



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 186 del 2012, proposto da:

Marcegaglia Buildtech S.r.l., in proprio e quale mandataria di R.T.I. con Safitel S.r.l. e Tubosider S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo T.r.g.a. in Trento, via Calepina 50;

***contro***

Autostrada del Brennero S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Maria Bonazza con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, piazza Mosna 8;

***nei confronti di***

Adriatica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Colapinto e Michela Colapinto, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo T.r.g.a. in Trento, via Calepina 50;

***per l'annullamento***

- del provvedimento n. 714 del 18.5.2012, con cui la stazione appaltante Autostrada del Brennero ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dei lavori di "adeguamento delle barriere di sicurezza laterali nel tratto autostradale Trento San Nicolò - Affi, tra le progressive km 138 000 e km 205 000" in favore dell'impresa Adriatica S.r.l.;

- della nota prot. 13772 del 25.5.2012, con cui la stazione appaltante ha comunicato, ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, l'adozione del suddetto provvedimento di aggiudicazione;

- dell'operato della commissione giudicatrice e dell'organo di verifica dell'anomalia, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara dell'impresa Adriatica S.r.l.;

- dei verbali afferenti alle operazioni di gara, ivi inclusi, tra l'altro, i seguenti:

verbale n. 1 del 25.1.2012, ove è stata dichiarata l'ammissione alla gara dell'offerta di Adriatica S.r.l., rilevandosi che la documentazione amministrativa della stessa presentata "è conforme alle prescrizioni richieste dalla lex specialis di gara e dalla vigente normativa";

verbale del 23.4.2012, afferente alla procedura di verifica dell'anomalia svolta in relazione all'offerta di Adriatica S.r.l., ove è stato dichiarato che quest'ultima: "non presenta carattere di anomalia ed è da considerarsi, nel suo complesso, congrua";

verbale n. 3 dell'11.5.2012, in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore di Adriatica S.r.l.;

- della nota prot. 15949 del 20 giugno 2012 con cui Autostrada del Brennero s.p.a. ha riscontrato l'informativa ex

art. 243-bis d.lgs. 163/2006 inoltrata dalle imprese ricorrenti, respingendone i contenuti e comunicato che: "l'istanza (di autotutela) non può essere accolta";

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, ivi compreso il contratto ove stipulato;

e per la conseguente condanna

dell'ente intimato a risarcire il danno cagionato alla parte ricorrente in forma specifica, mediante affidamento del contratto di appalto (previa, ove occorra, declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'impresa controinteressata), ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero S.p.A. e di Adriatica S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale di Adriatica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 14.9.2012, n. 118, con cui è stata respinta l'istanza cautelare presentata dalla parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2012 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta da Autostrada del Brennero S.p.A. per l'affidamento con procedura aperta, al prezzo più basso, dei lavori di adeguamento delle barriere di sicurezza laterali nel tratto autostradale Trento San Nicolò - Affi, tra le progressive km 138,000 e km 205,000.

L'aggiudicazione, all'esito della gara, è stata disposta in favore della controinteressata impresa Adriatica S.r.l. che ha offerto un ribasso del 36,737% sul prezzo a base d'asta.

La ricorrente si è classificata seconda con un ribasso del 30,520%.

Da ciò il ricorso, con cui vengono dedotti i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter e co. 2, del d.lgs. 163/2006 e violazione della lex specialis con riferimento all'art. 7 del disciplinare, in quanto la controinteressata avrebbe omesso di rendere un'efficace dichiarazione circa tale requisito, essendosi limitata a barrare il modulo nella relativa parte. Perciò sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara;

2) violazione del D.L. n. 629/1982, conv. in L. n. 726/1982, nonché violazione della L. n. 410/1991; violazione della lex specialis con riferimento all'art. 7 del disciplinare; violazione dei principi di par condicio, trasparenza e buon andamento della P.A.; eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Si sostiene che la controinteressata avrebbe presentato un modello GAP incompleto ed erroneo, non avendo indicato il volume d'affari e la provincia in cui ha sede l'impresa; anche relativamente al Comune, è stato indicato "Torre a mare" anziché Bari, dove essa ha effettivamente la sede;

3) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. m-ter e co. 2, del d.lgs. 163/2006 e violazione della lex specialis con riferimento all'art. 7 del disciplinare; violazione dei principi di par condicio, trasparenza e buon andamento della

P.A.; eccesso di potere sotto vari profili.

