

**N. 03769/2014REG.PROV.COLL.
N. 02353/2014 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 2353 del 2014, proposto dal Consorzio Artigiani Edili e Affini "San Severo I", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Lovanio, n. 16 - Scala B;

contro

Comune di San Severo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Carlino, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Glob. Ser. Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Potena e Angelo P. Masucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessio Petretti in Roma, via

degli Scipioni, n. 268/A;

Costruzioni Spaguolo di Vincenzo e Daniele Snc;

Ditta Medusa Restauri Srl di Lucera Giuseppe;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 227/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento dell'esecuzione di lavori edilizi nel centro storico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Severo e di Glob. Ser. Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Ignazio Lagrotta, Mario Carlino e Alessio Petretti, su delega dell'avv. Angelo Potena;

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. II, con la sentenza 13 febbraio 2014, n. 227, ha dichiarato in parte inammissibile ed in parte ha respinto il ricorso n. 1085 del 2013 proposto dall'attuale appellante per l'annullamento della determinazione n. 1030 del 25 luglio 2013, con cui è stata disposta l'aggiudicazione dei lavori, in favore della ditta Glob. Serv. soc. coop., dell'appalto per la realizzazione dei "Lavori di ripristino pavimentazione a basolato nell'area del centro storico" della Città di San Severo, pubblicata all'albo dell'Ente in data 27 luglio 2013, e comunicata alla ricorrente in data 29 luglio 2013.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che:

- con il contratto di avvalimento stipulato in data 28 marzo 2013 tra la Glob. Ser. e l'impresa Fratino Natale, in atti, quest'ultima ha messo a disposizione della Glob. Ser. la qualificazione SOA OG 2, classifica II, e, per tutta la durata dell'appalto, una serie di risorse e di mezzi specificamente individuati, ovvero, testualmente, "Furgone Ford Transit, targa BR044GG, intonacatrice prof. trifase, demolitore GB 45, motosega Stihl MS 341, impastatrice a spirale, ponteggio in metallo, betoniera", oltre a 4 dipendenti nominativamente indicati nel contratto;
- alle stesse conclusioni deve addivenirsi per quanto riguarda il contratto di avvalimento stipulato dalla Costruzioni Spagnuolo s.n.c.: dalla documentazione versata in atti si evince infatti che la ditta ausiliaria Bozza Giuseppe ha sottoscritto in data 26 marzo 2013, contestualmente al contratto di avvalimento, la dichiarazione relativa alle risorse messe a disposizione dell'avvalente, ovvero "un escavatore Comax 35Q, un Dumper Fiori, un Bobcat Caterpillar 228, e i relativi operatori specializzati all'utilizzo dei mezzi suindicati";
- l'impresa può partecipare alle gare d'appalto anche nelle more della effettuazione della verifica triennale dell'attestazione S.O.A., anche quando sia scaduto il triennio di validità, purché la verifica sia stata richiesta anteriormente alla scadenza e, in tal caso, ai fini della validità della domanda di partecipazione alla gara, non rileva la scadenza del triennio o del quinquennio;
- per la contestata attribuzione del punteggio per le proposte migliorative all'aggiudicataria Glob.Ser., dalle deduzioni svolte nel ricorso non emergono palesi incongruenze ed illogicità, di tal che le doglianze proposte

con riferimento all'erroneità delle valutazioni operate si presentano inammissibili;

- al rigetto dei motivi riguardanti l'aggiudicazione alla prima classificata consegue l'inammissibilità delle successive censure afferenti la seconda e la terza classificata, non potendo le stesse condurre ad un esito favorevole per la ricorrente;

- le doglianze relative alla illegittimità delle complessive operazioni di gara sono infondate poiché: l'arch. Lombardi, nominato Presidente della Commissione, riveste la posizione di Dirigente del Comune di San Severo a tempo determinato, nominato poi con determinazione dirigenziale n. 248-2012; la mancata adozione di misure idonee ad assicurare la sicurezza e l'integrità degli atti di gara non costituisce di per sé motivo di illegittimità delle operazioni di gara; la Commissione ha specificato di avvalersi del metodo previsto dalla lett. a), punto 4, dell'allegato G (art. 120) del D.P.R. 207 del 2010.

