

N. 00148/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00460/2015 REG.RIC.



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

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 460 del 2015, proposto dalla ditta individuale Geom. Curci Vincenzo, rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Tarantini, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Paolo Di Modugno in Bari, via Maggiore Turitto, 3;

contro

Istituto Comprensivo Statale 4° Circolo Didattico "A. Mariano" - S.M. "E. Fermi" di Andria, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

Co.Gen. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò Mastropasqua, con domicilio eletto presso l'avv. Piero Lorusso in Bari, via P. Amedeo, 234;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale n. 7951B28 del 27.2.2015 a firma del Dirigente Scolastico, notificata alla ricorrente a mezzo posta elettronica certificata in data 2.3.2015, avente per oggetto “aggiudicazione definitiva - lavori di riqualificazione degli Edifici Scolastici Pubblici in relazione all’efficienza energetica, alla messa a norma degli impianti, nell’abbattimento della barriere architettoniche, alla dotazione di impianti sportivi e al miglioramento dell’attività degli spazi presso l’Istituto comprensivo statale - 4° C.D. “A. Mariano” - S.M. “E. Fermi” - via Malpighi n. 23 - Andria” recante aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Co.Gen. s.r.l.;
- della determinazione dirigenziale n. 1256/B28 del 31.3.2015 a firma del Dirigente Scolastico, notificata alla ricorrente a mezzo posta elettronica certificata in data 1.4.2015 e recante la declaratoria di efficacia dell’aggiudicazione definitiva;
- della determina dirigenziale del 2.3.2015 recante prot. n. 829/B2813 avente ad oggetto l’integrazione della determina di aggiudicazione definitiva e recante, in particolare, l’approvazione di tutti i verbali di gara;
- della determina di aggiudicazione provvisoria e di tutti gli atti del procedimento ove lesivi ed, in particolare, nei limiti di interesse del ricorrente, dei verbali di gara datati 12, 14, 15, 19 e 30 gennaio 2015 nonché 18 febbraio 2015, tutti approvati definitivamente con la determina dirigenziale del 2.3.2015 recante il prot. n. 829/B28b;
- del verbale di gara del 14.1.2015, approvato con determina in data 2.3.2015, nella parte in cui ammette con riserva la ditta Co.Gen s.r.l. nonché del verbale di gara del 19.1.2015, approvato con determina in data 2.3.2015;
- della nota prot. n. 1187/B28b del 26.3.2015;
- in parte qua, ove occorra, del bando di gara e del disciplinare nell’erronea interpretazione conferita dalla stazione appaltante con la nota prot. n. 1187/B28b

del 26.3.2015 (e con i successivi verbali di gara summenzionati), nei limiti indicati in ricorso;

- di ogni altro atto, connesso, presupposto e/o consequenziale a quelli impugnati, ancorché non conosciuto, ivi compresi, ove occorra ed ove lesivi degli interessi della ricorrente, gli atti endoprocedimentali quand'anche non esibiti;

nonché per l'accertamento, ove occorra, del diritto della ditta Geom. Vincenzo Curci ad essere dichiarata aggiudicataria dell'appalto, con stipula del relativo contratto anche solo per l'esecuzione parziale dell'opera (ove già affidati i lavori);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Comprensivo Statale 4° Circolo Didattico "A. Mariano" - S.M. "E. Fermi" e di Co.Gen. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2016 per le parti i difensori avv.ti Giacomo Tarantini, Giuseppe Zuccaro e Nicolò Mastropasqua;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

In data 11.12.2014 l'Istituto Comprensivo Statale IV Circolo Didattico "A. Mariano", S.M. "Enrico Fermi" avviava la gara avente ad oggetto i "lavori di riqualificazione degli edifici scolastici pubblici in relazione all'efficienza energetica, alla messa a norma degli impianti, all'abbattimento delle barriere architettoniche, alla dotazione di impianti sportivi, al miglioramento dell'attività degli spazi (codice CIG 6004030A49) mediante procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio del ribasso percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a) dlgs n. 163/2006.

L'impresa ricorrente ditta individuale Geom. Curci Vincenzo, avendone i requisiti, partecipava alla procedura in esame ed all'esito delle operazioni di gara risultava essere la seconda miglior offerente con un ribasso d'asta del 30,116 %.

La stazione appaltante in data 2.2.2015 aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla prima classificata ditta Co.Gen. s.r.l.

