



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

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1054 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto presso Luigi Paccione in Bari, via Quintino Sella, 120;

contro

Provincia di Bari, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso Aldo Loiodice in Bari, via Nicolai, 29;

nei confronti di

A.T.I. Costrade s.r.l. - Pagone s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Isabella Loiodice e Michelangelo Pinto, con domicilio eletto presso Isabella Loiodice in Bari, via Nicolai, 29;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale della Provincia di Bari - Servizio Viabilità e Trasporti n. 30 del 16 giugno 2010, recante aggiudicazione definitiva dell'appalto «SP 231- ex S.S. 98 “Andriese - Coratina” - costruzione delle “diramazioni” dalla SP 231 al km 1+450, verso la SP 54 “Modugno - Palese” e la S.S. 96»;
 - del sottostante verbale di aggiudicazione provvisoria n. 20/30 Rep. del 1° giugno 2010;
 - del provvedimento di esclusione della ricorrente di cui al suddetto verbale di aggiudicazione provvisoria;
 - della nota dirigenziale della Provincia di Bari - Servizio Viabilità e Trasporti, prot. n. 7676 del 21 giugno 2010 recante comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva;
 - della determinazione del Responsabile del Servizio Viabilità n. 247 dell'11 dicembre 2009 recante nomina della Commissione di gara;
 - di tutti gli atti e le relazioni della Commissione di gara, non conosciuti dalla ricorrente;
 - di tutti gli atti istruttori posti in essere nel corso del procedimento di gara, non conosciuti dalla ricorrente;
 - di ogni atto presupposto e/o connesso, ancorché sconosciuto, in quanto lesivo;
- quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11.11.2010, per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale della Provincia di Bari - Servizio Viabilità e Trasporti n. 63 del 4 agosto 2010, comunicata alla ricorrente con nota prot. 10112 del 10.9.2010, recante conferma dell'esclusione della stessa ricorrente dalla gara per l'appalto dei lavori di costruzione «Diramazioni dalla SP 231 al km 1+450, verso la SP 54 Modugno - Palese e la S.S. 96»;
- del verbale redatto dalla Commissione di gara in data 27 luglio 2010;
- di ogni altro atto connesso, ancorché ignoto, in quanto lesivo;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Bari e di A.T.I. Costrade s.r.l. - Pagone s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Francesco Cocomile e uditi per le parti i difensori avv.ti Luigi Paccione, Ignazio Lagrotta, su delega dell'avv. Aldo Loiodice, Pasquale Procacci, su delega dell'avv. Isabella Loiodice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l. impugna con il ricorso introduttivo l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore della controinteressata A.T.I. Costrade s.r.l. - Pagone s.r.l. dell'appalto

indetto dalla Provincia di Bari - Servizio Viabilità 1 per l'affidamento dei lavori di costruzione «Diramazioni dalla SP 231 al km 1+450, verso la SP 54 Modugno - Palese e la S.S. 96», oltre che il provvedimento di esclusione della D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l. di cui al verbale di aggiudicazione provvisoria dell'1.6.2010 e la determinazione del Responsabile del Servizio Viabilità n. 247 dell'11 dicembre 2009 recante nomina della Commissione di gara.

Evidenzia parte ricorrente che il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso; che la stessa offriva un ribasso del 49,250%; che la stazione appaltante chiedeva alla D'Oria di depositare giustificazione dell'offerta reputata anomala; che le giustificazioni della D'Oria non venivano ritenute adeguate; che la Commissione di gara, dopo aver ascoltato i chiarimenti resi in contraddittorio con l'impresa D'Oria, dichiarava l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata A.T.I. Costrade - Pagone con contestuale esclusione dell'impresa D'Oria avendo ritenuto i chiarimenti della stessa insoddisfacenti.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente la procedura seguita dalla pubblica amministrazione è stata posta in essere in violazione della previsione normativa di cui all'art. 84, comma 4 dlgs 12 aprile 2006, n. 163 (in forza della quale "i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta") poiché l'ing. Onofrio Tragni (componente

della Commissione) è stato progettista dell'opera oggetto dell'appalto, mentre i geometri Nicola Del Grosso e Leonardo Calamita (anch'essi componenti della Commissione) hanno collaborato alla progettazione della stessa opera. Inoltre detti componenti sono anche incaricati di seguire l'esecuzione dell'opera assumendone la direzione lavori.

