

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23/7/2008 n. 3652

Sulla legittimità per le singole imprese componenti di un'ATI di proporre autonomo ricorso avverso gli atti di aggiudicazione di una gara di un pubblico appalto.

In tema di gara d'appalto, anche prima della costituzione dell'associazione temporanea d'impresa e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa mandante è legittimata a proporre ricorso contro le determinazioni che provochino una lesione di propri interessi. E tale possibilità non è dagli attuali orientamenti giurisprudenziali comunitari; anzi, la Corte del Lussemburgo ha confermato la piena legittimità, a livello comunitario, della disciplina normativa nazionale che abilita le singole imprese componenti di un'ATI a proporre autonomo ricorso avverso gli atti di aggiudicazione di una gara di un pubblico appalto (cfr. ord. 4 ottobre 2007 resa nella causa C-492/06).

Materia: appalti / A.T.I.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8225/2007 proposto dall' Università degli Studi di Napoli "Federico II", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Lamberti presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli 67;

contro

le società ITER Gestioni e Appalti s.p.a. e PA.CO. - Pacifico Costruzioni - s.p.a., in proprio e n.q. di mandanti dell'A.T.I. con il Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., costituitesi in giudizio, rappresentate e difese dagli avv.ti Avilio Presutti ed Enrico Soprano e presso il secondo elettivamente domiciliato in Roma, via degli Avignonesi 5;

e nei confronti

della società Maire Engineering s.p.a., costituita in A.T.I. con Or.M.E. - Organizzazione Manutenzione Engineering - s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Claudio De Portu e presso il primo elettivamente domiciliato in Roma, via Giuseppe Mercalli 13;

appellante incidentale

ed

il Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante p. t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Russo e Francesco Migliarotti e presso il primo elettivamente domiciliato in Roma, piazzale Don Minzoni 9, presso lo Studio dell'avv. Martuccelli;

interveniente ad opponendum

per la riforma,

della sentenza del TAR della Campania, sede di Napoli, Sezione VIII, 11 settembre 2007, n. 7508;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale depositati dalla società Maire Engineering s.p.a.;

visto l'atto di costituzione in giudizio delle appellate società ITER s.p.a. e PA.CO. s.p.a.;

visto l'atto di intervento ad opponendum del Consorzio Cooperative Costruzioni;

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

visti gli atti tutti della causa;

vista l'ordinanza della Sezione 20 novembre 2007, n. 6077;

alla pubblica udienza del 15 aprile 2008 relatore il Consigliere Paolo Buonvino;

uditi, per le parti, gli avv.ti Lamberti, Soprano, De Portu e Russo;

visto il dispositivo n. 332 del 16 aprile 2008.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1) - Con il ricorso di primo grado le società Pa.Co - Pacifico Costruzioni - s.p.a. e Iter Gestione Appalti s.p.a., in proprio e nella qualità di mandanti dell'A.T.I. con il Consorzio Cooperative Costruzioni, hanno chiesto l'annullamento:

a - della delibera del consiglio di amministrazione di ateneo dell'Università degli studi di Napoli "Federico II", n. 29 del 12 dicembre 2006, recante l'aggiudicazione definitiva all'A.T.I. Maire Engineering s.p.a. / Or.M.E. - Organizzazione Manutenzione Engineering s.p.a., dell'appalto integrato di cui alla gara 64/L/2005 - "lavori di realizzazione di nuovi insediamenti universitari nell'area dell'ex Cirio di San Giovanni a Teduccio - Napoli";

b - della nota del dirigente della V ripartizione dell'Università degli studi di Napoli "Federico II", prot. 0112299 (prot. ufficio contratti n. 64/L/06 XI/3) del 22 dicembre 2006;

c - dei verbali di gara nn. 12 e 13 del 29 novembre 2006, nella parte in cui è stata eseguita la valutazione dell'offerta economica prodotta dall'A.T.I. Maire Engineering s.p.a. / Or.M.E. - Organizzazione Manutenzione Engineering s.p.a., ed è stata conseguentemente disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della stessa;

d - del contratto di appalto, ove stipulato;

e - in via subordinata - all'occorrenza - del provvedimento di indizione della gara, del bando e della normativa di gara, nonché di tutti i verbali della commissione giudicatrice all'uopo nominata.

