



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1496 del 2010, proposto da:
Società Italiana Costruzioni Strade S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Natale Giallongo, con domicilio eletto presso il suo
studio in Firenze, via Vittorio Alfieri n. 19;

contro

Comune di Borgo San Lorenzo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Sauro Erci, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via
Francesco Bonaini n. 10;
Comunità Montana Mugello, in persona del legale rappresentante p.t.
rappresentata e difesa dall'avv. Sauro Erci, con domicilio eletto presso il suo studio
in Firenze, via Francesco Bonaini n. 10;

nei confronti di

Impresa Rosi Leopoldo s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso il suo
studio in Firenze, via Lorenzo il Magnifico n. 83;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione della gara approvato con determina dirigenziale n. 507 del 20/08/2010 del Comune di Borgo S. Lorenzo comunicato all'interessata con fax di pari data prot. n. 13711; nonché tutti gli atti consequenziali, presupposti o comunque connessi ivi compreso, in particolare, il provvedimento di ammissione alla gara della Società Rosi, i verbali di gara allegati al provvedimento di aggiudicazione nonché la nota prot.n.14969 del 14.09.2010 del Dirigente del servizio Tecnico U.O. Ambiente e Patrimonio di diniego di accesso alla documentazione di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Borgo San Lorenzo, della Comunità Montana del Mugello e dell'Impresa Rosi Leopoldo s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Impresa Rosi Leopoldo s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2011 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente principale impugna la determina dirigenziale n. 507 del 2010 con la quale il Comune di Borgo San Lorenzo ha aggiudicato alla controinteressata la gara per lavori di bonifica dall'inquinamento acustico in territorio comunale, e gli atti alla stessa connessi, precisando che l'aggiudicataria ha ottenuto un punteggio complessivo di 74,28 punti mentre la ricorrente, classificatasi al secondo posto, ha ottenuto 71,08 punti. Nei confronti degli atti gravati la ricorrente principale articola le seguenti censure:

1 – “Violazione e/o falsa applicazione art. 97 e art. 3 Cost. Violazione del principio della par condicio dei concorrenti ad una gara pubblica. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 76, commi 2, 3 e 4, d.lgs. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis della procedura di gara. Eccesso di potere per difetto di motivazione, travisamento dei fatti e carenza di istruttoria”. Si evidenzia come il materiale offerto dall’aggiudicataria per la realizzazione degli interventi stradali non è analogo né migliorativo rispetto a quello offerto dalla normativa di gara (perché in luogo di un asfalto contenente argilla espansa con curva granulometrica a celle chiuse, prescritto in gara, viene offerto un asfalto che contiene come legante il polverino in gomma e ha una curva granulometrica a celle aperte), con l’effetto che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa;

2 – “Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 76, commi 2 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto assoluto di motivazione”. Il capitolato speciale d’appalto prevedeva, con riferimento allo spessore dello strato bituminoso, che “lo spessore medio dello strato non deve essere inferiore a quello previsto in progetto, pari a 4,0 cm” mentre l’offerta dell’aggiudicataria parla espressamente di stesura di un tappeto di asfalto per uno spessore di 3 cm, per cui doveva essere esclusa, né la stazione appaltante motiva sulle ragioni di ammissione;

3 – “Violazione art. 97 Cost., violazione e/o falsa applicazione dell’art. 13 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell’art. 21 legge n. 241 del 1990”. Si contesta, alla luce delle norme invocate, il diniego opposto dalla stazione appaltante alla ostensione degli atti di gara, sul rilievo che non possa negarsi la sussistenza dell’interesse del partecipante alla gara a conoscere i relativi atti.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, il Comune di Borgo San Lorenzo, la Comunità Montana del Mugello e la società controinteressata, risultata

aggiudicataria della gara. Quest'ultima, oltre a contrastare le censure mosse dalla ricorrente principale, ha altresì proposto ricorso incidentale, sul rilievo che l'ammissione della ricorrente principale alla gara risulti illegittima e meritevole di annullamento, sulla base dei seguenti motivi:

I - "Illegittimità del provvedimento di ammissione della Società Italiana Costruzioni Stradali srl per violazione della lex specialis di gara, dell'art. 11, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 e del principio di unicità e univocità dell'offerta". Si evidenzia come la ditta ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara avendo presentato un'offerta alternativa vietata dalla normativa citata e dal disciplinare di gara;

II - "Illegittimità del provvedimento di ammissione della Società Italiana Costruzione Strade srl per violazione della lex specialis di gara, dell'art. 93 del d.lgs. n. 163 del 2006 e della par condicio tra i concorrenti". La ricorrente doveva essere esclusa dalla gara per non avere presentato un dettagliato piano di manutenzione.

