

N. 02785/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00285/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 285 del 2014, proposto da:

Cipea & Cariiee - Co.Ed.A. - UNIFICA, Consorzio fra imprese di produzione edilizia, impiantistica ed affini – società cooperativa, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione, e Luminosa Energia Distribuzione s.r.l., in persona dell'amministratore unico, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Enrico Soprano ed Elena Paolini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, alla via Melisurgo, 4;

contro

Università degli Studi del Sannio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Aniello Mele, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, al corso Umberto I, 75;

nei confronti di

Impresa Lungarini s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Vagnucci e Giampiero Manzo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, al viale Maria Bakunin, 41;

per l'annullamento

previa sospensione

dell'atto prot. n.2009 del 9.12.2013, con cui il direttore generale dell'Università degli Studi del Sannio ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato, di cui al bando pubblicato sulla G.U.R.I. n.69 del 14.6.2013 - V serie speciale, all'A.T.I. Lungarini s.p.a.- Elettro System s.r.l.;

e per ottenere la declaratoria di inefficacia del relativo contratto nonché il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi del Sannio e di Impresa Lungarini s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2014 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 15 gennaio 2014 e depositato il successivo giorno 20, Cipea & Cariiee - Co.Ed.A. - UNIFICA, Consorzio fra imprese di produzione edilizia, impiantistica ed affini - società cooperativa, ha premesso di aver partecipato alla gara indetta dall'Università degli Studi del Sannio, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n.69 del 14.6.2013 - V serie speciale, per l'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e i lavori di recupero, adeguamento funzionale e nuove realizzazioni, con annesso sistemazioni esterne, da eseguire nei complessi immobiliari siti in Benevento, alla Via dei Mulini, numeri 38 e 73 (secondo stralcio funzionale, parzialmente finanziato, nell'ambito del Progetto denominato GE.M.ME.), per un importo complessivo posto a base di gara di € 4.456.675,98. Il suindicato consorzio ha esposto di aver indicato quale impresa incaricata per l'esecuzione dei lavori la Luminosa Energia Distribuzione s.r.l. e di essersi classificato, in esito allo svolgimento delle operazioni di gara, al secondo posto con punti 83,86, preceduto in graduatoria da Lungarini s.p.a., prima classificata con punti 89,23.

Avverso l'atto prot. n.2009 del 9 dicembre 2013 di aggiudicazione definitiva dell'appalto, l'istante ha proposto il ricorso in trattazione, con cui ha dedotto i seguenti motivi di diritto: violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 40, 86, 87 e 88 del D. Lgs 12.4.2006 n. 163, dell'art. 92 del d.P.R. 5.10.2010 n. 207 e dell'art. 3 della L. 7.8.1990 n. 241 – eccesso di potere per falsità dei presupposti, illogicità, contraddittorietà e difetto di istruttoria – violazione dell'art. 97 Cost., dei principi generali in materia di partecipazione alle pubbliche gare nonché della lex specialis.

Oltre alla domanda impugnatoria la parte ricorrente ha contestualmente chiesto la declaratoria di inefficacia del relativo contratto d'appalto stipulato con l'aggiudicataria nonché il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

Si è costituita in resistenza l'Università degli Studi del Sannio con memoria in cui ha replicato alle censure attoree, concludendo con richiesta di reiezione del gravame.

L'Impresa Lungarini s.p.a., oltre a controdedurre sui motivi dedotti dalla ricorrente principale, ha proposto ricorso incidentale, con cui ha prospettato varie cause di esclusione dalla procedura di gara del consorzio secondo graduato, illegittimamente non rilevate dalla commissione giudicatrice.

Le parti hanno depositato memorie difensive e documenti a sostegno delle rispettive richieste.

Alla pubblica udienza del 30 aprile 2014, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità della procedura indetta dall'Università degli Studi del Sannio per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e i lavori (di recupero, adeguamento funzionale e nuove realizzazioni, con annesse sistemazioni esterne), da eseguirsi nei complessi immobiliari siti in Benevento, specificati nel relativo bando di gara. Come si è esposto nella parte in fatto, in esito allo svolgimento delle operazioni di gara, è risultata aggiudicataria, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Impresa Lungarini s.p.a., prima classificata con punti 89,23, seguita dal Consorzio Cipea & Cariiee - Co.Ed.A. – UNIFICA con punti 83,86.

2. Considerato che il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria ha la finalità di contestare la legittimazione della suddetto consorzio al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale, alla stregua dei criteri comunemente accolti in giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 aprile 2014).

3. Ciò posto, ad avviso del Collegio, si palesa fondato, oltre che assorbente, il quinto motivo del ricorso incidentale, con cui si sostiene che la ricorrente principale andava esclusa dalla gara, non avendo indicato gli oneri di sicurezza "*da rischio specifico*", detti anche "*aziendali*", né in sede di presentazione dell'offerta né in occasione delle giustificazioni prodotte nel corso della verifica di anomalia dell'offerta.

Premesso che la rilevata omissione, con riguardo ad entrambe le fasi della procedura, non è contestata in punto di fatto, il Collegio non ritiene di doversi discostare dall'orientamento, già ribadito anche di recente dalla Sezione, secondo cui l'indicazione degli oneri per la sicurezza costituisce un requisito ineliminabile dell'offerta e, in caso di omissione, comporta l'esclusione dalla gara anche ove non espressamente richiesto dal bando (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2013, n. 934, e 8 aprile 2014, n. 2010; Consiglio di Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n.3565, e 23 gennaio 2014, n. 348).