Nell'occasione, è stato anche chiesto, dalle originarie ricorrenti, il risarcimento dei danni subiti in conseguenza degli atti impugnati.

Con memoria per motivi aggiunti depositata il 19 marzo 2007 le stesse ricorrenti hanno anche chiesto l'annullamento:

g - del contratto di appalto rep. 10232 del 14 marzo 2007, stipulato tra l'Università degli studi di Napoli "Federico II" e l'A.T.I. composta dalla Maire Engineering s.p.a., mandataria, e la Or.M.E. - Organizzazione manutenzione engineering s.p.a., mandante.

2) - Il TAR ha accolto il ricorso avendo ritenuto, in via preliminare:

a) - in ordine alla posizione della resistente Università degli studi di Napoli "Federico II", che la stessa risultava difesa sia dall'Avvocatura dello Stato che con il patrocinio dell'avv. Antonio Lamberti; che, al riguardo, era evincibile l'intenzione dell'Università stessa di non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, la quale non poteva essere, quindi, considerata come effettivo difensore della resistente;

b) - circa la posizione della controinteressata Maire Engineering s.p.a., che risultavano depositate, in favore della stessa, tre diverse memorie, come pure risultava la partecipazione alla discussione dibattimentale di avvocati in suo nome, ma che non era dato rinvenire agli atti alcun mandato per la sua difesa, sicché la stessa non poteva essere ritenuta costituita formalmente.

Quanto al merito del ricorso, il TAR ha accolto la prima censura avendo rilevato come il bando di concorso fosse esplicito nel richiedere che alcune voci dell'opera, ed in particolare quelle i cui prezzi corrispondenti erano contrassegnati dalle sigle PRM1 e PRM2, non fossero soggette ad offerta in ribasso; e, invero, hanno osservato i primi giudici, dalla lettura del verbale n. 12 del 29 novembre 2006 emergeva l'effettivo scostamento tra i dati dell'offerta (in proposito, la Commissione valutatrice aveva osservato che il concorrente ATI Maire engineering s.p.a. - Or.M.E. s.p.a. aveva indicato un prezzo PRM1 pari ad euro 803.180,00 in luogo del prezzo presunto, che è stato stimato dalla stazione appaltante in euro 1.147.400,00 ed un prezzo PRM2, in euro 285.600,00 in luogo del prezzo presunto, che è stato stimato dalla stazione appaltante in euro 408.000,00); e, al riguardo, era da domandarsi se i prezzi in questione fossero effettivamente non ribassabili, o se invece potessero essere modificati; e, quindi, valutare se il ribasso potesse comunque essere valutato, recuperando il valore della proposta e con una nuova conformazione dell'offerta, secondo il criterio utilizzato, in effetti, dalla Commissione.

In particolare, ha ritenuto, il TAR, che, in una lettura complessiva della disciplina di gara, comprensiva anche dei chiarimenti forniti successivamente in maniera oggettiva a tutti i soggetti interessati, non potevano esservi dubbi sulla natura di prezzo non ribassabile degli importi indicati con le sigle PRM1 e PRM2.

Quanto, poi, al secondo profilo, quello della possibilità, da parte dell'amministrazione, di leggere l'offerta della concorrente adattandola al contesto procedimentale, era da chiarire, per i primi giudici, se la Commissione di gara potesse o meno procedere ad una modificazione dei dati economici, rimodulando l'offerta; e, a tale domanda, il TAR ha dato risposta negativa, con il conseguente accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti impugnati.

