



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1546 del 2013, proposto da Camedil Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Liberta' n. 171,

contro

-il Comune di Castronovo di Sicilia, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio,

nei confronti di

Ati Franzone Srl - Micover Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Augusto Candia e Francesco Carita', con domicilio eletto presso l'avv. Vito Augusto Candia in Palermo, via L. Pirandello 2. 2; Urania Costruzioni Srl e Scibetta Costruzioni Srl, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 93 della giunta comunale del 19.6.2013 con la quale il Comune di Castronovo di Sicilia ha approvato i verbali di gara e aggiudicato definitivamente l'appalto relativo ai lavori di consolidamento di zone a difesa del centro abitato e interventi sul costone roccioso a monte delle C.de S. Marco- Batia- S. Vitale - Piedimonte", all'ati Franzone s.r.l.- Micover s.r.l.;

- della medesima deliberazione nella parte in cui e stata disposta l'ammissione alla gara dell'ati Franzone s.r.l.- Micover s.r.l. e dell'ati Urania costruzioni srl - Scibetta costruzioni srl;

- dei verbali di gara n. 1 del 28 gennaio, n. 2 del 4 febbraio, n. 3 dell's febbraio, n. 4 del 19 febbraio, n. 5 del 21 febbraio, n. 6 del 7 marzo, n. 8 del 2 marzo, n. 9 del 27 marzo, n. 10 del 6 maggio e n. 11 del 30 maggio 2013;

- nonchè degli atti tutti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ati Franzone Srl - di Micover Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'ati controniteressata;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza collegiale n. 643 del 22 ottobre 2013;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2013 il Presidente dott. Nicolo' Monteleone e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con il ricorso in esame, ritualmente notificato e depositato, l'impresa Camedil Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI tra la stessa e l'impresa CO.E.PE. s.r.l., ha impugnato gli atti in epigrafe indicati, concernenti l'appalto (con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) dei lavori di consolidamento di zone a difesa del centro abitato di Castronovo di Sicilia (per l'importo complessivo di € 1.576.299,90).

La ricorrente (terza in graduatoria) ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensiva e col favore delle spese, deducendo i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. III.1.1. del bando di gara in relazione all'art. 75, comma 5, del D.lgs. n. 163/2006.

L'ATI Franzone – Micover (aggiudicataria dei lavori) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto ha presentato quale cauzione provvisoria una scheda tecnica emessa il 7 settembre 2012 (con decorrenza 17 settembre 2012) e, quindi, con una durata di appena 156 giorni anziché di 180 giorni alla data (11 ottobre 2012) di presentazione dell'offerta.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 4.A.h) del disciplinare di gara e della lettera j) delle avvertenze in relazione all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006.

L'ATI Franzone avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere reso idoneamente la dichiarazione prescritta dall'art. 4.A.h) del disciplinare.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 76 del D.lgs. n. 163/2006 e della *lex specialis* di gara.

L'ATI Franzone avrebbe dovuto essere esclusa anche perché il progetto dalla stessa proposto non aveva i requisiti di migliororia tecnica, che ne hanno comportato l'attribuzione del punteggio massimo.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. III.1.1. del bando di gara in relazione all'art. 75, comma, 5 del D.lgs. n. 163/2006.

L'ATI Urania (seconda in graduatoria) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto ha prodotto una cauzione provvisoria con decorrenza 17 settembre 2012 e, quindi, con una durata di appena 156 giorni, inferiore ai 180 giorni previsti dal bando e dalla normativa di settore.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. III.2.3. del bando di gara in relazione all'art. 40, comma 3 lett. A), del D.lgs. n. 163/2006 e all'art. 63, comma 3, del D.P.R. n. 207/2010.

L'ATI Urania avrebbe dovuto essere esclusa per avere presentato (la capogruppo Urania) un attestato SOA scaduto il 22 ottobre 2011 e non rinnovato dopo il 4 dicembre 2012.

6) Violazione e falsa applicazione dell'art. II.2.1 e III.2.3 lett. A) del bando di gara.

La Commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'ATI Urania, avendo la capogruppo perso il requisito di partecipazione (categoria OS21) già dal 10 dicembre 2012.