L'odierna ricorrente si classificava seconda all'esito di sorteggio effettuato in data 18.2.2015 (cfr. verbale n. 6) con altra impresa offerente il medesimo ribasso d'asta.

Successivamente, in data 2.3.2015 la stazione appaltante comunicava, giusta determina n. 795/B28b del 27.2.2015, di aver disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società controinteressata Co.Gen s.r.l.

In pari data, giusta determina dirigenziale prot. n. 829/B28b del 2.3.2015, venivano approvati e, poi, pubblicati tutti i verbali di gara.

In data 20.3.2015 la ricorrente formulava istanza di accesso agli atti di gara, lamentando altresì la circostanza che dalla lettura dei verbali sarebbe emerso l'omesso conseguimento, da parte di Co.Gen., dell'attestazione di sopralluogo.

La stazione appaltante rispondeva con nota del 26.3.2015 confermando gli esiti della procedura di gara.

La ditta individuale Geom. Curci Vincenzo con il presente ricorso contestava l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Co.Gen. e tutti gli altri atti in epigrafe indicati.

Invocava, altresì, l'accertamento del proprio diritto ad essere dichiarata aggiudicataria dell'appalto, con stipula del relativo contratto anche solo per l'esecuzione parziale dell'opera (ove già affidati i lavori).

Deduceva censure così sinteticamente riassumibili:

- violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 73, commi 2 e 3 e 74 dlgs n. 163/2006, nonché dell'art. 106, comma 2, d.p.r. n. 207/2010; violazione e falsa applicazione della clausola posta a pena di esclusione sub lett. j), sez. 6, pag. 5

del bando di gara e pag. 2 del disciplinare, nonché dell'autovincolo ivi imposto; violazione e falsa applicazione dei principi generali del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990; difetto di istruttoria e di motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 2 legge n. 241/1990, quale norma illegittimamente richiamata nel verbale di gara del 19.1.2015 per giustificare l'ammissione della controinteressata; violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006, quale norma illegittimamente richiamata a sostegno delle motivazioni della P.A. nella nota prot. n. 1187/B28b del 26.3.2015 per giustificare l'illegittima ammissione in gara della controinteressata; violazione del principio del giusto procedimento e della par condicio fra i concorrenti; eccesso di potere per falsità dei presupposti, illogicità, erroneità e sviamento: la aggiudicataria non avrebbe prodotto l'attestazione di avvenuto sopralluogo rilasciata dalla Amministrazione, né dagli atti di gara risulterebbe il conseguimento, da parte di Co.Gen., della menzionata attestazione di cui alla lett. j), sez. 6, pag. 5 del bando (clausola, che prevede espressamente la produzione, a pena di esclusione, di detto documento); pertanto, Co.Gen., diversamente da quanto sostenuto dalla stazione appaltante a pag. 4 del verbale del 19.1.2015 e nella nota del 26.3.2015, sarebbe dovuta essere esclusa in applicazione di quanto disposto dalla *lex specialis* di gara, non potendosi considerare sufficiente la mera dichiarazione contenuta a pag. 10/14 della domanda di partecipazione della stessa controinteressata in ordine all'effettuazione del sopralluogo ai sensi dell'art. 106, comma 2 d.p.r n. 207/2010; viceversa, nell'ammettere Go.Gen. al prosieguo della gara la stazione appaltante avrebbe violato l'autovincolo che la P.A. si era imposto con la citata clausola del bando di gara; sarebbe, inoltre, fuorviante il richiamo, operato dal verbale del 19.1.2015, all'art. 1, comma 2 legge n. 241/1990, a fronte di un'attestazione mai conseguita e di un sopralluogo mai effettuato, circostanze tali da rendere non

seria l'offerta della controinteressata in quanto formulata senza che il concorrente abbia avuto piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori.

Si costituivano l'Amministrazione e la controinteressata Co.Gen. s.r.l., resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso sia fondato nei limiti di seguito esposti.