2. L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- erroneità della sentenza, difetto di motivazione con riferimento al primo ed al secondo motivo di ricorso con i quali si contestava la genericità dei contratti d'avvalimento e delle dichiarazioni rese dall'ausiliaria - omessa pronuncia. Violazione o erronea applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 88 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, inidoneità ed indeterminatezza del contratto d'avvalimento a garantire la stazione appaltante in ordine alla serietà ed effettività della messa a disposizione delle risorse oggetto di avvalimento, eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta della commissione di gara che a causa dell'indeterminatezza del contenuto del contratto di avvalimento

- presentato in gara non ha escluso la prima e la seconda classificata;
- erroneità della sentenza con riferimento al motivo di ricorso di primo grado sub III-bis, dichiarato inammissibile;
 - erroneità della sentenza con riferimento al motivo di ricorso con cui si contestava la scadenza dell'attestazione SOA della ditta Fratino;
 - erroneità della sentenza con riferimento al motivo di ricorso di primo grado sub I-bis, dichiarato inammissibile;
 - violazione dell'art. 97 Cost. e dell' art. 12 del d.l. 52 del 2012, violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, del principio di segretezza dei plichi di gara, per assenza di misure idonee ad assicurare la segretezza e l'integrità degli atti di gara;
 - violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241, difetto di motivazione, eccesso di potere del seggio di gara;
 - violazione dell'art. 84, quinto comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 97 Cost., del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, eccesso di potere;

Con l'appello in esame, si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

3. Si costituivano il Comune intimato ed il controinteressato, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 10 giugno 2014, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La gara oggetto del presente giudizio riguarda i lavori di ripristino della pavimentazione a basolato del centro storico del Comune di San Severo, per un importo di € 510.000,00, compresi € 10.000,00 per oneri della

sicurezza non soggetti a ribasso, il cui appalto è stato bandito con determinazione dirigenziale n. 285 del 28 febbraio 2013 ed è stato aggiudicato con la determinazione n. 1030 del 25 luglio 2013.

Il ricorrente Consorzio si è classificato al 4° posto della graduatoria, con punti complessivi 67,46, preceduto al 1° posto dalla odierna controinteressata in appello Glob. Ser. Coop. a r.l., con punti 79,041; si sono classificate al 2° posto la s.n.c. Costruzioni Spagnuolo di Vincenzo e Daniele, con punti 78,40, e al 3° posto la s.r.l. Medusa Restauridi Lucera Giuseppe, con punti 68,93.

2. In relazione ai motivi d'appello, che reintroducono nella sostanza le stesse argomentazioni fatte valere in primo grado avanti al TAR, la Sezione ritiene che essi siano infondati e che vada confermata la sentenza del TAR.

3. Procedendo nell'ordine dei motivi d'appello, si deve rilevare che il contratto prodotto dalla ditta Fratino Natale, ditta ausiliaria della aggiudicataria Glob. Ser., indica con analitica precisione i mezzi ed attrezzature, con i relativi elementi identificativi (targhe, telai, ecc.), e riporta nominativamente i dipendenti che questa mette a disposizione della ditta ausiliata.

Inoltre, oltre al contratto, la ditta ausiliaria ha prodotto le dichiarazioni ex art. 49 del Codice dei contratti, e cioè quelle relative all'impegno di mettere a disposizione per la durata del contratto i mezzi di cui l'ausiliaria dovesse aver bisogno, quelle relative al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice medesimo.

Pertanto, non può ritenersi che il contratto di avvalimento sia affetto da genericità.