3) - La sentenza è appellata dall'Università soccombente che ne deduce l'erroneità, anzitutto, per non essersi pronunciati, i primi giudici, in merito all'eccepta inammissibilità del ricorso per essere stato

proposto solo dalle imprese mandanti dell'ATI e non anche dalla mandataria; indi, l'appellante contesta la definizione del merito della controversia, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'impresa risultata aggiudicataria non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara; infine, viene eccepita la violazione del disposto di cui all'art. 21 bis (recte: 23 bis), comma 6, della legge n. 1034/1971, avendo fatto difetto, da parte del TAR, la pubblicazione del dispositivo della sentenza; l'appellante amministrazione deduce, infine, l'infondatezza (se in questa sede riproposte) delle ulteriori censure di primo grado, assorbite dal TAR.

4) - Svolge appello incidentale autonomo la società Maire Engineering s.p.a. (costituita in ATI con la Or.M.E. s.p.a.), che, dopo avere contestato la sentenza appellata in merito a quanto in essa affermato con riguardo alla sua costituzione in giudizio che sarebbe, invero, regolarmente avvenuta, come in questa sede documentato, insiste, con ampie argomentazioni, per la riforma della sentenza appellata non sussistendo - contrariamente a quanto ritenuto dal TAR - i presupposti per la sua esclusione dalla gara, la mera irregolarità nella formulazione della propria offerta non avendo potuto incidere sulla validità della stessa, con la conseguenza che correttamente la Commissione valutatrice, correggendo l'errore dalla medesima deducendo commesso, non l'ha esclusa e l'ha, successivamente, dichiarata aggiudicataria.

La medesima società insiste, poi, anche per l'infondatezza - ove riproposte in questa sede - delle censure svolte dalle originarie ricorrenti e assorbite dal TAR.

5) - Si sono costituite in giudizio per resistere le società Iter Gestioni e Appalti s.p.a. e PA.CO. - Pacifico Costruzioni s.p.a., ricorrenti in primo grado, che in memoria, insistono per il rigetto del gravame e per la conferma della sentenza appellata.

È intervenuto in appello per resistere il Consorzio Cooperative Costruzioni (n.q. di capogruppo mandataria dell'A.T.I. con le predette società mandanti Iter e PA.CO.) che, con atto ritualmente notificato alle controparti e con memoria, insiste per il rigetto degli appelli (principale e incidentale) ora detti e la conferma dell'impugnata sentenza.

Con ordinanza 20 novembre 2007, n. 6077, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi.

6) - L'appello è infondato.

In ordine alla costituzione in giudizio in primo grado della società Maire Engineering s.p.a., va condiviso, invero, quanto osservato dalla difesa della società stessa in merito alla sua rituale costituzione nel grado di giudizio innanzi al TAR, che il Tribunale non ha ritenuto, invece, essere ritualmente intervenuta.

Al riguardo, è vero che l'atto di costituzione non è rinvenibile, allo stato, nel fascicolo di primo grado, ma la deducendo stessa ha prodotto fotocopia, con timbro del TAR, di tale atto di costituzione, recante mandato a margine; e tale indizio, che si accompagna alla più consistente notazione per cui, nell'ordinanza cautelare della stessa Sezione ottava del TAR, n. 952/2007, resa nella controversia medesima, si dà atto della costituzione di tale società con gli avv.ti Cancrini, Vagnucci e Manzo, consente di superare l'incertezza dovuta al mancato reperimento dell'originale stesso agli atti di causa.

Quanto all'eccepita inammissibilità del ricorso di primo grado perché proposto solo dalle imprese mandanti e non anche dalla mandataria, va rilevato che, per pacifica giurisprudenza di questo Consiglio

(cfr., tra le altre, Sezione V, 23 ottobre 2007, n. 5577), in tema di gara d'appalto, anche prima della costituzione dell'associazione temporanea d'impres e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa mandante è legittimata a proporre ricorso contro le determinazioni che provochino una lesione di propri interessi.

