



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 211 del 2013, proposto da:

F.Ili Negro Costruzioni Generali S.p.A., in nome del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

***contro***

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero Infrastrutture e Trasporti - Provveditorato Interregionale Oo.Pp Lombardia E Liguria, in nome del Ministro pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Genova, v.le Brigate Partigiane 2;

***nei confronti di***

C.F.C. - Consorzio Fra Costruttori Soc. Coop., in nome del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Daniela Anselmi, Sarah Garabello, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in Genova, via Corsica 19/10;

Edil Due S.R.L., I.Co.Str. S.R.L., in nome del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avv. Daniela Anselmi, Sarah Garabello, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in Genova, via Corsica, 21/18;

Ieco S.R.L., Impresa Rivarossa S.R.L., Rapellini Costruzioni S.R.L., Porro Carlo E C. S.n.c. in nome del legale rappresentante;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

Comune di Bordighera, in nome del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Piciocchi, con domicilio eletto presso Pietro Piciocchi in Genova, corso Torino, 30/18;

***per l'annullamento***

del decreto del Provveditorato Interregionale OO.PP Lombardia e Liguria n. 558 del 22.01.2013 d'aggiudicazione definitiva della procedura di affidamento del contratto d'appalto avente ad oggetto la sistemazione l'adeguamento idraulico del torrente Borghetto nel comune di Bordighera all'ATI controinteressata; nonché degli atti del procedimento di gara connessi;

dei verbali di gara nella parte in cui non hanno escluso la società Negro s.p.a. dalla procedura per l'affidamento del contratto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Delle Infrastrutture E Dei Trasporti e di Ministero Infrastrutture E Trasporti - Provveditorato Interregionale Oo.Pp Lombardia e Liguria e di C.F.C. - Consorzio Fra Costruttori Soc. Coop. e di Edil Due S.R.L. e di I.Co.Str. S.R.L.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale C.F.C. - Consorzio Fra Costruttori Soc. Coop., C.F.C. - Consorzio Fra Costruttori Soc. Coop. Quale Capogruppo Mandataria Costituenda A.T.I., Società Edildue Srl, Società I.Co.Str. Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Daniela Anselmi, Sarah Garabello, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in Genova, via Corsica 19/10;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2013 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

F.lli Negro Costruzioni Generali ha impugnato l'aggiudicazione definitiva della procedura di affidamento del contratto d'appalto, avente ad oggetto i lavori relativi alla sistemazione e all'adeguamento idraulico del torrente Borghetto nel comune di Bordighera, adottata dal Provveditorato Interregionale OO.PP Lombardia e Liguria con decreto n. 558/2013, in favore della costituenda ATI controinteressata.

Cumulativamente all'impugnazione, estesa agli atti della procedura di gara connessi all'aggiudicazione, è stata proposta la domanda di declaratoria d'inefficacia del contratto e di condanna al subentro nel contratto (eventualmente) stipulato nelle more del gravame.

L'impugnazione degli atti della procedura aperta, disciplinata dall'art. 55 d.lgs. 163 d/2006, per l'affidamento – secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ripartita in punti 20 per il prezzo; punti 70 per il valore tecnico e punti 10 per il tempo – dei lavori a corpo ad importo complessivo pari a 5.779.426, 68 euro, è sorretta dai seguenti motivi di censura:

Violazione della *lex specialis* e dei principi d'imparzialità e *par condicio*.

La stazione appaltante, con riguardo all'offerta economica presentata dall'aggiudicataria, avrebbe, secondo la censura, disatteso la prescrizione contenuta nel disciplinare di gara laddove espressamente stabiliva, nel caso di discordanza tra le cifre e le lettere, la prevalenza del prezzo indicato in lettere.

Il contrasto fra il prezzo offerto in lettere dall'ATI pari ad euro quattromilioniduecentotrentaseimila/49 e quello indicato in cifre di euro 4.000.236,49, tempestivamente segnalato dalla ricorrente alla stazione appaltante con l'esposto dell'810.2012, avrebbe dovuto indurre la Commissione, attendendosi alla *lex specialis*, ad assumere quale offerta economica il prezzo indicato in lettere.

