



N.6260/2005
Reg. Dec.
N. 6663 Reg. Ric.
Anno 2003

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 seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Borelli s.r.l. Impresa di costruzioni edili, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabrizio Cacace e Pier Luigi Lorenti, con domicilio eletto in Roma Viale G. Mazzini n.25 presso lo studio del primo;

contro

il Consorzio Cooperative Costruzioni, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Greco e Costantino Greco, con domicilio eletto in Roma Via Baldo degli Ubaldi n. 71 presso lo studio del primo;

e nei confronti

del Ministero della Difesa, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sez. I bis 4.9.2003 n. 7326, già pubblicata in dispositivo 10.6.2003 n. 114;

Visto il ricorso rivolto avverso il dispositivo della sentenza in epigrafe;

Visto l'atto di costituzione della parte appellata;

Visto l'atto contenente motivi aggiunti proposti avverso la motivazione della sentenza;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Relatore alla pubblica Udienza del 7 giugno 2005 il Consigliere A. Anastasi; uditi, altresì, gli avvocati Pier Luigi Lorenti e Costantino Greco;

Visto il dispositivo di decisione n. 379 del 2005;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 11.12.2002 il Ministero della Difesa ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori di ammodernamento di una palazzina contenente moduli abitativi ed ubicata all'interno della Caserma Perotti di Roma.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dall'Amministrazione è stato quello del massimo ribasso con esclusione automatica delle offerte superiori alla soglia di anomalia, trattandosi di appalto avente importo a base d'asta inferiore alla soglia comunitaria.

Il bando di gara consentiva la partecipazione (oltre alle imprese provviste di SOA per progettazione e costruzione) anche alle imprese di sola costruzione, previa presentazione di dichiarazione di impegno a costituire una associazione temporanea con un progettista in possesso – a pena di esclusione – della certificazione di qualità ISO 9001, rilasciata da soggetti competenti, afferente prestazioni progettuali.

Pervenute le offerte, nella seduta del 21.1.2003 la Commissione aggiudicatrice escludeva dalla gara quattro concorrenti costituiti in A.T.I. con progettisti sprovvisti di tale certificazione di qualità.

Nel prosieguo, peraltro, la Stazione appaltante riammetteva alla selezione le imprese già escluse e, determinata la soglia di anomalia, aggiudicava l'appalto alla ATI Borelli, mentre l'offerta del Consorzio Cooperative Costruzioni incorreva nell'esclusione automatica in quanto immediatamente superiore a detta soglia.

Il Consorzio ha quindi impugnato avanti al T.A.R. Lazio gli atti della procedura, deducendo l'illegittima disapplicazione da parte della P.A. di una tassativa clausola del bando ed osservando che la propria offerta sarebbe risultata – senza il computo nella media dei ribassi delle offerte riammesse – come prima delle non anomale, con conseguente aggiudicazione.

La controinteressata società Borelli ha proposto un ricorso incidentale, impugnando il bando di gara nelle parti in cui richiede a pena di esclusione il possesso da parte dei progettisti della certificazione ISO 9001, non prevista come obbligatoria dalla normativa applicabile nei confronti delle imprese qualificate per progettazione e costruzione.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale ha innanzi tutto dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso incidentale della Borelli, osservando che l'accoglimento del mezzo avrebbe comportato non già la sanatoria del comportamento tenuto dall'Amministrazione ma il travolgimento della intera procedura, con vanificazione della posizione di vantaggio ivi conseguita dalla ricorrente.

A giudizio del Tribunale, infatti, l'eventuale eliminazione della contestata clausola – comportando la modificazione di un requisito soggettivo di partecipazione previsto nel bando - avrebbe determinato per un verso l'illegittimità derivata di tutti gli ulteriori atti e per l'altro, in sostanza, la necessità di un integrale rinnovo della selezione.

La sentenza in epigrafe indicata ha quindi accolto il ricorso principale proposto dal Consorzio, rilevando che l'Amministrazione - in quanto tenuta al rigoroso rispetto delle regole da essa previamente dettate col bando di gara – non poteva esimersi dall'applicare una clausola di esclusione chiaramente vincolante, salva la possibilità di annullamento della stessa in autotutela con riapertura dei termini di partecipazione.