2.-La controinteressata ATI Franzone – Micover, costituitasi in giudizio, ha prodotto memorie difensive eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, contestandone, nel merito la fondatezza e chiedendone il rigetto; vinte le spese. Ha, altresì, proposto *ricorso incidentale*, sostenendo che la ricorrente principale Camedil Costruzioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per i seguenti motivi:

1) Violazione e mancata applicazione degli artt. 19, 38 e 47 del D.P.R. n. 44572000, in relazione al disposto di cui alla lettera K della avvertenze del disciplinare di gara – eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Sia la Camedil che la CO.E.PE. hanno chiesto di partecipare alla gara, rispettivamente, come capogruppo e

mandante di una associazione temporanea, senza individuare la stessa.

2) Violazione e mancata applicazione degli artt. 19, 38 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, in relazione al disposto di cui alla lettera K della avvertenze del disciplinare di gara – eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La Camedil e la CO.E.PE. non hanno allegato la fotocopia del documento di identità alle dichiarazioni di conformità all'originale delle copie dell'attestazione SOA, della certificazione UNI EN ISO 9001 e del certificato generale del casellario giudiziale.

3) Violazione e falsa applicazione del punto 4.A.C del disciplinare di gara in relazione al disposto delle lettere c) e j) delle avvertenze – violazione dell'art. 38, lett.c), del D.lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Il direttore tecnico della CO.E.PE. ha dichiarato di avere riportato condanna penale per il reato di cui all'art. 256, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006.

4) Violazione e falsa applicazione del punto 4.A.C del disciplinare di gara in relazione al disposto delle lettere j) ed l) delle avvertenze – violazione dell'art. 38, lett.c), del D.lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Il socio di maggioranza della CO.E.PE. ha riportato condanna penale con sentenza 14 febbraio 1969 della Pretura di Misilmeri.

5) Violazione e mancata applicazione dell'art. 76 del D.lgs. n. 163/2006, in relazione con il punto II.1.9) del bando di gara e con il disciplinare di gara - eccesso di potere per difetto di istruttoria.

L'offerta tecnica presentata dall'ATI Camedil non sarebbe conforme alle richiamate disposizioni per ciò che attiene alla "barriera paramassi", al "consolidamento attivo di versante costituito da rete", alla "resistenza e dimensione della rete costituente il consolidamento attivo diffuso".

3.-Il Comune di Castronovo di Sicilia e le intime Impresa Costruzioni s.r.l. e Impresa Scibetta s.r.l. non si sono costituiti in giudizio.

Con due memorie nei termini, l'impresa ricorrente, nel replicare alle deduzioni della controinteressata, ha ulteriormente illustrato quanto dedotto nell'atto introduttivo del giudizio.

Con ordinanza n. 643 del 22 ottobre 2013, è stata fissata per la discussione del ricorso nel merito l'udienza pubblica del 17 dicembre 2013, nella quale i difensori delle parti hanno insistito nelle rispettive tesi.

DIRITTO

Premesso che nei giudizi aventi ad oggetto controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture la sentenza, ai sensi dell'art. 120, comma 10, del codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010), va redatta, ordinariamente, "in forma semplificata", ritiene il Collegio che il *ricorso principale* debba essere esaminato prioritariamente poiché, come ha avuto recentemente occasione di affermare questa Sezione (v. sentenze 11 novembre 2013, n. 2069 e 16 dicembre 2013, n. 2469), soltanto in caso di accoglimento dello stesso si radica l'interesse alla decisione del ricorso incidentale.

Il ricorso è infondato, per cui si può prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dello stesso, sollevata dalla resistente società Franzone.

Il primo motivo d'impugnazione (violazione e falsa applicazione dell'art. III.1.1. del bando di gara in relazione all'art. 75, comma 5, del D.lgs. n. 163/2006) è infondato, in quanto da un attento esame della polizza fidejussoria (prodotta nella sua completezza dalla resistente ATI Franzone – Micover) risulta incontrovertibilmente che "l'efficacia della garanzia, come riportato nella Scheda Tecnica: a) decorre dalla data di presentazione dell'offerta; b) ha validità di almeno 180 giorni a partire dalla data suindicata; c) cessa automaticamente qualora il Contraente non risulti aggiudicatario o secondo in graduatoria della gara".

Orbene, poichè nel caso di specie, con determinazione del Comune di Castronovo di Sicilia n. 615/2012 del 17 settembre 2012 (in atti), il termine ultimo per la presentazione delle offerte (inizialmente fissato al 17 settembre 2012; e ciò giustifica l'indicazione nella polizza di formale decorrenza) è stato prorogato al 12 ottobre 2012, appare evidente come, ai fini della validità della garanzia per 180 giorni), dovesse prendersi in considerazione quest'ultimo termine, in conformità alla specifica previsione del bando di gara (art. III.1.1) che, richiamando le modalità di cui all'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, prescrive che la garanzia deve avere "validità per almeno pari a alla validità dell'offerta (giorni 180)".