Il corretto (ri)calcolo, deduce ancora la ricorrente, avrebbe fatto sì che la sua offerta, collocatasi con uno scarto minimo (punteggio totale pari a 80,09 a fronte di quello dell'ATI di 80,28) al secondo posto nella graduatoria finale, dopo la (ri)attribuzione del punteggio riferito al prezzo, sarebbe risultata la migliore.

Plurima violazione della *lex specialis* sotto altro profilo. Violazione degli artt. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006 e 92 d.P.R. 207/2010.

La Commissione, per definire la graduatoria, avrebbe illegittimamente preso in esame il ribasso massimo offerto dall'ATI Ieco S.R.L., Impresa Rivarossa S.R.L., Rapellini Costruzioni S.R.L., Porro Carlo E.C. S.n.c. che, secondo la censura in esame, avrebbe dovuto essere invece esclusa dalla procedura già in fase di prequalificazione non avendo indicato, in violazione degli artt. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006 e 92 d.P.R. 207/2010, le quote di partecipazione

all'ATI.

Sicché, disposta l'esclusione, venuto meno il ribasso massimo assunto dalla stazione appaltante a parametro (c.d. Rmax) per formulare la graduatoria, la sua offerta – reclama la ricorrente – si sarebbe collocata al primo posto.

Ricorrerebbero altresì altre due cause dell'esclusione della stessa ATI da individuarsi, s'aggiunge in altra parte del medesimo motivo di gravame, nella violazione dell'art. 92 d.P.R. 207/2010 nonché nella presentazione di una cauzione con termine di validità di 180 giorni inferiore a quello di 240 giorni pari alla durata dell'offerta, previsto a pena d'esclusione dalla *lex specialis*.

L'ATI aggiudicataria si è costituita in giudizio spiegando ricorso incidentale.

La ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, secondo quest'ultima, per due ordini di motivi: per un verso, per violazione dell'art. 118 d.lgs. cit., poiché nella dichiarazione di subappalto per i lavori relativi alla categoria OS 21 – qualificazione non posseduta in misura sufficiente – non sarebbe stato indicato il subappaltatore; per l'altro, per violazione dell'art. 38 d.lgs. cit, sul rilievo che i soggetti muniti del potere di rappresentanza della società ricorrente non avrebbero presentato la dichiarazione, prescritta a pena d'esclusione, contenente tutte le condanne penali comminate a loro carico.

Il comune di Bordighera è intervenuto *ad opponendum*. Ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica al Comune, nella qualità d'amministrazione appaltatrice, instando nel merito per la sua infondatezza.

Respinta (TAR Liguria, sez. II, ord. n. 112/2013) la domanda incidentale di tutela cautelare, respinto altresì l'appello (Cons. St., sez. IV, ord. n. 1384/2013) avverso l'ordinanza di reiezione, alla pubblica udienza del 18.07.2013 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

È impugnata dalla società ricorrente – cumulativamente agli atti di gara – l'aggiudicazione definitiva della procedura di affidamento del contratto d'appalto, avente ad oggetto i lavori relativi alla sistemazione e all'adeguamento idraulico del torrente Borghetto nel comune di Bordighera, adottata dal Provveditorato Interregionale OO.PP Lombardia e Liguria, in favore della costituenda ATI controinteressata.

La società, oltre all'annullamento, ha chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto e la condanna al subentro nel contratto (eventualmente) stipulato nelle more del gravame.

Il criterio d'affidamento dei lavori a corpo per l'importo complessivo pari a 5.779.426,68 euro è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ripartita in punti 20 per il prezzo, punti 70 per il valore tecnico e punti 10 per il tempo.

*In limine* sull'eccezione d'inammissibilità del ricorso sollevata dal comune di Bordighera intervenuto *ad opponendum*.

L'eccezione si fonda sul rilievo che al Comune, in qualità d'amministrazione aggiudicatrice, parte necessaria resistente, non è stato notificato il gravame.

L'eccezione è infondata.

Destinatario dell'impugnazione degli atti di gara, è infatti il Provveditorato Interregionale OO.PP Lombardia e Liguria che, in forza di convenzione stipulata con il Comune, ha assunto il ruolo e le corrispondenti funzioni di stazione appaltante.

