

N. 00916/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01445/2010 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 della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1445 del 2010 proposto dalla s.r.l. Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lentini con domicilio eletto presso lo stesso a Salerno in Corso G. Garibaldi n. 103;

contro

il Comune di Caggiano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Paolino con domicilio eletto presso lo stesso a Salerno in via Roma n. 61;

nei confronti di

s. r. l. Valentino Giuseppe, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Migliarotti con domicilio eletto presso lo stesso a Salerno in via Roma n.61 nello studio dell'avv. Gaetano Paolino;

e con l'intervento di

s.r.l. Edil Car, rappresentata e difesa dagli avv.ti. Antonio Di Meglio, Antonio Loffredo e Francesco Liguori con domicilio eletto presso gli stessi a Salerno in Corso G. Garibaldi n. 8 nello studio dell'avv. Valerio Iorio;

per l'annullamento, previa sospensione: 1) della determinazione n. 240 del 27/8/2010 del responsabile del procedimento, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione alla s. r. l. Valentino Giuseppe della gara per l'appalto dei lavori di adeguamento statico e funzionale delle sedi del Laboratorio di ricerca ed alta formazione nel nucleo storico del Comune di Caggiano; 2) ove occorra, della nota n. 5453 del 30/8/2010 del responsabile del procedimento; 3) degli atti di aggiudicazione provvisoria della gara; dei verbali di gara da n. 1 a 10; 4) delle deliberazioni n. 94 del 9/7/2010 e n. 97 del 14/7/2010 della Giunta Municipale; 5) del bando e del disciplinare di gara, nella parte determinativa dei valori ponderali delle offerte.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caggiano, del ricorso incidentale della s. r. l. Valentino Giuseppe e l'intervento della s.r.l. Edil Car;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il dott. Ferdinando Minichini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I) Con ricorso notificato il 20 settembre 2010, depositato il 24 successivo, la s.r.l. Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni ha impugnato gli atti con i quali il Comune di Caggiano ha aggiudicato definitivamente alla s. r. l. Valentino Giuseppe la gara per l'appalto dei lavori di adeguamento statico e funzionale delle sedi del Laboratorio di ricerca ed alta formazione nel nucleo storico del Comune.

Vengono dedotti i seguenti motivi di gravame:

- 1) violazione degli artt. 34, 37 commi 3 e 13 e 49 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, del capitolato speciale d'appalto, del giusto procedimento ed eccesso di potere, per indeterminatezza dell'offerta inoltrata dalla s. r. l. Valentino Giuseppe;
- 2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, del giusto procedimento, dei principi della par condicio e della imparzialità e trasparenza ed eccesso di potere, per omessa dichiarazione dei prescritti requisiti da parte del responsabile tecnico della s. r. l. Valentino;
- 3 e 4) violazione del punto "N" del bando di gara, dell'art. 6 del capitolato speciale d'appalto, del giusto procedimento, dei principi della par condicio e della imparzialità e trasparenza ed eccesso di potere, per incompletezza della polizza fideiussoria inoltrata dalla controinteressata, e per mancanza d'iscrizione della stessa nell'albo

Regionale Gestori Ambientale;

5) violazione dell'art. 84 comma 4 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, del giusto procedimento, dei principi della par condicio e della imparzialità e trasparenza ed eccesso di potere, per irregolare composizione della Commissione giudicatrice della gara;

6) violazione dell'art. 83 comma 5 del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, del D.P.C.M. 13/3/1999 n. 117, dell'art. 97 Cost., del giusto procedimento ed eccesso di potere, per mancata applicazione dei criteri contenuti nel detto D.P.C.M.

Il Comune di Caggiano e la controinteressata Valentino, costituitisi in giudizio, hanno depositato documenti e, con le memorie depositate il 4 e 5 ottobre 2010 hanno controdedotto chiedendo il rigetto del ricorso per infondatezza.

La ricorrente Lucci ha insistito per l'accoglimento del ricorso con la memoria depositata il 5 ottobre 2010.

II) Nella Camera di Consiglio del 7 ottobre 2010 è stata fissata, a norma dell'art. 119 comma 3 del c.p.a., per l'odierna udienza la discussione del merito del ricorso.

III) La controinteressata s. r. l. Valentino Giuseppe, con ricorso incidentale notificato il 25 ottobre 2010 e depositato il 4 novembre seguente, ha dedotto la contraddittorietà delle previsioni del bando di gara e l'indeterminatezza dell'offerta della ricorrente principale.

IV) Con atto notificato il 29 dicembre 2010 e depositata il 10 gennaio 2011, la s.r.l. Edil Car, terza classificata nella gara in

controversia, ha svolto intervento ad *escludendum iura utriusque partis*.