Con tale articolato motivo si censura analiticamente la valutazione di congruità dell'offerta anomala presentata dalla controinteressata. In particolare si sostiene che: a) l'incidenza dei pesi dei singoli elementi della barriera autostradale, relativamente agli articoli 110.a (bordo laterale) e 100.a (bordo ponte) sarebbe stata sottostimata, per un valore di euro 88.556,13, sicché l'intero utile di impresa, indicato al 2% e corrispondente ad euro 47.453,03, si trasformerebbe in una perdita e l'offerta si rivelerebbe quindi inaffidabile; b) i costi di fomitura della carpenteria metallica non sarebbero stati esaurientemente indicati; c) il costo della manodopera relativamente al numero di operai impiegati per la posa dell'articolo 110.a (bordo laterale) sarebbe incongruo e sottostimato di circa 400.000,00 euro; d) non sarebbero stati considerati i maggiori oneri di euro 27.000,00 per la marcatura CE sicurezza; e) il costo orario della manodopera nelle tabelle dei macchinari sarebbe sottostimato di circa 14.000,00 euro; f) il costo del movimento mezzi tra il cantiere e lo stabilimento in Sommacampagna sarebbe sottostimato di circa 1.000,00; g) i costi della manodopera metalmeccanica sarebbero sottostimati di circa 7000,00 euro; h) le spese generali, relative in particolare alla polizza assicurativa CAR, sarebbero sottostimate di circa euro 6500,00;

4) illegittimità della nota di riscontro dell'informativa ex art. 243bis d.lgs. 163/2006 per illegittimità derivata ed erroneità della relativa motivazione.

Si sono costituite in giudizio sia la società Autostrada del Brennero, sia la controinteressata contestando diffusamente la fondatezza delle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

Il difensore dell'Autostrada del Brennero ha altresì eccepito l'irricevibilità del ricorso, in quanto il termine per ricorrere dovrebbe essere fatto decorrere dalla seduta pubblica di gara dell'11.5.2012, nel corso della quale la controinteressata è stata dichiarata migliore offerente, avendovi presenziato il sig. Russo Glauco Michele in dichiarata rappresentanza dell'a.t.i. ricorrente.

Passando al giudizio del Collegio, va anzitutto esaminata l'eccezione pregiudiziale appena menzionata.

Essa però è infondata per la seguente ragione.

Nella seduta pubblica, in cui era presente il sig. Russo, è stata disposta solo l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata, mentre l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente impugnata, è intervenuta successivamente e solo l'emanazione di quest'ultimo provvedimento lesivo ha fatto decorrere il termine per l'impugnazione.

Invero, il termine per contestare gli esiti delle procedure di affidamento decorre non dall'aggiudicazione provvisoria, che configura un arresto endoprocedimentale, ma dal provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

E' noto, infatti, che nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria, che pure fa sorgere l'interesse a proporre gravame da parte dei concorrenti in posizione non favorevole nella graduatoria finale, l'impugnazione è facoltativa, mentre il termine per contrastare l'esito della gara decorre comunque dall'aggiudicazione definitiva, che va in ogni caso anch'essa impugnata, configurandosi come atto terminale e lesivo della procedura di gara (cfr., ad es.: Consiglio di Stato, sez. V, 7 novembre 2011, n. 5883).

Passando, ora, all'esame dei singoli motivi di ricorso, col primo si censura la mancata doverosa esclusione della controinteressata, che avrebbe ommesso di rendere un'efficace dichiarazione relativamente al requisito di partecipazione prescritto dall'art. 38, co. 1, lett. m-ter del d.lgs. 163/2006, in base al quale *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:... di cui alla precedente lettera b) che pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni,*

*dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689..."*

In effetti, la controinteressata, nel compilare il modello predisposto dalla stazione appaltante, ha barrato la relativa dichiarazione sul punto.

