



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 4354 del 2014, proposto da L.F.M. Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Silvio Dodaro, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Michele Lisi, in qualità di titolare della ditta omonima, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Rellava, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, viale Mazzini n. 142, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

nei confronti di

Ministero della difesa, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei

Portoghesi n.12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sezione prima, n. 712 del 10 marzo 2014, redatta in forma semplificata, resa tra le parti e concernente l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e adeguamento della palazzina infermeria presso Maricentro di Taranto

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della difesa e di Lisi Michele;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2014 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Rizzo (su delega di Dodaro), Rellea e l'avvocato dello Stato Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 4354 del 2014, L.F.M. Impianti s.r.l. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sezione prima, n. 712 del 10 marzo 2014, redatta in forma semplificata, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Michele Lisi, in qualità di titolare della ditta omonima, contro il Ministero della difesa e la stessa

appellante quale controinteressata per l'annullamento del processo verbale n. 155 del 24/10/2013, del verbale di gara n. 158 relativo ai lavori del 28/10/2013 - 29/10/2013 e 30/10/2013, della comunicazione senza numero e data pubblicata sul sito www.marina.difesa.it con la quale si dava atto che il giorno 28/10/2013 il seggio di gara si sarebbe riunito per un ulteriore controllo della documentazione amministrativa; della comunicazione senza numero e data pubblicata sul sito www.marina.difesa.it con la quale si comunicava l'aggiudicazione provvisoria alla L.F.M. Impianti s.r.l. nonché dell'allegata graduatoria; nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso.

Dinanzi al giudice di prime cure venivano impugnati gli epigrafati atti relativi alla procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di ristrutturazione e adeguamento della Palazzina Infermeria presso Maricentro di Taranto.

Questi i motivi a sostegno del ricorso:

I. Violazione di legge – violazione dell'art.2700 c.c. e dell'art.2729 c.c. – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – difetto di istruttoria e di motivazione.

II. Violazione di legge – violazione per errata applicazione dell'art.48 del d.lgs. 163/2006 – violazione dell'art.11 del disciplinare di gara – eccesso di potere per difetto di istruttoria e illogicità manifesta – violazione dei principi di buona amministrazione, trasparenza e par condicio dei partecipanti.

III. Violazione di legge – violazione dell'art.21 nonies della L.241/1990 – difetto di motivazione e istruttoria.

Sia l'Avvocatura Distrettuale, sia la controinteressata L.F.M. Impianti si sono costituite in giudizio insistendo per il rigetto del ricorso.

Il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva fondate le censure proposte, sottolineando l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla carenza di garanzie procedurali e del contraddittorio nella fase del controllo successivo della documentazione.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le proprie difese.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per il Ministero della difesa nonché Michele Lisi, in qualità di titolare della ditta omonima, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via graduata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 10 giugno 2014, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 2512/2014.

Alla pubblica udienza del giorno 11 dicembre 2014, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - In via preliminare, occorre evidenziare come non vi sia stato accordo sulle parti in relazione ad una cessazione della materia del contendere, derivante dalla successiva revoca del bando di gara e

degli atti successivi, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria avverso la ditta Lisi, da parte dell'amministrazione.

Permanendo quindi un interesse residuo, dato dall'eventuale possibilità di agire in via risarcitoria avverso l'amministrazione, appare quindi necessario esaminare la questione di merito sottesa.

2. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

3. - Sebbene il gravame sia costruito senza una chiara indicazione dei motivi specifici su cui si fonda il ricorso, come previsto dall'art. 40, lett. d), del codice del processo amministrativo, questi possono essere enunciati, anche tenendo presente l'accettazione del contraddittorio da parte della ditta resistente, in relazione a cinque diversi punti, dove si lamenta, rispettivamente: a) la possibilità che nell'ambito procedimentale della verifica a campione, di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006, sia sempre possibile il controllo della documentazione anche in relazione alla presenza di atti accertata nella fase iniziale della procedura; b) la corretta conservazione della documentazione di gara; c) l'espressa valutazione della commissione sulla corretta custodia dei plichi delle partecipanti; d) la necessità che le censure sollevate dovessero essere precedute da una querela di falso; e) la diversa posizione assunta dall'AVCP in tema; f) la mancata valutazione del fax inviato dalla Edil Geo in merito alla previa esibizione dei documenti non rinvenuti dalla PA; g) il valore solo formale della mancanza considerata dal T.A.R. pugliese.

3.1. - Le questioni sono tutte infondate e possono essere valutate sinteticamente, nei limiti in cui rilevano nel presente processo.

La situazione di fatto in esame è quella scaturente dall'attività della Commissione che, dopo aver "constatato la regolarità della documentazione amministrativa presentata "da parte dell'ATI EDIL GEO s.n.c./ELETTRA SUD" nel verbale di gara n. 140 del 3 ottobre 2012 e aver poi aggiudicato provvisoriamente l'appalto nei confronti della originaria ricorrente in data 15 ottobre 2013, successivamente, in data 24 ottobre 2013, prelevando i plichi contenenti la documentazione amministrativa di tutte le 165 imprese ammesse alla gara, al fine di effettuare i controlli previsti per le società sorteggiate nella prima seduta di gara, si è accorta della mancanza di un documento richiesto a pena di esclusione relativamente all'ATI Edil Geo snc/Elettra Sud s.a.s.. Per cui, esercitando i poteri di autotutela, ha escluso quest'ultima, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e rideterminazione della nuova graduatoria, dichiarando aggiudicataria la L.F.M. Impianti in virtù del ribasso operato pari al 28,9520%.