V) La ricorrente principale ed il Comune hanno ulteriormente ribadito le proprie difese con le memorie del 28 e 29 dicembre 2010 ed 8 gennaio 2011.

VI) Nell'odierna udienza le impugnative sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

I) La s.r.l. Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni, seconda graduata nella gara indetta dal Comune di Caggiano per l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e funzionale delle sedi del Laboratorio di ricerca ed alta formazione nel nucleo storico comunale, ha impugnato gli atti di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla s. r. l. Valentino Giuseppe.

II) Preliminarmente, l'atto d'intervento ad *escludendum iura utriusque partis* proposto dalla s.r.l. Edil Car. va dichiarato inammissibile per intempestività, giusta l'eccezione svolta dal Comune resistente; esso inoltre è inammissibile perché non depositato 30 giorni prima dell'udienza.

L'interveniente, terza graduata nella gara d'appalto in questione, premesso che ha proposto anche un distinto ricorso principale, sostiene l'indeterminatezza delle offerte della ricorrente principale e della controinteressata e ricorrente incidentale (s.r.l. Lucci ed s.r.l. Valentino).

Si osserva, in primis, che la nuova disciplina introdotta dagli artt. 28 comma 2 e 50 del c.p.a. prevede, sul piano sostanziale, che chiunque non sia parte necessaria del giudizio principale e non sia decaduto dalle relative azioni possa intervenire accettando lo stato ed il grado in cui il giudizio si trova.

Senonchè, il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, come prontamente rileva e prova il Comune, è stato comunicato all'interveniente ai sensi dell'art. 79 comma 5 del D.Lgs. n. 163/2006 in data 30 agosto 2010 a mezzo fax come previsto dal comma 5 bis del medesimo art. 79 e dal bando di gara al punto "Altre informazioni e precisazioni", mentre l'atto d'intervento è stato intempestivamente notificato il 29 dicembre 2010; e la giurisprudenza anche di questo Tribunale afferma che i termini di decadenza decorrono dalla conoscenza dell'atto nei suoi elementi essenziali (Cfr., da ultimo, Cons. di Stato – Sez. V – 13/7/2010 n. 4526), e non v'è ragione di discostarsi da tale orientamento pur in vigenza del nuovo c.p.a., atteso che questo, all'art. 41, reca una previsione omologa alla previgente.

L'atto d'intervento, inoltre, è inammissibile perché, svolto com'è ad infrigendum iura utriusque competitoris, si prefigura proposto ai sensi dell'art. 28 comma 2 del c.p.a. e, pertanto, da depositare a norma dell'art. 50 comma 3 c.p.a., diversamente da quanto è avvenuto nel caso in esame, sino a trenta giorni prima dell'udienza.

III) Nel merito, la controinteressata s. r. l. Valentino Giuseppe, con

ricorso incidentale che ha precedenza d'esame, ha svolto censura avverso il bando, nella parte in cui non è stata mutata la normativa dello stesso in senso conforme alla nota del responsabile del procedimento che, prima della scadenza del termine di partecipazione alla gara, precisava che la dicitura "a corpo" riportata nel bando va intesa come refuso di stampa e sostituita con la dicitura "a misura"; e, con altra censura, ha dedotto l'indeterminatezza dell'offerta economica della ricorrente principale.

III.1) La censura avverso il bando, giusta l'eccezione esposta dalla ricorrente principale, è intempestiva.

Come la stessa ricorrente incidentale avverte nel censurare il mancato mutamento normativo del bando, la suddetta nota del responsabile del procedimento non è idonea ad incidere la lex specialis della procedura selettiva e, pertanto, l'eventuale illegittimità del bando, peraltro svolta proprio ed unicamente sulla detta nota, andava dedotta quantomeno nel prescritto termine a decorrere dalla data (30/6/2010) di comunicazione (a mezzo fax come previsto dal bando di gara) della nota medesima ad essa ricorrente incidentale.

Il ricorso, pertanto, in parte qua, è inammissibile per intempestività.

III.2) La censura d'indeterminatezza dell'offerta della ricorrente principale si basa (in conseguenza della menzionata nota del responsabile del procedimento) sulla prefigurazione dell'appalto con contratto da stipulare a "misura", prospettandosi l'offerta contestata come espressione di due distinte volontà negoziali, una derivante dal

ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara e l'altro - coincidente nel risultato finale - derivante dal computo metrico estimativo, con la conseguenza che la coincidenza viene meno allorquando si considerano i ribassi per ciascuna voce del computo metrico che differiscono dal ribasso percentuale unico offerto sull'elenco prezzi posto a base di gara.