Tuttavia, se si esaminano le diverse dichiarazioni trascritte nel modello, si osserva che anche in altri casi la ricorrente ha barrato le parti del modello in cui sono riportate situazioni astrattamente ostative, previste dalla legge (come l'esistenza di condanne), significando in tal modo di non trovarsi nelle relative condizioni.

Quindi, non è vero che sia mancata o sia stata incerta e non decifrabile la dichiarazione, ma essa è stata formulata icasticamente attraverso la barra sulla didascalia del modulo, cioè attraverso un segno grafico il cui significato è inequivocabilmente negativo, espressivo, cioè, dell'estraneità dell'interessata alla relativa causa ostativa.

Non sussiste, quindi, la causa di esclusione invocata dalla ricorrente.

Il primo motivo di ricorso va dunque disatteso.

Col secondo motivo si sostiene che la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa, avendo essa presentato un modello GAP (acronimo di "gare d'appalto") incompleto ed erroneo.

In particolare, la ricorrente censura il fatto che la società controinteressata non ha indicato il volume d'affari e la provincia in cui ha sede l'impresa mentre, relativamente all'indicazione del Comune, sarebbe stata erroneamente indicata "Torre a mare" anziché Bari, dove essa ha effettivamente la sede.

Anche questa censura è infondata.

Il modello GAP sul quale è stata resa la dichiarazione non reca l'asterisco sulla casella dove è prevista l'indicazione del volume d'affari e l'asterisco designa i campi obbligatori.

Dunque la relativa indicazione non era esigibile a pena d'inammissibilità o 'esclusione (cfr. sul punto: T.A.R. Catania, sez. III, 20 luglio 2011, n. 1900).

Invece, è stata effettivamente omessa la sigla della provincia ed anche l'indicazione del Comune non è precisa, essendo stato scritto "Torre a mare" che è una frazione del Comune di Bari, anziché Bari.

Senonché, ritiene il Collegio che si tratti di semplici irregolarità, poiché l'indicazione della frazione "Torre a Mare", dove è insediata la società Adriatica, sembra idonea ad integrare la relativa individuazione, quanto alla sede: l'indicazione "Torre a Mare" appare, invero, inequivoca nel designare il Comune di Bari e la relativa provincia.

L'esclusione per tali irregolarità, sanabili ove la stazione appaltante, in caso di dubbio, avesse chiesto un'integrazione del modello, sarebbe stata espressione di un vuoto formalismo in contrasto con l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006, che limita l'esclusione dalle procedure di gara ai casi espressamente previsti dalla legge (in base al principio di tassatività delle cause di esclusione) impedendo alle stazioni appaltanti di stabilirne ulteriori, a pena di nullità.

Ciò risponde all'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare d'appalto, evitando che l'esito delle stesse possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti. Quindi, quando il documento è già stato presentato in sede di gara, la sua regolarizzazione deve ritenersi consentita qualora, come nel caso di specie, la violazione sia di tipo meramente formale ed il rimedio, in concreto, non alteri la par condicio tra i concorrenti:

In disparte, poi, il rilievo che la giurisprudenza (in particolare, vd: C.G.A., sent. n. 814 dell'11 novembre 2011) ha rivisto il precedente orientamento secondo cui era ritenuta necessaria, per le imprese concorrenti in pubblica gara, la produzione del modello GAP debitamente compilato, al fine di consentire agli organi preposti un immediato controllo antimafia, anche in assenza di una espressa clausola nel bando, in forza del principio dell'eterointegrazione della *lex specialis*.

Infatti, la fonte normativa del modello GAP risiede nell'art. 1, comma 5, D.L. 6 settembre 1982 n. 629, conv. nella l. 12 ottobre 1982, n. 726, il quale recita: “A richiesta dell'Alto commissario [le cui competenze sono state poi attribuite al Ministro dell'interno, a norma dell'articolo 2, comma 2-quater, del D.L. 29 ottobre 1991, n. 345] le imprese, ... aggiudicatrici o partecipanti a gare pubbliche ... sono tenute a fornire allo stesso notizie ...”.

