

N. 02572/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01126/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1126 del 2014, proposto da: Geomar Lavori Edili e di Restauro di Musumeci Maria Pia, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriella Caudullo e Benedetta Caruso, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Catania, viale Raffaello Sanzio, n. 60;

contro

Istituto Comprensivo L. Capuana di Giarratana, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Catania, via Vecchia Ognina, n. 149;

nei confronti di

Renova Restauri S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Mania, con domicilio eletto presso Giovanni Mania in Catania, Corso Italia, n. 46;

per l'annullamento

-)del verbale di gara del 18-3-2014, nella parte in cui esclude dalla gara indetta per l'affidamento dei "lavori di manutenzione delle infrastrutture della palestra del plesso Scuola Secondaria I grado di Via Mercato", la Geomar Lavori Edili e di Restauro di Musumeci Maria Pia, nonché altre imprese partecipanti;

-)del verbale del 20-3-2014, nella parte in cui aggiudica provvisoriamente la gara alla Renova Restauri s.r.l.;

-)della nota prot. n° 1764/A15c del 4-4-2014, trasmessa il 5 aprile 2014, di rigetto dell'informativa dell'intento di proporre ricorso;

-)del provvedimento di aggiudicazione definitiva, mai comunicato ed allo stato sconosciuto;

-)ove occorra, del bando e del disciplinare di gara;

-)di ogni altro provvedimento antecedente o successivo, comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Comprensivo L. Capuana di Giarratana e di Renova Restauri S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Renova Restauri S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Mania, con domicilio eletto presso Giovanni Mania in Catania, Corso Italia, n. 46;

Vista l'ordinanza n.365 del 16 maggio 2014 con la quale è stata respinta la domanda cautelare di sospensiva.

Vista l'ordinanza del C.G.A. n. 342 del 20 giugno 2014 che ha respinto l'appello.

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2014 il dott. Cosimo Di Paola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.La ditta Geomar Lavori Edili e di Restauro di Musumeci Maria Pia è stata esclusa dalla gara di appalto suindicata, unitamente ad altri 14 concorrenti, con provvedimento (così motivato: “dagli atti ufficiali della stazione appaltante non risulta assolto l'obbligo del **sopralluogo** così come previsto al punto 2.2 b.6 del disciplinare di gara allegato al bando prot. n. 929/A15c”) che ha impugnato col ricorso in epigrafe, ritualmente notificato e depositato, unitamente agli altri atti ivi indicati, deducendo i motivi seguenti.

1) Violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara, violazione dell'articolo 106, comma 2, del decreto legislativo 207/2010, violazione dell'articolo 46 comma uno bis del decreto legislativo 163/2006, violazione del principio del favor participationis.

2) Violazione della lettera di invito, violazione del principio dell'affidamento e del favor participationis.

3) Violazione dell'articolo 46, comma 1 bis, del decreto legislativo 163/2006, violazione del principio di massima partecipazione.

4) Violazione dell'articolo 46, comma 1, del d.p.r. 445/2000, difetto di istruttoria, violazione del principio di massima partecipazione.

5) Sulla illegittimità del provvedimento di rigetto dell'informativa dell'intento di proporre ricorso adottato con nota prot. n. 1764/A15c del 4 aprile 2014: violazione e falsa applicazione del bando e

del disciplinare di gara, violazione dell'articolo 106, comma 2, del decreto legislativo 207/2010, violazione dell'articolo 46, comma 1 bis, del decreto legislativo 163/2006, violazione del principio del favor participationis, violazione del principio dell'affidamento. Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà e della illogicità.

2. La ricorrente ha pure chiesto il risarcimento del danno, in via subordinata, per l'ipotesi in cui non riuscisse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

3. Si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato per l'Istituto scolastico intimato, con memoria depositata il 12 maggio 2014 con la quale ha contestato la fondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto, nella considerazione, essenzialmente, che la ditta ricorrente non avrebbe effettivamente eseguito il **sopralluogo**.

4. La Renova Restari s.r.l ha proposto controricorso, depositato il 7 maggio 2014, col quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse ed ha contestato le censure esposte in ricorso, proponendo, contestualmente, ricorso incidentale, col quale ha dedotto i motivi seguenti.

1) Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, con particolare riferimento al paragrafo 1 del disciplinare di gara. Violazione della regola della par condicio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria di motivazione.

2) Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, con particolare riferimento al paragrafo 1 punto 3 del disciplinare di gara. Violazione della regola della par condicio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

3) Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, con particolare riferimento all'articolo 9 del bando, nonché del decreto del Ministro delle attività produttive del 12 marzo 2004, dell'articolo 75 del decreto legislativo 163/2006, degli articoli 21, 22 e 23 del D.Lgs. 82 del 2005 e dell'articolo 19 del T.U. 345/2000. Violazione della regola della par condicio. Eccesso di potere per difetto di motivazione.

Con memoria depositata il 13 maggio 2014 la ricorrente ha replicato alle eccezioni e difese avversarie ed ha contestato quanto dedotto con il ricorso incidentale.

Con ordinanza n.365 del 16 maggio 2014 è stata respinta la domanda cautelare di sospensiva.

Il C.G.A. con ordinanza 342 del 20 giugno 2014 ha respinto l'appello.

5. Con memoria depositata il 30 giugno 2014, notificata alle controparti il 20/6/2014, la ricorrente, premesse le censure già dedotte col ricorso introduttivo, ha censurato, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione, frattanto disposta con determina dirigenziale n. 10 del 20 maggio 2014, ed ha quindi insistito per l'accoglimento del ricorso.

6. La ditta contro interessata ha depositato memoria difensiva il 25 luglio 2014 con la quale ha contestato la fondatezza delle censure avversarie, ha insistito per l'accoglimento del ricorso incidentale ed ha anche chiesto, oltre alla condanna alle spese di giudizio, il rimborso di quanto versato a titolo di contributo unificato per la proposizione del ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza del 25 settembre 2014 le parti hanno riassunto le rispettive tesi e quindi il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1. I motivi del ricorso principale non possono condividersi, per le considerazioni che seguono.

(1° motivo)

Si sostiene che la ricorrente avrebbe puntualmente osservato le disposizioni del bando e del disciplinare di gara, riguardanti l'obbligo di effettuazione del **sopralluogo**, per cui sarebbe illegittima la sua esclusione dalla gara, disposta unitamente ad altri 14 concorrenti, per la medesima ragione, cioè in quanto: “ dagli atti ufficiali della stazione appaltante non risulta assolto l'obbligo del **sopralluogo** così come previsto al punto 2.2 b.6 del disciplinare di gara allegato al bando prot. n. 929/A15c ”.

Si invoca in particolare il modello allegato al bando di gara punto 4. G) che prevedeva l'obbligo di dichiarare : “ai sensi dell'articolo 106, comma 2, del d.p.r. 207/2010 attesta di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa ed il computo metrico estimativo, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di avere verificato le capacità di disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie....”

Sia la ricorrente che le altre 14 imprese, poi escluse, avrebbero reso detta dichiarazione, utilizzando il modello all'uopo predisposto dalla stazione appaltante, così come suggerito dal punto 6) del disciplinare di gara secondo cui: “ è preferibile l'uso dei modelli allegati al bando”. E siccome nessuna ulteriore prescrizione era imposta dal disciplinare di gara “le imprese erano libere di effettuare il **sopralluogo** senza preventivi accordi e/o appuntamenti con personale dell'istituto scolastico e senza richiedere la verbalizzazione all'attestazione dell'avvenuto **sopralluogo**” (pag. 4 ricorso).

Nè un tale obbligo -si afferma ancora- sarebbe previsto dalla normativa vigente (art. 106 comma 2 del d.p.r. 207/2010 secondo cui l'offerta di gara deve essere accompagnata da una dichiarazione con la quale i concorrenti attestano, tra l'altro, “di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso ... “) “senza prevedere alcun obbligo di far verbalizzare l'avvenuto **sopralluogo**” (pag. 5 ricorso).

Di ciò sarebbero stati consapevoli:

a) lo stesso dirigente scolastico, che con nota prot. n. 1764/A15c del 4 aprile 2014 avrebbe rilevato “vero è che il bando non prevedeva specifiche modalità di effettuazione del **sopralluogo** né prevedeva alcun obbligo di far verbalizzare l'avvenuto **sopralluogo**” ;

b) la stessa commissione di gara che ha disposto l'esclusione non per mancanza di **sopralluogo** ma solo perché “dagli atti ufficiali della stazione appaltante non risulta assolto l'obbligo del **sopralluogo** così come previsto al punto 2.2. b.6 “.