Nel dettaglio, al momento del controllo dei requisiti, di cui all'art.10 del d.lgs. 163/2006, nella documentazione della ATI Edil Geo/Elettra Sud risultava "la mancanza dell'allegato "F" relativo al Socio/Direttore Tecnico Manna Maria, facente parte dell'organigramma relativo alla EDIL GEO, nell'autocertificazione prodotta dal legale rappresentante D'Elia Sabato" .

Questa seconda fase procedurale è stata ritenuta dal primo giudice carente dei requisiti di trasparenza e pubblicità necessari per infirmare i risultati verbalizzati nella prima fase della procedura e contenuti nel già citato verbale di gara n. 140 del 3 ottobre 2012.

La Sezione aderisce all'impostazione fornita dal primo giudice, come peraltro anticipato in sede cautelare, consentendo di rispondere alle questioni evidenziate in appello.

In primo luogo, va confermato come non sia possibile accertare che siano state adottate tutte le cautele necessarie per procedere in sede di autotutela alla riapertura dei plichi e alla verifica ex post della documentazione amministrativa prodotta dai partecipanti, stante il palese contrasto tra quanto accertato nel verbale del 3 ottobre 2013 (“constatata la regolarità della documentazione amministrativa presentata dall'ATI EDIL GEO/ELETTRA”) e il successivo prosieguo procedimentale.

Per quanto attiene poi a questa seconda fase, occorre evidenziare come il primo giudice si sia riportato ad un chiaro orientamento di questo Consiglio di Stato per cui la successiva verifica dei documenti di gara è ammessa solo quando ricorrono, congiuntamente, le circostanze di seguito indicate: gli atti concernenti le offerte delle diverse imprese sono adeguatamente conservati secondo modalità idonee a garantire l'impossibilità dell'alterazione del loro contenuto. A tal fine non è sufficiente la attestazione postuma secondo cui gli atti sono stati conservati ‘in luogo sicuro, accessibile solo ai membri

della commissione', ma occorre che il seggio di gara, al termine delle operazioni indichi compiutamente le modalità di conservazione delle offerte e dei documenti allegati, specificando se le buste sono state nuovamente richiuse con accorgimenti adeguati. Le operazioni di verifica devono essere svolte non solo alla presenza della commissione di gara nella sua integrità, ma soprattutto in modo da consentire la partecipazione dei concorrenti, o, quanto meno, dei soggetti direttamente interessati dal riesame delle precedenti operazioni. All'atto del riesame dei documenti l'organo procedente, nel contraddittorio con le imprese interessate, deve comunque dare conto in modo esauriente e dettagliato delle effettive condizioni di conservazione delle singole offerte, specificando se le buste risultano aperte oppure adeguatamente richiuse (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2013 n. 4842).

Nel caso in esame (superandosi il rilievo di cui al quinto motivo di appello), non può affermarsi che la seconda fase procedurale sia stata conforme al dettato normativo, al contrario di quanto dedotto nei primi tre motivi di appello, atteso che gli atti di gara danno conto della conservazione delle offerte economiche degli operatori ammessi alla gara mediante custodia in cassaforte in armadio chiuso a chiave nell'ufficio dell'Ufficiale Rogante senza nulla specificare con riferimento alla documentazione amministrativa e, si aggiunga, quando la mancanza del documento già prima ritenuto presente è avvenuta in una fase successiva dove manca alcun tipo di

contraddittorio o riscontro da parte dei partecipanti alla gara.

Per altro verso, proprio la struttura bifasica della vicenda esclude che le censure dovessero essere prodotte con querela di falso, come voluto nel quarto motivo di appello, atteso che non viene lamentata la falsità di nessuno degli atti fidefacienti della commissione, ma solo la circostanza di fatto del venir meno di un documento originariamente esistente.

In merito poi al sesto motivo di ricorso, non è dato cogliere quale sia stata l'omissione del primo giudice che, in sentenza, espressamente evidenzia come, con fax del 29 novembre 2013, la EDIL GEO, avendo appreso della sua esclusione per la mancanza del documento citato, abbia contestato l'assenza di tale documento affermando di averlo regolarmente presentato. In relazione a tale circostanza, il T.A.R. ha considerato, correttamente, come l'amministrazione non l'abbia in alcun modo valutata, dando ulteriore profondità al profilo del deficit istruttorio e procedimentale.

Infine, non è dato cogliere perché la carenza evidenziata dal primo giudice debba essere considerata solo formale, come si argomenta nel settimo motivo di appello, atteso che la carente conservazione documentale ha inciso sugli esiti di gara, dando vita ad una diversa classificazione dei partecipanti.

4. - Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di

corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5. - L'appello va quindi respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 4354 del 2014;
 2. Condanna L.F.M. Impianti s.r.l. a rifondere a Michele Lisi le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €. 3.000,00 (euro tremila) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.
 3. Compensa integralmente tra le rimanenti parti le spese di giudizio.
- Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2015

IL SEGRETARIO

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