

N. 02636/2015REG.PROV.COLL.  
N. 03834/2012 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3834 del 2012, proposto dalla Impiantistica Lamedica s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

***contro***

il Comune di Lesina, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mescia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, n. 55;

***nei confronti di***

CPL Concordia Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Amerigo Penta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

Smail S.p.A.;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Puglia - Sezione I n. 659/2012, resa tra le parti, concernente affidamento gestione servizio di illuminazione pubblica - risarcimento danno

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lesina e della CPL Concordia Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Andrea Abbamonte, l'avvocato Francesco Adavastro su delega dell'avvocato Giuseppe Mescia e l'avvocato Luigi Manzi su delega dell'avvocato Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Lesina con bando inviato per la pubblicazione sulla GURI e Sulla GUCE il 18 novembre 2010 indiceva una procedura aperta per l'affidamento per 25 anni della *“Gestione Integrata del Servizio di illuminazione pubblica, realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti mediante il sistema del finanziamento tramite terzi”*.

L'importo totale dell'appalto, comprensivo degli interventi straordinari, era fissato in euro 200.000,00 l'anno oltre i.v.a. per un complessivo netto dell'appalto di euro 5.000.000,00 di cui 125.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

La durata contrattuale era fissata in 25 anni, prorogabili per un anno.

Il metodo di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione dei punteggi secondo criteri prefissati (offerta tecnica punti 60; offerta economica punti 40).

Il disciplinare di gara, all'articolo V, prevedeva i sottocriteri di distribuzione dei punteggi e stabiliva che l'offerta tecnica dovesse essere valutata secondo il metodo aggregativo – compensatore di cui all'allegato B del d.p.r. n. 554 del 1999 lettera A) secondo capoverso.

In ordine all'offerta economica, il disciplinare prevedeva l'applicazione della formula  $Pt = (Pb/Pa)*40$  dove Pt è il punteggio risultante, Pb il prezzo più basso e Pa il prezzo a base d'asta.

Alla gara partecipavano tre concorrenti tra cui l'appellante Impiantistica Lamedica s.r.l., già appaltatrice del servizio di illuminazione del Comune di Lesina, la CPL Concordia società cooperativa e la SMAIL S.p.A.

All'esito della procedura di gara, l'appalto veniva aggiudicato alla CPL Concordia che riportava il punteggio totale di 98,41.

Seconda risultava la SMAIL con punti 72,17 e terza la Impiantistica Lamedica con punti 69,30.

2.- Con ricorso al TAR Puglia notificato il 10 maggio 2011 (rubricato al n. 960 del 2011), la Impiantistica Lamedica impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di CPL Concordia, con censure caducanti, relative alla illegittimità della composizione della commissione di gara e censure relative all'ammissione alla gara e alla valutazione delle offerte di entrambe le concorrenti che la precedevano in graduatoria.

Con motivi aggiunti notificati il 28 giugno 2011 e depositati in data 30 luglio 2011, la Impiantistica Lamedica impugnava la sopravvenuta delibera di giunta comunale n. 137 del 31 maggio 2011 del seguente tenore *<<ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, 1° comma, lettera f) del D.Lgs. 163/2006, la Impiantistica Lamedica ha commesso grave negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidatele dal Comune di Lesina in ordine all'appalto per la concessione del servizio di illuminazione votiva: conseguentemente, la Impiantistica Lamedica resta esclusa dalla partecipazione alle procedure di affidamento della concessione e degli appalti di lavori, forniture e servizi indette dal Comune di Lesina, né*

*potranno esserle affidate in subappalto o, comunque, potrà stipulare i relativi contratti>>.*

3.- Il TAR Puglia con sentenza n. 659 del 4 aprile 2012, così provvedeva:

a) respingeva il ricorso introduttivo avverso l'aggiudicazione, ritenendo infondati sia il motivo caducante relativo alla dedotta illegittimità della composizione della commissione di gara, sia i motivi relativi alla illegittimità dell'ammissione alla gara della prima e seconda classificata e alla valutazione delle relative offerte;

b) accoglieva il ricorso per motivi aggiunti e annullava la delibera di giunta comunale del Comune di Lesina n. 137 del 2011, ritenendo violate le norme in materia di partecipazione procedimentale e di obbligo di avviso di avvio del procedimento.

4.- La Impiantistica Lamedica ha impugnato la suddetta sentenza n. 659 del 2012, chiedendone l'annullamento o la riforma alla stregua dei seguenti motivi:

a) *error in iudicando* sul secondo motivo di ricorso con il quale era stata dedotta l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria e della seconda classificata perché le offerte di entrambe queste concorrenti non riportavano, né contabilizzavano la gestione dei 40 punti luce della frazione di Ripalta sita nel territorio del Comune di Lesina, differentemente dall'offerta dell'appellante;

b) *error in iudicando* sul terzo motivo di ricorso con cui era dedotta la illegittima ammissione alla gara della CPL Concordia, per la violazione di plurime norme della *lex* di gara;

c) violazione da parte dell'aggiudicataria della dichiarazione ex articolo 38, lett. l) del d. lgs. n. 163 del 2006, sulla normativa in materia di disabili;

d) erroneità della sentenza per motivazione erronea e perplessa sulla applicazione del bando di gara e dei principi di *par condicio*, di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle cause di esclusione, perché il

plico contenente l'offerta della SMAIL non era pervenuto perfettamente integro.

