TAR Molise, sezione prima, sentenza n. 338 dell'11 settembre 2015

Appalto integrato – Mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte del progettista – Illegittima l'esclusione – Il progettista non assume la qualità di concorrente

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 454 del 2014, proposto da De Francesco Costruzioni Sas, in persona del legale rappresentante P.T., rappresentato e difeso dall'avv. ……, con domicilio eletto presso ……. in Campobasso, ……;

contro

Comune di Bojano, in persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. ……., con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. …. in Campobasso, ……..;

nei confronti di

Spinosa Costruzioni Generali S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. ……. presso il cui studio in Campobasso, …….. elegge domicilio;

per l'annullamento,

- previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto inerente alla progettazione esecutiva e all'esecuzione dei lavori di realizzazione della "Strada di Servizio all'Area Produttiva" in località Monte Verde del Comune di Bojano, (CIG 542498031E), adottata dal Comune di Bojano con delibera n. 109 del 18.11.2014 e comunicata via PEC alla ricorrente in data 18.11.2014 con lettera prot. n. 15397;

- di tutti gli atti e comportamenti connessi, consequenziali, preordinati, collegati, precedenti o successivi e così in particolare degli atti della commissione di gara, così come risultanti dai relativi verbali, e del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la Spinosa Costruzioni Generali s.p.a.;
nonché per il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Boiano e della società Spinosa Costruzioni Generali S.p.A.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina dirigenziale n. 484 del 12.11.2013 del Settore IV - Lavori pubblici - Ufficio Tecnico del Comune di Bojano è stata indetta, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lettera c) del d. lgs. n. 163/2006, una gara ad evidenza pubblica mediante procedura aperta, sulla base del progetto preliminare della stazione appaltante, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione della "Strada di servizio all'area produttiva" in località Monteverde del Comune di Bojano, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo.

La gara è stata aggiudicata alla società Spinosa Costruzioni Generali s.p.a. che ha conseguito il punteggio complessivo di 92,750 offrendo per la realizzazione dell'opera il prezzo di euro 3.921.002,90 IVA compresa.

La società De Francesco Costruzioni s.a.s., in qualità di seconda classificata con il punteggio di 92,176, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 109 del 18.11.2014 e gli atti presupposti indicati in epigrafe con ricorso notificato in data 16.12.2014 e depositato in data 20.12.2014.

A fondamento del ricorso ha dedotto i seguenti motivi di censura:

1. Violazione dell'art. 46, comma 1 bis del d. lgs. n. 163/2006; violazione del disciplinare di gara (pagg. 48-49); eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, per travisamento dei presupposti di fatto; sviamento.

Sia l'offerta economica che il ribasso temporale per la redazione del progetto esecutivo non sarebbero stati sottoscritti dal raggruppamento di progettisti esterni indicati dalla Spinosa Costruzioni che, conseguentemente, avrebbe dovuto essere esclusa.

2. Violazione della lex specialis di gara (p. 48 del disciplinare di gara); eccesso di potere per difetto di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, sviamento.

La commissione di gara, rilevando uno scostamento del progetto definitivo della Spinosa rispetto al progetto preliminare posto a base di gara, decideva di non escludere l'impresa dalla gara, in applicazione del principio previsto a p. 48 del disciplina di gara che tuttavia prescriveva di tenere nel debito conto la carenza progettuale nell'assegnazione del punteggio afferente agli elementi di natura qualitativa, mentre nel caso di specie alcuna penalizzazione nella valutazione veniva applicata ed anzi la commissione di gara, senza alcuna specifica motivazione, assegnava alla Spinosa il punteggio massimo.

In via meramente subordinata ha altresì dedotto:

3. Violazione dell'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 e dei principi della trasparenza amministrativa; eccesso di potere per carenza di motivazione, sviamento.

Contesta la sufficienza del voto numerico nell'attribuzione del punteggio in relazione a ciascun elemento tecnico preso in esame, occorrendo a tal fine la espressione di un giudizio che esplicitasse l'iter logico-giuridico della valutazione, pena la violazione dell'obbligo di motivazione e dei principi costituzionali della trasparenza e della imparzialità amministrativa. Ciò anche in considerazione della genericità dei criteri di valutazione tecnica indicati nel bando e della assenza di sub criteri idonei a rendere intellegibile l'iter valutativo della commissione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Bojano e la controinteressata Spinosa Costruzioni Generali s.p.a. per resistere al ricorso contestando la fondatezza dei motivi di ricorso e chiedendone la loro reiezione nel merito. La controinteressata ha anche notificato ricorso incidentale contestando carenze progettuali e l'assenza di requisiti di partecipazione alla gara in capo alla ricorrente nonché l'erroneità dei giudizi della commissione nella parte in cui sarebbe stata ingiustamente penalizzata.