Senonchè, si deve tenere conto della (non mutata) norma del bando (XI.5) disciplinante "l'offerta economica" che, a pena di esclusione dalla gara, dispone che la relativa busta (n. 4), per quanto qui interessa, deve contenere "il prezzo complessivo ed il ribasso" ed "il computo metrico estimativo di offerta come rimodulato in funzione dei miglioramenti apportati al progetto esecutivo (dell'offerta tecnica), "applicando alle quantità di offerta i rispettivi prezzi unitari netti" (senza gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), "in modo da definire il prezzo a corpo".

Osservato, allora, che, come è pacifico in giudizio, la ricorrente principale ha inoltrato la documentazione relativa all'offerta economica in coerenza con la richiamata norma del bando, non v'è persuasivo spazio per accedere alla censura della ricorrente incidentale, e ciò tanto più, ed anche, considerandosi che, come si ribadisce nella memoria del Comune del 29/12/2010, la nota del responsabile del procedimento non costituisce appendice innovativa, ma mera spiegazione del contenuto della *lex specialis*.

La censura è pertanto infondata.

Peraltro, in parte qua, il ricorso, comunque, non sfuggirebbe all'improcedibilità per carenza d'interesse alla decisione, atteso che, come appresso si esporrà, la deducente non poteva essere ammessa alla procedura per mancato inoltro della dichiarazione relativa al possesso d'iscrizione all'albo Gestore Ambientale.

IV) Può passarsi all'esame del ricorso principale proposto dalla s.r.l. Lucci Costruzioni.

IV.1) E' fondato il quarto motivo di gravame, col quale, deducendosi la violazione dell'art. 6 del capitolato speciale d'appalto, si rileva che la Valentino ha ommesso di presentare la dichiarazione del possesso d'iscrizione all'Albo Nazionale Gestore Ambientale con allegazione dell'attestazione, nonché del possesso dei requisiti per la realizzazione delle particolari tecniche innovative previste dal progetto e per la collaborazione alle iniziative avviate dall'Amministrazione di catalogazione e monitoraggio degli interventi (in collegamento con le Soprintendenze, Università e Parco) connesse alla salvaguardia ed alla valorizzazione del centro storico, con allegazione delle certificazioni comprovanti tali requisiti.

Al riguardo la controinteressata afferma che il capitolato concerne la natura e le modalità di esecuzione dei lavori e che la suddetta documentazione non è prevista dal bando e dal disciplinare di gara; ed il Comune afferma che l'iscrizione all'Albo Gestore Ambientale non è requisito di partecipazione alla procedura selettiva, ma presupposto per la stipulazione del contratto ed, in ogni caso, il

relativo servizio può essere oggetto di subappalto.

Le argomentazioni non possono essere seguite.

Il punto IV.1 del bando richiama, tra l'altro, il bando medesimo, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale come documenti posti a base dell'appalto e, quindi, da rispettare nelle loro relative previsioni; ed il capitolato, all'art. 6, recante le condizioni dell'appalto, prevede che "Nell'accettare i lavori l'appaltatore deve espressamente dichiarare in sede di gara, pena l'esclusione" - tra le varie condizioni, che per carattere, natura e connotazione sono tutte (come quelle in questione) connesse ai requisiti di partecipazione alla procedura (e non all'eventuale stipulazione del contratto) come del resto è esplicitamente enunciato nella previsione medesima con la dizione "in sede di gara" - anche quelle di cui la controinteressata non ha dichiarato ed allegato di avere il possesso.

Il punto "H" della sezione XI (contenuti dell'offerta) dispone, poi, che la mancata dichiarazione indicante i lavori che s'intendono subappaltare, come è avvenuto nel caso in esame, sarà intesa come esplicita rinuncia al subappalto.

E, dunque, alla stregua della normativa richiamata, stante anche l'omessa allegazione della dichiarazione prevista dal capitolato relativa al possesso degli ulteriori requisiti per la realizzazione delle tecniche innovative previste dal progetto, il motivo di gravame al riguardo svolto dalla ricorrente principale è fondato.

IV.2) E' fondato anche il primo motivo di gravame, col quale la

ricorrente principale deduce la divergenza tra l'offerta economica ed i valori esposti nel computo metrico rimodulato in funzione dei miglioramenti al progetto esecutivo in appalto inoltrato dalla controinteressata.

Il punto XI.5 (rubricato, offerta economica- busta n. 4), dispone l'inoltro, tra l'altro, dell'offerta economica da indicare nel ribasso offerto e nel prezzo complessivo e del Computo Metrico Estimativo rimodulato in funzione dei miglioramenti e/o integrazioni apportate al progetto esecutivo (secondo quanto indicato nella busta 2 – offerta tecnica-) applicando alle quantità di offerta i rispettivi prezzi unitari netti (senza gli oneri di sicurezza), “in modo da definire il prezzo a corpo offerto”.