Per l'effetto il Tribunale ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione alla Soc. Borelli nonchè, a titolo di reintegrazione in forma specifica in favore del Consorzio, la rinnovazione della procedura, tenendo ferma la esclusione delle imprese associate con progettisti privi del requisito ISO.

La sentenza è impugnata col ricorso in esame dalla Società Borelli che ne chiede l'integrale riforma, osservando in primo luogo che l'accoglimento del gravame incidentale da essa proposto in prime cure era suscettibile di determinare unicamente l'annullamento della clausola del bando in contestazione, con salvezza delle determinazioni ragionevolmente assunte dall'amministrazione in via di autotutela e senza alcuna necessità di un rinnovo integrale della procedura.

Nel merito, l'appellante torna a sostenere l'illegittimità della clausola, siccome volta ad introdurre un requisito di partecipazione non previsto dalla normativa vigente, e l'infondatezza del ricorso principale proposto dal Consorzio, rilevando che

l'Amministrazione ha correttamente agito in autotutela al dichiarato fine di garantire la più ampia partecipazione alla gara.

Si è costituito il Consorzio appellato, il quale chiede la conferma della sentenza ex adverso impugnata sul rilievo che l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale effettivamente comporterebbe – come ritenuto dal TAR – la necessità di un integrale rinnovo della procedura selettiva sulla base di un disciplinare congruamente formulato.

Nel merito l'appellato deduce comunque l'infondatezza dell'appello, osservando che – in difetto di un espresso divieto normativo – la P.A. ben poteva introdurre nel bando con clausola in controversia un requisito di partecipazione congruo e ragionevole rispetto alle peculiarità dell'opera da affidare.

Con ordinanza n. 5430 del 2003 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

All'Udienza del 7 giugno 2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello non è fondato e va pertanto respinto.

Con il primo motivo l'appellante deduce che ha errato il Tribunale nel dichiarare inammissibile per difetto di interesse il ricorso incidentale da essa proposto.

Osserva in tal senso la Società che l'annullamento della clausola del bando contestata in via incidentale non determina il travolgimento dell'intera procedura ma, piuttosto, elimina ogni dubbio in ordine alla legittimità della riammissione – disposta dall'Amministrazione - delle imprese in precedenza escluse perchè associate con professionisti non in possesso del requisito di partecipazione.

Il mezzo è fondato.

Come è noto, il ricorso incidentale è strumento posto dagli artt. 37 T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 e 37 L. 6 dicembre 1971 n. 1034 a disposizione del controinteressato intimato per impugnare un provvedimento amministrativo in parte e per motivi diversi da quelli adottati dal ricorrente, allo scopo di paralizzare l'azione proposta da quest'ultimo e di ottenere che, nel caso di eventuale fondatezza della sua istanza, il provvedimento

impugnato in via principale venga nel contempo sindacato sotto altri profili, favorevoli allo stesso controinteressato, sì da portare alla finale salvezza del suo contenuto essenziale ovvero al suo rinnovo in senso per lui egualmente vantaggioso.

In sostanza, il ricorso incidentale consente al controinteressato di proporre formale impugnazione - sempre di carattere condizionato, proprio per la sua intrinseca natura - contro lo stesso provvedimento oggetto dell' impugnazione principale, od altro strettamente connesso, per far valere contro quest'ultimo un vizio diverso da quelli dedotti dal ricorrente e tale da condurre, ove accolto, all'annullamento dell' atto a favore del ricorrente incidentale nonchè, normalmente, alla sopravvenuta carenza di interesse in capo al ricorrente principale.

Come evidenziato in giurisprudenza, il vincolo dell' interesse ad agire nel ricorso incidentale si scompone in due elementi, l'uno di carattere negativo (consistente nell'assenza di una lesione attuale che si sarebbe dovuta far valere in via principale) e l'altro di carattere positivo (concernente la lesione virtuale derivante dall'accoglimento del ricorso principale).