E tale possibilità non è preclusa - al contrario di quanto ritenuto dall'Università appellante - dagli attuali orientamenti giurisprudenziali comunitari; ch , anzi, come dedotto dalle resistenti, la Corte del Lussemburgo ha confermato la piena legittimit , a livello comunitario, della disciplina normativa nazionale che abilita le singole imprese componenti di un'ATI a proporre autonomo ricorso avverso gli atti di aggiudicazione di una gara di un pubblico appalto (cfr. ord. 4 ottobre 2007 resa nella causa C-492/06).

Quanto al rilievo, formulato sempre dall'Università appellante, concernente l'omessa pubblicazione, da parte del TAR, del dispositivo della sentenza in esame, basti ricordare che, a differenza del processo del lavoro, nel quale la lettura del dispositivo risponde ad esigenze di concentrazione del giudizio e di immutabilit  della decisione collegiale, nel rito speciale del processo amministrativo previsto dall'art. 23 bis della legge TAR, l'omessa pubblicazione del dispositivo concretizza unicamente un comportamento omissivo, eventualmente rilevante sul piano disciplinare, avendo la relativa incombenza finalit  meramente acceleratorie del giudizio, con la precisazione che tale omissione non configura l'assenza di un elemento strutturale essenziale della sentenza e non comporta di conseguenza l'inesistenza o la nullit  di questa (cfr. Sezione IV, 5 ottobre 2005, n. 5344).

6) - Passando al merito degli appelli (principale e incidentale autonomo) qui in esame, va rilevato, in punto di fatto:

- che, a fronte della richiesta dei chiarimenti inerenti la disciplina di gara, la Commissione valutatrice ha precisato che gli importi delle opere a misura riportati, nel modello di offerta, come prestampati (specificamente inerenti alla opere PRM1 e PRM2) non erano soggetti a ribasso e che andavano, quindi, confermati senza modifiche;

- che la concorrente (e aggiudicataria) ATI Maire Engineering s.p.a. - Or.M.E. s.p.a. ha indicato un prezzo PRM1 pari ad euro 803.180,00, in luogo del prezzo presunto che   stato stimato dalla stazione appaltante in euro 1.147.400,00; ed un prezzo PRM2 pari ad euro 285.600,00, in luogo del prezzo presunto che   stato stimato dalla stazione appaltante in euro 408.000,00;

- che la Commissione, in data 29 novembre 2006, ha rilevato che detto scostamento tra l'offerta della controinteressata e la base d'asta era del 30 % (corrispondente, quindi, al ribasso dall'ATI stessa globalmente offerto), sicch  procedeva ad un doppio intervento correttivo: dapprima, allineava il prezzo per i lavori di cui alle sigle PRM1 e PRM2 alla cifra indicata nel bando (come detto, ritenuta non modificabile); quindi, modificata l'offerta in relazione ai prezzi ritenuti non ribassabili, ricalcolava il prezzo (mentre nella originale proposta della controinteressata il prezzo totale dei lavori era pari a  . 63.087.076,07, l'intervento della Commissione lo accresceva, portandolo, di fatto, alla maggior somma di   63.553.696,07).

Al contrario di quanto deducono l'Universit  e l'ATI appellanti, l'operato della Commissione valutatrice non appare corretto e l'ATI stessa - come ritenuto dai primi giudici - avrebbe dovuto, in effetti, essere esclusa.

