

N. 02445/2012REG.PROV.COLL.
N. 04109/2011 REG.RIC.
N. 04205/2011 REG.RIC.



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 4109 del 2011, proposto da:
Provincia di Bari, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, con
domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Loiodice &
Partners in Roma, via Ombrone, 12;

contro

D'Oria Giuseppe & Co. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi
Paccione, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma,
via Cosseria, 2;

nei confronti di

ATI Costrade Srl;

Pagone Srl;

sul ricorso numero di registro generale 4205 del 2011, proposto da:

ATI Costrade S.r.l. (Capogruppo Mandataria) - Pagone Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Michelangelo Pinto e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Loiodice & Partners in Roma, via Ombrone, 12/B;

contro

D'Oria Giuseppe & Co.Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Provincia di Bari;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4109 del 2011 e quanto al ricorso n. 4205 del 2011:

della sentenza del TAR Puglia - Bari: Sezione I n. 00516/2011, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DALLA GARA PER AFFIDAMENTO LAVORI PER COSTRUZIONE DIRAMAZIONE STRADA PROVINCIALE.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di D'Oria Giuseppe & Co. S.r.l. e di D'Oria Giuseppe & Co. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Ignazio

Lagrotta, per delega dell'Avvocato Aldo Loiodice, Luigi Paccione e Isabella Loiodice;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. I, con la sentenza n. 516 del 29 marzo 2011, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'odierna appellata D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l., per l'annullamento della determinazione dirigenziale della Provincia di Bari, Servizio Viabilità e Trasporti, n. 30 del 16 giugno 2010, recante aggiudicazione definitiva dell'appalto SP 231 - ex S.S. 98 "Andriese - Coratina", costruzione delle "diramazioni" dalla SP 231 al km 1+450, verso la SP 54 "Modugno - Palese" e la S.S. 96, del sottostante verbale di aggiudicazione provvisoria n. 20/30 Rep. del 1° giugno 2010, del provvedimento di esclusione della ricorrente di cui al suddetto verbale di aggiudicazione provvisoria, della nota dirigenziale della Provincia di Bari, Servizio Viabilità e Trasporti, prot. n. 7676 del 21 giugno 2010 recante comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva, della determinazione del Responsabile del Servizio Viabilità n. 247 dell'11 dicembre 2009 recante nomina della Commissione di gara; infine, con i motivi aggiunti depositato in data 11.11.2010, per l'annullamento, della determinazione dirigenziale della Provincia di Bari, Servizio Viabilità e Trasporti n. 63 del 4 agosto 2010, comunicata alla ricorrente con nota prot. 10112 del 10.9.2010, recante conferma dell'esclusione della stessa ricorrente dalla gara per l'appalto dei lavori di costruzione

«Diramazioni dalla SP 231 al km 1+450, verso la SP 54 Modugno - Palese e la S.S. 96 e del verbale redatto dalla Commissione di gara in data 27 luglio 2010.

Il TAR fondava la sua decisione ritenendo fondate le censure in ordine alle modalità di costituzione della Commissione di gara per violazione della disposizione di cui all'art. 84, comma 4 d.lgs n. 163/2006, in base al principio, desunto dalla pronuncia del Consiglio di Stato 23 settembre 2008, n. 4613 (che, tuttavia, riguarda appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), della necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indipendenza dei componenti della stessa, anche se il criterio di aggiudicazione relativamente alla gara in questione è quello del prezzo più basso, ove venga in rilievo una valutazione della Commissione di gara, costituente tipica espressione di discrezionalità tecnica (nella specie, la valutazione in ordine alla anomalia della offerta della ricorrente).

In specifico, rileva il TAR, l'ing. Onofrio Tragni (componente della Commissione) è stato progettista dell'opera oggetto dell'appalto, mentre i geometri Nicola Del Grosso e Leonardo Calamita (anch'essi componenti della Commissione) hanno collaborato alla progettazione della stessa opera. Inoltre, questi tre componenti della Commissione sono anche incaricati di seguire l'esecuzione dell'opera assumendone la direzione lavori.

Veniva proposto anche l'appello RG n. 4205-11, presentato dalla

controinteressata in primo grado contro la medesima sentenza.

Gli appellanti contestavano la sentenza del TAR chiedendo l'accoglimento dei rispettivi atti d'appello.

Si costituiva la parte appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 14 febbraio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Previamente deve essere riunito l'appello RG n. 4205-11, presentato dalla controinteressata in primo grado, al presente appello, ai sensi dell'art. 96, comma 1, C.P.A.