Sotto il primo profilo, presupposto di ammissibilità dell'ampliamento del thema decidendum derivante dalla proposizione del gravame incidentale è la circostanza - sussistente nella fattispecie - che l' interesse all' impugnazione del medesimo o di diverso atto nasca in occasione e per effetto dell'impugnazione in via principale ed in funzione solo di questa, giacché diversamente verrebbe ad essere elusa la perentorietà dei termini fissati dalla legge per la verifica di legittimità dei provvedimenti amministrativi.(cfr. VI Sez. 14.12.2004 n. 8051).

Per quanto riguarda l'interesse positivo, nel giudizio davanti al Giudice amministrativo, il ricorso incidentale può essere esperito soltanto da colui che avendo ricevuto un vantaggio dal provvedimento impugnato, posseda un interesse qualificato alla conservazione di tale vantaggio e tenda, attraverso l'inserimento nel giudizio di un thema decidendum accessorio, ma non autonomo, rispetto a quello proprio del ricorso

principale, ad eliminare ogni possibilità di accoglimento di quest'ultimo, prospettando una ragione ostativa alla positiva definizione delle censure con esso svolte.

Applicando il criterio interpretativo ora richiamato al caso in esame deve ritenersi che la ricorrente incidentale avesse un interesse concreto e qualificato all'accoglimento del ricorso da essa proposto, in quanto la eliminazione della clausola in controversia le avrebbe in sostanza consentito di mantenere, senza possibilità di contestazioni, l'aggiudicazione già conseguita.

Ed infatti, in aderenza al canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici e alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio del procedimento, l'annullamento della clausola del bando non imponeva nel caso in esame la rinnovazione integrale della procedura, limitandosi invece ad influire sulla legittimità della esclusione delle imprese prive del requisito.

Nè, come ritenuto dal TAR, può sostenersi che per effetto della conseguente riammissione si sarebbe determinata una alterazione della parità di condizione fra i partecipanti alla gara, essendo acquisito che nelle procedure di aggiudicazione « automatiche » dei contratti della Pubblica amministrazione, l'accertamento dei vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti non comporta la necessità di rinnovare la procedura sin dal momento della presentazione delle offerte, perché il criterio oggettivo e vincolato dell'aggiudicazione priva di qualsiasi rilevanza l'intervenuta conoscenza, da parte del seggio di gara, dei contenuti delle altre offerte già ammesse (cfr. V Sez. 21.1.2002 n. 340).

Il ricorso incidentale di primo grado era dunque ammissibile, diversamente da come ritenuto dal Tribunale.

Con il secondo motivo, che reitera la censura appunto versata in via incidentale e non esaminata nel merito in prime cure, l'appellante torna a dedurre l'illegittimità della clausola del bando che imponeva a pena di esclusione il possesso, da parte dei professionisti associati, della certificazione di qualità.

Il mezzo non può trovare accoglimento, il che comporta l'infondatezza nel merito del gravame incidentale.

Al riguardo si ricorda che quello in controversia è pacificamente un appalto integrato, comprensivo cioè sia dell'attività di progettazione che di quella di esecuzione, al quale – ai sensi del bando – potevano partecipare, oltre alle imprese in possesso di attestazione SOA per prestazioni di progettazione e costruzione, anche le imprese in possesso di attestazione SOA per sola costruzione purchè associate con professionista qualificato.

Per quanto riguarda tale tipologia di appalto, l'art. 19 c. 1 ter della legge 11.2.1994 n. 109 – nel testo modificato dalla legge 1.8.2002 n. 166 - prevede che l'appaltatore che partecipa ad un appalto integrato deve possedere i requisiti progettuali previsti dal bando o deve avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente associato; il bando indica l'ammontare delle spese di progettazione esecutiva comprese nell'importo a base di appalto ed i requisiti richiesti al progettista, in conformità a quanto richiesto dalla normativa in materia di gare di progettazione”.

Tale normativa nel caso di specie – tenuto conto dell'importo effettivo delle spese di progettazione – si rinviene nell'art. 17 della stessa legge quadro il quale, prevedendo al comma 12 che l'affidamento dell'incarico della progettazione di importo stimato inferiore a 100.000 euro avvenga nel rispetto nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, lascia in sostanza ampia discrezionalità alla Stazione appaltante in ordine ai criteri ed ai requisiti sulla base dei quali individuare il professionista.