Si costituivano in giudizio CPL Concordia e il Comune di Lesina che chiedevano il rigetto del ricorso.

Le parti scambiavano memorie difensive e alla pubblica udienza del 20 gennaio 2015, il giudizio veniva trattenuto in decisione.

5.- L'appello è infondato e va respinto.

6.- Con il primo motivo d'appello è dedotta l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria e della seconda classificata perché le offerte di entrambe queste concorrenti non riportavano, né contabilizzavano la gestione dei 40 punti luce della frazione di Ripalta sita nel territorio del Comune di Lesina, differentemente dall'offerta dell'appellante.

6.1- La censura è infondata in fatto e in diritto.

Oggetto dell'appalto, come desumibile dal disciplinare di gara, non erano i singoli punti luce, bensì la gestione di tutti gli impianti oggetto di consegna e di quelli che sarebbero stati consegnati successivamente, come .

Infatti, l'articolo 1 del disciplinare di gara (punto I) nel definire l'oggetto dell'appalto prevede che:

*“Esso disciplina l'erogazione di beni e servizi atti ad assicurare le condizioni ottimali per il soddisfacimento dei fabbisogni dell'amministrazione appaltante in materia di servizio di illuminazione pubblica relativo agli impianti di proprietà comunale”.*

Il capitolato speciale dispone poi che *“Per tutta la durata del contratto l'Appaltatore ha l'obbligo di provvedere, a propria cura e spese, alla gestione degli impianti oggetto di consegna come descritti nell'All. A e alla gestione di quelli che verranno eventualmente consegnati successivamente per effetto di completamento o espansione urbana”.*

Alla stregua dell'insieme delle prescrizioni della *lex* di gara – che è costituita dal disciplinare e dal capitolato di gara, il primo quale regola del procedimento, il secondo contenente le regole complessive del futuro

rapporto contrattuale e del contenuto dell'offerta complessivamente considerata – non è ravvisabile alcuna carenza nelle offerte dell'aggiudicataria e della seconda classificata.

6.2- Inoltre, il capitolato d'appalto cui era allegata la perizia tecnica con la descrizione degli impianti di illuminazione esistenti sul territorio comunale non aveva inserito l'impianto a servizio della frazione di Ripalta costituito da 40 punti luce.

Di conseguenza le offerte contestate, conformi al capitolato, non potrebbero ritenersi incomplete.

Infatti, secondo principi consolidati in giurisprudenza la *lex* di gara è vincolante per la stazione appaltante, ancorché sia incongrua o incompleta, con la conseguenza che a maggior ragione non può essere disposta l'esclusione dalla gara dell'offerta conforme alla *lex* di gara, quand'anche in ipotesi incompleta.

6.3- Sul piano sostanziale l'asserita lacuna presente nel progetto preliminare - come affermato dalla sentenza impugnata - è oggettivamente trascurabile, attesa la previsione dell'articolo 18 del capitolato di appalto, norma di fatto applicata dall'aggiudicataria che nel redigere il progetto esecutivo dei lavori di adeguamento dell'impianto di pubblica illuminazione, ha previsto una serie di interventi nel centro agricolo di Ripalta (tra i quali anche la sostituzione dei corpi illuminanti esistenti con armature stradali a LED E27 da 5W cad. e la sostituzione nei lampioncini artistici esistenti e delle lampade con nuove lampade a LED (tanto risulta esplicitato nella relazione tecnica illustrativa del progetto esecutivo e nei relativi elaborati progettuali depositati agli atti del giudizio).

7.- Con il secondo motivo l'appellante deduce l'illegittimità dell'ammissione alla gara della CPL Concordia, per la violazione di plurime prescrizioni della *lex* di gara sanzionate con l'esclusione.

La censura è infondata.

7.1- Non sussiste la violazione del punto VII.B, ultimo capoverso del disciplinare di gara.

L'offerta tecnica della CPL Concordia presenta la sigla su tutte le pagine diversamente da quanto assume l'appellante.

Le 16 pagine sulle quali si è soffermata la appellante sono i frontespizi di ciascun capitolo e sottocapitolo in cui andava suddivisa la relazione tecnica a norma del bando.

Risulta che l'aggiudicataria, probabilmente per facilitare l'esame e la valutazione della propria offerta tecnica, ha aggiunto ad ogni capitolo e sottocapitolo i frontespizi con indicazione degli argomenti trattati.

I predetti 16 fogli non hanno, quindi, alcun concreto contenuto esplicativo della formulata proposta tecnica.

Ne consegue che la mancanza della sigla è irrilevante non incidendo sulla regolarità formale della proposta tecnica che rimane, integra, completa e siglata in ogni pagina in conformità alla prescrizione del disciplinare di gara.

