

N. 05642/2011REG.PROV.COLL.
N. 01634/2007 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1634 del 2007, proposto da:
Impresa Cosedil S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Giuffrida, Andrea Scuderi e
Ignazio Scuderi, con domicilio eletto presso Antonio Giuffrida in
Roma, via Gregorio VII, 396;

contro

Regione Umbria, in persona del Presidente p.t., rappresentata e
difesa dall'avv. Paola Manuali, con domicilio eletto presso Goffredo
Gobbi in Roma, via Maria Cristina 8;

Impresa Gea Generale Epurazione Ambiente S.p.A., in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Felice
Laudadio, Ferdinando Scotto e Raimondo Nocerino, con domicilio
eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele

II, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA n. 00091/2007, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI INTERCONNESSIONE IRRIGUA ALTA VALLE DEL TEVERE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione della Regione Umbria e della GEA s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Gobbi, su delega dell' avv. Manuali, e Lemmo, su delega degli avv.ti Laudadio, Scotto e Nocerino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Impresa Cosedil s.p.a. ha impugnato l'esclusione dalla gara per l'affidamento di lavori di interconnessione irrigua indetta dalla Regione Umbria , disposta a causa della mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 90, comma 5 del regolamento approvato con d.P.R. n. 554/1999, richiesta dal bando.

Il T.a.r. Umbria, respinto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata aggiudicataria tendente ad affermare la necessità di

esclusione della ricorrente anche per altre irregolarità nella presentazione della domanda di partecipazione, ha rigettato anche il ricorso principale sul rilievo che la dichiarazione di cui all'art. 90, comma 5, prevista a pena di esclusione non solo ai sensi della legge di gara, ma anche in base al citato regolamento nel caso di appalti a corpo ovvero a corpo e a misura, non potesse essere sostituita da quella, inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa, di cui all'art. 71, comma 2 del medesimo regolamento, in quanto di tenore e con finalità differenti.

La Cosedil ha proposto appello, deducendo l'erroneità della sentenza per non avere il Collegio considerato l'equivalenza tra la dichiarazione prestata ai sensi dell'art. 71, comma 2 del regolamento di cui al d.P.R. n. 554/1999 e quella richiesta ai sensi dell'art. 90, comma 5, dovendosi ritenere la prima di contenuto addirittura più ampio della seconda. A sostegno della propria tesi ha citato il precedente di cui alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. Quinta, n. 9189 del 2003 concernente una fattispecie analoga.

Ha altresì censurato la pronuncia sul rilievo che l'amministrazione non avrebbe potuto procedere ad una esclusione in mancanza della riproduzione dell'obbligo di dichiarazione sui moduli predisposti dalla stazione appaltante ai quali le imprese partecipanti avrebbero dovuto attenersi nella predisposizione dell'offerta.

Si sono costituite in grado di appello per resistere al ricorso la Regione Umbria e la controinteressata Gea s.p.a.. Quest'ultima ha

anche proposto appello incidentale volto alla riforma della sentenza nella parte reiettiva del proprio ricorso incidentale.

Con ordinanza di questa Sezione in data 17 aprile 2007, n. 1933 , è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

All'udienza del 14 giugno 2011, in vista della quale le parti hanno depositato memorie, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Deve, preliminarmente, respingersi la richiesta della GEA volta a far dichiarare l'improcedibilità dell'appello principale per la sopravvenuta aggiudicazione definitiva e la sottoscrizione del contratto.

Invero, in disparte l'intervenuta impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la sottoscrizione del contratto, anche in carenza di domanda di dichiarazione di inefficacia, non priva comunque il ricorrente dell'interesse ad ottenere una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'esclusione, anche ai soli fini risarcitori, in base al disposto di cui all'art. 34, comma 3 cod. pr. amm., il che esclude possa pervenirsi ad una dichiarazione di improcedibilità dell'appello.

Nel merito, tuttavia, l'appello è infondato.

Concorda, invero, il Collegio con il giudice di primo grado nel considerare diverse sia nel tenore che nelle finalità le dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 71, comma 2 ed ai sensi dell'art. 90, comma 5 del regolamento di cui al d.P.R. n. 544 del 1999 , imposte distintamente dall'art. 3 del disciplinare di gara , rispettivamente nella

sezione concernente il contenuto della busta A (n.6) ed in quella concernente il contenuto della busta B (n.2).