Alla camera di consiglio del 12.2.2015 con ordinanza n. 16 il collegio ha respinto la domanda cautelare.

L'appello proposto dalla ricorrente è stato respinto con ordinanza n. 1378 del 1.4.2015 della V sezione del Consiglio di Stato.

Alla udienza pubblica del 11 giugno 2015 la causa è stata trattenuta in decisione previo deposito di memorie con le quali le parti resistenti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

Nel merito, può prescindersi dall'esame del ricorso incidentale paralizzante proposto dalla aggiudicataria, in quanto il ricorso principale della De Francesco sas non può trovare accoglimento per le ragioni che si espongono di seguito.

Con ordinanza n. 16/2015 il collegio ha respinto la domanda cautelare sulla scorta della seguente motivazione: "1) l'offerta è stata sottoscritta dal rappresentante legale dell'aggiudicataria, di modo che l'omessa sottoscrizione del progettista non risulta idonea a determinarne l'esclusione, non essendo specificamente prevista nella lex specialis la sanzione espulsiva per il caso in questione;

2) la correzione progettuale apportata dall'aggiudicataria su segnalazione della Commissione giudicatrice appare di modesta entità e non idonea, quindi, ad incidere sul giudizio globale;

3) i criteri di valutazione dell'offerta risultano prima facie sufficientemente dettagliati e non paiono lasciare eccessivi margini di discrezionalità alla stazione appaltante".

La successiva fase di merito non ha introdotto temi di indagine o argomenti difensivi, in fatto o in diritto, tali da indurre il collegio ad una rimeditazione dell'orientamento espresso in sede cautelare che deve pertanto essere confermato con le precisazioni che seguono.

Quanto al primo motivo di censura deve osservarsi che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che nell'appalto integrato il concorrente è l'appaltatore che partecipa alla gara, il quale deve dimostrare nell'offerta il possesso dei requisiti professionali previsti dal bando per la redazione del progetto esecutivo e ciò anche mediante l'eventuale ricorso ai progettisti esterni. Ciò in quanto, a differenza delle gare di incarichi di progettazione, nell'appalto integrato i progettisti non assumono la qualità di concorrenti, né quella di titolari del rapporto contrattuale con l'amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione, trattandosi di semplici collaboratori esterni delle imprese partecipanti alla gara, sicchè non sono tenuti alla sottoscrizione dell'offerta economica presentata dall'impresa concorrente (in tal senso: TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 17 aprile 2008 n. 3305 e TAR Sicilia, sez. I, Catania, sentenza 2 ottobre 2006 n. 1544).

Anche di recente la giurisprudenza amministrativa ha precisato che "Negli appalti integrati di lavori, i progettisti indicati non assumono la qualità di concorrenti (poi contraenti) e non sono tenuti alla dimostrazione dei requisiti ed agli adempimenti prescritti dalla normativa vigente per i raggruppamenti temporanei (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2015 n. 2737; Id., sez. IV, 19 marzo 2015 n. 1425; Id., sez. VI, 21 maggio 2014 n. 2622; Avcp, determinazione 15 gennaio 2014 n. 1; Id., parere 22 maggio 2013 n. 91)" (così TAR Piemonte, II, 14 agosto 2015, n. 1335).

Nessun obbligo di sottoscrizione dell'offerta economica e del cronoprogramma incombeva pertanto sul progettista designato e la clausola del bando che disponesse diversamente, a pena di esclusione, non potrebbe che ritenersi affetta da nullità, ai sensi dell'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006 in quanto contrastante con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il fatto che il disciplinare di gara preveda a p. 48-49 che nella busta C – offerta economica devono essere contenuti, a pena di esclusione, tra gli altri, la "…Dichiarazione, in bollo, sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa concorrente o da un suo procuratore….nonchè dal soggetto "Progettista" associato al "Costruttore" ovvero indicato in gara dal "Costruttore", contenente l'indicazione, in cifra ed in lettere, del massimo ribasso unico percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo dei lavori….." non implica necessariamente che anche la sottoscrizione del progettista indicato debba essere apposta a pena di esclusione, anche perché, diversamente opinando, la clausola sarebbe, in parte qua, affetta da nullità per le ragioni esposte.

Ed infatti il disciplinare all'art. 16, lettera b) p. 14 esclude che il "progettista indicato" assuma la qualifica di contraente e soprattutto, al punto 1) parte 2 p. 25, esclude che il progettista indicato in gara debba presentare la domanda di ammissione alla gara, non partecipando egli in qualità di concorrente vero e proprio bensì di collaboratore esterno del costruttore.

