



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2215 del 2011, proposto da:
Costruzioni Miotti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli, Stefano Bigolaro e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Immobiliare 3 A Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Mazzonetto, Donella Resta, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina N. 2;

Ater della Provincia di Vicenza;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I
n. 00144/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE

GARA APPALTO PER AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI
COSTRUZIONE DI TRE FABBRICATI NEL COMUNE DI
VALDAGNO;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Immobiliare 3 A Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Cons.

Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Manzi e Resta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto da Immobiliare 3 A SRL avverso gli atti relativi alla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di costruzione di 3 fabbricati con 36 alloggi nel Comune di Valdagno, procedura culminata nell'aggiudicazione in favore di Costruzioni Miotti s.p.a..

Il Tribunale ha posto a fondamento del *decisum* la considerazione relativa alla violazione, da parte dell'aggiudicataria, della clausola, del capitolato speciale che impediva l'indicazione, in seno all'offerta, delle ditte o dei marchi relativi ai prodotti utilizzati in sede di formulazione dell'offerta (*“a pena di esclusione la documentazione di cui sopra non dovrà identificare e/o riportare ditte e/o marchi, ma dovrà fare riferimento esclusivamente alle caratteristiche tecniche e prestazionali”*).

L'aggiudicataria appellante contesta gli argomenti posti a fondamento del decisum di prime cure,

Resiste la ricorrente originaria, che ripropone le censure dichiarate assorbite dal Primo Giudice.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive difese.

All'udienza del 22 novembre 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è fondato.

Reputa la Sezione che è prioritario il motivo di appello con cui si ripropone il motivo di ricorso incidentale teso contrastare a legittimità della clausola del bando di gara posto a fondamento dell'esclusione.

La Sezione reputa che la censura sia ammissibile, tempestiva e fondata.

Sul piano dell'ammissibilità, la circostanza che la parte ricorrente abbia eliminato dalla scheda tecnica presentata a corredo dell'offerta altri riferimenti a ditte/o marchi (segnatamente la Stifferite BB) denota soggezione ad una disciplina autoritativa che, di per sé, non comporta acquiescenza e, quindi, non pregiudica il diritto ad impugnare il bando al fine di difendere l'ammissione a fronte di successive contestazioni.

Il ricorso è altresì ricevibile in quanto viene in rilievo una clausola di bando non immediatamente escludente e, come tale, non soggetta all'onere dell'immediata impugnazione. Nel caso di specie, infatti, a fronte dell'ammissione alla procedura disposta dall'amministrazione,

la percezione dell'effettiva potenzialità lesiva della clausola e l'interesse alla relativa impugnazione si sono attualizzati solo a seguito della cognizione del ricorso giurisdizionale principale volto ad ottenere l'esclusione dalla procedura dell'odierna appellante proprio in virtù dell'applicazione di tale prescrizione della disciplina di gara.

Il ricorso altresì fondato.

Reputa, infatti, la Sezione che il divieto sancito dalla *lex specialis*, che non trova fondamento in alcuna prescrizione legale, sia espressione non ragionevole della discrezionalità che pure compete alla stazione appaltante in sede di fissazione delle regole della procedura.

L'esigenza, dedotta dalla sentenza appellata, di evitare condizionamenti del giudizio della commissione non risulta persuasiva in quanto non è dato vedere la ragione in forza della quale la mera conoscenza di marchi o prodotti di soggetti terzi rispetto alla procedura debbano produrre un condizionamento a carico della stazione appaltante. A fronte di detta eventualità congetturale assume, invece, un rilievo significativo, in direzione opposta, l'esigenza che la commissione di gara sia messa in condizione di conoscere ogni elemento utile ai fini della valutazione complessiva dell'offerta.

In definitiva, la menzione della ditta o del marchio ove sia corroborata dall'indicazione puntuale delle caratteristiche tecniche e prestazionali dei prodotti, rende possibile una piena conoscenza del contenuto delle offerte ai fini della relativa ottimale comparazione, e, quindi, non merita la sanzione dell'esclusione comminata dalla *lex specialis*.

Si deve soggiungere che la clausola in parola non trova idoneo sostegno nella disposizione di cui all'art. 68, comma 13, del codice dei contratti pubblici, norma che stabilisce che le specifiche tecniche confezionate dalla stazione appaltate non possono fare riferimento a marchi, brevetti, tipi, o altri dati che abbiano l'effetto di favorire od eliminare talune imprese o taluni prodotti. Detta disposizione, animata da una *ratio* pro-concorrenziale, pone, infatti, a carico dell'amministrazione un precetto finalizzato ad evitare la redazione di norme di gara di tipo distorsivo e preclusivo ma non incide sulla facoltà, per il concorrente, di fare riferimento a tali dati, trattandosi di condotta non lesiva della concorrenza e idonea a consentire, nei sensi prima rammentati, una piena conoscenza del contenuto dell'offerta tecnica e della sua idoneità a soddisfare l'interesse pubblico.

La clausola in esame non è, infine giustificabile in ragione dell'esigenza di evitare la riconoscibilità della paternità dell'offerta posto che detta conoscenza non è di per sé ricavabile dalla mera menzione di ditte o marchi e che, nel caso in esame, la *lex specialis* consentiva all'amministrazione la piena conoscenza della paternità delle offerte in quanto non aveva richiesto la segretezza delle stesse.

L'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado comporta la reiezione del motivo di ricorso di primo grado volto proprio a dedurre la violazione di detta prescrizione.

3. Si può ora passare all'esame dei motivi del ricorso di primo grado riproposti in appello.

Detti motivi sono inammissibili in quanto mirano ad un sindacato del

merito del giudizio tecnico espresso dalla Commissione sulle offerte tecniche.

In ogni caso dette doglianze, in disparte la questione la tempestività dedotta dall'appellante, sono infondate in ragione dei seguenti rilievi:

a) non è fondata la censura diretta a contestare l'attribuzione del punteggio relativo alla voce "risparmio energetico", posto che la Commissione ha valutato all'uopo, in modo ragionevole e non inficiato da profili di illogicità, l'insieme degli elementi tecnici all'uopo rilevanti;

b) è del pari espressione della discrezionalità tecnica della Commissione l'apprezzamento delle diverse caratteristiche tecniche e funzionali e degli impianti di condizionamento offerti dai concorrenti;

c) non sussistono del pari apprezzabili profili di sviamento nell'attribuzione del punteggio per l'impianto di riscaldamento a pannelli radianti con scaldasalviette elettriche indicato dal ricorrente originario.

4. Alla stregua delle considerazioni che precedono deve essere accolto l'appello in epigrafe specificato, con conseguente accoglimento del ricorso incidentale di prime cure e rigetto integrale del ricorso principale originario.

La particolarità della controversia giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe

proposto,

lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso incidentale proposto in primo grado da Costruzioni Miotti s.p.a. e respinge il ricorso principale di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/12/2011

IL SEGRETARIO

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