Non si versa affatto, contrariamente a quanto argomentato nell'eccezione, in un'ipotesi riconducibile al c.d. partenariato fra amministrazione locale e statale, ossia ad un paritetico rapporto collaborativo fra amministrazioni a cui è ordinariamente preordinata la convenzione fra amministrazione statale e locale.

Bensì di delega intersoggettiva di funzioni in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice – il comune di Bordighera – ha affidato, ai sensi della disciplina speciale recata dall'art. 33, comma 3, d.lgs. 163/2006, le funzioni

di stazione appaltante al Provveditorato delle opere pubbliche.

Sicché gli atti impugnati, relativi alla procedura di gara, sono esclusivamente imputabili all'organo statale che li ha adottati, con la conseguenza, in forza dell'art. 41, comma 1, c.p.a., di essere destinatario (unico ed esclusivo) della notifica del ricorso contro l'aggiudicazione, atto conclusivo della procedura concorrenziale.

In ogni caso il Comune è intervenuto in giudizio *ad opponendum* avallando la legittimità degli atti impugnati, al fine della celere e tempestiva realizzazione delle opere pubbliche appaltate relative all'assetto idrografico del territorio comunale, costituente *l'ubi consistam* dell'interesse sostanziale dedotto in causa.

La cui tutela, in ossequio al principio della parità delle parti nel processo (art. 2 c.p.a.), è stata comunque fatta valere in giudizio.

Sull'ordine d'esame dei gravami.

Va posposta la trattazione del ricorso incidentale rispetto alla cognizione delle censure dedotte nel ricorso principale.

In forza del diritto processuale all'impugnazione che postula – quale più rilevante epifania del principio di effettività – il diritto alla tutela giurisdizionale per ottenere, ove possibile, un provvedimento di merito che decida della fondatezza o meno della pretesa portata all'attenzione del giudice amministrativo, questo TAR ha più volte revocato in dubbio l'attendibilità euristica del vincolo pretorio di pregiudizialità (cfr., Adunanza plenaria n. 4 del 2011) del ricorso incidentale c.d. escludente.

Conclusione in linea con Corte di Giustizia, sez. X, 4 luglio 2013 in causa C-100/12 laddove ha da ultimo affermato che l'art. 1 paragrafo 3 della direttiva 89/665 osta alla preclusione della cognizione di merito del ricorso principale scaturente dal ricorso incidentale escludente.

Le censure contenute nel ricorso principale sono peraltro infondate.

Secondo il primo motivo di ricorso, la stazione appaltante, con riguardo all'offerta economica presentata dall'aggiudicataria, avrebbe disatteso la prescrizione contenuta nel disciplinare di gara laddove espressamente stabiliva, nel caso di discordanza tra le cifre e le lettere, la prevalenza del prezzo indicato in lettere.

La distonia fra il prezzo offerto in lettere dall'ATI pari ad euro quattromilioniduecentotrentaseimila/49 e quello indicato in cifre di euro 4.000.236,49, avrebbe

dovuto – prosegue la ricorrente – indurre la Commissione, attendendosi alla *lex specialis*, ad assumere come offerta economica il prezzo indicato in lettere.

In realtà la censura come argomentata è frutto di una non condivisibile qualificazione della clausola del capitolato richiamata.

L'efficacia precettiva della clausola è infatti circoscritta all'ipotesi – espressamente prevista dalla disposizione – in cui sussista un'effettiva divergenza fra i prezzi offerti: laddove cioè non si riesca ad individuare – nemmeno *aliunde* ossia nel complesso delle circostanze in cui la dichiarazione s'inserisce – l'effettiva volontà, manifestata dall'offerente in ordine alla quantificazione del prezzo.

Situazione – va sottolineato – affatto diversa da quella dell'errore materiale di scrittura riconoscibile che non pregiudica l'individuazione dell'offerta.

Sul punto la giurisprudenza largamente prevalente, da cui non sussistono giustificati motivi per qui discostarsi, è univoca. S'afferma che è illegittimo il ricorso al criterio del prezzo indicato in lettere rispetto a quello indicato in cifre, quando il contrasto tra i prezzi costituisca il frutto di un errore materiale facilmente riconoscibile (cfr., fra le tante Tar Lombardia, Milano, sez. III, 28 aprile 2004 1517; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1995 n. 1467).

