

L'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede che informa l'azione amministrativa nel suo complesso, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6190 del 17 ottobre 2006 si occupa di una controversia relativa alla circostanza nella quale per colpa dell'amministrazione, vanno perse alcune documentazioni contenute nel plico presentato da un'impresa partecipante:

<Una volta verificata che la lesione dell'integrità del plico non era addebitabile alla negligenza dell'impresa bensì a presumibile disattenzione dell'amministrazione, all'amministrazione era preclusa in base a detti principi, l'esclusione dell'impresa vittima dell'errore amministrativo. Se a ciò si aggiunge che i rappresentanti di tutti i soggetti presenti per conto dei partecipanti alla procedura hanno espresso l'assenso per la soluzione della sanatoria e che in ogni caso il motivo di ricorso incidentale accolto in prime cure risulta calibrato in funzione dell'esclusione dell'impresa ricorrente e non della caducazione della procedura nella sua integralità, si deve allora concludere nel senso dell'infondatezza del motivo accolto dal Primo Giudice.>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6190/06

Reg.Dec.

N. 1180 Reg.Ric.

ANNO 2006

Dispositivo n. 389/06

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1180/2006, proposto da:

*** S.P.A., *** MAURO, entrambi rappresentati e difesi dall'Avv. Attilio Davide con domicilio eletto in Roma via A. Caroncini n. 6, presso l'Avv. Gennaro Contardi;

contro

*** S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Tommaso Marvasi con domicilio eletto in Roma v.le Angelico n. 12;

COMM. CONC. PROGETT. REALIZZ. RIQUAL. URB. AREA MONUMENTALE, non costituitasi;

**+

per l'annullamento della sentenza del Tribunale Amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione II, n.610/2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 giugno 2006 relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati Davide, Marvasi e Romei;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con l'atto introduttivo del giudizio di prime cure gli odierni appellanti impugnavano gli atti relativi al concorso di progettazione in due fasi per la realizzazione della riqualificazione urbanistica, architettonica e funzionale dell'Area Monumentale del Porto di Napoli, all'esito del quale, è stato graduato al primo posto con punti 79,4/100 e proclamato vincitore del concorso il gruppo Euvè mentre i ricorrenti sono risultati secondi classificati con punti 69,4/100.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso stante la fondatezza del ricorso incidentale ritualmente proposto dal gruppo controinteressato.

I ricorrenti originari contestano gli argomenti posti a fondamento del decisum e ripropongono tutti i motivi del ricorso di prime cure.

Resistono la *** s.p.a. e l'Arch. Michel ***, in proprio e come capogruppo del costituendo raggruppamento, che ripropone i motivi di ricorso incidentale assorbiti.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 13.6.2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il dispositivo è stato pubblicato il successivo 19 giugno.

2. Il Collegio reputa fondato il motivo di appello principale con il quale si contesta la statuizione di prime cure che ha accolto il motivo di ricorso incidentale articolato dal gruppo controinteressato.

Va premesso in punto di fatto che dalla lettura del verbale n. 8, relativo alla seduta pubblica del 18.04.05, ore 12.00, tenuta dalla Commissione giudicatrice del concorso di che trattasi, emerge che

era constatata l'integrità dei plichi presentati da tutti i concorrenti, ad eccezione del progetto preliminare presentato dal gruppo *** – ***; e che verosimilmente, “allo scopo di separare i plastici dal resto del materiale presentato dai gruppi”, la tavola n. 10 A predisposta dai ricorrenti, pur richiamata nell'elenco degli elaborati, era “andata dispersa”; che il presidente, a nome della Commissione, proponeva allora d'acquisire una copia della suddetta tavola, “procedura che tutti i rappresentanti dei gruppi selezionati per la seconda fase” accettavano, sottoscrivendo una dichiarazione, allegata al verbale medesimo.

