



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 3895 del 2011, proposto da:  
Edilgamma S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani e Saverio  
Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Studio Bdl in Roma, via  
Bocca di Leone, 78;

***contro***

Nicoli' S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e  
difesa dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo  
Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

***nei confronti di***

Comune di Matino;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI  
LECCE: SEZIONE III n. 00630/2011, resa tra le parti, concernente

## AFFIDAMENTO LAVORI PER INTERVENTI DI RESTAURO E RISTRUTTURAZIONE PALAZZO MARCHESALE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Nicoli' S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2011 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Pietro Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La Nicoli s.r.l., seconda classificata nella gara indetta dal Comune di Matino per l'affidamento di lavori di restauro e ristrutturazione del palazzo Marchesale con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato l'aggiudicazione alla ditta Edilgamma, chiedendo altresì il risarcimento del danno, per violazione della legge di gara, dei principi in materia di ostensione dell'offerta tecnica ed economica, dell'art. 64 del d.P.R. n. 554/99 e del principio di segretezza dell'offerta economica nonché per avere l'aggiudicatario inserito nella busta dell'offerta tecnica la propria offerta tempo e non avere allegato il cronoprogramma.

2. La Edilgamma ha proposto ricorso incidentale, deducendo la necessità di esclusione dell'offerta della ricorrente principale per avere questa presentato una relazione descrittiva di formato diverso e con

un numero di pagine di gran lunga superiore a quello prescritto dal disciplinare di gara.

3. Il T.a.r. ha respinto il ricorso incidentale a causa della mancanza di una espressa clausola di esclusione e di una formulazione della lex specialis non univoca ed ha accolto il ricorso principale considerando l'ostensione anticipata dei dati concernenti l'offerta tempo una violazione dei principi in materia di segretezza dell'offerta e della par condicio dei concorrenti ed un elemento perturbatore della valutazione della Commissione non escludibile attraverso una ricostruzione a posteriori.

4. Ha proposto appello la Edilgamma, contestando il rigetto del ricorso incidentale per avere la Nicoli, in violazione del principio di par condicio dei concorrenti, oltrepassato, a differenza di tutte le altre partecipanti, i limiti fissati dal disciplinare di gara per la presentazione dell'offerta progettuale sia quanto alla superficie degli elaborati progettuali (tavole progettuali corrispondenti a 20 formati AO in luogo di 1) sia quanto all'ampiezza della relazione tecnico- descrittiva che, oltre al numero di pagine prescritto (massimo 10 cartelle formato A4), presentava numerosi elaborati descrittivi comprensivi sia di elaborati grafici che di articoli e pubblicazioni scientifiche descrittive delle varianti migliorative.

Ha censurato, altresì, la sentenza di primo grado per non contenere la legge di gara alcun divieto di indicazione nell'offerta tecnica del dato temporale di riferimento, né alcuna comminatoria di esclusione a riguardo e per non essere comunque il punteggio attribuito all'offerta

tempo in alcun modo rilevante dato il considerevole scarto di punteggio attribuibile.

5. Si è costituita la Nicoli s.r.l., rilevando l'infondatezza del ricorso incidentale per l'assenza di una clausola di esclusione da riconnettersi alla non conformità del formato e del numero di pagine a quanto prescritto dal disciplinare e, comunque, l'equivocità della previsione, non schiarita dalla precisazione pubblicata sul sito web del Comune che, ove inteso nei sensi indicati dall'appellante, costituirebbe un'illegittima integrazione della legge di gara di cui non tenere conto. Ha, per il resto, insistito sulla inammissibilità dell'offerta della aggiudicataria a causa dell'ostensione anticipata dell'offerta tempo e della mancata allegazione del cronoprogramma, concludendo per il rigetto dell'appello.

6. L'istanza cautelare di sospensione è stata accolta con ordinanza n. 3005 del 12 luglio 2011.

7. All'udienza del 2 dicembre 2011, in vista della quale le parti hanno depositato memorie difensive, l'appello è stato trattenuto in decisione.

8. Con il primo motivo, parte appellante censura la sentenza di primo grado per avere erroneamente respinto il proprio ricorso incidentale nonostante la non conformità dell'offerta tecnica della ricorrente alle regole della gara , in violazione del principio di par condicio dei concorrenti.

9. Il motivo è fondato.

In base al disciplinare , i criteri stabiliti per l'aggiudicazione dell'appalto sono distinti in qualitativi discrezionali , per un totale di

60 punti (suddivisi in pregio tecnico max 25, caratteristiche funzionali max 20, gestione del cantiere max 15) e qualitativi vincolati, per un totale di 40 punti (suddivisi in offerta tempo punti 20 e offerta prezzo punti 20). E', inoltre, previsto che l'offerta tecnica contenga *“1. elaborati grafici, costituiti da una o più tavole illustrative per una superficie massima pari a 1 foglio formato A0, relativi alle eventuali proposte progettuali migliorative del progetto posto a base di gara; le proposte devono essere predisposte sulla base delle indicazioni e prescrizioni contenute nei documenti di progetto; 2. elaborati descrittivi, costituiti da una relazione tecnico descrittiva in formato A4 contenente un numero massimo di 10 cartelle, relativi alle eventuali proposte progettuali offerte dal concorrente migliorative del progetto poste a base di gara; le proposte devono essere predisposte sulla base delle indicazioni e prescrizioni contenute nei documenti di progetto; 3. altri elaborati ritenuti dal concorrente opportuni o necessari per illustrare le suddette proposte progettuali.”*