Conclusione che non si pone affatto in antitesi, come invece suppone la ricorrente, con il principio di vincolatività delle prescrizioni del bando non impuginate: in particolare con la precettività della clausola del capitolato

richiamata.

Non va passato sotto silenzio che l'offerta economica, rientra nel *genus* degli atti c.d. prenegoziali, che, al di là della questione affrontata *funditus* dai civilisti con opposte conclusioni in ordine alla natura negoziale o meno di essi, costituisce a tutti gli effetti dichiarazione (contrattuale) di volontà.

È insegnamento ricevuto che il significato da attribuire alla volontà dichiarata è quello fatto palese dalla manifestazione esterna la cui interpretazione deve essere condotta non già sulla base di un'analisi puramente obbiettiva dei simboli adoperati, ma inquadrando la formula utilizzata dal dichiarante nel complesso delle circostanze in cui l'atto s'inserisce (cfr. art. 1362 e ss c.c.).

Nella logica crociana – ossia nella stessa temperie culturale che ha dato stura alla disciplina del codice civile in tema di interpretazione del contratto (e per omologia del negozio giuridico) – s'enuncia icasticamente lo stesso concetto laddove s'afferma che “la parola non ha più significato o (ch'è lo stesso) significato determinato, quando si prescindano dalle circostanze, dai sottintesi, dall'enfasi, dal gesto, con cui è stata pensata, atteggiata e pronunciata”. In definitiva l'interpretazione della manifestazione di volontà, ancorché riferita ad atti del procedimento concorrenziale ed oggetto di specifica disciplina, richiede necessariamente uno sforzo ermeneutico che non s'arresta affatto alla lettera di quanto dichiarato.

E in aggiunta, per la natura degli interessi coinvolti nelle procedure d'evidenza pubblica, che trascendono quelli dei privati contraenti, non s'asside affatto nella comoda formula di rito in *claris non fit interpretatio*.

Sforzo di ricostruzione interpretativo della manifestazione di volontà gradato in ragione del dichiarato: è minimo, ma pur sempre ineludibile, con riguardo a poste economiche espresse in numerario non omogenee; è via via più inteso ed impegnativo per dichiarazioni complesse che richiedono il ricorso all'ermeneusi c.d. logica.

Sicché la clausola del bando relativa all'individuazione del prezzo offerto in caso di contrasto fra quello espresso in lettere ed esposto in cifre, richiamata dalla ricorrente, lungi da veicolare un precetto antitetico ai principi che conformano (ontologicamente e teleologicamente) le manifestazioni di volontà, va piuttosto intesa nel senso che: se (e solo dopo che) la stazione appaltante, pur avendo fatto ricorso a d'altri parametri o fattori relativi alla quantificazione dell'offerta economica, non riesca ad individuare il prezzo realmente offerto, dovrà assumere a termine di riferimento il prezzo indicato in lettere.

Ma non è questa la situazione occorsa in gara.

L'offerta economica, ragguagliata alla percentuale di ribasso dichiarata (28%), nonché comparata con l'esito dell'addizione fra cifra offerta e l'importo degli oneri economici di sicurezza, corrisponde *toto corde* a quella indicata in cifre dall'ATI pari a 4.215.236,49: ossia all'offerta perspicuamente considerata dalla stazione appaltante. Con un minimo (e va rimarcato: doveroso) sforzo d'analitica comparazione delle poste economiche offerte dall'ATI, la Commissione ha dissipato ogni dubbio circa la reale volontà manifestata dall'offerente con riguardo al prezzo offerto.

Ad analoga conclusione di infondatezza deve giungersi per quanto riguarda le altre censure.

Le censure muovono da un comune denominatore assunto a premessa maggiore del sillogismo giuridico che le informa: l'ATI Ieco S.R.L., Impresa Rivarossa S.R.L., Rapellini Costruzioni S.R.L., Porro Carlo E C. S.n.c., partecipante alla procedura, collocatasi nella graduatoria finale in posizione non utile, avrebbe dovuto essere invece esclusa dalla procedura già in fase di prequalificazione.