Ritiene il Collegio che entrambi gli appelli siano fondati.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello, atteso che la pretesa nullità della notifica del medesimo si fonda su una previsione normativa (art. 53, comma 2, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, come modificato dall'art. 3-bis, comma 7, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 2 dicembre 2005, n. 248) chiaramente non applicabile al giudizio amministrativo.

In punto di fatto deve essere premesso e chiarito che la Provincia di Bari, con bando del 16.11.2009, aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione delle "diramazioni dalla SP. 231 al Km 1+450, verso la SP. Modugno-Palese e la S. S. 96", il cui criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. d) del D.Lgs. n. 163-06, e nella quale la

società D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l., ricorrente in primo grado, aveva offerto un ribasso del 49,250% sull'importo a base d'asta.

All'esito della procedura di comparazione delle offerte, con nota prot n. 161031V dell'11.12.2009 del Servizio Viabilità della Provincia di Bari, l'impresa D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l. veniva invitata a produrre giustificazioni per la propria offerta, reputata anomala.

Venivano depositate le giustificazioni richieste le quali, tuttavia, come segnalato all'impresa con nota del 15.01.2010, erano giudicate insoddisfacenti; la stazione appaltante, con nota del 16.03.2010, comunicava che, anche a seguito della presentazione delle precisazioni, l'offerta veniva ritenuta "anormalmente bassa e nel suo complesso inaffidabile" e convocava l'impresa al fine di concederle la possibilità di fornire personalmente elementi di chiarimento; anche dopo l'audizione, la Stazione Appaltante, tuttavia, confermava la propria valutazione di non affidabilità dell'offerta.

Il ricorso di primo grado ha sostenuto che la Stazione Appaltante avrebbe violato l'art. 84, comma 4 del D. Lgs. n. 163/2006, che stabilisce talune prescrizioni cautelative in merito alle modalità di composizione della Commissione di gara; tale censura, tuttavia, riguarda espressamente e limitatamente la commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la gara in esame, invece, come detto, è stata espletata secondo il criterio dell'offerta più bassa, rendendo così inapplicabile tale regola di incompatibilità, per evidente non riconducibilità della

situazione di fatto al paradigma normativo astratto.

Regola che, comunque, anche a volerla desumere dai principi informativi del sistema amministrativo, non potrebbe estendersi a collegi non aventi poteri decisori e non espletanti attività decisionali definitive, atteso che la Commissione di cui si lamenta il conflitto di interessi e l'incompatibilità è solo un collegio tecnico-istruttorio, nominato dal Dirigente, quale ausilio all'attività di valutazione dell'anomalia dell'offerta, comunque ad esso spettante (e non al collegio).

Estendere eccessivamente le regole di incompatibilità al caso di specie significa interpretare il sistema normativo in modo non equilibrato ed armonico, poiché a fronte dell'esigenza, pur apprezzabile, che qualsiasi intervento da parte dei funzionari nella procedura di gara non soffra di alcun pregiudizio derivante dall'avervi comunque avuto a che fare nelle precedenti fasi, si fronteggia l'interesse dell'Amministrazione a non vedersi costretta ad una difficile opera di selezione di sempre maggior personale per occuparsi degli affari correnti, in ossequio al principio di semplificazione, non aggravamento ed efficienza che pure contraddistinguono e devono contraddistinguere l'agire delle P.A., in un delicato e dinamico bilanciamento con i principi sopra evidenziati. Peraltro, l'art. 121, comma 4, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce ora espressamente, a conferma della

correttezza dell'operato procedurale dell'Amministrazione nel caso di specie, che il responsabile del procedimento si avvale degli uffici o degli organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita.

Aggiunge detta norma che, qualora lo ritenga necessario, può richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che la stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte e che, ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

Il citato art. 121 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 aggiunge, al comma 5, che la specifica commissione di cui al comma 4 è nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

Come si vede, nella composizione di detta commissione non viene fatto riferimento alcuno ad eventuali incompatibilità, né viene richiamato l'art. 84, comma 4, del Codice.

Il successivo comma 6, infatti, stabilisce soltanto che nella nomina si procede secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del Codice, norma del tutto diversa dall'invocato art. 84, comma 4.

L'appello, per quanto detto deve essere accolto.

Così come deve, di conseguenza essere rigettato il ricorso di primo grado.

