

T.a.r. Lazio - Roma, Sez. III, 20 aprile 2009, n.4003

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

SEZIONE TERZA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso 9554/2008 proposto da:

SOC Xxx SRL, rappresentata e difesa dagli Avv.ti A.M. e G.B., con domicilio eletto in Roma presso il primo

contro

SOC Yyy SPA, rappresentata e difesa dall'*AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO*, con domicilio eletto in ROMA presso la sua sede

e nei confronti di

SOC Zzz SRL, non costituita

CONSORZIO Qqq, rappresentato e difeso dall'Avv. G.G., con domicilio eletto in Roma

per l'annullamento

- del provvedimento di cui al verbale in data 18.09.2008 di aggiudicazione provvisoria dell'appalto indetto con Gara MI 37/07 - procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dell'opera sulla S.S. n. 38 "dello Stelvio": lavori di adeguamento degli impianti sul tratto Grosio-Sondalo-Bormio, in favore del Consorzio Cooperative Costruzioni;

- di ogni altro atto indicato nell'epigrafe del ricorso;

Visto l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come integrato dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visti gli atti e documenti depositati col ricorso;

Vista la domanda di provvedimento cautelare, presentata in via incidentale da parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

CONSORZIO Qqq

SOC Yyy SPA

Nominato relatore il Primo Referendario Cecilia ALTAVISTA e uditi alla pubblica udienza del 1 aprile 2009 gli avvocati come da verbale;

Ritenuto in fatto ed in diritto

FATTO

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità il 21-12-2007, Yyy ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento della strada statale n° 38 dello Stelvio. Nel bando era previsto l'affidamento in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo i seguenti punteggi: 40 punti per il prezzo; 35 per il valore tecnico ed estetico delle varianti, 15 per la disponibilità del concorrente ad adottare doppi turni di lavoro, 10 punti per il tempo di esecuzione dei lavori.

La lettera di invito specificava, rispetto alla voce tempo, il tempo complessivo dell'appalto in trecento giorni, di cui sessanta per la redazione del progetto esecutivo, duecentoquaranta per la esecuzione dei lavori.

A seguito della valutazione delle offerte riportava il maggior punteggio complessivo la CCC. risultando prima classificata; al secondo posto della graduatoria si collocava la Xxx s.r.l.

Con nota del 1-10-2008 è stata comunicata alle altre partecipanti l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Avverso tale provvedimento e avverso tutti i verbali di gara è stato proposto il presente ricorso dalla seconda classificata Xxx s.r.l. per i seguenti motivi:

violazione della lex specialis di gara: bando e lettera di invito; violazione di legge: art 97 della Costituzione; articoli 2, 68 e 69 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; violazione dell'art 2 della direttiva n° 18/2004 e dell'art 10 della direttiva 17/2004; violazione dell'art 6 della legge n° 241 del 7-8-1990; eccesso di potere e violazione delle norme sul procedimento in relazione alla mancata esclusione dalla gara per incongruità del tempo offerto per la esecuzione dei lavori; contraddittorietà manifesta;

lesione della par condicio dei concorrenti; violazione dell'art 83 comma 5 del d.lgs. n°163 del 12-4-2006;

eccesso di potere per motivazione carente o insufficiente; difetto dei presupposti; violazione di legge: art 3 della legge n° 241 del 7-8-1990; art. 83 comma 5 del d.lgs. n°163 del 12-4-2006;

Si sono costituite Yyy s.p.a., e la società controinteressata, contestando la fondatezza del ricorso. La società controinteressata notificava altresì ricorso incidentale con le seguenti censure:

violazione della lex specialis di gara: punto VI 3 lett p) del bando e lettere D, E, F e L della lettera di invito; violazione dell'art 97 della Costituzione; dell' art 2 del d.lgs. n° 163/2006; dell'art 2 della direttiva 18/2004; eccesso di potere; violazione e vizi del procedimento; difetto di istruttoria; travisamento ed erronea valutazione dei fatti; disparità di trattamento, in relazione alla mancata esclusione della Elef Con atto notificato il 22-11-2008, sono stati proposti i seguenti motivi aggiunti anche avverso la aggiudicazione definitiva:

