

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2009, n.3575
IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE, QUINTA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1077/2008, proposto da:

- Cooperativa C. s.c. a r.l., in proprio e quale mandataria di associazione temporanea di impresa con Coop. C.-S. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. D.M. ed elettivamente con lui domiciliata presso lo studio dell'avv. M.L. Roma;

contro

- la provincia di V., in persona del presidente della Giunta provinciale, rappresentata e difesa dagli avv.ti A.G. ed O.M. ed elettivamente con loro domiciliata presso l'abitazione della signora L.F., in Roma, resistente;

e nei confronti di

- Consorzio C., in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio, appellato controinteressato;

- S.U., non costituito in giudizio, appellato controinteressato;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione II, 9 ottobre 2007 n. 1546, concernente l'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di costruzione del nuovo palasport e connesse richieste risarcitorie.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria della provincia appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 24 febbraio 2009, il Consigliere Aldo SCOLA;

Uditi, per le parti, gli avv.ti D.C. e D.V., per delega di A.G. ed O.M.;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La società attuale appellante, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. Cooperativa C. - S. s.p.a., avendo partecipato all'appalto concorso per l'affidamento dei lavori di costruzione del palasport provinciale, di cui al bando pubblicato dalla provincia di V. in data 13.4.2004, aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. Consorzio C. - Studio tecnico S., di cui alla determinazione del dirigente del sesto settore n. 195 del 1.12.2005, dinanzi al t.a.r. Calabria, con domanda di sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento impugnato.

Essa deduceva che, in seguito all'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata nella seduta di gara dell'8.10.2004, con nota del 13.10.2004, aveva chiesto alla stazione appaltante di escludere dalla gara il raggruppamento aggiudicatario, evidenziando l'assenza in capo all'arch. U.S. dei requisiti previsti dall'art. 66 del d.P.R. n. 554/1999: istanza poi riscontrata negativamente con nota dirigenziale n. 7480 del 3.11.2004.

La società aveva chiesto, invano, un nuovo riesame dell'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione dell'aggiudicatario dalla procedura ad evidenza pubblica: l'amministrazione resistente aveva aggiudicato definitivamente l'appalto in favore del raggruppamento controinteressato.

Nel suo gravame, la ricorrente aveva denunciato le seguenti censure:

- 1) violazione dell'art. 66 del d.P.R. n. 554/1999; eccesso di potere per travisamento dei fatti; difetto di motivazione; contraddittorietà;
- 2) violazione del principio di collegialità;
- 3) violazione dell'art. 20, comma 4, legge n. 109/1994; violazione degli artt. 6 e 6.1 del capitolato prestazionale; violazione della par condicio; eccesso di potere per difetto di presupposti;

4) violazione del bando di gara e dell'art. 7 del capitolato prestazionale; difetto di presupposti; contraddittorietà.

La provincia intimata si era costituita con memoria, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

Il raggruppamento controinteressato aveva proposto ricorso incidentale, tendente a paralizzare l'azione principale proposta dalla società ricorrente.

Il Tribunale di prime cure aveva respinto la domanda di sospensione cautelare e le parti costituite avevano depositato ulteriore produzione documentale, con successivo accoglimento del ricorso incidentale e connessa declaratoria d'inammissibilità di quello principale, nonché rigetto della domanda risarcitoria, mediante sentenza che viene impugnata dalla parte soccombente per:

A. errore di giudizio, violazione dei principi in materia di valutazione delle offerte tecniche, travisamento e vizio di motivazione, avendo l'originaria ricorrente fatto (inserendo tutto nella busta B) solo quanto imposto (v. C.S., sez. V, dec. n. 812/1999) dal capitolato speciale (art. 9) e lettera d'invito (punto 1), sotto comminatoria di esclusione dalla gara;

B. errore di giudizio e violazione dei principi in materia d'esame dei ricorsi incidentali, che avrebbero imposto il prioritario esame del ricorso principale, in presenza di due soli concorrenti (v. C.S., sez. VI, dec. n. 6990/2006);