E ciò per due ordini di motivi: per un verso, non avrebbe indicato, in violazione degli artt. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006 e 92 d.P.R. 207/2010, le quote di partecipazione all'ATI;

per l'altro, l'ATI avrebbe violato la violazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 207/2010 e presentato una cauzione con termine di validità di 180 giorni inferiore a quello di 240 giorni pari alla durata dell'offerta, sì da integrare

autonoma causa d'esclusione.

Quale conclusione s'inferisce che, disposta l'esclusione dell'ATI, venuto meno il ribasso massimo del prezzo da essa offerto, assunto dalla stazione appaltante a parametro (c.d. Rmax) per formulare la graduatoria, l'offerta presentata da essa ricorrente si sarebbe collocata al primo posto.

L'iter argomentativo su cui riposano le censure in parola non è affatto persuasivo.

Muove da una premessa che non si fatica a definire ingiustificatamente draconiana.

L'ATI Rivarossa, in relazione ai fatti integranti i vizi descritti, anziché essere esclusa, come suppone la ricorrente, avrebbe dovuto essere (al più) destinataria dell'esercizio del potere di soccorso di cui all'art. 46 comma 1-bis, d.lgs. cit.

E valga il vero.

La domanda di partecipazione alla gara presentata dall'ATI Rivarossa elenca nel dettaglio la percentuale di esecuzione delle opere da parte di ciascuna delle imprese associate.

La dichiarazione analiticamente riferita alla percentuale di lavori per come formulata evidenzia la simmetrica corrispondenza con le quote di partecipazione all'ATI.

Non è affatto necessaria né è espressamente richiesta dal bando alcuna formalità sacramentale in ordine alla indicazione della misura di partecipazione delle imprese all'ATI. È sufficiente che la stazione appaltante, in ragione della qualificazione posseduta dalle singole imprese, della percentuale dei lavori affidati a ciascuna di esse e del possesso dei requisiti richiesti, verifichi – come nei fatti avvenuto – la reale corrispondenza con l'assetto associativo.

L'eventuale non coincidenza, lungi dal comportare l'esclusione, avrebbe dovuto indurre semmai la stazione appaltante ad invitare l'ATI ad integrare la dichiarazione.

Conclusione che a più forte ragione s'attaglia al caso del deposito di cauzione provvisoria d'importo inferiore a quello richiesto.

La giurisprudenza s'è infatti incaricata di chiarire, in modo convincente, che l'amministrazione non può disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione d'importo inferiore a quello richiesto. In applicazione dell'art. 46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero permettere l'integrazione della cauzione insufficiente (cfr., Cons. St., sez. III, 1 febbraio 2012 n. 493; Tar Venezia, sez. I, 13 settembre 2011 n. 1376).

Residua la censura relativa alla supposta violazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 207/2010.

L'ATI Rivarossa, sebbene mandataria del raggruppamento orizzontale, non avrebbe posseduto i requisiti in misura percentuale superiore con riferimento alla categoria dei lavori OS 21.

La censura non tiene conto che nell'ATI misto, per la categoria scorporabile, è consentita la costituzione di una sub-associazione orizzontale. E che ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione nella misura minima del 40% deve essere eseguita in capo alla capogruppo del sub-raggruppamento (cfr., sul punto, Tar Campania. Napoli, 10 febbraio 2011 n. 826).

Per la categoria scorporabile OS 21, impresa Rapellini, in ATI Rivarossa, possedeva i requisiti nella misura del 47%, ben oltre la percentuale minima del 40% prevista dall'art. 92 d.P.R. cit.

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

L'infondatezza del gravame conduce alla declaratoria d'improcedibilità dell'impugnazione incidentale escludente per sopravvenuta carenza d'interesse.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo con la precisazione che amministrazione destinataria della rifusione delle spese è sia il Provveditorato che il comune di Bordighera

intervenuto nel giudizio, ed il relativo importo in dispositivo va diviso fra loro in parti uguali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)  
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore dell'amministrazione e della società controinteressata, da dividersi fra loro in parti uguali, che si liquidano in complessivi 6.000,00 (seimila) euro, oltre diritti ed accessori di legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Paolo Peruggia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2013

IL SEGRETARIO

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