violazione della lex specialis di gara: bando e lettera di invito; punto E 1 3. Violazione dell'art 97 della Costituzione; degli artt 2, 68, 69 del d.lgs. n° 163/2006; dell'art 2 della direttiva 18/2004. Incompletezza della documentazione relativa all'offerta tecnica per mancata allegazione del piano esodo e cantierizzazione;

illegittimità del bando di gara e della lettera di invito punto E12 per violazione di legge: art 74 del d.lgs. 163/2006 e art 97 della Costituzione e artt 2, 68, e 69 del d.lgs. 163/2006; art 2 della direttiva 18/2004; eccesso di potere per violazione del principio di non aggravamento del procedimento.

Successivamente, con atto notificato il 1 marzo 2009, sono stati proposti ulteriori motivi aggiunti anche avverso la comunicazione dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva:

violazione della lex specialis di gara: bando e lettera di invito; violazione dell'art 97 della Costituzione; degli artt 2, 68, 69 del d.lgs. n° 163/2006; dell'art 2 della direttiva 18/2004;

violazione dell'art 6 della legge n° 241 del 7-8-1990; eccesso di potere e violazione delle norme sul procedimento in relazione alla mancata esclusione della Qqq dalla gara per incongruità del tempo offerto per la esecuzione dei lavori; contraddittorietà manifesta; illegittimità del bando di gara e della lettera di invito punto E12 per violazione di legge: art 74 del d.lgs. 163/2006 e art 97 della Costituzione e artt 2, 68, e 69 del d.lgs. 163/2006; art 2 della direttiva 18/2004; eccesso di potere per violazione del principio di non aggravamento del procedimento; eccesso di potere per motivazione carente o insufficiente; difetto dei presupposti; violazione di legge: art 3 della legge n° 241 del 7-8-1990; art. 83 comma 5 del d.lgs. n°163 del 12-4-2006.

Alla udienza pubblica del 1 aprile 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il consorzio controinteressato ha proposto ricorso incidentale contestando l'interesse della società ricorrente, in quanto avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la mancata osservanza di norme della lex specialis di gara previste a pena di esclusione.

Si può prescindere dal previo esame del ricorso incidentale, pur riguardando la esclusione del ricorrente, in considerazione della infondatezza del ricorso principale.

Come affermato dalla Adunanza Plenaria n° 11 del 2008, l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale è rimessa al giudice, in base alle esigenze di economia processuale, che può dunque esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale.

Con il primo motivo di ricorso si sostiene la illegittimità della aggiudicazione al Consorzio controinteressato, in quanto avrebbe dovuto essere escluso, avendo proposto una offerta in contrasto con la lettera di invito; in particolare, infatti, la lettera di invito prevedeva un tempo minimo di esecuzione dei lavori pari a 200 giorni, mentre l'offerta del Consorzio prevedeva un tempo di 185 giorni.

Tale motivo di ricorso non è suscettibile di accoglimento.

Il bando di gara ha previsto l'assegnazione dei punteggi in 40 punti per il prezzo; 35 per il valore tecnico ed estetico delle varianti, 15 per la disponibilità del concorrente ad adottare doppi turni di lavoro, 10 punti per il tempo di esecuzione dei lavori.

La lettera di invito ha specificato, rispetto alla voce tempo, il tempo complessivo dell'appalto in trecento giorni, di cui sessanta per la redazione del progetto esecutivo, duecentoquaranta per la esecuzione dei lavori; in particolare i sessanta giorni per il progetto esecutivo non riducibili, e il calcolo del punteggio " mediante interpolazione lineare, attribuendo al minor tempo complessivo offerto per la esecuzione dei lavori, che non potrà essere inferiore a duecento giorni, dieci punti, giustificando le modalità operative che consentono tale riduzione ed al tempo offerto corrispondente a quello previsto di 240 giorni, 0 punti". Era previsto, altresì, che il cronoprogramma avrebbe dovuto tener conto dei giorni utili all'approvazione del progetto esecutivo da parte della stazione appaltante.