Ed ancora rileva parte ricorrente che l'ing. Nicola Anaclerio ha sommato nella sua persona ben tre distinte funzioni attinenti alla procedura per cui è causa (*rectius* dirigente del settore viabilità 1; responsabile unico del procedimento di appalto; Presidente della Commissione di gara) in violazione del dlgs n. 267/2000; che la nomina dei commissari e la costituzione della Commissione è avvenuta nel caso di specie in violazione dell'art. 84, comma 10 dlgs n. 163/2006 ove si prevede espressamente che la nomina e la costituzione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte (cosa che non è avvenuta nella presente fattispecie); che la determinazione a contrarre n. 231/2009 e il bando di gara non prevedevano la nomina di una commissione di gara e che pertanto la determina dirigenziale n. 247/2009 recante la nomina della Commissione è illegittima poiché priva di sottostante base deliberativa legittimante ; che comunque il dirigente del servizio viabilità 1 (ing. Nicola Anaclerio), dopo aver nominato la Commissione di gara, ha preso in totale solitudine alcuni importanti decisioni in ordine alle giustificazioni dell'offerta anormalmente

bassa formulata dalla D'Oria; che il dirigente del servizio viabilità 1 constatava l'inaffidabilità dell'offerta della D'Oria anche a seguito delle giustificazioni dalla stessa presentate; che la Commissione di gara ha illegittimamente escluso l'impresa D'Oria dalla gara senza per nulla indicare un solo profilo di inattendibilità delle giustificazioni dalla stessa fornite; che pertanto l'esclusione della D'Oria è immotivata ed illegittima.

Con ordinanza del 21 luglio 2010 n. 555 questo T.A.R. accoglieva ai fini del riesame l'istanza sospensiva presentata dalla D'Oria nel ricorso introduttivo sulla base della seguente motivazione:

“... Considerato, ad un sommario esame, che non risultano essere stati esaminati con sufficienza dalla commissione di gara i chiarimenti e l'ampia documentazione offerti dalla ricorrente in sede di contraddittorio a sostegno delle giustificazioni dell'offerta valutata anormalmente bassa, atteso che la commissione non ha emesso alcuna motivata decisione in punto di attendibilità delle giustificazioni e dei chiarimenti resi dall'impresa;

Ritenuto che sussistono i presupposti per accogliere l'istanza cautelare ai fini del riesame delle giustificazioni; ...”.

All'esito del riesame la Commissione di gara adottava il verbale del 27.7.2010 le cui risultanze confluivano nella determinazione dirigenziale n. 63 del 4.8.2010 con cui il dirigente del Servizio Viabilità e Trasporti della Provincia di Bari confermava l'esclusione della odierna ricorrente dalla gara per l'appalto dei lavori di

costruzione della diramazione SP 231.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11.11.2010 la D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l. impugnava anche questi ultimi atti sostenendo che le valutazioni tecniche espresse dalla Commissione di gara sono illogiche ed irragionevoli; che il verbale di riesame del 27.7.2010 introduce per la prima volta una censura circa la mancanza di garanzia sulla qualità degli inerti necessari per il confezionamento dei conglomerati utilizzando il materiale proveniente dalla cava della D.L.F. s.r.l.; che il riesame dell'offerta a firma della società ricorrente è stato svolto dalla medesima Commissione di gara illegittimamente costituita in violazione della disposizione di cui all'art. 84, comma 4 dlgs n. 163/2006.

La Provincia di Bari, nel costituirsi in giudizio, evidenzia la tardività del ricorso per motivi aggiunti in quanto i provvedimenti gravati sono stati depositati in giudizio dalla Provincia in data 22.9.2010 mentre il ricorso per motivi aggiunti è stato notificato soltanto in data 30.10.2010.

Tuttavia, detta eccezione deve essere disattesa poiché non è provato (e il relativo onere probatorio gravava sulla Provincia di Bari che ha eccepito la tardività) che parte ricorrente abbia avuto conoscenza dei nuovi atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti il giorno stesso in cui sono stati depositati in giudizio (e cioè in data 22.9.2010); l'eccezione di tardività deve quindi essere rigettata.

