

Consiglio di Stato, sez. V, 21 aprile 2009, n. 2402

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.7184/2006 proposto dal Comune di M. in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati F. L. e F. G. S. elettivamente domiciliato in R. in via G. P. n.55;

CONTRO

D. s.r.l. di D. E., in persona del legale rappresentante, F. D., in proprio e quale capo- gruppo dell'ATI costituenda con: 2) Costruzioni Z. A. s.r.l., in persona del rappresentante legale Z. A.; 3) A. S. a. r.l. in persona del rappresentante legale B. B.; 4) A. Centro nuoto P., in persona del rappresentante legale S. C.; 5) S. N. T. a r.l. in persona del rappresentante legale R. C.; 6) U. I. in persona del rappresentante legale R. B., rappresentati e difesi dall'avv. F. G. e G. N. con domicilio eletto presso l'avv. G. N. in R., via C. n.28.

e nei confronti

della costituenda ATI tra M. e B. s.n.c. in persona del rappresentante legale M. G. M., G. C. s.r.l. e G. P., n.c.;

per la riforma

della sentenza n.1988/2006 del TAR Veneto ; Sez. I

Visto l'atto di appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli appellati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 16 dic. 2008 , relatore il Consigliere Roberto Capuzzi l'avv. G. per la parte appellante;

Ritenuto in fatto e considerato e in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune odierno appellante espone quanto segue.

Con determinazione n. 139 del 19.4.2005 il responsabile dei servizi tecnici del Comune di M. approvava il bando del pubblico incanto, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la concessione di costruzione e gestione del nuovo cento natatorio, il disciplinare di gara e lo schema di contratto. Pervenivano due domande dell'ATI D., ricorrente in primo grado, e dell'ATI M.

La commissione tecnica, ammesse le due offerte (come da verbale del 21.06.2005), decideva, dopo l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica e gli elementi qualitativi, nella seconda seduta (verbale del 7.06.2005), di affidare ad un tecnico esterno la valutazione delle migliori al progetto definitivo, in relazione al sub-elemento A ("impianti tecnologici") del punto 3) del bando e del disciplinare di gara ("migliorie tecnico- funzionali").

Sulla scorta del relativo elaborato la commissione, nella seduta del 6.07.2005, decideva di escludere l'offerta dell'ATI D., ritenendola non migliorativa bensì peggiorativa quanto agli elementi tecnologici.

Nella seduta dell'11.07.2005 la concessione veniva aggiudicata provvisoriamente all'unica offerta rimasta in gara.

Infine, con determinazione n. 242 del 15.07.2005, il responsabile dei servizi tecnici approvava i verbali di gara e aggiudicava definitivamente la concessione all'ATI M. s.n.c.

Contro tali determinazioni insorgeva davanti al TAR Veneto la ATI D. deducendo con il primo motivo violazione di legge, del bando di gara e

del relativo disciplinare.

Sosteneva la ricorrente in primo grado che la stazione appaltante, in mancanza di un'esplicita previsione in tal senso nella *lex specialis*, non poteva escludere l'offerta della medesima ricorrente per mancate migliorie agli impianti tecnologici previsti nel progetto posto a base di gara.

In ipotesi, la valutazione negativa doveva indurre la commissione ad attribuire zero punti, così come è avvenuto in relazione al progetto dall'impresa risultata aggiudicataria e poi proseguire, valutando anche l'offerta della ricorrente.

L'esclusione poteva, invece, essere disposta, in relazione alla valutazione delle migliorie agli impianti tecnologici, solo se fosse stata prevista nel bando.

Inoltre la commissione avrebbe potuto chiedere chiarimenti in merito ed, in ogni caso l'offerta andava valutata globalmente, il che avrebbe condotto all'aggiudicazione a suo favore.

Con il secondo mezzo si deduceva violazione di legge con riguardo all'art. 16 della legge n. 109/94 (che impone la conformità del progetto alle norme vigenti, oltre che al bando), sostenendosi che l'offerta M. era difforme dalle prescrizioni impartite dal CONI in materia di costruzione di impianti sportivi con deliberazione n. 851 del 15.07.99, per insufficienza degli spogliatoi, ecc.

Con il terzo motivo si deduceva eccesso di potere per contraddittorietà, sull'assunto che, sulla scorta della relazione B., entrambe le offerte non risultavano migliorative, dal che conseguiva che dovevano seguire la stessa sorte.

Con il quarto mezzo si lamentava eccesso di potere per travisamento dei fatti, sostenendosi che dalla relazione del tecnico incaricato si evinceva che l'offerta della ricorrente se non era migliorativa, non era peggiorativa, e che non era migliorativa nemmeno l'offerta M. poiché l'ing. B. ne sottolinea la conformità integrale al progetto a base di gara.