Vale a dire, la produzione in gara del modello GAP non è direttamente e specificamente prevista da alcuna disposizione di legge, cosicché la previsione di esclusione stabilita dalla lex specialis si appalesa ultronea ed irragionevole, in quanto l'obbligo di produzione del modello GAP nasce da disposizioni, di natura amministrativa, impartite dall'organo allora competente, a cui la legge assegnava il potere di chiedere la dichiarazione.

Anche il secondo motivo di ricorso va perciò disatteso.

Col terzo motivo di ricorso si censura sotto più profili la valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante sull'offerta anomala presentata dalla controinteressata.

Uno dei profili più rilevanti di censura, sul quale è stata altresì depositata dalla ricorrente una perizia a firma dell'ing. Stefano Calamani, riguarda il calcolo del peso a metro lineare della barriera, al quale si rapporta poi il costo del manufatto.

In particolare, si sostiene dalla ricorrente che l'incidenza dei pesi dei singoli elementi della barriera autostradale, relativamente agli articoli 110.a (bordo laterale) e 100.a (bordo ponte) sarebbe stata sottostimata, per un valore di euro 88.556,13, sicché l'intero utile di impresa, indicato al 2% e corrispondente ad euro 47.453,03, si trasformerebbe in una perdita e l'offerta si rivelerebbe perciò inaffidabile, non essendo remunerativa, con pregiudizio per l'esatta e puntuale esecuzione dell'appalto.

A tale specifico riguardo, il Collegio ritiene necessario disporre una verifica, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., incaricando all'uopo il Preside della Facoltà di Ingegneria dell'Università degli studi di Trento, il quale potrà delegare l'incombente a un professore della Facoltà, particolarmente esperto nella materia in controversia.

Il verificatore dovrà procedere in contraddittorio, convocando le parti ed i loro difensori, che potranno farsi assistere dai propri consulenti tecnici, con comunicazione fatta pervenire almeno sette giorni prima delle operazioni, e redigerà di volta in volta apposito verbale, nel quale verranno inserite anche le eventuali istanze ed osservazioni delle stesse parti, dei loro difensori o dei tecnici da esse designati.

Il verificatore è fin d'ora autorizzato ad acquisire presso l'Autostrada del Brennero S.p.A. ogni informazione o documento ritenuti necessari all'assolvimento del compito affidato.

I quesiti a cui il verificatore dovrà rispondere sono i seguenti:

- 1) dica se, tenuto conto delle giustificazioni presentate alla stazione appaltante dalla controinteressata soc. Adriatica S.r.l., sia corretto il calcolo dell'incidenza dei pesi dei singoli elementi delle barriere, da essa presentato (costo al chilogrammo) relativamente agli articoli 110.a (bordo laterale) e 100.a (bordo ponte);
- 2) nel caso in cui il calcolo non sia corretto, dica quale sia il calcolo corretto ed, in particolare, se Adriatica S.r.l. abbia sottostimato l'importo dell'offerta relativamente al peso di tali barriere e se tale sottostima corrisponda ad euro 88.556,13 – come sostiene la ricorrente – oppure a somma diversa.

A carico della ricorrente è posto l'obbligo di corrispondere un anticipo sul compenso spettante al verificatore, nella misura di euro 1.500,00.

La relazione dell'eseguita verifica, con la documentazione allegata, dovrà essere depositata in segreteria in tre copie, nel termine di 60 giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla previa notificazione della presente sentenza.

Il compenso finale del verificatore sarà liquidato nella sentenza definitiva, sulla base di apposita relazione e nota spese.

E' fin d'ora fissata per il giorno 4.4.2013 la successiva udienza di discussione del ricorso .

La segreteria del T.r.g.a. provvederà alla comunicazione della presente sentenza parziale alle parti ed al verificatore.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, in parte lo rigetta ed in parte dispone incumbenti istruttori, come meglio specificato in motivazione.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2012

IL SEGRETARIO

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