Sulla base di dette premesse di fatto il Tribunale ha reputato fondata la censura del ricorso incidentale, sub A), con la quale si contesta la violazione degli artt. 12, 14, 15, 22 e 24 del disciplinare di Gara e del principio della par condicio tra i partecipanti al concorso.

Ciò, sotto il duplice concorrente profilo della verifica, da parte della Commissione, della non integrità del plico presentato dai ricorrenti e dell'accertata mancanza, all'interno del plico, della tavola 10 A, entrambe circostanze che avrebbero dovuto condurre all'esclusione dei ricorrenti, senza che assuma rilievo ostativo la circostanza della presumibile addebitabilità della apertura del plico e della conseguente dispersione dell'elaborato alla condotta della stessa commissione.

Proprio con riguardo a detto ultimo punto, il Collegio dissente dall'impostazione seguita dai Primi Giudici. Ed invero, l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede che informa l'azione amministrativa nel suo complesso, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura. Una volta verificata che la lesione dell'integrità del plico non era addebitabile alla negligenza dell'impresa bensì a presumibile disattenzione dell'amministrazione, all'amministrazione era preclusa in base a detti principi, l'esclusione dell'impresa vittima dell'errore amministrativo. Se a ciò si aggiunge che i rappresentanti di tutti i soggetti presenti per conto dei partecipanti alla procedura hanno espresso l'assenso per la soluzione della sanatoria e che in ogni caso il motivo di ricorso incidentale accolto in prime cure risulta calibrato in funzione dell'esclusione dell'impresa ricorrente e non della caducazione della procedura nella sua integralità, si deve allora concludere nel senso dell'infondatezza del motivo accolto dal Primo Giudice.

2.1. E' parimenti infondato il secondo motivo del ricorso incidentale di prime cure, riproposto in sede di appello, con il quale si deduce la violazione degli artt. 14 e 24 del disciplinare di Gara, nonché delle disposizioni impartite dalla *** s.p.a. con nota del 5.11.2004, in relazione al costo massimo della realizzazione. Assume in sostanza il gruppo vincitore che la Commissione giudicatrice, pur avendo rilevato che i costi di costruzione indicati dai ricorrenti superavano ampiamente il budget indicato dalla *** s.p.a. nella nota del 5.11.2004 (a parziale modifica del disciplinare), nella seduta del 19.04.05, aveva ugualmente preso in esame e valutato il progetto, assegnando al medesimo, nella successiva seduta, anche un voto, in relazione al costo proposto. In particolare rileva il gruppo aggiudicatario che una volta venuta meno, giusta la nota del 5.11.2004, la scissione (inizialmente prevista) tra opere di pubblico interesse (rientranti nella competenza istituzionale dell'Autorità Portuale) ed altre opere (c.d. private), con conseguente necessità di presentare un progetto per tutta l'area dell'intervento in base ai nuovi dati economici programmati, l'appellante principale avrebbe dovuto essere esclusa per avere illegittimamente riproposto detta scissione con una progettazione di interventi per un costo massimo nettamente superiore alla soglia di euro 82.465.000.

La censura non coglie nel segno.

Si deve infatti replicare, in prima battuta, che la distinzione lamentata in sede di ricorso incidentale è frutto della risposta del responsabile del procedimento ad apposita richiesta di chiarimenti sul punto formulata dall'attuale appellata. Risposta calibrata nel senso per l'appunto dell'ammissibilità di detta distinzione, salva la riserva della relativa valutazione in sede di attribuzione dei punteggi da parte della Commissione. Ne deriva che l'articolazione dell'offerta progettuale è frutto dell'affidamento all'uopo ingenerato dai chiarimenti interpretativi forniti dall'amministrazione in ordine alla portata della ricordata nota del 5.11.2004.