Va, infatti, evidenziato che in virtù del punto VI.3, lett. j) - pag. 5 del bando tra le cd. "Informazioni complementari" è espressamente contemplato l'"obbligo di dichiarazione di avere esaminato gli elaborati progettuali, di essersi recati sul luogo, di conoscere e aver verificato tutte le condizioni, ai sensi dell'art. 106, comma 2, d.P.R. n. 207/2010. La visita deve essere effettuata dal legale rappresentante dell'impresa o dal direttore tecnico o da un procuratore o da altro dipendente munito di specifica delega (da consegnarsi al momento del sopralluogo). L'appuntamento può essere fissato telefonando al num. 0883246352. Si invita a formulare la richiesta non oltre 7 giorni antecedenti il termine di presentazione dell'offerta. Ad avvenuta effettuazione del sopralluogo l'incaricato della Stazione appaltante rilascerà un'attestazione, che dovrà essere conservata dall'impresa ai fini dell'eventuale verifica successiva. In caso di associazione temporanea d'impresa o consorzio ordinario di concorrenti, sia già costituiti che non ancora costituiti, il sopralluogo potrà essere effettuato da una qualsiasi delle imprese associate o consorziate candidate all'esecuzione dei lavori. Si procederà ad escludere i concorrenti che, a seguito delle verifiche delle attestazioni di sopralluogo rilasciate, non risultino aver effettuato il sopralluogo con le modalità sopra indicate."

Dagli atti di causa è emerso che l'attestato di sopralluogo non è mai stato prodotto dalla controinteressata poiché - a ben vedere - detto sopralluogo nei termini e modi prescritti dal bando e dall'art. 106, comma 2 d.p.r. n. 207/2010 non è mai stato effettuato.

Ritiene questo Collegio che la mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori costituisce legittima causa di esclusione, avendo il suddetto adempimento carattere “essenziale” ed insostituibile ai sensi dell’art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006 non sanabile *ex art.* 38, comma 2 *bis* dlgs n. 163/2006 (comma inserito dall’art. 39 decreto legge n. 90/2014, convertito, con modificazioni, nella legge n. 114/2014) in quanto funzionale alla conoscenza dei luoghi oggetto dei lavori, conoscenza necessaria al fine di una corretta e seria formulazione dell’offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 2 ottobre 2014, n. 2572; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 dicembre 2013, n. 11177; par. 2.2 della determina n. 1 dell’8.1.2015 dell’ANAC).

Su fattispecie concreta analoga a quella oggetto del presente contenzioso si è così espresso Cons. Stato, Sez. V, 3 luglio 2012, n. 3884:

«... 10. In diritto giova evidenziare che, lungi dal sostanzarsi in un adempimento documentale aggiuntivo rispetto alla citata disposizione del regolamento attuativo della legge sui lavori pubblici (in allora vigente), la prescrizione del disciplinare in esame è alla stessa riconducibile, sicché la società odierna appellata non può invocarne la nullità in virtù del comma 1-*bis* dell’art. 46 d.lgs. n. 163/2006.

Ciò in quanto con il richiedere l’attestazione della presa di conoscenza delle condizioni locali e di tutte le circostanze che possono influire sull’esecuzione dell’opera, e prima ancora sulla formulazione dell’offerta, la stazione appaltante pone a carico dell’appaltatore un preciso dovere cognitivo, cui corrisponde una altrettanto precisa responsabilità contrattuale di quest’ultimo. La provenienza di detto documento dall’amministrazione aggiudicatrice assicura a quest’ultima maggiore tutela, a presidio dell’interesse, di ordine imperativo, alla individuazione del contraente più idoneo nonché alla correttezza e regolarità della gara, in un’ottica dunque di rafforzamento degli adempimenti dichiarativi imposti dall’art. 71,

comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 e dunque in coerenza con l'interesse pubblico sotteso a tale norma di azione.

10.1 E' ancora il caso di aggiungere che lo stesso onere non può essere surrogato da autodichiarazione del concorrente, che è priva di valore di certazione proprio dell'attestazione rilasciata dalla stazione appaltante.

Si tratta inoltre di un onere documentale ragionevole, posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di poter riporre affidamento sulla serietà del concorrente e non sproporzionato, essendo agevolmente assolvibile.

11. Quanto finora osservato consente di escludere l'applicabilità della comminatoria di nullità contenuta nell'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblica, poiché la (necessaria) copertura normativa dell'esclusione è rinvenibile nel più volte citato art. 71, comma 2, d.p.r. n. 554. Del resto, anche dopo le modifiche introdotte dal c.d. decreto sviluppo di cui al d.l. n. 70/2011, è rimasta inalterata la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere ai partecipanti ad una procedura di affidamento la documentazione necessaria o utile per operare la selezione nel rispetto del principio di proporzionalità (art. 73, comma 3, d.lgs. n. 163/2006). ...».