Non dovendo pertanto egli presentare, secondo le stesse previsioni del disciplinare, alcuna domanda di partecipazione, in quanto mero collaboratore esterno e non concorrente, sarebbe irragionevole interpretare la clausola di p. 48-49 nel senso di prevedere l'esclusione del concorrente in caso di omessa sottoscrizione dell'offerta economica da parte del collaboratore esterno che, non assumendo alcun impegno nei confronti della stazione appaltante, non è parte del contratto.

La stessa giurisprudenza sulla incompletezza della sottoscrizione richiamata in ricorso è riferita al concorrente non ad altri soggetti.

In questo senso l'art. 1363 c.c., secondo cui "Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto", pacificamente applicabile anche alla interpretazione degli atti amministrativi, induce a ritenere che la sanzione della esclusione debba ritenersi operante per la sola ipotesi in cui l'offerta economica non sia stata sottoscritta dall'impresa concorrente, tenuto conto che il progettista designato non è assimilabile, per le ragioni esposte, al concorrente e quindi a lui non si estendono le sanzioni previste in caso di omessa dichiarazione resa dal primo, pena la nullità della clausola ove diversamente interpretata.

Infondato è anche il secondo motivo di censura.

Deve preliminarmente precisarsi che la ricorrente con il ricorso non contesta la mancata esclusione dell'offerta della aggiudicataria bensì la mancata penalizzazione nell'attribuzione del punteggio, una volta accertato da parte della commissione la sussistenza di una difformità nel progetto esecutivo rispetto a quello preliminare posto a base di gara.

Premesso che si tratta di difformità del tutto marginale ed irrilevante (rettifica delle quote della livelletta indicata nel progetto definitivo, mediante modesto innalzamento – "pari a max. 0,58 metri nel punto di maggior differenza" - nel "breve tratto finale della strada di progetto" per renderle conformi alle quote indicate nel

progetto preliminare), tenuto conto anche del livello di progettazione (definitiva e non esecutiva), l'affermazione di parte ricorrente è tuttavia infondata in fatto in quanto la commissione, per i criteri B e D, ha comunque penalizzato la aggiudicataria nella valutazione, tant'è che le ha assegnato solo 11,250 punti per il criterio B, a fronte del punteggio massimo di 15, attribuito invece alla ricorrente, mentre per il criterio D le ha assegnato solo 1,50 punti, a fronte di un punteggio massimo di 5 attribuito, anche in questo caso, alla ricorrente che infatti, nella valutazione dell'offerta tecnica, ha totalizzato un punteggio complessivo superiore (68,458) rispetto alla controinteressata (67,750).

La difformità, pertanto, non solo è di modestissima entità, come evidenziato dalla stessa commissione di gara, tale da apparire sostanzialmente irrilevante nella fase di progettazione definitiva, ma ha comunque condotto ad una penalizzazione nell'attribuzione del punteggio tecnico, con conseguente infondatezza della censura.

Con un terzo motivo di censura lamenta la violazione dell'obbligo di motivazione nella assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche.

Il motivo è infondato in quanto la commissione di gara si è limitata a fare pedissequa applicazione della disciplina di gara che, al punto 4 di pag. 2 del disciplinare, precisa che "Il metodo di determinazione ed attribuzione dei punteggi alle singole offerte ammesse in gara è quello indicato nell'allegato G al DPR n. 207/10 e s.m.i. ed, in particolare, saranno applicati i criteri di calcolo e di valutazione delle offerte di cui al metodo aggregativo-compensatore, il quale è illustrato in dettaglio nella Parte 2 del presente disciplinare di gara".

Il disciplinare di gara dedica il paragrafo 3 della Parte 2 p. 51 e 51 alle "Modalità di attribuzione dei punteggi per l'individuazione del contraente aggiudicatario mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" e disciplina, nel dettaglio, la formula da applicare per l'attribuzione dei punteggi alle offerte ammesse

in gara, precisando che i vari coefficienti sono "attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari".

La commissione di gara si è attenuta scrupolosamente a quanto previsto dal disciplinare nella attribuzione dei punteggi alle offerte ammesse.

La ricorrente contesta la genericità dei criteri di valutazione indicati al punto 4 di p. 2 del disciplinare di gara anche in considerazione della mancata indicazione di sub criteri.

Il collegio reputa la censura inammissibile in quanto generica.

La ricorrente infatti, all'esito della valutazione dell'offerta tecnica, ha conseguito un punteggio (68,458) superiore rispetto alla controinteressata (67,750), circostanza questa che induce ad escludere profili sintomatici di eccesso di potere valutativo della commissione in danno della ricorrente.

Inoltre ha omesso di indicare in modo circostanziato gli errori valutativi in cui sarebbe incorsa la commissione e che avrebbero reso necessaria l'esplicitazione dell'iter logico sotteso alla attribuzione dei punteggi.