Nel merito, ritiene questo Collegio che le censure formulate da parte

ricorrente sia nel ricorso introduttivo che nel ricorso per motivi aggiunti afferenti alle modalità di costituzione della Commissione di gara (*i.e.* violazione della disposizione di cui all'art. 84, comma 4 dlgs n. 163/2006) sono fondate.

E' pur vero che, secondo la decisione del Consiglio di Stato n. 4613 del 23.9.2008 (invocata dalla difesa della Provincia di Bari, ancorché relativa specificamente alla previsione di cui al comma 10 dell'art. 84 dlgs n. 163/2006), «... l'applicazione del criterio della “offerta economicamente più vantaggiosa” implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del “prezzo più basso” consegue una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara (nella specie, cfr. gli algoritmi ivi indicati).

Appare conseguenziale che solo all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria del sistema della “offerta economicamente più vantaggiosa” deve ritenersi correlata la prescrizione cautelativa del comma 10 dell'art. 84 in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configurandosi tale esigenza per il sistema del “prezzo più basso” in ragione della rilevata automaticità della scelta, che rende indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione giudicatrice, ferma restando la necessaria applicazione dei principi generali di

buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indipendenza dei componenti della stessa.

La precitata disposizione dell'articolo 84, comma 10, deve essere quindi riferita esclusivamente allo specifico sistema di gara e non può, in ragione della sua specificità e della conseguente sua natura di stretta interpretazione, assumere valenza di principio generale in materia. ...».

Tuttavia, dalla pronuncia sopra riportata emerge chiaramente il principio della “necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indipendenza dei componenti della stessa”, che non può non trovare applicazione nel caso di specie, anche se il criterio di aggiudicazione relativamente alla gara in questione era quello del prezzo più basso.

Infatti, sia con il ricorso introduttivo che con i motivi aggiunti, parte ricorrente contesta proprio una valutazione della Commissione di gara che costituisce tipica espressione di discrezionalità tecnica (*i.e.* la valutazione in ordine alla anomalia della offerta della ricorrente).

Pertanto, proprio seguendo il ragionamento svolto da Cons. Stato n. 4613/2008 si rendeva necessaria una composizione della Commissione di gara che desse le garanzie di imparzialità e di indipendenza di cui è espressione l'art. 84, comma 4, dlgs n. 163/2006.

Invece, nella vicenda all'esame di questo Collegio è emerso quale fatto pacifico e non contestato che, nonostante la chiara previsione

di cui all'art. 84, comma 4 dlgs n. 163/2006, l'ing. Onofrio Tragni (componente della Commissione) è stato progettista dell'opera oggetto dell'appalto, mentre i geometri Nicola Del Grosso e Leonardo Calamita (anch'essi componenti della Commissione) hanno collaborato alla progettazione della stessa opera.

Non solo, ma risulta che questi tre componenti della Commissione sono anche incaricati di seguire l'esecuzione dell'opera assumendone la direzione lavori.

A tal proposito si rammenta che secondo T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 10 aprile 2009, n. 477 “L'art. 84, comma 4, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, codice degli appalti pubblici (che, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impone ai componenti della commissione giudicatrice diversi dal presidente il divieto di svolgere “alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”) attua, nell'ambito specifico dei relativi procedimenti, il principio della distinzione tra organo istruttorio e organo decidente, mediante il quale si intende affermare il diritto delle parti del procedimento ad una decisione amministrativa adottata da un organo terzo e imparziale; in attuazione di tale principio, pertanto, è illegittima la composizione della commissione giudicatrice il cui componente abbia svolto la funzione di responsabile del procedimento, anche solo nella fase di rettifica del bando di gara.”.

Ed ancora, T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 29 aprile 2009, n. 4396 ha

evidenziato che “L’art. 84 comma 4 d.lg. n. 163 del 2006, secondo il quale i Commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, mira ad impedire la partecipazione alla Commissione esaminatrice di soggetti che, nell’interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara.”.

Dalle considerazioni espresse in precedenza discende l’accoglimento del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti e per l’effetto l’annullamento degli atti impugnati.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente sia nel ricorso introduttivo che nei motivi aggiunti resta assorbita.

In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia nonché della qualità delle parti e della novità delle questioni affrontate, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto integrato da motivi aggiunti, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati sia con il ricorso introduttivo che con motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/03/2011

IL SEGRETARIO

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