10. Per interpretare detta prescrizione occorre richiamare i piani principi secondo cui *“ le regole contenute nella lex specialis di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione..... Il rigore formale che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità, e per altro verso alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, da ciò scaturendo la conseguenza che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o bando di gara può ammettersi una interpretazione diversa da quella letterale (cfr. C.d.S., V, 2 agosto 2010, n. 5075) .Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle*

*procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, delle quali va preclusa qualsiasi esegesi non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato; parimenti, si devono reputare comunque preferibili, a tutela dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle previsioni da chiarire, evitando che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (C.d.S., IV, 05 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162). Nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto della P.A. deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione (C.d.S., V, 30 agosto 2005, n. 4413).”( Cons. St. Sez. V, 19.9.2011, n.5282).*

Seguendo, quindi, il criterio interpretativo del significato oggettivo della legge di gara, prevalente sull'intenzione soggettiva della stazione appaltante e non integrabile attraverso precisazioni postume, deve convenirsi con l'appellante che l'espressione “altri elaborati” non presenti equivocità e comportamenti che sotto tale voce, non sottoposta a limiti dimensionali, le imprese partecipanti non potessero presentare né elaborati grafici, né elaborati descrittivi contenenti proposte migliorative, rientrando questi (elaborati grafici ed elaborati descrittivi) esclusivamente nel novero dei documenti descritti ai punti 1 e 2, per i quali era prescritto un preciso formato ed un numero massimo (10) di cartelle.

11. Rispetto a tale inequivoca portata della disposizione, assume

carattere meramente esemplificativo la nota pubblicata dal Responsabile del settore sul sito web del Comune , in cui si afferma che per “altri elaborati” deve intendersi la *“documentazione tecnico-commerciale a corredo e dettaglio dei materiali e manufatti che si propongono eventualmente in variante (a titolo esemplificativo: depliant, caratteristiche tecniche, ecc.)”* , inidonea a modificare il contenuto oggettivo della disposizione del disciplinare per cui nessun ulteriore elaborato grafico o descrittivo contenente proposte migliorative poteva aggiungersi a quelli sottoposti al limite dimensionale.

12. Ciò premesso, deve ritenersi che gli elaborati presentati dalla ricorrente non abbiano rispettato le prescrizioni del disciplinare.

Invero, le proposte migliorative, che avrebbero dovuto essere contenute nella relazione tecnico – descrittiva limitata a dieci cartelle, sono state ampiamente integrate, in particolare, nelle “Schede esplicative e tecniche delle offerte migliorative”, elaborato composto da 79 pagine, contenente ulteriori e diffusi elementi tecnico-progettuali a completamento delle offerte migliorative contenute nella relazione (v. , per esempio, le “ulteriori garanzie offerte” in relazione al IV e V lotto). A tali schede sono state poi aggiunte (sub elab. 3) le “Schede tecniche di materiali e componenti offerti”, illustrative delle soluzioni progettuali migliorative e rispondenti alla prescrizione n. 3 del disciplinare.

Non vi è dubbio, ad avviso del Collegio, che gli elaborati descrittivi, che dovevano essere limitati ad una relazione di dieci cartelle, siano stati ampiamente integrati attraverso ulteriori elaborati tecnici con

superamento del limite imposto dal disciplinare.

13. Occorre, a questo punto, accertare se tale violazione dovesse essere sanzionata con l'esclusione anche in caso di assenza di una espressa clausola escludente.

In applicazione del generale principio per cui, nelle procedure di affidamento di appalti pubblici, l'inosservanza di una determinata prescrizione del bando o del disciplinare circa le modalità di presentazione dell'offerta implica l'esclusione qualora si tratti di clausole rispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione appaltante o poste a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti (Cons. St. Sez. V, 5.9.2011, n. 4981; 6.5.2011, n. 2725), il Collegio ritiene rilevante il superamento del prescritto limite dimensionale degli elaborati inerenti alle proposte migliorative sotto il profilo della violazione dell'imparzialità e della *par condicio*.

Invero, la prescrizione contenuta nel disciplinare, oltre che essere preordinata all'esigenza di speditezza e di contrasto al carattere ostruzionistico dell'offerta migliorativa, contrario al buon andamento dei lavori della Commissione, detta una regola di presentazione di proposte migliorative da parte delle imprese concorrenti, improntata alla sinteticità della rappresentazione delle caratteristiche dell'offerta e degli elementi ad essa riconducibili, che doveva essere applicata a tutte le concorrenti in quanto certamente in grado di influire sul giudizio discrezionale della Commissione. Pertanto, dall'applicazione dei principi di correttezza, parità di trattamento, e non discriminazione non può che conseguire l'esclusione di quelle offerte

che, in violazione della legge di gara, non si siano attenute alla regola imposta.

14. La fondatezza del primo motivo di appello comporta l'annullamento della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado. Dall'accoglimento del ricorso incidentale, avente priorità logica ed effetto paralizzante rispetto a quello principale (Cons. St. Ad. Pl. 7.4.2011, n.4), discende la dichiarazione di improcedibilità di quest'ultimo per difetto sopravvenuto di legittimazione.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed annulla la sentenza di primo grado; per l'effetto, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile 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 2 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2012

IL SEGRETARIO

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