In assenza, pertanto, di alcuna prescrizione in merito a come e quando il **sopralluogo** dovesse essere effettuato la dichiarazione resa dalle imprese concorrenti dovrebbe ritenersi autosufficiente ad assolvere alla funzione propria del **sopralluogo**, che è quella di garantire l'amministrazione dall'eventuale contestazione afferente allo stato dei luoghi; e ciò, a prescindere dalle modalità con

cui esso è stato effettuato (pagg. 5-6 ricorso).

Ritiene per converso il collegio che non possa condividersi l'assunto della ricorrente, alla stregua, in sintesi, di quanto già osservato nel respingere la domanda cautelare, con le considerazioni seguenti:

-) la ricorrente ha soltanto dichiarato di avere assolto all'obbligo del **sopralluogo**, senza tuttavia provarlo, come previsto dal disciplinare di gara al punto 2.2 b.6), mediante "atti ufficiali della stazione appaltante";

-) tale omissione comporta -come ha evidenziato il Rup, nell'esitare l'informativa di ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. 163/06 -la carenza di un elemento essenziale dell'offerta, dal momento che il **sopralluogo** è finalizzato a consentire "consapevoli determinazioni in ordine alla misura del prezzo, per ridurre, pertanto, al minimo le possibilità di modifiche contrattuali";

-) la prova dell'avvenuto **sopralluogo** si rendeva vie più necessaria, nella fattispecie in esame, trattandosi di eseguire lavori di manutenzione delle infrastrutture di una palestra in un plesso scolastico i cui locali non sono liberamente accessibili, sicché l'effettuazione del **sopralluogo** necessitava della cooperazione dell'amministrazione precedente;

-) a tale riguardo, l'affermazione dei difensori della ricorrente, in camera di consiglio, sui possibili modi per la ditta di effettuare, comunque, il **sopralluogo** nella palestra, risulta essere, all'evidenza, solo un mero proposito, non realizzato e non dimostrato.

Va osservato che, su tale decisivo punto il C.G.A., con l'ordinanza n. 342/2014 che ha respinto l'appello avverso detta decisione cautelare, ha ritenuto: "che la questione relativa alla portata da attribuirsi alla disposizione della non chiaramente formulata *lex specialis* richiede l'approfondimento nella sede di merito...", ma la questione medesima può agevolmente risolversi mediante la lettura combinata del punto 4.G) del modello di autocertificazione allegato al bando e del punto 2.2) b.6. del disciplinare di gara.

Ed infatti, la prima disposizione – riportata al punto 4.G) del "modello" - invocata dalla ricorrente, prescrive che debba essere resa una attestazione, ai sensi dell'articolo 106, comma 2, del d.p.r. 207/2010, che asseveri, tra l'altro, "di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori".

Orbene, al fine di dare concretezza a tale prescrizione che, altrimenti si risolverebbe nell'adempimento di un mero obbligo formale(in pratica in una mera formula di stile) a fronte di un aspetto essenziale dell'offerta, si deve tenere conto della correlata disposizione del disciplinare (punto 2.2) b.6 in virtù della quale l'obbligo del **sopralluogo** deve risultare dagli atti ufficiali della stazione appaltante.

Deve poi sottolinearsi che lo stesso modello di autocertificazione allegato al bando, del quale si fa scudo la ricorrente per sostenere di essersi scrupolosamente attenuta alle previsioni in esso contenute e che quindi non era tenuta ad altri obblighi, nel frontespizio reca un'avvertenza, evidenziata da apposito riquadro, che merita di essere riportata per intero:

"il presente modello è stato predisposto per agevolare i concorrenti nella formulazione della domanda di partecipazione alla gara.

L'utilizzo del modello è consigliabile al fine di evitare eventuali errori o omissioni nelle dichiarazioni che il concorrente è tenuto a produrre, tuttavia non è obbligatorio.

La predeterminazione dei contenuti delle dichiarazioni non esime il partecipante dalla responsabilità di quanto dichiarato; inoltre il concorrente è tenuto alla verifica della corrispondenza del modello alle prescrizioni del bando e del disciplinare di gara.”

Risulta, dunque, ulteriormente chiaro che i partecipanti non dovessero tenere presente, esclusivamente, il “ modello “ di dichiarazione, bensì fossero tenuti – com’è peraltro logico – ad osservare ogni prescrizione del bando e del disciplinare di gara che, quanto al **sopralluogo**, non richiedevano solo una formale dichiarazione ma altresì di effettuarlo realmente, con modalità verificabili da atti ufficiali di gara.