C. tutte le doglianze dedotte in prima istanza e non esaminate, in rapporto all'attestazione S.O.A. qualificante l'A.T.I. Consorzio - arch. S. come idonea (previo accertamento del possesso dei necessari requisiti minimi da parte del professionista associato); violazione del principio di perfetta collegialità, essendosi l'ing. P. astenuto dal valutare qualitativamente i progetti, come da verbale 4 ottobre 2004, pur da lui sottoscritto, con una media valutativa calcolata dividendo il punteggio complessivo per due e non per tre (tanti essendo i componenti la commissione), in rapporto ad un palasport che avrebbe dovuto garantire 3.200 posti a sedere e non soli 2.798, con ulteriore carenza di sufficienti parcheggi, aree verdi, idoneo pronto soccorso ed adeguato spogliatoio, senza dimenticare i vari pareri tardivamente acquisiti ed il dilazionato deposito del progetto poi risultato aggiudicatario ed ormai realizzato, con la sola possibilità di un risarcimento pecuniario nella misura del 10% dell'importo contrattuale (eventualmente dimezzato nel caso di accoglimento dell'appello, annullamento di tutti gli atti gravati in primo grado ed accoglimento di entrambi i ricorsi ivi incardinati, principale ed incidentale).

La provincia appellata si costituiva in giudizio e resisteva al gravame, eccedendo, pure in apposita memoria riassuntiva:

a. l'inapplicabilità dell'invocato art. 66, d.P.R. n. 554/1999, a servizi d'importo inferiore al controvalore in euro di 200.000 DSP, estranei all'architettura ed all'ingegneria ed all'ambito di efficacia dell'art. 17, comma 4, legge n. 109/1994;

b. la rispettata collegialità perfetta, essendosi l'ing. P. astenuto dall'assegnare un punteggio a progetti difformi dalla normativa vigente, senza peraltro assentarsi dai lavori della commissione giudicante (già autodisciplinata con il criterio della divisione dei punteggi per il numero di commissari positivamente deliberanti);

c. l'inammissibile richiesta di c.t.u. e la natura solo ordinatoria dei termini previsti per acquisire i necessari pareri, ma senza alcuna prevista comminatoria di esclusione dalla gara, e con espressa derogabilità per il caso di ritardo non imputabile all'aggiudicataria;

d. il tardivo deposito dei documenti come dovuto all'avviso di Segreteria tardivamente ricevuto;

e. la mancata prova dei danni ritenuti risarcibili.

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, con immediata pubblicazione del dispositivo

(data la materia trattata: art. 23-bis, comma 6, legge 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000 n.205), dopo il rigetto di un appello cautelare con ordinanza n. 2468/2006 di questa sezione e dopo il deposito di una breve memoria in cui la Cooperativa Costruzioni Calabrese ha comunicato avere, la provincia appellata, bandito una gara per la sistemazione dell'area esterna al palasport, a riprova del fatto che l'originario progetto relativo a quest'ultimo non era completo.

DIRITTO

L'appello è infondato e va respinto per i motivi che si riassumono come segue.

Il raggruppamento aggiudicatario, richiamando la disciplina generale dell'appalto-concorso e quella specifica contenuta nella lettera invito dell'8.6.2004, deduceva che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver violato il principio di segretezza dell'offerta economica, riservando la sua conoscibilità solo all'esito della valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione aggiudicatrice: la ricorrente principale avrebbe palesato, all'interno del plico contenente l'offerta tecnica, l'entità della propria offerta economica, in spregio alla regola, cristallizzata nella *lex specialis*, di rigida separazione tra le buste (denominate, rispettivamente, "B" e "C"), contenenti l'offerta tecnica e quella economica.

In effetti, la ricorrente principale, in ossequio alla espressa previsione dell'art. 9 lett. i) del capitolato speciale prestazionale, nonché dell'art. 35, comma 1, lett. g) del d.P.R. n. 554/1999, aveva prodotto in sede di gara il progetto esecutivo dell'opera corredato dal computo metrico estimativo (datato 30.8.2004).

Dal verbale della seduta di gara del 2.10.2004, dedicata alla valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti, emergeva che la commissione, in sede di esame dell'offerta tecnica n. 3), presentata dalla ricorrente principale, aveva avuto cura di precisare che: "Il computo metrico estimativo, esclusi gli oneri di sicurezza, ammonta ad euro 2.687.107,59, importo leggermente inferiore a quello posto a base di offerta economica".

Come correttamente rilevato dal seggio di gara, nella seduta di valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente principale, dal computo metrico estimativo contenuto nella busta B si era compreso che l'importo complessivo dei lavori, al netto degli oneri relativi alla sicurezza, e come tali non soggetti a ribasso, ammontava ad euro 2.687.107,59, importo inoltre riportato nel quadro riassuntivo allegato al capitolato speciale di appalto, presentato dalla ricorrente principale e corrispondente a quello risultante dall'applicazione sull'importo a base di gara del ribasso offerto dalla ricorrente principale, pari allo 0,47749%.

L'amministrazione resistente e la ricorrente principale avevano rispettivamente dedotto come non si fosse nella specie consumata alcuna violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, in quanto la necessaria allegazione al progetto definitivo del computo metrico estimativo, ex art. 35 del d.P.R. n. 554/1999, comportava fisiologicamente che i profili economici fossero conosciuti e valutati dal seggio di gara in concomitanza con la valutazione dell'offerta tecnica.

Il contenuto del computo metrico estimativo è stabilito dall'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999, secondo cui esso "viene redatto applicando alle quantità delle lavorazioni, dedotte dagli elaborati grafici del progetto esecutivo, i prezzi dell'elenco di cui all'art. 43", secondo cui, per la redazione dei computi metrico-estimativi vengono utilizzati i prezzi adottati per il progetto definitivo, come specificato all'art. 34, il quale ultimo precisava che i prezzi unitari sono quelli "dedotti dai prezziari della stazione appaltante o dai listini correnti dell'area interessata".

Pertanto, la redazione del computo metrico estimativo non avrebbe

dovuto comportare alcuna applicazione di ribasso sull'importo posto a base di gara ed i concorrenti avrebbero dovuto, fermo restando detto importo, applicare alle quantità delle lavorazioni i singoli prezzi risultanti dai prezziari ufficiali, la funzione del computo metrico estimativo essendo quella di permettere alla stazione appaltante di verificare, sommariamente, la realizzabilità del progetto del concorrente, "col budget disponibile (la somma a base d'asta), senza che in tale sede, ovviamente, dovesse offrirsi alcun ribasso".

Nella procedura dell'appalto-concorso, connotata da una netta separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, il principio di segretezza di quest'ultima impone che sia interdetto al seggio di gara, finché non sia stata ultimata la valutazione delle offerte tecniche, la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte dai concorrenti, onde scongiurare che il seggio di gara sia influenzato nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica, così attuandosi i principi di imparzialità e par condicio, per cui, alla sua eventuale violazione, consegue necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara, anche in assenza di espresse previsioni della *lex specialis*.

La ricorrente principale non avrebbe potuto che essere esclusa dall'appalto concorso, in quanto, mediante il computo metrico estimativo e gli altri documenti inseriti nella busta dell'offerta tecnica, aveva palesato al seggio di gara, prima della formale apertura della busta contenente l'offerta economica, i termini economici di quest'ultima.

I primi giudici condivisibilmente accoglievano, dunque, il ricorso incidentale, correlativamente dichiarando l'inammissibilità di quello principale, per carenza di interesse, ed assorbendo l'esame degli altri motivi del gravame incidentale: il tutto, con connesso rigetto della domanda di risarcimento danni, non sostenibile in assenza di una comprovata illegittimità dei provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi.

L'appello va, dunque, respinto;

Le spese del secondo grado di giudizio seguono la soccombenza della Cooperativa appellante e si liquidano come nel dispositivo già pubblicato, che peraltro per mera svista reca le parti invertite rispetto al dovuto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, respinge l'appello;

condanna la Cooperativa Costruzioni Calabrese a rifondere alla provincia di Vibo Valentia spese ed onorari del secondo grado di giudizio, liquidati in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00);

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 24 febbraio 2009, con l'intervento dei signori:

Raffaele CARBONI	Presidente
Cesare LAMBERTI	Consigliere
Filoreto D'AGOSTINO	Consigliere
Claudio MARCHITIELLO	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere estensore