Ebbene, poiché la rimodulazione del progetto è oggetto di valutazione (punto VIII.1 del bando), i risultati del documento “offerta” e del computo estimativo rimodulato in funzione dei miglioramenti non possono non coincidere senza prefigurare la perplessità e non determinatezza dell'offerta dedotte da parte ricorrente, a nulla potendo rilevare la precisazione nel detto computo estimativo della controinteressata secondo cui lo stesso non costituisce offerta economica, stante l'esplicito richiamo della normativa, per detto computo, ai rispettivi prezzi unitari “in modo tale da definire il prezzo a corpo offerto” che, pertanto, non può non coincidere col documento “offerta”.

D'altra parte, essendo l'evidenziata coincidenza prescritta dal bando,

la sua mancanza è anche ex se causa di esclusione dell'offerta a norma della previsione del bando medesimo (pag 18) che siffatta sanzione espulsiva commina per la violazione delle sue prescrizioni.

IV.3) Sono infondati, invece, il secondo ed il terzo motivo di gravame, con i quali viene dedotto il mancato inoltro della dichiarazione di possesso dei requisiti generali per l'accesso alle procedure di gara prevista dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 del responsabile tecnico per l'impiantistica ai sensi della legge n. 46/1990 (Marfei) sulla configurazione di questi come ausiliare dell'impresa, e l'inoltro della cauzione provvisoria in modo difforme dalle prescrizioni della lett. "N" del punto XII.2.2 del bando.

Sotto il primo profilo si osserva che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali per l'accesso alle procedure è prevista dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 per il direttore tecnico dell'impresa in ragione delle sue funzioni di carattere tecnico-organizzativo allo stesso attribuite per la realizzazione dei lavori dall'art. 26 del D.P.R. n. 34/2000 e non per il responsabile tecnico che sia assegnato a specifico e settoriale ambito operativo (Cfr., in termini, TAR Sicilia - CT - Sez. I - 14/10/2008 n. 1821; id. 12/3/2010 n. 599; id.- PA - Sez. III -14/4/2008 n.482); la decisione (n. 3364/2010 della Sez. V del Consiglio di Stato) richiamata da parte ricorrente riguarda il responsabile tecnico obbligatoriamente previsto dall'art. 10 comma 4 del D.M. 28/4/1998 per le imprese operanti nella gestione dei rifiuti nelle quali siffatta figura, per obbligatorietà

di nomina e per svolgimento di compiti tecnico-organizzativi del servizio, è riconducibile alla figura del direttore tecnico del settore dei lavori pubblici.

Per il secondo profilo si assume la difformità alla normativa del bando della cauzione provvisoria inoltrata dalla Valentino, in quanto la stessa sarebbe stata rilasciata da un intermediario finanziario e non sarebbe corredata dell'impegno di costituire la garanzia definitiva e dell'estensione della validità garantistica fino al collaudo provvisorio.

Ed, invece, si osserva, in contrario, che la fideiussione, a norma dell'art. 75 comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006, può essere bancaria, assicurativa o rilasciata, come nel caso in esame, da intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385/1993, e che tale previsione risulta richiamata dal combinato disposto della lett. "N" del punto XII.2.2 e punto XIII.2 del bando.

Quanto, poi, all'ulteriore censura si rileva che la fideiussione in questione, esprimendo l'impegno incondizionato per la garanzia fideiussoria definitiva e per l'esecuzione del contratto secondo le modalità del bando e del disciplinare, è rispettosa delle prescrizioni della normativa di gara.

Le censure sono, pertanto infondate.

IV.4) In definitiva, il ricorso principale, alla stregua dei motivi di gravame ritenuti fondati, va accolto, restando assorbite le residue censure.

V) Conclusivamente, l'intervento svolto dalla s.r.l. Edil Car va

dichiarato inammissibile per intempestività; il ricorso incidentale proposto dalla s. r. l. Valentino Giuseppe è in parte inammissibile per intempestività ed in parte è infondato e va, pertanto, in parte qua, respinto; ed il ricorso principale, in relazione ai motivi di gravame ritenuti fondati, va accolto con assorbimento delle residue censure e conseguendone l'annullamento degli atti impugnati.

VI) Le spese di giudizio, in considerazione della peculiarità delle questioni, vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto dalla s.r.l. Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni, così decide: a) dichiara inammissibile l'intervento della s.r.l. Edil Car; b) dichiara in parte inammissibile ed in parte respinge il ricorso incidentale proposto dalla s. r. l. Valentino Giuseppe; c) accoglie il ricorso principale proposto dalla s.r.l. Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Dispone la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

Ferdinando Minichini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/05/2011

IL SEGRETARIO

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