Risulta da tutti gli atti di causa né è contestato dalle difese della stazione appaltante e del consorzio controinteressato che la offerta del consorzio prevedeva un tempo di esecuzione di lavori di 185 giorni.

A questi sono stati aggiunti 15 giorni per la approvazione del progetto esecutivo.

Dalle previsioni della lettera di invito, peraltro, il tempo di approvazione del progetto esecutivo da parte della stazione appaltante deve ritenersi escluso dal tempo considerato ai fini del punteggio che erano comunque esclusi in base alla lettera di invito.

Il tempo minimo di duecento giorni non era espressamente previsto a pena di esclusione.

Ciò risulta evidente dal testo sopra riportato della lettera di invito; inoltre la stessa previsione del tempo di esecuzione dei lavori come criterio di attribuzione del punteggio conduce a ritenere che sia considerato solo un elemento di valutazione dell'offerta tecnica e non un requisito di ammissione. Collocato in tale ambito della lettera di invito e conseguentemente della disciplina delle operazioni della Commissione, non si può considerare, quindi, la previsione di un tempo minimo come causa di esclusione dalla gara. Il tempo di esecuzione dei lavori è uno dei criteri di attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica oggetto, altresì, secondo la previsione esplicita della lettera di invito, di giustificazione da parte della impresa offerente.

Ulteriore argomento testuale della lettera di invito si trae dalla espressa previsione che la relazione tecnica da inserire nella busta della offerta tecnica debba concludersi a pena di esclusione con la dichiarazione per cui i prezzi offerti e i tempi offerti non potranno essere superiori ai valori posti a base di gara. Se tale previsione espressa di esclusione riguarda l'offerta di un tempo superiore, non può

farsene derivare analoga sanzione per l'ipotesi di offerta di un tempo inferiore.

In mancanza di una espressa previsione di esclusione, qualsiasi altra valutazione sarebbe stata viziata. Non poteva, infatti, procedere all'esclusione, non essendo espressamente prevista. In primo luogo, la giurisprudenza ritiene che in presenza di una disposizione di bando avente una costruzione letterale complessivamente ambigua e priva di una clausola espressa di esclusione, la stazione appaltante non possa procedere alla esclusione della ricorrente, dovendo le clausole ambigue essere interpretate in base al principio della massima partecipazione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, quater 01 febbraio 2008, n. 899). Inoltre, l'esclusione di una gara pubblica può essere disposta, in mancanza di una espressa comminatoria del bando, solo quando il concorrente abbia comunque violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti (Cons. St. sez. V, 22 giugno 2006, 3703; 22 aprile 2004, 2321).

In mancanza di un'espressa previsione di esclusione, infatti, l'inosservanza di alcuni adempimenti comporta l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della stazione appaltante o siano poste a garanzia della "par condicio" dei concorrenti. Devono considerarsi essenziali le prescrizioni che riproducono o richiamano il contenuto di inderogabili disposizioni di legge, le quali integrano, automaticamente, le regole del bando. In tali eventualità, la sanzione dell'esclusione deriva dalla violazione di una regola gerarchicamente superiore alle prescrizioni del bando. L'esclusione delle offerte, in assenza di una esplicita previsione del bando di gara, deve essere rigorosamente circoscritta, in funzione del principio diretto alla massima partecipazione delle imprese e alla apertura della concorrenza. Pertanto, nel dubbio, deve essere prescelta la soluzione interpretativa diretta a negare l'esclusione dell'offerta per la violazione di una prescrizione del bando, in assenza di esplicita sanzione, anche tenendo conto delle formule utilizzate concretamente nella singola lex specialis di gara (Consiglio Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6410).

L'operato dalla Commissione di gara sotto tale profilo deve dunque ritenersi legittimo.

Dai verbali di gara risulta, altresì, la correttezza dell'operato della Commissione, che ha considerato il tempo di esecuzione dei lavori in base al cronoprogramma allegato all'offerta tecnica.

Risulta, infatti, dal verbale della seduta del 22 luglio 2008 che la Commissione ha espressamente valutato i tempi offerti dal Qgg in duecento giorni invece che in centottantacinque, in relazione all'esame del cronoprogramma allegato all'offerta tecnica, e attribuendo, quindi, lo stesso punteggio delle alle altre offerte.