(2° motivo)

Si sostiene che l’impugnata esclusione dalla gara sarebbe illegittima anche per la violazione del principio dell’affidamento e del favor participationis, richiamandosi la giurisprudenza formata su fattispecie analoghe, in quanto-come già in precedenza dedotto-“né il bando né il disciplinare di gara prevedevano l’obbligo di effettuare il **sopralluogo** previo appuntamento concordato con personale incaricato e di far verbalizzare e/o attestare dallo stesso personale l’effettuazione del **sopralluogo**; il disciplinare di gara si limitava a prevedere che la commissione di gara, in sede di verifica della documentazione prodotta dalle imprese, verificasse altresì che “dagli atti ufficiali della stazione appaltante risulta assolto l’obbligo del **sopralluogo** previsto al punto 6.1. del bando di gara (anche soprattutto alla luce del fatto che il punto 6.1. del bando di gara cui essa rinvia, non prevede niente sul **sopralluogo**)”.

La censura va disattesa sulla base delle stesse considerazioni svolte con riferimento al primo motivo, dal momento che si è sopra dimostrato che sussisteva a carico dei concorrenti alla gara il preciso obbligo, previsto dal disciplinare di gara, non soltanto formale di attestazione dell’avvenuto **sopralluogo**, bensì di dimostrazione di averlo effettivamente seguito, mediante atti ufficiali della stazione appaltante, com’è avvenuto “per tutte le altre 35 imprese partecipanti alla gara, il cui accesso nei locali (della palestra- n.d.r.) ...è stato regolarmente certificato”, secondo l’affermazione della contro interessata (v. pag. 6 del controricorso) peraltro rimasta incontestata. E, di conseguenza, nessun affidamento poteva insorgere in capo alla ricorrente né degli altri concorrenti poi esclusi, per il fatto di essersi adeguati, pedissequamente ed unicamente al modello di autodichiarazione allegato al bando, senza tenere conto delle ulteriori prescrizioni del disciplinare di gara.

(3° motivo)

L’esclusione dalla gara della ricorrente sarebbe altresì illegittima sotto il profilo della violazione dell’articolo 46 comma 1 bis del D.Lgs. 163/2006 ai sensi del quale l’esclusione può conseguire soltanto ad una situazione di “... Incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”.

Pure tale censura è priva di giuridico pregio in quanto è indubbio che l’effettuazione del **sopralluogo** è un adempimento funzionale alla conoscenza dei luoghi che il partecipante acquisisce al fine della successiva presentazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa (Consiglio di Stato sez. IV 17 febbraio 2014 n. 744).

E che, di conseguenza, l’omessa effettuazione del **sopralluogo** nei luoghi dell’appalto (adempimento previsto dall’art. 106 comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010), ed imposto dalla "lex specialis" di gara,

giustifica l'esclusione dalla gara del concorrente (T.A.R. Roma –Lazio- sez. III, 30 dicembre 2013 n.11177).

(4° motivo)

Si deduce che il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo, sotto un diverso ed ulteriore profilo, in quanto la carenza riscontrata dalla commissione di gara sarebbe tutt'al più di natura squisitamente formale e dunque, ai sensi dell'articolo 46, comma 1 del D.lgs. 163/2006, sia la ricorrente che le altre 14 imprese, avrebbero dovuto, semmai, essere ammesse ad integrare il contenuto della dichiarazione resa in sede di partecipazione alla gara.

La doglianza non coglie chiaramente nel segno, in quanto qui non si verte in tema di regolarizzazione di dichiarazione incompleta, che anzi è stata resa, bensì di un inadempimento di natura fattuale e sostanziale, cioè della mancata effettuazione del **sopralluogo** nella palestra dell'Istituto scolastico, nel quale dovevano effettuarsi i lavori di manutenzione oggetto dell'appalto.

(5° motivo)

La censura è diretta avverso il provvedimento di rigetto dell'informativa dell'intento di proporre ricorso per cui è inammissibile per difetto di interesse, una volta acclarata la legittimità della provvedimento di esclusione dalla gara impugnato ed è comunque infondata, alla stregua delle argomentazioni sopra svolte.

2. In conclusione il ricorso principale è infondato e va pertanto respinto; di conseguenza il ricorso incidentale deve dichiararsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

3. Si ravvisano valide ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

Rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

.

Cosimo Di Paola, Presidente, Estensore

Francesco Brugaletta, Consigliere

Francesco Bruno, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **02/10/2014**

IL SEGRETARIO

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