiudicatari, che ne giustifica l'immediata impugnabilità, non obbligatoria ma facoltativa (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31). Ne resta dunque confermato il principio generale per cui l'impugnazione diretta a far valere il mancato possesso dei requisiti da parte del concorrente ad una gara d'appalto deve essere proposta avverso il provvedimento di aggiudicazione (almeno provvisoria) della gara stessa (per tutte T.A.R. Lazio sez. III, 04 luglio 2012, n. 6077).

5) Venendo al merito e al primo motivo di ricorso, occorre premettere che esso va esaminato alla luce delle regole poste dal bando di gara, indifferenti allo ius superveniens, e in particolare al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto, introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006, dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70. In materia di atti di gara, così come per gli atti del procedimento, vige infatti il principio del tempus regit actum, per cui la legittimità della clausola della legge di gara deve essere verificata con riferimento alla disciplina normativa esistente alla data di adozione dell'atto e non con quella sopravvenuta (cfr. ex multis, T.A.R. Lazio sez. II, 05 marzo 2012, n. 2218).

In questo senso va rilevato che l'allora vigente art. 86, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006 (abrogato dal d.l. 78 del 1.07.2009) prevedeva all'ultimo comma che "le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

6) Pur a fronte di tale inquadramento normativo, la censura in esame appare infondata.

Come detto, la ricorrente ha lamentato che l'aggiudicataria non avrebbe presentato giustificazioni preventive per ben 17 voci di prezzo, così violando il punto D3 del disciplinare di gara, nella parte in cui imponeva tale prescrizione ai concorrenti, a pena di esclusione. Il seggio di gara, a sua volta, anziché escludere la concorrente dalla competizione, avrebbe consentito alla stessa - tramite un'indebita richiesta di chiarimenti - di sanare l'offerta lacunosa, in violazione della legge di gara e delle regole di imparzialità.

In punto di fatto, assume decisiva rilevanza il tenore della richiesta di chiarimenti e della successiva risposta fornita dalla Guerrini Costruzioni.

Il quesito così recita: “per le voci 175, 114, 117, 113, 124, 72, 73, 163, 169, 135, 144, 170, 128, 146, 160, 147, 148, 158, 159, 174, per le quali non risulta alcuna giustificazione, se vengono confermati i riferimenti ai prezzi del computo metrico estimativo e/o analisi dei prezzi facenti parte del progetto definitivo”. Questa la replica della Guerrini Costruzioni: “la risposta è affermativa, vengono confermati i prezzi esposti nel computo metrico estimativo e/o nelle relative analisi dei prezzi”.

Come già rilevato in sede cautelare e come già affermato da questo Tribunale in precedenti arresti, la clausola che impone ai concorrenti la presentazione di giustificazioni sui prezzi indicati nella lista predisposta dalla stazione appaltante, e allegata al bando, non può essere intesa come riferita (anche) alla necessità di presentare giustificazioni sui prezzi in ordine ai quali non vengono formulati ribassi. Quanto sostenuto si giustifica sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, viene in rilievo la ratio della prescrizione, che deve essere individuata nella necessità di anticipare l'eventuale verifica delle offerte sospettate di essere basse in modo anomalo. In relazione a tale intento legislativo, appare irragionevole un'interpretazione della citata regola di gara che porti all'esclusione di offerte, quali quella della ricorrente, che, pur allegando i moduli giustificativi su talune voci di prezzo, non contengano giustificazioni per i prezzi non soggetti a ribasso (rispetto alle indicazioni formulate dalla medesima stazione appaltante nella lista prezzi), cioè anche su prezzi che la stazione appaltante ha mostrato di considerare congrui. Se infatti l'obbligo di presentazione delle giustificazioni unitamente alle offerte si collega ad una mera funzione di accelerazione del procedimento, appare eccessivo far discendere la sanzione dell'esclusione dalla gara, che si dimostra del tutto sproporzionata allo scopo affidato alla norma.

In secondo luogo, tale riduzione della portata precettiva della clausola in esame si giova anche del richiamo al principio interpretativo che impone di privilegiare quel significato delle disposizioni della *lex specialis* che consenta la massima partecipazione alla gara, piuttosto che la sua limitazione (cfr. T.A.R. Piemonte sez. II, 25 gennaio 2008, n. 160; T.A.R. Piemonte sez. I, 14 gennaio 2009, n. 83).

Concorre in tal senso, infine, la tendenza, di derivazione comunitaria, a collocare la verifica delle offerte anomale in una fase successiva alla presentazione delle offerte, nel contraddittorio delle parti. Rispetto a questa modalità, risulta viepiù irrazionale la sanzione dell'esclusione prevista a fronte di irregolarità relative alla presentazione delle giustificazioni preventive, in quanto contrastante con la più ragionevole possibilità per l'offerente - espressamente riconosciuta e collegabile ai più tutelati valori di trasparenza del mercato e di massima partecipazione alle gare - di presentare le giustificazioni nel momento in cui ha luogo il subprocedimento di verifica dell'anomalia (Cons. St., sez. IV 15 Settembre 2010, n. 6904).

Resta da rilevare che, a fronte di un'omissione di giustificazioni non totale, ma soltanto parziale (quale quella che verrebbe a configurarsi nella specie), deve ritenersi che la generica previsione di esclusione comminata dalla *lex specialis* non apparirebbe del tutto idonea a determinare l'esclusione tout court del concorrente, in assenza di una formulazione univoca e sufficientemente specifica, riferibile ai precisi elementi in concreto omessi o comunque idonea a individuare la rilevanza determinante delle componenti giustificative mancanti.

7) Anche il secondo motivo di censura, inerente il calcolo del ribasso offerto dall'aggiudicataria (indicato nel 21,56%, piuttosto che in quello del 25%), con conseguente riflesso sull'anomalia dell'offerta, appare infondato.

La percentuale alla quale perviene la ricorrente è frutto, infatti, di un errore di calcolo, avendo la stessa, nel predetto conteggio, dedotto gli oneri della sicurezza dall'importo dei lavori, per calcolare poi il ribasso. Viceversa, secondo le indicazioni contenute nel bando (al punto D.3), il ribasso percentuale deve essere calcolato sull'importo dei lavori senza la predetta detrazione.

8) Stante l'infondatezza delle censure rivolte nei confronti dell'aggiudicazione dell'appalto alla Guerrini

Costruzioni, viene meno l'interesse alla contestazione della posizione del secondo graduato. Ciò in quanto il soggetto terzo graduato all'esito di una procedura di gara indetta per l'aggiudicazione di un appalto con la p.a., ha interesse ad impugnare gli atti della procedura e la relativa aggiudicazione solo nel caso in cui le censure da lui dedotte siano tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura, o quella finale dell'aggiudicazione in suo favore (Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2010, n. 2077). Di conseguenza, quando le censure dedotte con il ricorso non sono dirette alla caducazione integrale della procedura - come nella specie - ma toccano la posizione dei soggetti che lo precedono in graduatoria, al fine di ottenere una pronuncia che accerti l'illegittimità della loro ammissione, l'infondatezza delle critiche rivolte nei confronti dell'aggiudicatario implica il venir meno dell'interesse alla contestazione della posizione del secondo classificato, e viceversa (Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2009, n. 101).

Per tutti i motivi esposti il ricorso non può trovare accoglimento.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente a rifondere in favore delle parti resistenti costituite le spese di lite, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre Iva e Cpa, per ciascuna.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Giovanni Pescatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2012

IL SEGRETARIO

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