Inoltre l'offerta M. violerebbe le disposizioni CONI quanto al numero degli spogliatoi e alla loro superficie (inferiore a quella minima), né nella offerta erano divisi nettamente i percorsi per l'accesso di uomini e donne agli spogliatoi. Anche i servizi igienici erano insufficienti ed ancora la realizzazione della palestra, nel progetto M., altererebbe il dimensionamento degli spazi. Altre critiche al progetto M. vengono mosse in relazione alla non ispezionabilità dei cunicoli, nonché alle soluzioni concernenti il riscaldamento e alla termoventilazione.

Con il quinto mezzo si deduceva eccesso di potere per difetto di motivazione e di presupposto, basandosi il provvedimento conclusivo su di un parere carente, e poiché nello stesso parere vengono evidenziate le carenze del progetto M.

Con il sesto mezzo si deduceva eccesso di potere per carenza di finalità, sottolineandosi la inopportunità, perché più onerosa, dell'offerta M. rispetto a quella della ricorrente con maggiore carico sulle pubbliche finanze.

Infine la ricorrente in primo grado chiedeva il risarcimento del danno per equivalente sia quanto al danno emergente, sia quanto al lucro cessante.

Si è costituito in primo grado il Comune, eccependo la correttezza della esclusione disposta dalla commissione perché il progetto della ricorrente, con le variazioni proposte, stravolgeva quello posto a base della gara, come aveva posto in luce la relazione del tecnico incaricato sottolineando altresì che, anche se più costoso, il progetto M. rispondeva maggiormente alle esigenze della stazione appaltante laddove le caratteristiche qualitative rilevano all'interno del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infine, non vincolante sarebbe la normativa CONI per impianti non destinati allo sport agonistico.

Il TAR accoglieva il ricorso ed annullava il provvedimento di esclusione dalla gara e la successiva aggiudicazione disponendo appositamente c.t.u. volta a stabilire se l'offerta della ATI M. fosse o no conforme alla normativa fissata per gli impianti natatori stabiliti dal CONI sul presupposto della sua applicazione all'impianto in questione.

Avverso la sentenza del TAR ha interposto appello il Comune di M. rilevando che il giudice di prime cure avrebbe operato una valutazione di idoneità tecnica antitetica a quella operata dalla Commissione aggiudicatrice che sul punto si era avvalsa della attività di un parere di un consulente sulla scorta del quale aveva sfavorevolmente valutato l'offerta della ATI D. e che sostanzialmente il giudice avrebbe sostituito una propria valutazione a quella della Commissione giudicatrice.

Inoltre il giudice di primo grado avrebbe errato nel disporre con una ordinanza una consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare se nel caso di specie il progetto ATI D. poteva ritenersi coerente con la normativa CONI sugli impianti sportivi.

Il presupposto dal quale la ordinanza muove e cioè che l'impianto in questione è destinato ad attività agonistica sarebbe erroneo atteso che nel bando di gara nulla lascia intendere tale destinazione.

Si è costituita la appellata ATI chiedendo una pronuncia di inammissibilità dell'appello per nullità della notifica e nel merito chiedendone il rigetto con la conferma della sentenza di primo grado.

All'udienza del 16 dic. 2008 il difensore della appellata ha insistito nelle proprie argomentazioni.

La causa nella stessa udienza è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. Viene all'esame della Sezione l'appello interposto dal Comune di M. avverso la sopra menzionata sentenza del TAR Veneto.

2. L'antefatto dell'odierno contenzioso può così sintetizzarsi.

2.1. La odierna appellata, società D., si doleva dell'esclusione dalla gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di un centro natatorio, il cui bando, indetto dal Comune, aveva previsto che le imprese partecipanti potessero proporre migliorie al progetto definitivo approntato dalla stessa P.A.

Per la valutazione di dette migliorie, ove proposte, nel bando si prevedeva l'assegnazione del punteggio massimo di 7 punti, intendendosi per miglioria "qualunque modifica dei parametri di progetto e delle caratteristiche dei sistemi che apporti sia sul piano tecnico che economico (...) una riduzione del costo complessivo dell'operazione finanziaria (costo di costruzione e di gestione), senza determinare una riduzione del livello prestazionale indicato nel progetto definitivo" (disciplinare di gara, pag. 6).

Infine, sempre a pag. 6 del disciplinare, si prevedeva: "L'offerente deve elencare le migliorie proposte corredandole di una relazione giustificativa al fine di consentire alla commissione aggiudicatrice la verifica dell'effettivo livello di miglioramento ottenibile. Per fare ciò la commissione si avvarrà di specialisti di settore".

