



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 871 del 2011, proposto da:
Edilcostruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Quinto e Luigi Quinto, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Lecce, via Garibaldi, 43;

contro

Comune di Botrugno, non costituito;

nei confronti di

Stradale Salentina Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella Cezzi De Giorgi, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Lecce, via G. Paladini, 50;

per l'annullamento

- della determinazione n. 31 del 12 aprile 2011 Reg. Gen. 106/2011, con cui il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Botrugno ha aggiudicato in via definitiva alla ditta Stradale Salentina i lavori per la realizzazione di sistemi di collettamento differenziati per le acque piovane e adeguamento scarichi finali;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresi, per quanto di interesse, i verbali di gara;
- degli atti successivi, ivi compreso il contratto di appalto ove eventualmente sottoscritto, e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dalla Stradale Salentina Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2011 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti l'avv. Luigi Quinto per la ricorrente e l'avv. Accettura, in sostituzione dell'avv. De Giorgi Cezzi, per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente, seconda classificata, impugna l'aggiudicazione dei lavori per la realizzazione dei sistemi di collettamento per le acque piovane e per l'adeguamento degli scarichi finali effettuata dal Comune di Botrugno in favore della controinteressata, Stradale Salentina srl.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

- a) violazione e falsa applicazione della "lex specialis" di gara e dell'art. 16 del R.D. 11 febbraio 1929 in materia di competenza professionale del geometra;
- b) violazione e falsa applicazione della "lex specialis" di gara sotto il profilo dell'irrealizzabilità e del carattere peggiorativo dell'offerta tecnica.

III. Si è costituita la società aggiudicataria, controinteressata, interponendo, altresì, ricorso incidentale e concludendo per l'inammissibilità o il rigetto del ricorso principale.

IV. Alla udienza pubblica del 13 ottobre 2011 fissata per la trattazione la causa è stata trattenuta per la decisione.

V. In aderenza all'indirizzo da ultimo espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 4/2011), il Collegio ritiene di dovere esaminare, prioritariamente, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata nella parte in cui risulta diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale mediante la censura della illegittimità della sua ammissione alla procedura di gara.

Come specificato dal Supremo Collegio, "il giudice ha il dovere di decidere la controversia secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione". Ciò posto, "qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente". Ne consegue, infatti, che, "la definitiva esclusione o l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva".

V.1. – Con il primo e il secondo motivo di ricorso incidentale la parte lamenta:

a) la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 11, 76 e 83 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990, del disciplinare di gara (I e II parte) nonché dei principi generali in materia di appalti con particolare riferimento ai principi di unicità dell'offerta e di tutela della "par condicio" tra i concorrenti;

b) l'eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, contraddittorietà e illogicità manifesta, falsa presupposizione in fatto ed in diritto.

V.2. Il ricorso incidentale è fondato nei termini di seguito esposti.

V.2.1. La ricorrente principale doveva essere esclusa per avere presentato un'offerta plurima, irregolare e incompleta, come tale non ammissibile secondo il disposto della lex di gara.

In particolare, il disciplinare di gara testualmente recita:

a) "Il concorrente dovrà presentare una sola offerta, non essendo ammesse offerte plurime" (Parte II, "Criteri di aggiudicazione – Modalità e procedura di gara")

b) "Si procederà all'esclusione dalla gara nel caso dovesse mancare e risultare incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti o l'offerta"(Parte I, punto 3), relativo all'"Inoltro del plico contenente l'offerta").

Ora, con riferimento ai miglioramenti proposti dalla ricorrente principale, procedendo ad un raffronto tra la Tav. A 1.1. (contenente una sintetica relazione) e le ulteriori Tavole allegate (contenenti sia l'elaborazione grafica che una specifica descrizione degli interventi singolarmente proposti: A 1.2., A 1.3.), alle quali la prima rinvia, in dettaglio, emergono sensibili scostamenti in ordine ai dati e alle misurazioni riportate, tanto da non rendere chiaramente intellegibile l'oggetto della proposta.

Nello specifico:

A) quanto all'estensione della rete di fognatura pluviale, nella relazione (Tav. A 1.1) la miglioria concerne un totale di m. 1.080,00, mentre nelle tavole progettuali la condotta prevista in ampliamento riporta una diversa lunghezza, per un totale, inferiore, di m. 844. In particolare, per via Veneto, si offrono, nella relazione (Tav. A 1.1), m. 110, nella tavola progettuale (A 1.4) m. 140; per via f.lli Bandiera, si prevede, nella relazione (Tav. A 1.1) un ampliamento della condotta pari a m. 256, mentre nella tavola progettuale (A 1.3) l'estensione progettata è pari a m. 250; per

via Marconi, nella relazione (Tav. A 1.1) si offrono in estensione m. 260 di nuova tubazione, mentre nella tavola progettuale da ultimo richiamata (A 1.3) si propone di creare un nuovo collegamento del tratto di via Marconi (indicato in legenda come già tratto esistente: colore magenta) con il nuovo collettore di progetto (colore verde). Secondo il progetto oggetto di gara, tale tratto rimarrebbe isolato data la dismissione del collettore in via N. Sauro. Tuttavia non appare chiaro e di univoca lettura, quanto alle modalità operative:

- a) se la proposta inversione della pendenza del collettore di via N. Sauro (da dismettere, secondo il progetto di gara), ne comporti anche la sostituzione con nuova tubatura (m. 147), non essendo tale tratto poi elencato, in dettaglio, tra quelli oggetto dell'intervento (relazione: Tav. A 1.1);
- b) se l'attuale tratto di via Marconi verrà smontato, lasciando, invece, aperta la soluzione alternativa ("eventualmente smontando il tratto esistente");
- c) se vi sarà, comunque, indipendentemente da tale circostanza, per via Marconi, l'apposizione di nuova tubatura, non facendosi più riferimento certo, nella descrizione dell'intervento proposto e in legenda, alla realizzazione, in tale sede, di nuovi tratti di fognature.

D'altro canto, a conferma dell'incertezza che permane sugli interventi da eseguire su via Marconi, osserva correttamente parte ricorrente incidentale che mentre nella relazione (Tav. A 1.1) si propone l'insediamento di n. 6 pozzetti, nella tavola di progetto (Tav. A 1.3) tali pozzetti sono graficamente raffigurati come esistenti (vedasi legenda) e meramente da collegare al collettore di progetto.

Né vale a sanare tale incertezza il fatto che nel verbale di gara n. 4 del 17 settembre 2010, la Commissione giudicatrice abbia descritto l'intervento proposto nei seguenti termini “- tronco aggiuntivo per il tratto di via Marconi fino all'incrocio con via Bolzano ...; - Eventuale smontaggio del tronco di via Marconi per il collegamento con il nuovo tronco proposto su via N. Sauro”.

B) Quanto al numero delle caditoie per via Marconi, mentre nella relazione (Tav. A 1.1) sono previste n. 14 caditoie, nella tavola progettuale (A1.3.) si afferma espressamente, in seno alla descrizione dell'intervento, che "verranno conservate quelle esistenti". In aggiunta, nelle memorie successivamente depositate da parte ricorrente incidentale si sottolinea che anche per la via F.lli Bandiera l'elencazione delle caditoie offerte in relazione (n. 32) e nella descrizione dell'intervento contenuta nella tavola A1.3 (n. 34) risulta difforme.

C) Con riferimento al diametro delle tubazioni per l'intervento in via Madonna della Serra e via U. Giordano, nella relazione tecnica (Tav. A 1.1) la ricorrente principale ha indicato che tutte le tubazioni offerte in miglioria sono di forma circolare e hanno il diametro di mm. 400, mentre nella tavola progettuale (A 1.2), è proposta una tubazione "con diametro pari quello esistente", ovvero, secondo la perizia di parte, di formato scatolare di sezione mm. 600 x 600.

V.2.2. Al riguardo, non appare, inoltre, ultroneo precisare che, secondo autorevole giurisprudenza, dal quale questo Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, in materia di appalti pubblici il principio della unicità dell'offerta -che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta-, risponde non solo alla necessità di garantire l'effettiva "par condicio" dei concorrenti, ma soprattutto a quella di far emergere la migliore offerta nella gara. In particolare, "la necessità di presentare, in sede di pubbliche gare, una sola offerta con un'unica soluzione tecnica ed un unico prezzo ed il fatto che l'Amministrazione sia tenuta a valutare solo proposte così formulate risponde, da un lato, al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa e, dall'altro, all'esigenza di rispettare il principio di imparzialità, poiché la presentazione di più di un'offerta da parte di uno dei concorrenti, attribuendo allo stesso maggiori possibilità di conseguire l'aggiudicazione

dell'appalto attraverso la presentazione di diverse proposte, finirebbe per ledere la par condicio fra i concorrenti (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 8 luglio 2009, n. 6681).

V.2.3. Vi è da aggiungere, altresì, che “la violazione di siffatto principio non può ritenersi sanata dalla circostanza che, in presenza di due diverse proposte contenute nella medesima offerta, la stessa sia stata ricondotta ad unicità dalla commissione disponendo l'esclusione di una delle soluzioni proposte, risolvendosi in tale ipotesi il rispetto della “par condicio” a circostanza meramente eventuale discendente dall'operato della commissione, laddove la “par condicio” va assicurata a monte attraverso l'esclusione della stessa possibilità di presentazione di duplici offerte o di plurime proposte nell'ambito della medesima offerta, la cui inammissibilità non può che condurre alla esclusione del concorrente che le ha formulate dalla gara” (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 8 luglio 2009, n. 6681).

VI. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso incidentale deve essere accolto e dichiarato inammissibile il ricorso principale per carenza di legittimazione.

VII. Attesa la complessità delle questioni affrontate, sussistono ragioni di equità per compensare tra le parti le spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie il ricorso incidentale;
- b) dichiara inammissibile il ricorso principale.

Compensa tra le parti le spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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