Mentre, invero, la prima dichiarazione , relativa a tutte le gare per l'affidamento di lavori pubblici, concerne l'attestazione da parte del ricorrente di aver preso conoscenza degli elaborati progettuali, compreso il computo metrico, del luogo di esecuzione dei lavori, delle condizioni locali, di tutte le circostanze idonee ad influire sul prezzo e di aver giudicato i lavori realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso, la seconda dichiarazione, prevista a pena di inammissibilità dell'offerta nel caso di appalti integrati o in cui i corrispettivi siano stabiliti a corpo o a corpo e a misura, attiene alla presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo dell'offerta che, sebbene calcolato attraverso l'applicazione di prezzi unitari alle quantità delle varie lavorazioni, rimane insuscettibile di qualsiasi variazione al variare di essi.

La seconda presa d'atto assolve quindi la funzione –diversa da quella di considerare remunerativi e suscettibili di ribasso i prezzi - di evitare , negli appalti a corpo, aggiramenti successivi all'impegno che la ditta aggiudicataria si è assunto offrendo l'importo complessivo più basso, impedendo che variazioni sulle quantità e sui prezzi unitari, utilizzati ai fini della formulazione dell'offerta, conducano ad una modifica del prezzo complessivo in base al quale la gara è stata aggiudicata. D'altro canto, l'esclusione comminata dalla legge di gara

per il mancato assolvimento dell'obbligo dichiarativo risponde non già ad una logica prettamente formalistica, ma al carattere essenziale e non derogabile della presa d'atto, non sostituibile con adempimenti diversi, fondato su esigenze proprie del carattere a corpo dei lavori e sulla non modificabilità dei prezzi unitari (cfr. Cons. St. Sez. V, 17.10.2002, n.5676) e la sua disapplicazione contravverrebbe al principio di par condicio che presiede alla svolgimento delle procedure selettive.

Quanto al precedente costituito dalla decisione di questa Sezione in data 30 dicembre 2003, n.9189, effettivamente – come osservato dal Tribunale – essa attiene ad una fattispecie dove l'Associazione temporanea di imprese appellante aveva sottoscritto per accettazione integrale ed irrevocabilmente uno schema di contratto predisposto dall'amministrazione, nell'ambito del quale – si legge a pag 16 della decisione - era riportata, parola per parola, la dichiarazione di cui all'art. 90, comma 5 del regolamento n. 554 del 1999. Alla luce di tale sottoscrizione, il Collegio ha giudicato l'espressione di volontà contrattuale e l'assunzione di obbligazione ancor più vincolante della presa d'atto concludendo per la sua equipollenza rispetto alla dichiarazione.

Lo schema di contratto approvato dall'odierno appellante, ed in particolare l'invocato art.3, non riproduce la dichiarazione di cui all'art. 90, comma 5 cit. e, dunque, non può considerarsi neanche da un punto di vista sostanziale ad essa equivalente.

Quanto alla modulistica predisposta dalla stazione appaltante allo scopo di facilitare la presentazione di alcuni , complessi documenti di gara, appare convincente la tesi della Regione secondo cui l'assenza del fac simile relativo alla dichiarazione ex art. 90, comma 5 del regolamento n. 554/1999 non può in alcun modo interpretarsi, alla luce della chiarissima disposizione del disciplinare e di quella contenuta nel regolamento, nel senso di un esonero dalla presentazione della presa d'atto. La mancanza della predisposizione di apposito fac simile è invero giustificata dalla dettagliata descrizione del contenuto della dichiarazione nel disciplinare (art. 3, busta B, n. 2), di cui appariva superflua la riproduzione in apposito modello. Nessuna contraddizione idonea a fondare un diverso affidamento da parte delle imprese è pertanto ravvisabile.

In conclusione, l'appello deve essere respinto , con conseguente dichiarazione di improcedibilità dell'appello incidentale proposto dalla controinteressata.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare le spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile quello incidentale, per l'effetto confermando la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2011

IL SEGRETARIO

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