Nella fattispecie in esame, dal chiaro tenore letterale del menzionato punto VI.3, lett. j) - pag. 5 del bando si evince una disciplina puntuale e dettagliata dell'esecuzione e della consequenziale attestazione del sopralluogo, con espressa comminatoria di esclusione, inserendosi la prescrizione in esame a pieno nella logica del carattere "essenziale" e non "fungibile" del citato adempimento, peraltro suscettibile di agevole attestazione.

Pertanto, diversamente da quanto sostenuto dalla stazione appaltante a pag. 4 del gravato verbale del 19.1.2015, la sola dichiarazione *ex art.* 106, comma 2 d.p.r. n. 207/2010, contenuta a pag. 10 della domanda di partecipazione della controinteressata Co.Gen., non è di per sé sufficiente ai fini della dimostrazione

dell'eseguito sopralluogo espressamente richiesto dal suddetto punto VI.3, lett. j) - pag. 5 del bando, essendo a tal fine necessario il rilascio della relativa attestazione da parte dell'incaricato della stazione appaltante.

Peraltro, anche a voler considerare la produzione della citata attestazione di sopralluogo necessaria soltanto in "fase di verifica successiva" *ex* punto VI.3, lett. j) - pag. 5 del bando, si deve comunque evidenziare che la stazione appaltante nella determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva del 27.2.2015 (cfr. pag. 3) e nella nota del 26.3.2015 ha ritenuto sufficiente ai fini della suddetta verifica unicamente la dichiarazione *ex* art. 106, comma 2 d.p.r. n. 207/2010 resa a pag. 10/14 della domanda di partecipazione di Co.Gen.

Tuttavia, non risulta dagli atti di gara che la stazione appaltante in "fase di verifica" abbia chiesto ed ottenuto l'attestazione da parte di Co.Gen. in quanto - come rimarcato in precedenza - detta attestazione non è materialmente mai esistita, dal che sarebbe comunque dovuta derivare l'esclusione della controinteressata ai sensi della citata clausola del bando.

Di conseguenza, anche a voler ritenere che la produzione della attestazione dovesse essere cronologicamente limitata alla successiva fase di verifica (e non già relativa alla fase iniziale di presentazione dell'offerta), nel caso di specie comunque l'attestazione di Co.Gen. è mancata sia in fase di presentazione dell'offerta, sia in fase di successiva verifica, poiché un sopralluogo non c'è mai stato.

Non può quindi considerarsi seria l'offerta di Co.Gen., non essendo stata preceduta dal sopralluogo previsto dalla legge e dal bando di gara, come adempimento non meramente formale, bensì sostanziale ed essenziale a garanzia della corretta formulazione della proposta negoziale.

Né si tratta di irregolarità dell'offerta sanabile ai sensi del novellato art. 38, comma 2 *bis* dlgs n. 163/2006 poiché nel caso di specie viene in rilievo una offerta *ab origine* non seria in quanto non preceduta dal sopralluogo. Consentire in via

postuma il sopralluogo e quindi la produzione dell'attestato di sopralluogo non varrebbe a trasformare in seria un'offerta che originariamente tale non era, proprio per via della mancanza di tale adempimento essenziale.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento del ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati negli stessi limiti.

Non può, invece, trovare accoglimento la domanda di parte ricorrente finalizzata ad ottenere l'accertamento del proprio diritto ad essere dichiarata aggiudicataria, comportando la delibazione della stessa una non consentita pronuncia, da parte del giudice amministrativo, con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (cfr. art. 34, comma 2 cod. proc. amm.).

Invero, non risultando che vi sia stata la stipulazione del contratto con la controinteressata, si deve ritenere che in sede di attività conformativa alla presente sentenza la stazione appaltante dovrà procedere al ricalcolo della soglia di anomalia in conseguenza della doverosa esclusione dell'aggiudicataria Co.Gen. e a tutte le attività procedimentali consequenziali.

In considerazione della natura, della peculiarità e complessità della presente controversia, nonché dei contrasti giurisprudenziali sulla materia oggetto del contenzioso, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati negli stessi limiti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2016 con
l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **10/02/2016**

IL SEGRETARIO

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