Diversamente da come sostiene la ricorrente, non rileva ai fini in controversia la diversa e vincolante disciplina di qualificazione desumibile dal combinato disposto dell'art. 4 e dell'Allegato C al D.P.R. 25.1.2000 n. 34 la quale – nelle scadenze temporali fissate dall'Allegato B – concerne in realtà le imprese esecutrici qualificate per prestazioni di progettazione e costruzione.

Ne consegue che, come del resto già chiarito dalla sentenza impugnata, la clausola in contestazione da un lato non urta contro alcuna preclusione direttamente derivante dalla normativa primaria e secondaria applicabile, dall'altro risulta il frutto di una scelta discrezionale dell'Amministrazione ragionevolmente volta a garantire l'adeguata capacità tecnico professionale dei progettisti.

Con il terzo motivo l'appellante deduce che ha errato il Tribunale nell'accogliere il ricorso principale proposto dal Consorzio, in quanto l'Amministrazione – una volta avvedutasi dell'illegittimità della clausola o comunque degli effetti esasperatamente restrittivi derivanti dalla stessa – ben poteva intervenire in autotutela al fine di garantire, mediante la riammissione delle imprese escluse, la più ampia partecipazione alla gara.

Il mezzo non ha fondamento.

Al riguardo si premette che la sentenza impugnata ha accertato – con statuizione non gravata e quindi coperta da giudicato – che l'Amministrazione della Difesa è successivamente intervenuta in autotutela con avvisi di rettifica volti all'eliminazione della clausola de qua, che si riferiscono però ad altre procedure e non riguardano quindi il bando della gara per cui è controversia, nell'ambito della quale il termine per la presentazione delle offerte era del resto già decorso.

Tanto chiarito in termini fattuali, risulta evidente che nell'espletamento della procedura selettiva l'Amministrazione si è limitata a non tenere conto di una clausola tassativa contenuta nel bando, al fine – evidenziato nelle memorie versate dall'Avvocatura in primo grado – di non restringere la platea dei concorrenti e di ovviare ad ipotizzabili sperequazioni.

Al riguardo si osserva che, per giurisprudenza consolidata, nel caso in cui nel bando della gara d'appalto, o in altri atti regolatori del procedimento, la Pubblica amministrazione abbia prescritto la produzione di una certa documentazione a pena di

esclusione, essa non conserva alcun margine di discrezionalità in ordine alla necessità di esibire i documenti pretesi, ostandovi il principio di tutela della par condicio, né può disapplicare la disposizione specificamente data salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (ex multis V Sez. 8.4.2003 n. 1856).

In sostanza, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara d'appalto esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina di gara, con la conseguenza che qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, senza alcuna possibilità di valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*.

Quanto all'interesse pubblico a favorire una partecipazione alla gara più ampia possibile, esso – già in linea di principio - costituisce un

utile criterio ermeneutico solo nei casi di clausole di tenore incerto o ambiguo, ma non consente di eludere l'applicazione di prescrizioni dei bandi di gara o delle lettere di invito dal contenuto chiaro e preciso (cfr. V sez. 17.2.2003 n. 831) come quella qui in contestazione.

D'altro canto, sul piano empirico, appare anche evidente che la scelta operata dall'Amministrazione da un lato non ha comportato quel reale ampliamento del novero delle imprese partecipanti che si sarebbe potuto invece ottenere mediante la riapertura dei termini e la rinnovazione della procedura; dall'altro ha introdotto, come precisamente rilevato nella sentenza impugnata, una indubbia penalizzazione in danno di quelle

imprese offerenti che avevano curato di associarsi, in aderenza a quanto prescritto dal bando, con professionisti particolarmente qualificati.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello va pertanto respinto e la sentenza impugnata va confermata, sia pure con diversa motivazione.

Le spese di questo grado del giudizio sono compensate, ricorrendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata con diversa motivazione.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 7 Giugno

2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Paolo SALVATORE	Presidente
Filippo PATRONI GRIFFI	Consigliere
Dedi RULLI	Consigliere
Antonino ANASTASI	Consigliere, est.
Aldo SCOLA	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonino Anastasi

Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

9 novembre 2005

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Antonio Serrao