Risultano sanzionati per genericità soltanto i contratti di avvalimento

recanti clausole ove si faccia sintetico riferimento alla messa a disposizione del certificato di attestazione per le categorie 0S28 e 0S30 e di tutte le risorse e mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, definendoli solo per categorie, riportanti, quindi, una generica promessa di messa a disposizione di risorse ed attrezzature non individuate e non destinate allo specifico appalto della cui aggiudicazione si tratta, in violazione dell'art. 88 del vigente Regolamento sui contratti pubblici, secondo il quale detto contratto "deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".

Il contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria Glob. Ser. riporta, invece, in modo compiuto, esplicito ed esauriente, l'oggetto dell'accordo, comprensivo di risorse e mezzi analiticamente indicati, la durata e gli altri elementi utili ai fini dell'avvalimento, come ad esempio la qualificazione SOA della ditta ausiliaria.

In concreto, dunque, il contratto in questione non risulta in contrasto con il principio di determinatezza dell'oggetto, secondo il quale il contratto di avvalimento, quale fonte di impegno e di obbligazione, è sottoposto alla disciplina civilistica in tema di contratto e quindi deve rispettarne i relativi parametri in ordine agli elementi essenziali con particolare riferimento all'esistenza e alla determinatezza dell'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8043).

Peraltro, deve osservarsi che le censure concernente i singoli, specifici oggetti del contratto di avvilimento, dei quali si assume l'inidoneità, sono da considerarsi censure nuove e, pertanto, inammissibili.

4. Quanto alla seconda classificata, s.n.c. Costruzioni Spagnuolo di

Vincenzo e Daniele, si deve rilevare l'inammissibilità per carenza di interesse della censura, della disposta aggiudicazione della gara alla Ditta Glob. Ser., da considerarsi legittima.

5. Le censure relative all'offerta economica della Ditta Medusa, terza classificata, per violazione del divieto ex art. 86, comma 3-ter, d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto avrebbe applicato il ribasso al prezzo complessivo, comprensivo cioè degli oneri di sicurezza, sono parimenti inammissibili per difetto di interesse, in ragione della intervenuta aggiudicazione a concorrente diversa.

6 - Per quanto concerne il requisito SOA della ditta ausiliaria si deve ribadire quanto asserito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio che, con la sentenza 18 luglio 2012, n. 27, ha affermato che la complessiva *ratio* dell'istituto della qualificazione induce a ritenere che l'impresa, la quale abbia richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato SOA, può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all'esito positivo della verifica stessa.

Pertanto, soltanto l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare soltanto dopo la data di positiva effettuazione della verifica.

Nel caso di specie, la paventata scadenza triennale in data 7 aprile 2013 della certificazione SOA della ditta ausiliaria è compatibile con la sua partecipazione (*rectius* con il suo ausilio) alla gara, posto che, in data non antecedente ai 90 giorni dalla scadenza, essa ha proposto, ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010, e precisamente in data 11 marzo 2013,

richiesta di verifica del mantenimento dei requisiti presso la SOA.

Quindi, l'impresa ausiliaria Fratino era nelle condizioni di legge per poter partecipare a pubbliche gare, avendo presentato istanza di verifica triennale nel rispetto dei termini di cui all'art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010 e l'attestazione SOA è intervenuta in data 6 settembre 2013.

4 – Le censure prospettate in merito all'attribuzione dei punteggi sono, nell'insieme, inammissibili, in quanto attengono al merito amministrativo e non prospettano giudizi affetti da illogicità ed irragionevolezza.

Va ribadito in proposito, nel settore degli appalti pubblici, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le valutazioni tecniche, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468).

Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno rilevato che la valutazione del G.A. non valica i confini della sua giurisdizione quando apprezza la congruità e logicità del provvedimento impugnato, senza invadere la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione (cfr. Sez. Un. 22 maggio 2012, n. 8071; anche, fra le altre: S.U. 21 giugno 2010, n. 14893; S.U. 9 maggio 2011, n. 10065; S.U. 19 dicembre 2011, n. 27283; S.U. 8 marzo 2012, n. 3622).