7.1- Ugualmente infondata è la contestata omissione delle necessarie dichiarazioni in materia di lavoro dei disabili, di cui all'articolo 38, lett. l) del d. lgs. n. 163 del 2006.

Assume l'appellante che CPL Concordia non avrebbe dichiarato il regime legislativo ad essa applicabile in materia di normativa sui disabili, non avendo barrato una delle ipotesi alternative rappresentate dalla legge e dal modulo A allegato al bando di gara.

Orbene, il disciplinare di gara consentiva e riteneva opzione preferibile, che la domanda di ammissione e le autodichiarazioni fossero redatte secondo l'allegato Modello A.

Il "Modello A – Schema Domanda di Partecipazione" conteneva l'elencazione alfabetica delle dichiarazioni di cui all'articolo 38 del d. lgs. n. 63 del 2006 e non conteneva alcuna casella da barrare, sicché la

compilazione e sottoscrizione del modello comportava la completezza della dichiarazione ex articolo 38.

7.2- Il predisposto “Modello A” si limitava a prevedere tra le altre dichiarazioni <<*di non essersi avvalso dei piani individuali di emersione di cui alla legge 383/2001 e al DL 210/2002 ovvero di essersi avvalso dei piani individuali di emersione..*>> senza prevedere caselle da barrare, sicché a fronte di eventuali dubbi, la commissione di gara avrebbe potuto e dovuto chiedere chiarimenti o integrazioni, trattandosi sempre di incompletezze dovute alla compilazione del modulo predisposto dall'amministrazione, attivando il potere di soccorso istruttorio di cui all'articolo 46 del codice dei contratti pubblici.

7.3- In ogni caso la domanda di partecipazione prodotta dall'aggiudicataria risulta in regola con le dichiarazioni relative alle assunzioni obbligatorie di cui alla legge 2 marzo 1999, n. 68, avendo essa, oltre che sottoscritto il modello A, apposto in calce alla domanda di partecipazione la dichiarazione con la quale ha autocertificato il possesso del requisito di cui alla lettera l) dell'articolo 38, comma 1 del d. lgs. n. 63 del 2006 e l'inesistenza di cause di esclusione di cui alla citata disposizione.

Risulta di conseguenza irrilevante che CPL Concordia non abbia indicato il regime legislativo ad essa applicabile, ovvero “*di non essere soggetto agli obblighi di assunzione obbligatorie di cui alla legge 68/99 (se occupa non più di 5 dipendenti e da 5 fino a 35 nel caso non abbia effettuato nuove assunzioni dopo il 18.1.2000)* o, viceversa se “*in quanto soggetta, di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili*”.

8.- Con il quarto motivo l'appellante deduce l'erroneità della sentenza per motivazione erronea e perplessa sulla applicazione del bando di gara e dei principi di *par condicio*, di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle cause di esclusione, con riferimento alla rilevata inammissibilità per carenza di interesse del motivo di ricorso riferito alla mancata sigillatura del plico contenente l'offerta della SMAIL S.p.A.

Sul punto il TAR rilevava che *<<il motivo di ricorso riferito alla mancata sigillatura del plico contenente l'offerta della SMAIL s.p.a., seconda classificata. La ricorrente, infatti, è terza in graduatoria e l'accertata infondatezza delle censure riguardanti l'ammissione dell'aggiudicataria rende irrilevante ogni questione relativa alla posizione della concorrente seconda classificata>>*.

Il percorso motivazionale del TAR appare corretto, comunque la censura è infondata nel merito, atteso che nel caso non si controverte della mancanza della sigillatura o della chiusura del plico contenente l'offerta, ma della circostanza, risultante dalla verbalizzazione della commissione di gara che *<<la sigillatura, con scotch trasparente, sulla confezione utilizzata, del tipo "carta pacco", non ha garantito una perfetta aderenza (...) un sigillo di ceralacca risulta frantumato probabilmente a causa di un urto o del peso dei sovrastanti plichi>>*, aggiungendo che *<<il parziale difetto di sigillatura non ha potuto comunque consentire la manomissione di quanto contenuto all'interno>>*.

Ciò posto, atteso che la pur parziale lacerazione del plico non consentiva, comunque, l'accesso alle buste interne e quindi risultava preclusa la possibilità di manomissione del contenuto del plico deve ritenersi che non è stata violata la prescrizione sulle modalità di consegna dell'offerta e della funzione della prescrizione della sigillatura e garantita l'autenticità e la segretezza dell'offerta presentata dalla SMAIL.

9.- Da quanto esposto consegue il rigetto dell'appello, compresa la domanda di risarcimento danni non sussistendone i presupposti.

La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 3834 del 2012, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la s.r.l. Impiantistica La Medica al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in euro 5.000,00 oltre accessori di legge in favore del Comune di Lesina e in euro 5.000,00 oltre accessori di legge in favore di CPL Concordia società cooperativa .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2015

IL SEGRETARIO

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