Nella memoria di costituzione dell'appellata, depositata in data 7 giugno 2011, sono stati riproposti i motivi di ricorso avverso gli atti impugnati rimasti assorbiti dalla pronuncia di prime cure.

Tuttavia, tali ulteriori motivi di ricorso sono da ritenersi infondati.

In primo luogo l'impresa ricorrente in primo grado lamenta la sussistenza di un ulteriore conflitto d'interessi per il fatto che l'ing. Nicola Anaclerio, quale Dirigente del Settore Viabilità (sette preposto alla gara di appalto in esame) abbia svolto anche le funzioni di Presidente della commissione di gara, oltre a quelle di RUP.

Tuttavia, la giurisprudenza della Sezione (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 22 giugno 2010, n. 3890 e 12 giugno 2009 n. 3716) ha già messo in evidenza che, ai sensi dell'art. 107 D. Lgs. n. 267-00, tra le attribuzioni dirigenziali, figura espressamente anche quella di assumere la presidenza delle commissioni di gara.

L'ampliamento della sfera di responsabilità, facenti capo al dirigente, delineatosi a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, infatti, ha rafforzato l'esigenza che il medesimo dirigente sia posto in grado di seguire, in prima persona, le procedure dei cui esiti è

responsabile.

Così come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente deve ritenersi nel caso di un dirigente dell'ente locale che ha svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento al quale sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara.

Con un ulteriore motivo di ricorso in primo grado si contesta che il bando non prevedesse la nomina di una commissione e che, comunque, il dirigente (presidente del seggio di gara) avrebbe preso, senza un deliberato della commissione, l'iniziativa di chiedere alla soc. ricorrente in primo grado giustificazioni sull'offerta anomala da essa presentata, nonché di chiedere ulteriori precisazioni sulle giustificazioni presentate ed infine di convocarla successivamente in audizione dinanzi alla commissione.

Il Collegio osserva che il potere di nominare una commissione con funzioni di carattere istruttorio, trattandosi di gara aggiudicata secondo il criterio del massimo ribasso, rientra nei poteri del dirigente responsabile del settore e che la decisione di chiedere giustificazioni in merito alla propria offerta anormalmente bassa da parte del Presidente deriva proprio dal fatto che tale Commissione ha compiti soltanto istruttori e non deliberativi; peraltro, la stessa Commissione aveva evidenziato tale necessità nel corpo del verbale della seduta n. 1 dell'11.12.2009 (cfr. doc. n. 3 appellante, recante

copia di tutti i verbali di gara).

Identicamente, la decisione di convocare l'impresa in audizione dinanzi alla commissione è stata prefigurata dalla stessa commissione nella seduta n. 14 dell'8 marzo 2010, in cui la commissione, collegialmente, ha predisposto e riportato a verbale anche il testo della nota da inviare all'impresa.

Anche la censura circa la violazione dell'art. 84, comma 10, D. Lgs. n. 163-06, è infondata; la situazione per cui la commissione in oggetto sarebbe stata nominata e si sarebbe costituita lo stesso giorno nel quale scadeva il termine per la presentazione delle offerte è assolutamente inconferente rispetto a quanto disposto dalla surrichiamata norma, non riguardando essa il collegio tecnico di supporto nominato per valutare l'anomalia dell'offerta.

Tale disposizione, infatti, concernendo gli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può trovare alcuna applicazione nella procedura de qua che è regolata interamente secondo il criterio dell'offerta più bassa.

Le ulteriori doglianze, volte a contestare il giudizio della commissione in ordine alla non congruità delle giustificazioni e delle successive precisazioni addotte dall'impresa a fronte dell'offerta anormalmente bassa da essa presentata, sono da ritenersi inammissibili.

Nel caso di specie, infatti, le valutazioni si sottraggono a tutte le censure proposte a mezzo del ricorso per motivi aggiunti di primo

grado e in sede di appello riproposto, non ravvisandosi profili tali di macroscopica erroneità e di evidente incongruenza, in presenza della correttezza metodologica seguita dalla stazione appaltante e delle conclusioni, formulate, circa l'analisi sia dei singoli prezzi e del loro valore ponderale, in rapporto alle lavorazioni previste in progetto, sia del prezzo complessivamente offerto.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, gli appelli devono essere accolti e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado.

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso e i motivi aggiunti in primo grado.

Compensa, tra le parti, le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2012

IL SEGRETARIO

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