Al riguardo, giova rammentare la distinzione tra oneri di sicurezza per le cc.dd. "*interferenze*" – i quali sono predeterminati dalla stazione appaltante e riguardano rischi relativi alla presenza nell'ambiente della stessa di soggetti estranei chiamati ad eseguire il contratto – ed oneri di sicurezza da "*rischiospecifico*" o "*aziendale*", la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti e varia in rapporto alla qualità ed entità della sua offerta.

Tanto premesso, va chiarito che secondo il Collegio l'omessa indicazione specifica sia dell'una che dell'altra categoria di oneri comporta – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – la sanzione espulsiva, ingenerando incertezza ed indeterminazione dell'offerta, venendo a mancare un suo elemento essenziale, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici. In particolare, la valenza di elemento essenziale ai costi per la sicurezza è riconosciuta dal dato normativo di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del Codice dei contratti, nonché dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. 81/2008, sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge richiamate, le quali prescrivono di indicare tali costi distintamente, come tali idonee ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 c.c., per cui è irrilevante la circostanza che la *lex specialis* di gara abbia o meno richiesto la detta indicazione. Ne discende

anche che non può ritenersi consentita l'integrazione del suddetto elemento essenziale originariamente mancante mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

Va aggiunto che, nel caso di specie, il disciplinare di gara (al punto 3.2., pag. 27) includeva il profilo della sicurezza nel cantiere tra i parametri di valutazione dell'offerta tecnica, laddove al criterio sub c) prevedeva l'assegnazione fino a 15 punti in relazione alle *“Proposte di organizzazione del cantiere con utilizzo di sistemi innovativi di gestione e di controllo diretti a garantire un incremento dei livelli di sicurezza [...]”*.

Alla medesima conclusione della doverosa esclusione del Consorzio Unifica dalla procedura de qua si giungerebbe, nella fattispecie concreta, anche secondo il meno rigoroso orientamento secondo cui l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza ovvero l'omesso scorporo matematico di questi dal prezzo offerto, in assenza di un'espressa comminatoria di esclusione, potrebbe rilevare solo ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2014 n.36; Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2013 n.5070), atteso che, come si è già anticipato, il concorrente ha del tutto omesso di quantificare i suddetti costi anche in sede di giustificativi presentati nell'ambito del sub procedimento di verifica della congruità dell'offerta.

Concludendo sul punto, la fondatezza della censura appena scrutinata consente di per sé di accogliere il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, con assorbimento degli ulteriori motivi dedotti dalla stessa.

4. L'accoglimento del ricorso incidentale preclude, altresì, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale, atteso che l'accertamento retroattivo della illegittimità della sua partecipazione alla gara impedisce di assegnargli la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 aprile 2014).

Il ricorso principale va, pertanto, dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione e di interesse ad agire.

5. La domanda principale si palesa, comunque, infondata nel merito sulla base delle seguenti, sintetiche considerazioni:

- quanto alla perplessità sul tipo di modulo organizzativo prescelto dal concorrente aggiudicatario, i paventati dubbi circa il ruolo di impresa cooptata della Elettro System s.r.l., ex art. 92, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010, possono ragionevolmente reputarsi dissipati dalla dichiarazione espressa ed univoca resa dall'interessata al riguardo (datata 8.7.2013) e dalle concordi dichiarazioni formulate dalla Lungarini, senza che possa rilevare in contrario la sottoscrizione aggiuntiva dell'offerta economica, della polizza fideiussoria e della dichiarazione di subappalto da parte dell'impresa cooptata;

- in ragione della specialità della forma associativa prescelta, non era necessario che fosse osservato il principio di corrispondenza delle quote di partecipazione, qualificazione ed esecuzione, trovando applicazione il solo limite del 20% dell'importo complessivo dei lavori, che nel caso di specie è rispettato;

- è destituita di fondamento in fatto la censura concernente la presunta violazione dell'obbligo dichiarativo sul possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n.

163/2006, atteso che, contrariamente a quanto affermato, il direttore tecnico della Elettro System ha reso la prevista dichiarazione;

- sono del pari infondati in fatto i rilievi mossi circa il mancato possesso della qualificazione e della certificazione di qualità in capo ad Elettro System, in quanto quest'ultima ha allegato sia l'attestazione SOA relativa alla categoria OG9, class. IV, e alla categoria OS 30, class. IV, sia il certificato ISO 9001:2008;

- non è condivisibile neppure la doglianza riferita al RTP di progettisti indicato dall'aggiudicataria, costituito dalla capogruppo PROGER s.p.a. e dal mandante ing. G. Simeone, giacchè le dichiarazioni rese al riguardo individuano con sufficiente chiarezza le parti del progetto da eseguire a cura di ciascuno dei due soggetti indicati, i quali pure sono in possesso delle necessarie qualificazioni;

- infine, le censure dedotte avverso la valutazione compiuta in sede di verifica di anomalia dell'offerta della controinteressata vanno disattese alla stregua dei consolidati principi cui è approdata la giurisprudenza amministrativa (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2956; sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533; Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36), dovendosi ribadire al riguardo, da un lato, che il sindacato giurisdizionale è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, vizi che non ricorrono nel caso concreto, dall'altro, che il giudizio in questione deve essere complessivo e tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme, e non con riferimento a ciascuna singola voce di essa, sostanziandosi in un giudizio globale e sintetico sulla serietà o meno dell'offerta.

6. La peculiarità delle questioni trattate giustifica, peraltro, l'equa compensazione delle spese di lite, fatto salvo il contributo unificato, che per legge resta definitivamente a carico della ricorrente principale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 30 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2014

IL SEGRETARIO

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