In particolare:

- nelle "istruzioni e informazioni ai concorrenti" era precisato, al n. 4.3.1, lett. b), che "il concorrente indicherà il prezzo presunto PRM1 per la componente a misura dei Moduli P ed L1, che è stato stimato in euro 1.147.400,00", e alla successiva lettera d) che "il concorrente indicherà il prezzo presunto PRM2 per la realizzazione della componente a misura del Modulo C, L2 ed L3 che è stato stimato in euro 408.000,00";

- al n. 6.2.1 era precisato che "il prezzo di raffronto PRF verrà calcolato sommando i seguenti prezzi: il prezzo della progettazione esecutiva PPE; il prezzo PRC1 per la realizzazione della componente a corpo dei moduli P ed L1; il prezzo presunto PRM1 per la realizzazione della componente a misura dei Moduli P ed L1, pari ad euro 1.147.400,00; il prezzo PRC2 per la realizzazione della componente a corpo dei moduli C, L2 ed L3; il prezzo presunto PRM2 per la realizzazione della componente a misura dei Moduli C, L2 ed L3, pari ad euro 408.000,00" etc. (si osservi che solo i prezzi PRM1 e PRM2 erano anche qui indicati in misura fissa);

- parimenti, nell'allegato 9 alle predette "istruzioni", oltre al prezzo per la progettazione esecutiva ed a quello della sicurezza (non soggetti a ribasso), erano indicati, nelle predette misure fisse, solo i prezzi PRM1 e PRM2, mentre gli altri prezzi avrebbero dovuto essere quantificati dai singoli concorrenti;

- il punto 3.6 del Disciplinare Tecnico pure segnalava che "il prezzo complessivo delle demolizioni sotto terra attinenti i Moduli P ed L1 e l'analogo prezzo PRM2 attinente il Modulo C sono stati valutati, in via presuntiva, rispettivamente, in euro 1.147.000,00 e euro 408.000,00; ai fini della preparazione dell'Offerta i Concorrenti dovranno confermare per i prezzi PRM1 e PRM2 i valori anzidetti";

- e, ancora, nel verbale redatto in occasione della riunione dei concorrenti tenutasi il 30 maggio 2006 veniva ribadito, anche alla presenza del rappresentante dell'ATI risultata aggiudicataria, che gli importi PRM1 e PRM2 non erano soggetti a ribasso e dovevano essere confermati senza modifiche;

- al punto 4.3 della ripetute Istruzioni era, inoltre, precisato che la busta n. 3 - offerta economica - avrebbe dovuto contenere un originale dell'offerta stessa redatto secondo il citato modello allegato 9, "il quale conterrà, a pena di esclusione, tutti i prezzi dettagliati nei quattro paragrafi da 4.3.1 a 4.3.4 che seguono" (vedi sopra, primo trattino);

- infine, al punto 5.2, lettera c), veniva indicato, quale causa di esclusione dalla gara, il mancato rispetto delle "modalità di preparazione indicate dalle presenti Istruzioni ed Informazioni ai Concorrenti, in misura tale da renderne inattuabile o incerta la valutazione".

Ebbene, da tutto quanto precede emerge con chiarezza:

- che i prezzi PRM1 e PRM2 avrebbero dovuto essere riportati, nell'offerta economica - secondo quanto sancito al punto 4.3 delle predette "istruzioni" e in conformità con il citato allegato 9 e con tutte le molteplici, univoche indicazioni presenti negli atti di gara e appena riportate - nelle misure fisse e non ribassabili ivi precisate;

- che il mancato rispetto di detta prescrizione era sanzionato espressamente, allo stesso punto 4.3, "a pena di esclusione";

- che la formulazione dell'offerta economica nei termini ora detti, manifestamente difforme rispetto a quanto prescritto, a pena d'esclusione, dalla lex specialis della gara, era anche tale da rendere inattuabile o quanto meno incerta la valutazione dell'offerta medesima;

- che tali dubbi interpretativi la Commissione valutatrice ha cercato di superare, in effetti, fornendo una propria interpretazione dell'offerta medesima, tale per cui, avendo rilevato che i prezzi PRM1 e PRM2 in concreto offerti corrispondevano, in effetti, al ribasso globale dalla stessa ATI indicato e pari al 30%, li ha ricondotti al valore originario indicato tassativamente negli atti di gara, per poi operare su di essi, insieme agli altri prezzi ribassabili offerti, il predetto ribasso del 30% (cfr., in tal senso, le tabelle allegate al verbale di gara n. 13 del 29 novembre 2006, in cui, per poter operare l'attribuzione dei punteggi, ha preceduto ad omogeneizzare alle altre l'offerta dell'ATI Maire Engineering, riportandola ai valori prescritti dagli atti di gara);