Tutte le parti costituite hanno presentato memorie.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 9 novembre 2011, relatore il cons. Riccardo Giani, e sentiti i difensori comparsi come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio evidenzia, in primo luogo, come, anche a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale debba procedersi ad uno scrutinio preliminare del ricorso incidentale, ove diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla gara, com'è nella presente fattispecie, e ciò anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura e a prescindere dal

numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

Con il primo mezzo di ricorso incidentale, l'Impresa Rosi Leopoldo s.p.a. contesta l'ammissione alla gara della Società Italiana Costruzioni Strade s.r.l. (cioè della ricorrente principale) sul rilievo che la stessa avrebbe presentato un'offerta plurima, circostanza da sola idonea a determinarne l'esclusione dalla procedura.

La censura è fondata sulla base dei rilievi che seguono.

L'esame dell'offerta presentata dalla Società Italiana Costruzioni Strade srl (cfr. doc. 2 di cui al deposito della ricorrente incidentale del 27.09.2010) evidenzia quanto segue. La società indica in termini precisi quello che è il materiale che intende utilizzare per la realizzazione delle opere oggetto di gara, in particolare evidenziando l'utilizzo di un mix di conglomerato bituminoso composto di argilla espansa resistente tipo Leca, pietrisco di natura alluvionale, risetta e sabbia di natura alluvionale, bitume tipo modificato hard, oltre ad attivante l'adesione e fluidificante. Tuttavia, poi, la medesima società evidenzia che "in alternativa e a scelta della direzione dei lavori alle stesse condizioni economiche, proponiamo un conglomerato bituminoso con aggiunta di polverino di gomma tipo <wet> ottenuto con l'utilizzo di bitume modificato <Asphalt Rubber> prodotto dalla Bitem spa".

Negli scritti difensivi presentati a seguito della proposizione del ricorso incidentale, la Società Italiana Costruzioni Strade srl ha evidenziato di aver "presentato offerta tecnica congrua con le dettagliate specifiche tecniche imposte dal capitolato e dal progetto esecutivo (argilla espansa a celle chiuse tipo Leca); solo a discrezione della DL, se ritenuta equivalente, la SICS ha proposto diverso tipo di conglomerato bituminoso".

In disparte ogni valutazione di coerenza degli assunti difensivi spesi avverso il ricorso incidentale con quanto sostenuto in sede di prima censura avanzata in

ricorso principale – ove si evidenzia che il materiale offerto dall’aggiudicataria non sarebbe né analogo né migliorativo a quello prescritto dalla normativa di gara, e si trattava sempre di utilizzo di Asphalt Rubber – il Collegio evidenzia la fondatezza della prima censura articolata in ricorso incidentale, giacché la SICS srl viene in tal modo ad offrire un oggetto plurimo, la cui scelta è rimessa alla stessa stazione appaltante in sede di esecuzione della prestazione, non ammessa dalla normativa sugli appalti pubblici. Viene infatti in tal modo violato il disposto di cui all’art. 11, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 a mente del quale “ciascun concorrente non può presentare più di un’offerta” nonché la previsione del Disciplinare della presente gara laddove, a pena di esclusione, vieta la presentazione di offerte “espresse in modo indeterminato”, cioè senza un oggetto unico (cfr. doc. 7 di parte ricorrente sub lettera o)). La giurisprudenza in materia ha d’altra parte evidenziato come il principio di unicità dell’offerta – che impone ai partecipanti alle gare pubbliche di presentare un’unica offerta tecnica ed un’unica offerta economica – risponda da un lato all’esigenza di garantire un effettiva *par condicio* tra i concorrenti e garantire un confronto concorrenziale idoneo a far emergere la migliore offerta nella gara (TAR Lecce, sez. III, 27 ottobre 2011, n. 1857). Entrambe le evocate *rationes* risulterebbero violate dall’accoglimento delle tesi della ricorrente principale. Verrebbe violata la *par condicio* tra i concorrenti, consentendo alla ricorrente principale di offrire in gara, seppure in via alternativa, un materiale di costruzione che invece la stessa società contesta alla controinteressata, ritenendolo incompatibile con le prescrizioni di gara. Verrebbe frustrata l’esigenza di un confronto concorrenziale che faccia emergere la migliore offerta, laddove apre alla possibilità che in sede di esecuzione dell’opera si consenta l’utilizzo di un materiale diverso da quello offerto in via principale dal concorrente e sul quale la commissione esaminatrice ha proceduto alla formulazione del proprio positivo apprezzamento.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso incidentale risulta fondato e deve essere accolto, potendosi ritenere assorbita l'ulteriore censura proposta, il che rende inammissibile il ricorso principale. Le spese devono essere poste a carico del ricorrente principale e liquidate, come in dispositivo, a favore del ricorrente incidentale, mentre debbono essere compensate tra le altre parti del giudizio, atteso che gli enti pubblici non hanno rilevato in sede di gara l'avvenuta presentazione di offerta plurima.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

accoglie il ricorso incidentale;

dichiara inammissibile il ricorso principale;

condanna il ricorrente principale al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della Impresa Rosi Leopoldo srl, che liquida in € 4.000,00 oltre iva e cpa. Compensa le spese tra le altre parti del giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente FF

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2011

IL SEGRETARIO

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