La Commissione di gara nella seduta del 9 settembre 2008 ha esaminato il tempo di esecuzione dei lavori offerto, attribuendo a tutte le imprese il medesimo punteggio in relazione al tempo minimo offerto, dando atto espressamente altresì di ritenere giustificato tale tempo minimo. Il punteggio massimo di 10 punti previsto per il tempo di duecento giorni è stato dunque attribuito a tutte le imprese, compreso il consorzio ccc.

Tale valutazione effettuata dalla Commissione, per cui l'offerta è stata considerata di duecento giorni, non può ritenersi viziata, né aveva necessità di ulteriore specifica motivazione.

Dal cronoprogramma allegato all'offerta tecnica risulta effettivamente un tempo di duecento giorni, escluso il periodo di quindici giorni per l'approvazione del progetto.

La prevalenza data dalla Commissione a quanto risultante dal cronoprogramma non può ritenersi illogica o irragionevole.

Si tratta, infatti, di un documento che è parte integrante dell'offerta tecnica. In ogni caso, dal verbale della seduta del 9-9-2008 risulta che la Commissione abbia attribuito i punteggi relativi al tempo, esaminando per tutte le offerte i tempi in base ai cronoprogrammi.

Considerata, dunque, l'offerta del Qqq di duecento giorni, deve ritenersi sufficiente l'attribuzione del punteggio numerico senza ulteriore motivazione.

La giurisprudenza è costante nel ritenere sufficiente il punteggio numerico quando l'iter logico seguito dall'organo giudicante sia ricavabile da criteri prefissati di valutazione che siano sufficientemente dettagliati, come nel caso in cui il bando ed il capitolato di gara contengano puntuali griglie di valutazione riferite ai diversi aspetti dell'offerta tecnica (cfr. di recente T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 27 giugno 2008, n. 1583; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 08 maggio 2008, n. 1370).

Ne deriva, quindi, l'infondatezza della censura relativa al difetto di motivazione.

Sostiene ancora la difesa ricorrente che l'offerta della aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto priva del piano esodo e cantierizzazione previsto alla lettera E punto 1.3. della lettera di invito.

Tale censura non è suscettibile di accoglimento.

La previsione della lettera di invito relativa al piano di esodo e cantierizzazione dell'opera non è, infatti, prevista a pena di esclusione. La lettera di invito prevede, in primo luogo, espressamente gli elementi che devono essere contenuti a pena di esclusione nella busta contenente l'offerta tecnica: si tratta degli elementi per la valutazione dell'offerta tecnica. Una altra e diversa prescrizione (pagina 15 della lettera di invito) prevede che la busta contenente l'offerta tecnica debba contenere una relazione tecnica, non superiore a cento pagine, da predisporre con riferimento agli elementi relativi alla valutazione dell'offerta: valore tecnico ed estetico delle varianti; disponibilità del concorrente ad adottare uno o più turni di lavoro; e inoltre tale relazione debba contenere il piano di esodo e cantierizzazione dell'opera.

Nella lettera di invito è poi espressamente previsto un unico elemento della relazione tecnica previsto a pena di esclusione: la relazione tecnica deve concludersi a pena di esclusione con la dichiarazione per cui i prezzi offerti e i tempi offerti non potranno essere superiori ai valori posti a base di gara. Da tale previsione della lettera di invito risulta evidente che le prescrizioni relative al piano di esodo e cantierizzazione non fossero previste a pena di esclusione.

Inoltre, risulta dagli atti di causa, comune presentato il piano di sicurezza e coordinamento nel quale figurano sia il piano di cantierizzazione che di esodo.

Il ricorso principale è quindi infondato e deve essere respinto.

Ne deriva la carenza di interesse al ricorso incidentale.

In considerazione della complessità della questione, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione Terza, respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti ; dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 1 aprile 2009, nelle persone dei signori:

BRUNO AMOROSO Presidente
DOMENICO LUNDINI Cons.
CECILIA ALTAVISTA Primo Ref. , relatore