- che così operando, peraltro, la Commissione ha offerto una propria autonoma quanto soggettiva interpretazione dell'offerta dei prezzi PRM1 e PRM2, in quanto l'offerta stessa, sul punto, avrebbe dovuto, a rigore, essere letta come offerta formulata in termini difformi rispetto a quelli prescritti dalla disciplina di gara e, nel difetto di differenti indicazioni da parte dell'offerente medesima, destinata a subire, a sua volta, l'ulteriore ribasso globale RPU del 30%;

- che, nel cercare di riportare in termini di coerenza alla *lex specialis* della gara l'offerta in parola, la Commissione ha finito, in effetti, per violare la par condicio tra i concorrenti, avendo fornito una soggettiva interpretazione dell'offerta stessa volta al mantenimento in gara dell'ATI la cui offerta, invece, in base alla rigorosa interpretazione della ripetuta disciplina concorsuale, avrebbe dovuto essere esclusa;

- che, se fosse vero che l'offerta dei due prezzi in parola sarebbe stata oggettivamente priva di rilevanza (in quanto, a differenza degli altri prezzi, si sarebbe trattato, in questo caso, di prezzi a misura solo presunti, destinati a compensare le sole opere di demolizione di manufatti o sottoservizi presenti sotto terra che, per la concreta incertezza circa lo loro effettiva entità, sarebbero stati solo indicativamente indicati), allora non è dato comprendere per quale ragione l'indicazione dei prezzi stessi sia stata a più riprese prescritta, in termini rigidi, negli atti di gara ed espressamente a pena di esclusione;

- che il carattere meramente presuntivo dei prezzi in parola non avrebbe potuto, comunque, giustificare l'attività correttiva posta in essere dalla Commissione, che ha finito per derogare manifestamente a quanto previsto dalla disciplina di gara, favorendo una concorrente che ad essa, nel ribassare i prezzi in questione, non si era attenuto, così ledendo i principi di parità di trattamento dei concorrenti e di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa;

- che neppure è vero che i due prezzi in questione, in quanto frutto, asseritamente, di una stima meramente indicativa effettuata dall'estensore del progetto di gara, sarebbero stati del tutto sottratti all'area del confronto concorrenziale da esperirsi tra i partecipanti; ciò in quanto la rilevanza circa l'indicazione del prezzo in questione nella predetta entità predeterminata era stata operata dalla stessa disciplina di gara che, come dianzi precisato, chiaramente la prevedeva e non poteva essere ridimensionata e, sostanzialmente, annullata dalla Commissione valutatrice che alla stessa disciplina di gara - rimasta, si noti, inoppugnata - era tenuta, comunque, a conformarsi;

- che, infine, la lettura e l'interpretazione delle clausole contrattuali (redatte solo all'esito della gara stessa e correlata aggiudicazione) non possono valere ai fini del riscontro di legittimità delle operazioni di gara, trattandosi di fatti e circostanze sopravvenuti, che ben potrebbero aver trovato il proprio presupposto logico e giustificativo negli stessi - peraltro, illegittimi - atti di gara.

6) - Per i motivi che precedono l'appello principale e quello incidentale in epigrafe indicati vanno respinti.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, respinge l'appello principale e quello incidentale in epigrafe indicati.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 15 aprile 2008 con l'intervento dei sigg.ri:

GIOVANNI RUOPPOLO - Presidente

CARMINE VOLPE - Consigliere

PAOLO BUONVINO - Consigliere est.

ROBERTO CHIEPPA - Consigliere

BRUNO ROSARIO POLITO- Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere Segretario

PAOLO BUONVINO GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2008

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

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)