Si deve in ogni caso aggiungere, in termini generali, che risulta logicamente incongruo computare nel tetto massimo di spesa i costi per interventi complementari i cui oneri non vanno a gravare sull'amministrazione; e che, in ogni caso, anche alla luce dell'affidamento ingenerato dalla condotta sopra descritta, l'esclusione dell'ammissibilità o dell'utilità di opere accessorie avrebbe dovuto condurre non al risultato dell'esclusione dell'impresa ma a quello, coerente con il favor participationis, della valutazione, a fini economici e sotto il profilo qualitativo, anche per vagliarne l'autosufficienza, delle sole opere principali. Opere il cui costo, a carico dell'amministrazione, è pacificamente rispettoso dei limiti posti dalla *lex specialis*,

3. Si può ora passare all'esame, nell'ordine di graduazione indicato dalla parte appellante, dei motivi del ricorso principale di prime cure riproposti in appello.

Non risulta fondato il primo motivo con il quale si contesta l'illegittima ammissione del gruppo Euvè nonostante la mancata presentazione – in allegato al progetto preliminare proposto per la seconda fase – della relazione illustrativa di cui all'ultimo comma, ultimo periodo, dell'art. 21 del disciplinare di Gara.

Ed infatti dall'esame della documentazione acquisita in appello si ricava che il gruppo risultato poi aggiudicatario ha presentato sia la relazione descrittiva che quella illustrativa richieste dalla disciplina di gara. L'analisi del complesso della documentazione consente poi di ritenere integrato in requisito contenutistico della relazione, dato dall'esposizione dei costi, in guisa da distinguere quelli standardizzati e quelli parametrici, desunti da prezziari o listini della zona ovvero da interventi similari realizzati. E tanto senza dire della limitata sindacabilità del *proprium* della valutazione tecnica operata dalla commissione in merito all'eshaustività delle indicazioni contenute nella relazione di che trattasi.

3.1. E' invece fondato ed assorbente, anche alla luce della graduazione dei motivi esposta dalla parte appellante, il motivo di appello con cui si ripropone la censura tesa a stigmatizzare la violazione dell'art. 61 del d. P. R. 554/99 e dell'all. C al d. P. R. 554/99 e degli artt. 23 e 24 del Disciplinare di Gara. La *lex specialis*, rinviando al disposto dell'art. 61 del d.P.R., n. 554/1999, disponeva infatti che la valutazione delle proposte sul versante economico dovesse essere eseguita, secondo i criteri contenuti nell'all. C, che per gli elementi di natura quantitativa, tra cui il costo, stabilisce l'applicazione di una precisa formula matematica. La Commissione si è invece attestata su di un giudizio ragionato nei confronti delle stime proposte, adoperando un coefficiente discrezionalmente stabilito dai commissari e così disattendendo il vincoli rivenente dal disciplinare.

A giustificare detta sostituzione di un criterio matematico con uno discrezionale, non vale opporre la difficoltà di applicazione della regola matematica alla luce della peculiarità delle offerte, e segnatamente dell'esorbitanza dell'offerta dell'appellante rispetto alla soglia stabilita dalla medesima *lex specialis*. Lo stesso concetto di *lex specialis* implica l'esistenza di un autovincolo, volto per sua natura a veicolare il confezionamento delle offerte, dal quale l'amministrazione non può sciogliersi in sede di svolgimento della procedura, salvo il ritiro dello stesso bando ricorrendone i presupposti di legge. Ne deriva che la mera difficoltà di applicazione della regola

imposta dalla legge speciale non può giustificare l'elaborazione di un nuovo criterio nel corso della gara all'esito della conoscenza delle offerte. Quanto poi alla circostanza dell'inapplicabilità di detto criterio per l'offerta della *** si deve rinviare a quanto detto al precedente punto 2.1. in ordine alla distinzione tra opere principali pubbliche e private complementari ed ai conseguenti poteri al riguardo esercitabili dalla p.a. alla luce delle prescrizioni integrative del bando e dei chiarimenti successivamente su queste forniti.

4. In definitiva l'appello merita accoglimento nei sensi specificati, restando assorbiti gli altri motivi.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello nei sensi in motivazione specificati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 13 Giugno 2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.....17/10/2006.....