Sebbene l'omessa indicazione di sub criteri e la indicazione di un punteggio aggregato sino a 40 punti per il criterio sub A) (relativo a "Completezza, qualità, livello di definizione e grado dettaglio del progetto definitivo proposto dal Concorrente") si presti astrattamente ad una censura di genericità dei criteri valutativi, con conseguente necessità di esplicitare a valle le motivazioni della valutazione, era onere del ricorrente allegare in modo puntuale il profilo sostanziale della violazione in cui sarebbe incorsa la commissione, evidenziando tanto le specifiche ragioni di una possibile indebita penalizzazione della propria offerta tecnica quanto quelle di una eventuale erronea sopravvalutazione di quella della aggiudicataria, in relazione ad uno o più dei parametri valutativi indicati nel capitolato e tenuto conto dei contenuti e delle caratteristiche specifiche delle rispettive offerte.

Nulla nel caso di specie è stato invece allegato in punto di erroneità dei giudizi espressi in forma numerica dalla commissione in relazione alla caratteristiche delle due offerte tecniche, sicchè la prospettata genericità dei criteri valutativi, in assenza di apposita esternazione verbale a corredo dei punteggi numerici attribuiti, non appare sufficiente a rendere attuale e concreto l'interesse alla contestazione, avendo l'impresa ricorrente comunque conseguito la migliore valutazione.

Laddove infatti il ricorrente ometta di allegare fatti sintomatici di manifesta irragionevolezza od illogicità, come pure di un palese travisamento dei fatti nella valutazione delle offerte tecniche, la censura di difetto di motivazione smarrisce la propria valenza di indice sintomatico di eccesso di potere, quando, come nel caso di specie, l'impresa interessata abbia comunque conseguito la migliore valutazione in relazione all'offerta tecnica presentata.

A conferma di quanto precede osserva ancora il collegio che, quanto al criterio D, la aggiudicataria ha conseguito il punteggio più basso in assoluto (1,5) mentre la ricorrente il più alto (5); quanto al criterio B è sempre la ricorrente ad avere conseguito il punteggio più alto (15) con uno scarto significativo rispetto alla aggiudicataria (che ottenuto punti 11,250): in relazione a tali due parametri di valutazione davvero non è dato comprendere quale sia l'interesse per la ricorrente a dolersi della omessa motivazione di un giudizio per sé del tutto positivo e con un margine così ampio che non lascia ragionevolmente presumere spazi per una irragionevole sopravvalutazione dell'offerta della aggiudicataria, a fronte del dato conclamato di assenza di una penalizzazione di quella della esponente che ha conseguito il punteggio massimo.

Quanto invece al criterio sub A v'è in atti ampia evidenza del pregio tecnico dell'offerta che ha consentito alla Spinosa Costruzioni Generali spa di conseguire il punteggio massimo (40) rispetto a quello della ricorrente (36,458) come anche evidenziato, con dovizia di dettagli, nella memoria di costituzione p. 16-20 della

aggiudicataria, sul punto non contestata dalla ricorrente; analoghe considerazioni valgono per il criterio C in relazione al quale, del pari, la aggiudicataria ha conseguito il punteggio massimo di 15 rispetto al punteggio di 12, 00 attribuito alla ricorrente.

In relazione a questi due criteri valutativi la ricorrente ha tuttavia omesso, come evidenziato, di allegare, in fatto, i possibili profili di irragionevolezza del giudizio espresso dalla commissione sicchè il mero dato formale della presunta genericità dei criteri valutativi non appare idoneo a rendere attuale l'interesse alla contestazione del difetto di motivazione, a fronte di una valutazione che complessivamente ha visto la ricorrente conseguire il punteggio più elevato tra i concorrenti ammessi.

Stante il carattere assorbente del rilevato profilo di inammissibilità della censura, il collegio non ritiene di doversi soffermare "funditus" sulla idoneità o meno dei criteri valutativi indicati nel capitolato ad assolvere l'obbligo motivazionale, alla luce degli indirizzi giurisprudenziali richiamati dalle parti, idoneità che pure ha ritenuto sussistente in sede di delibazione sommaria, confermata dal giudice d'appello.

Il motivo di censura deve pertanto essere dichiarato inammissibile.

Dalla infondatezza del ricorso principale discende la reiezione della domanda risarcitoria per difetto di danno iniuria datum nonché la improcedibilità del ricorso incidentale per difetto di interesse alla sua decisione.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna la De Francesco Costruzioni s.a.s. alla rifusione in favore del Comune di Bojano e della Spinosa Costruzioni generali spa delle spese di lite che si liquidano complessivamente in euro 2000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti resistenti. Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/09/2015

IL SEGRETARIO

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