Per quanto conceme l'identificazione della nozione di "presentazione dell'offerta", è stato condivisibilmente affermato che deve farsi riferimento alla data di scadenza del termine (identico per tutti i concorrenti) a tal fine previsto dal bando, essendo "evidente che un impegno fideiussorio anticipato ad un'epoca in cui l'offerta è formulata non svolgerebbe alcuna utile funzione, aggravando, semmai, i costi economici sopportati dall'impresa" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6211).

Peraltro, l'ATI Franzone, in base alla predetta determinazione n. 615/2012, ha ripresentato la propria offerta in data 11 ottobre 2012, per cui deve ritenersi rispettato il predetto termine di validità previsto dal bando, che, comunque, sanziona con l'esclusione dalla gara soltanto la "mancata presentazione" della cauzione provvisoria, prevedendo piuttosto una "appendice di proroga" della stessa validità qualora la procedura di gara dovesse avere durata superiore a 180 giorni.

Va, poi, considerato che il citato art. 75, nel prescrivere l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario, non prevede alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l'8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario; garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

Pertanto, anche a volere seguire la tesi della società ricorrente che, ancorandosi ad aspetti del tutto formali, prende in considerazione – ai fini della validità della cauzione provvisoria presentata dall'impresa Franzoni - la data (17 settembre 2012) originariamente prevista per la presentazione delle offerte, ritiene il Collegio che, nel particolare caso di specie, il Comune non potesse esimersi, anche in applicazione dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti (come modificato dall'art. 4, comma II lett. d) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70) che prevede la tassatività delle cause di esclusione, dal richiedere la regolarizzazione della polizza (in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493; 4 ottobre 2012, n. 5203).

Parimenti infondato è il secondo motivo di gravame (violazione e falsa applicazione dell'art. 4.A.h) del disciplinare di gara e della lettera j) delle avvertenze in relazione all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006), in quanto sia la capogruppo Franzone che l'associata Micover, per rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 4 del disciplinare di gara e della lettera (e cioè "di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo. 163/2006, lettere a), b), c), d), e),f), g), h), i), l), m), m-bis) ed m-quater"), si sono avvalse dell' "allegato A punto 4" (ivi espressamente richiamato), contenente il "modello di domanda e dichiarazioni".

Ora, premesso che, nella sostanza, il contenuto della specifica dichiarazione di cui all'art. 4.A.h del disciplinare ("nei propri confronti non risulta alcuna iscrizione nel casellario informatico...per presentazione di *falsa dichiarazione o di falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti*") di poco si discosta da quanto previsto al punto 4.A.h del "modello" predisposto dalla stazione appaltante ("non avere reso *false dichiarazioni, nell'anno precedente la data*

di pubblicazione del bando di gara, in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti”), osserva il Collegio, in conformità al prevalente indirizzo giurisprudenziale, che non può essere escluso un concorrente che abbia reso una dichiarazione (concernente l'assenza di una specifica causa di esclusione di cui all'art. 38 Codice dei contratti) del tutto conforme a quella risultante dal modulo predisposto dall'Amministrazione (che faceva supporre la sua piena completezza rispetto alle dichiarazioni da rendersi ai sensi della legge di gara), ancorchè abbia omissso (o sia incorso in una lieve difformità, come nel caso di specie) uno specifico punto della dichiarazione, vertendosi in ipotesi di clausole della *lex specialis* contraddittorie, equivoche ed ambigue, tali da ingenerare l'errore in cui può cadere il concorrente.

Ne deriva che, “a fronte di tale omissione, la stazione appaltante al più avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione della documentazione di gara nel senso di integrare la dichiarazione incompleta risultante dal modulo predisposto (e ciò in applicazione dei principi in materia di favor participationis e di tutela dell'affidamento), ma in ogni caso non avrebbe potuto procedere all'esclusione” (cfr., fra le più recenti, T.A.R. Sicilia – Catania, sez. IV, 5 aprile 2013, n. 988; T.A.R. Sardegna, sez. I, 16 ottobre 2013, n. 644; T.A.R. Lazio, sez. III, 27 novembre 2013, n. 10149). L'utilizzazione di detto modulo, cui le imprese partecipanti erano inviate anche al fine di evitare esclusioni di natura formale, non può, infatti, ritorcersi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sull'eshaustività di quel modulo e si sono limitati alla sua puntuale compilazione (in tal senso, T.A.R. Lazio – Latina, 19 novembre 2010, n. 1902; T.A.R. Liguria, sez. II, 11 gennaio 2013, n. 69; T.A.R. Trentino-Alto Adige 17 aprile 2013, n. 123).