Al fine di effettuare detta verifica con cognizione di causa, per la valutazione delle migliorie proposte dalle imprese partecipanti, la commissione di gara, nella seduta del 27.06.2005, decideva di affidare l'incarico a un tecnico qualificato esterno, l'ing. B., il quale presentava la sua relazione al riguardo.

2.2. Sulla base delle valutazioni effettuate dal tecnico esterno incaricato, la commissione, nella seduta del 6 luglio 2005, giudicava non ammissibile l'offerta della ricorrente, ritenendola non migliorativa, ma anzi peggiorativa, in quanto difforme dalle condizioni minime di manutenzione e conduzione degli impianti previste dal bando e dal discipli-

nare.

3. Prima di entrare nel merito delle questioni sollevate la Sezione deve farsi carico dell'esame della eccezione di inammissibilità dell'appello avanzata dalla appellata ATI D.

3.1. La appellata sostiene che la procura rilasciata a margine del ricorso in appello non porta il nome della persona fisica che l'ha rilasciata, non indica la carica del soggetto che l'ha rilasciata, nè porta la data del rilascio. Inoltre la firma di colui che ha sottoscritto la procura è illeggibile.

3.2. L'eccezione non merita accoglimento.

3.3. La Suprema Corte di Cassazione (Cass. Civile, Sez. I, 3.05.2004 n. 8320) ha avuto modo di precisare che l'indicazione della persona fisica che riveste *pro tempore* la qualità di sindaco del comune è un dato di pubblico dominio, accertabile senza alcuna difficoltà presso lo stesso ente e ciò comporta l'onere, per la parte interessata, di contestare che la firma in calce alla procura provenga dalla persona del sindaco in carica.

Infatti la certificazione della firma, da parte del difensore, qualora nel testo del ricorso si faccia espresso riferimento al sindaco *pro tempore* del comune, non può essere riferita se non alla persona fisica che, alla data del rilascio della procura (o della redazione del ricorso, se non risulti una data differente), riveste la carica di sindaco.

Nel caso di specie la provenienza della sottoscrizione della procura, peraltro rilasciata dal sindaco p.t. dottor G. P., come anche risulta dalla delibera di incarico 2.8.2006 allegata al ricorso introduttivo dell'odierno giudizio, non è stata contestata dalla appellata.

4. Venendo al merito l'appello deve essere accolto.

4.1. La questione di diritto in esame si esaurisce nello stabilire se, in mancanza di una clausola espressa di esclusione, la commissione di gara abbia correttamente operato nel disporre l'esclusione della ricorrente, invece di assegnarle punti zero non ritenendo valide le migliorie proposte.

4.2. Il giudice di prime cure ha ritenuto che la odierna appellante non potesse escludere dal prosieguo della gara l'offerta della ricorrente in primo grado senza incorrere in un vizio di legittimità.

Cio', da un lato, per la mancanza di un'esplicita previsione di esclusione, dall'altro, perchè, operando in tal modo, l'amministrazione ha finito per attribuire un peso determinante ad un elemento marginale nell'ambito del criterio di assegnazione dei punteggi, dal punto di vista quantitativo più che modesto: max. 7 punti su un totale di 100 punti.

Aggiunge poi il primo giudice che le valutazioni della relazione del tecnico incaricato non erano nel senso che il progetto della appellata stravolgeva il progetto del Comune con proposte peggiorative.

5. Tali argomentazioni del primo giudice non vengono condivise dalla Sezione.

5.1. Prendendo spunto da tale ultimo profilo relativo ai rilievi critici al progetto dell'ATI D., va premesso che il giudizio negativo espresso dalla relazione tecnica non riguardava la proposta in sè, ma assumeva come termine di comparazione il progetto base del comune al quale si dovevano necessariamente commisurare le concorrenti.

Il disciplinare stabiliva infatti che le soluzioni tecnico-funzionali proposte potevano essere variate nell'osservanza di alcune condizioni, a partire dal rispetto degli "intendimenti del progetto definitivo e delle caratteristiche tecnico-funzionali individuate dallo stesso".

Deve tenersi conto che la medesima relazione tecnica, al punto 1.2. rubricato: "Soluzioni architettoniche funzionali", concludeva nel senso che l'offerta D.: "stravolge completamente l'impostazione del progetto

abbassandone di fatto il livello quantitativo".

In ordine alla "Soluzioni impiantistiche-riscaldamento e ventilazione", al punto 1.4. la relazione evidenziava che: "altro aspetto negativo è la realizzazione di canali di muratura per la distribuzione dell'aria nella sala vasche che hanno dimensioni e collocazione tali da impedirne l'ispezione e la pulizia, ma ancora prima, da renderne difficoltosa, se non impossibile, una finitura superficiale igienicamente valida".

Nella relazione si legge che, in corrispondenza della parete che divide la sala vasche dalla zona servizi, veniva proposta la costruzione di una intercapedine di dimensioni tali da impedirne la pulizia.