5 – L'art. 84 del Codice appalti disciplina le incompatibilità dei componenti della Commissione giudicatrice e stabilisce che *“La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato*

dall'organo competente”.

Nel caso di specie, l'arch. Vincenzo Lombardi, all'epoca degli atti impugnati, è stato dirigente del Comune di San Severo a tempo determinato e, dunque, con determinazione dirigenziale n. 248 del 27 febbraio 2012, è stato legittimamente investito della responsabilità del procedimento inerente ai rapporti con la Regione Puglia per la rigenerazione urbana ed è stato nominato coordinatore dei RUP e responsabile dei progetti e di ogni atto per la concretizzazione dei progetti medesimi.

Tale provvedimento è stato richiamato, quale atto presupposto, in quello di nomina della Commissione (determinazione n. 458 del 4 aprile 2013) e nella determinazione n. 1030 del 25 novembre 2013, di aggiudicazione della gara. 6 – L'eccezione relativa al fatto che nei processi verbali non sarebbe stato indicato il metodo di conservazione dei plichi contenenti le offerte, né il nominativo del soggetto incaricato della sua conservazione, né le modalità di chiusura e di custodia dei plichi non è causa ex se di illegittimità della gara.

Infatti, come ha recentemente chiarito il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8, ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre un *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, non può trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla cd. genuinità dell'offerta, che va preservata in

corso di gara.

Peraltro, per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova.

Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non comporta una presunzione di manipolazione, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi, prove ed indizi che nella specie non risultano sussistenti.

7 – Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 83, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve intendersi rimessa alla stazione appaltante la facoltà di determinare i criteri di valutazione delle offerte, che vanno però prefissati nella *lex specialis*, e ciò al fine di consentire a tutti i partecipanti alla procedura di aver sin dall'inizio contezza di tutti gli elementi che incidono sulla partecipazione, sulla valutazione delle offerte e, quindi, in ultima analisi sull'aggiudicazione; rientra quindi nella discrezionalità della stazione appaltante predeterminare l'incidenza del prezzo, in rapporto alla qualità della proposta, nella valutazione dell'offerta e la relativa determinazione (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2014, 1537).

Tale obbligo, di matrice comunitaria, riguarda, tuttavia, i criteri di valutazione, ma non i metodi matematici previsti per legge.

Per quanto sia auspicabile una loro previa fissazione in sede di bando, la legge non esclude che la scelta avvenga ad opera della stessa Commissione (né la giurisprudenza ha affermato il relativo divieto), anche in considerazione del fatto che si tratta di metodi previsti nell'allegato al d.P.R.

n. 207 del 2010 tra loro alternativi e non tassativi e che necessitano di specifiche competenze tecniche per la loro individuazione, non essendo tutti parimenti idonei per ogni specifica gara, con conseguente ammissibilità di una scelta affidata alla commissione di gara medesima.

Nel caso in esame, nel verbale n. 1 dell'8 aprile 2013, il Presidente, in apertura di seduta ha pubblicamente annunciato che "la commissione si avvarrà, per l'attribuzione del punteggio relativo agli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, del metodo aggregativo-compensatore previsto alla lett. a), punto 4, dell'allegato G) al d.P.R. n. 207 del 2010, con l'applicazione della specifica formula ivi prevista.

Nel successivo verbale n. 2, la Commissione ha deciso, in adesione ai disposti della lett. a), punto 4, del citato allegato G di definire una graduazione dell'indice di valutazione degli elementi qualitativi attraverso l'attribuzione di coefficienti variabili da zero a uno, secondo lo schema previamente indicato.

Si tratta, dunque, di attività compatibili con il dato normativo e affidabili, allo stato, alla commissione di gara, purché effettuate previamente alla valutazione delle offerte, come nell'ipotesi di specie.

8. Conclusivamente, alla luce delle argomentazioni che precedono, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 2353 del 2014 come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2014
con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2014

IL SEGRETARIO

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