Con il terzo motivo d'impugnazione (violazione e falsa applicazione dell'art. 76 del D.lgs. n. 163/2006 e della *lex specialis* di gara), la ricorrente impresa Camedil Costruzioni sostiene (allegando apposita perizia tecnica) che L'ATI Franzone – Micover (aggiudicataria dell'appalto in questione) avrebbe dovuto essere esclusa perché il progetto dalla stessa proposto non ha i requisiti di migliororia tecnica, che ne hanno comportato l'attribuzione del punteggio massimo (30 punti).

La doglianza non può essere condivisa.

Premesso che la *ratio* della normativa comunitaria, tradottasi nell'art. 76 del D.lgs. n. 163/2996, che - nelle gare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - consente la presentazione di varianti, riposa sulla circostanza che la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6500; T.A.R. Lazio, sez. II, 17 aprile 2013, n. 3869), va osservato che l'ammissione di un'offerta in variante costituisce una valutazione afferente a criteri di discrezionalità tecnica, per cui, in considerazione degli ampi margini di discrezionalità che connotano le valutazioni della stazione appaltante, il sindacato giurisdizionale in materia deve essere circoscritto ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza delle scelte compiute dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 285; T.A.R. Liguria, sez. II, 21 febbraio 2013, n. 351).

Orbene, nel caso in esame non ricorrono tali ipotesi, dal momento che alle censure dedotte dall'impresa ricorrente l'aggiudicataria risponde, a sua volta, con una propria perizia tecnica giurata (in atti), nella quale, in particolare, si precisa che

-“il ricorrente ha errato sul tipo di rete preso a base del proprio ricorso, infatti le caratteristiche tecniche della rete, per il consolidamento diffuso del versante, proposta dell'ATI Franzone-Micover non sono quelle di cui alla citata scheda “TDS_STEELLGRID_HR-PVC_rev1” ma bensì quelle della scheda tecnica “MAC.RO.SYSTEM-STEELLGRID HR”, che si allega alla presente, fornita dalle “OFFICINE MACCAFERRI S.p.A....azienda

produttrice delle rete offerta dall'ATI Franzone-Micover, così come riportato nell'ultimo rigo della pagina 1, dell'offerta tecnica e qualitativa proposta dall'ATI Franzone srl – Micover srl”;

- dalla scheda tecnica prodotta dalle Officine Maccaferri, così come riportata nella terzultima riga della tabella di pag. 4 dell'offerta tecnica e qualitativa proposta dall'ATI Franzone srl – Micover srl si può evincere chiaramente che la resistenza a trazione longitudinale per metro lineare di rete tipo STEELLGRID HR30 è di 170 KN/ml superiore a quella di progetto posto a base di gara, pari a 150 KN/ml”.

Non essendo state contestate le predette conclusioni nei pur diligenti scritti difensivi dell'impresa ricorrente, il Collegio non può che prenderne atto e disattendere, quindi, il motivo in esame, in applicazione dell'art. 64 del codice del processo amministrativo.

Risultando, sulla base di quanto sopra esposto, legittima l'ammissione dell'ATI Franzone – Micover, ed essendo l'interesse dell'impresa ricorrente esplicitamente ancorato all'esclusione dalla gara di entrambe le ATI Franzone – Micover e Urania – Scibetta, appare evidente come non sia necessario esaminare le censure rivolte all'ammissione di quest'ultima ATI, dato che dal loro eventuale accoglimento nessun favorevole risultato potrebbe conseguire la ricorrente medesima.

Il ricorso principale va, quindi, respinto, con conseguente declaratoria di improcedibilità del *ricorso incidentale*, stante la sua natura accessoria rispetto al primo.

Le spese di giudizio seguono, come di regola (art. 26 cod. proc. amm.), la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

-respinge il ricorso principale;

-dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

-condanna l'impresa ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in favore della resistente ATI Franzone – Micover in complessivi € 3.000,00 (euro temila/00), oltre oneri accessori come per legge. Nulla nei confronti delle parti non costituite;

-ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 17 dicembre 2013, con l'intervento dei signori magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente, Estensore

Pier Luigi Tomaiuoli, Primo Referendario

Anna Pignataro, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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