Riguardo alla soluzione impiantistiche-riscaldamento e ventilazione di cui al punto 8 della Relazione tecnica si parla di attrezzatura "non ispezionabile".

5.2. Sulla base delle considerazioni della relazione la commissione giudicatrice riteneva che la proposta in variante presentata dalla ATI con capogruppo la D. non si presentasse migliorativa rispetto al progetto base del comune, ma peggiorativa sia dal punto di vista qualitativo nonché per quanto riguarda le condizioni di manutenzione e conduzione dell'impianto e che pertanto non "è ammissibile con le condizioni minime previste nel bando e disciplinare di gara ..", decidendo quindi di escludere la ATI D. aggiudicando la gara alla ATI M.

5.3. Rileva la Sezione che il giudizio relativo alla valutazione della attendibilità tecnica delle offerte nelle gare attiene alla discrezionalità tecnica sindacabile dal giudice amministrativo sulla base di una verifica dell'attendibilità dei criteri seguiti nella loro applicazione e con l'accertamento dei fatti oggetto delle valutazioni tecniche.

Come è stato rilevato in giurisprudenza il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco delle indagini specialistiche (Cons. Stato, V, 13 dic. 2005 n.7059).

Alla luce di tali principi non può condividersi l'affermazione della sentenza che sarebbe stato travisato dalla commissione il contenuto della relazione tecnica se non altro per il rilievo che gli apprezzamenti critici mossi in perizia erano considerevoli, evidenziando una serie di elementi sfavorevoli ed il progetto presentato stravolgeva quello base del comune andando al di sotto del suo contenuto minimo progettuale, in particolare per gli aspetti impiantistici così compromettendo le stesse finalità perseguite dalla amministrazione e sottese nel bando.

6. Nè nella fattispecie poteva privilegiarsi il criterio puramente formale relativo alla mancata previsione dell'espressa clausola di esclusione.

E' pur vero che la prescrizione del bando di gara prevedeva che l'offerta progettuale avrebbe potuto ricevere solo un punteggio in aumento, ma l'antecedente logico di tale prescrizione era che l'offerta fosse rispettosa dei requisiti di idoneità sostanziali in relazione al progetto base predisposto dal Comune, non potendo nemmeno ipotizzarsi, alla stregua dei fondamentali canoni di ragionevolezza, una valutazione di miglioria in relazione ad una offerta ed ad un progetto carente del minimum per la partecipazione alla gara.

Nella fattispecie viene in rilievo, non un profilo di ordine formale od esegetico della clausola del bando, ma un profilo del tutto sostanziale concernente la stessa finalità perseguita dalla stazione appaltante con la indizione della gara, con riflessi nella *par condicio* dei concorrenti.

Il progetto della ATI ricorrente in primo grado veniva ritenuto inadeguato e non attuabile, pertanto non avrebbe avuto senso logico attribuire un punteggio di zero limitato alla voce migliorie, punteggio che con-

sentiva alla società di partecipare alla gara ed in ipotesi risultarne vincitrice, ma la società andava comunque esclusa.

6.1. La giurisprudenza di questo Consiglio ha avuto modo di rilevare in fattispecie similari, con un orientamento del tutto condivisibile, che in capo alla stazione appaltante, a prescindere da una regola esterna dettata da disposizioni di legge, di regolamento o di bando di gara, residua pur sempre un margine di discrezionalità tecnica che, con prudente apprezzamento, può investire le componenti dell'offerta nella loro serietà e congruità in relazione all'oggetto specifico della gara e che consente di disporre l'esclusione di offerte che presentino all'evidenza aspetti di abnormità ed inattendibilità (Cons. Stato, VI, 12 luglio 2007 n.3946).

6.2. In sostanza non può non essere riconosciuto in capo alla amministrazione, che ha fissato nel bando di gara una serie di prescrizioni finalizzate al raggiungimento dei propri interessi pubblicistici e si è autovincolata al loro contenuto, la possibilità di disporre la esclusione, oltre che per ragioni di carattere formale, anche per violazioni sostanziali da parte delle partecipanti.

7. In tali termini il ricorso in appello deve essere accolto, la sentenza del primo giudice deve essere riformata, il ricorso in primo grado deve essere respinto.

8. Spese ed onorari, tuttavia, anche tenuto conto dell'andamento della vicenda contenziosa, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello proposto dal Comune di M., ed in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso in primo grado.

Compensa spese ed onorari del giudizio.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 16 dicembre 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica	Presidente
Nicola Russo	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere
Adolfo Metro	Consigliere
Roberto Capuzzi	Consigliere rel. Est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Roberto Capuzzi	f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....21/04/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale