

N. 06546/2011REG.PROV.COLL.

N. 10337/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 10337 del 2009, proposto da:
Traiano Srl con Socio Unico in proprio e come Mandante Ati, Iter Gestione Appalti
Capogruppo Mandataria Ati, Ati F. & Girardi, Ati C. Coppola Costruzioni, rappresentati
e difesi dagli avv. Arturo Cancrini, Giampiero Manzo e Francesco Vagnucci, con
domicilio eletto presso lo Studio Cancrini-Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli 13;

contro

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Tarallo e Anna Pulcini,
con domicilio eletto presso l'avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele
II, 18;

nei confronti di

Pa Co - Pacifico Costruzioni S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con
domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 07697/2009, resa
tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. CAMPANIA, sede di NAPOLI,
SEZIONE VIII, n. 07697/2009, resa tra le parti, concernente PROGETTAZIONE
ESECUTIVA E REALIZZAZIONE OPERE PUBBLICHE (MCP).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Napoli e di Pa Co - Pacifico Costruzioni S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2011 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati De Portu, per delega dell'Avv. Cancrini, Tarallo e Clarizia;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. VIII, con la sentenza n. 7697 del 19 novembre 2009, ha respinto il ricorso proposto dall'odierno appellante per l'annullamento della determina dirigenziale n. 15 del 15 dicembre 2008 con cui il Comune di Napoli aveva disposto in favore della [PA.CO](#). Costruzioni s.p.a. l'aggiudicazione dei lavori di aggiornamento e completamento della progettazione preliminare posta a base di gara, della progettazione esecutiva e della conseguente realizzazione delle opere pubbliche congiuntamente all'acquisizione di beni immobili e del relativo sfruttamento economico, per la realizzazione delle opere private previste nel Sub-Ambito 4 di attuazione del Programma di Recupero Urbano (cd. P.R.U.) di Soccavo Rione Traiano.

Il TAR fondava la sua decisione in accoglimento del ricorso incidentale presentata dall'odierna appellata [PA.CO](#). Costruzioni s.p.a., rilevando che l'appalto in questione riguarda sia la progettazione che l'esecuzione di opere pubbliche e, in particolare, nell'ambito della prima, l'oggetto consiste nell'aggiornamento e completamento della progettazione posta a base di gara dall'Amministrazione Comunale, oltre che della progettazione esecutiva.

Il TAR, quindi, osservava che, tra la documentazione posta a base di gara, rispetto alla quale le partecipanti avrebbero dovuto presentare proposte di aggiornamento e completamento, figuravano (oltre al progetto preliminare approvato dal Consiglio Comunale di Napoli con delibera n. 47 del 9 marzo 2001 e dalla Giunta Municipale con delibera n. 1128 del 24 febbraio 2006) anche i documenti indicati dall'art. 2 b della lettera di invito (elenco elaborati, elaborati di analisi ed elaborati di progetto). In particolare, tra gli elaborati di progetto erano ricompresi il disciplinare tecnico delle opere di urbanizzazione primaria e del verde (P.9), il disciplinare tecnico campi sportivi, opere a verde, parchi e attrezzature ludiche (P.10) e il disciplinare tecnico parcheggio pubblico interrato, asilo nido e scuola materna (P.11).

In altri termini, secondo il TAR, l'Amministrazione aveva posto a base di gara taluni documenti, tra cui i citati elaborati P.9, P.10 e P.11, che costituivano il punto di partenza per l'elaborazione delle proposte progettuali delle imprese concorrenti.

Dalla documentazione versata agli atti di causa, rilevava invece il TAR, emergeva che, nel corso della seduta di gara del 2 aprile 2008, la commissione notava che l'A.T.I. condotta da Iter Gestione Appalti non aveva prodotto nella documentazione inserita nel plico, malgrado esplicita indicazione degli stessi nell'indice degli atti, i menzionati elaborati P.9, P.10 e P.11; nella seduta di gara del 23 giugno 2008, la commissione di gara formulava un giudizio di "non essenzialità degli elaborati mancanti", ritenendo che il progetto presentato dal raggruppamento Iter contenesse in ogni caso gli elementi richiesti dalla *lex specialis* di gara (verbale n. 11 del 23 giugno 2008) e, nella seduta del 30 giugno 2008, la commissione scioglieva definitivamente la riserva ed ammetteva definitivamente l'A.T.I. Iter al prosieguo delle operazioni di gara (verbale n. 12 del 30 giugno 2008).

Riteneva il TAR che, dall'esame della *lex specialis*, emergeva chiaramente che la presentazione della documentazione progettuale di aggiornamento e completamento dei menzionati elaborati P.9, P.10, P.11 era prescritta a pena di esclusione dalla procedura, nel senso che l'obbligatorietà sanzionabile con l'esclusione si riferiva ai predetti elaborati progettuali specificamente richiesti dalla *lex specialis*; pertanto, l'A.T.I. Iter avrebbe dovuto necessariamente essere esclusa dalla procedura medesima.

L'appellante, nel sostenere la sentenza merita riforma, ha contestato l'accoglimento del ricorso incidentale e ha ribadito i motivi di ricorso di primo grado.

Si costituiva il Comune appellato e la controinteressata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica dell'8 novembre 2011 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

In primo luogo, il Collegio osserva che la mancanza degli atti progettuali citati in narrativa, ovvero il disciplinare tecnico delle opere di urbanizzazione primaria e del verde (P.9), il disciplinare tecnico campi sportivi, opere a verde, parchi e attrezzature ludiche (P.10) e il disciplinare tecnico parcheggio pubblico interrato, asilo nido e scuola materna (P.11), non costituisce mera violazione di *lex specialis* sotto il profilo formale, avendo un indubbio valore sostanziale, poiché tali atti progettuali contengono le indicazioni delle principali componenti architettoniche delle opere realizzande, indispensabili per la progettazione esecutiva.

Peraltro, la Commissione doveva attribuire un punteggio tecnico proprio a tali elaborati che, dunque, dovevano necessariamente essere presenti.

Infatti, nella lettera di invito (art. 8, pag. 25) era specificato che dette proposte progettuali “*devono essere costituite ed articolate come di seguito elencato*” e, nel relativo elenco (lett. a2), opere pubbliche), viene espressamente richiesto l’aggiornamento e completamento (...) della progettazione di cui all’elenco elaborati allegato”, con particolare riguardo agli elaborati P.9, P.10 e P.11 (art. 8, pag. 26).

In specifico, la lettera di invito (art. 9, “modalità di presentazione delle proposte progettuali”, pagine 28 e 29) prescriveva espressamente che la busta contenente l’offerta delle partecipanti dovesse contenere “*a pena di esclusione*” n. 4 plichi (lett. f) tra i quali figurava la busta ”A”, contenente la documentazione progettuale di cui punto 8, lett. a) della medesima lettera di invito.

Inoltre, nell’ambito della documentazione progettuale prevista dal menzionato art. 8, lett. a2), si prevede in dettaglio la necessaria presentazione da parte delle imprese partecipanti di una proposta di aggiornamento e completamento “*con approfondimenti architettonici, compositivi, strutturali ed impiantistici*” della progettazione di cui all’elenco elaborati allegati, con riguardo agli elaborati P.9, P.10 e P.11.

Appare evidente, come già emerso in modo sintetico nell’ambito del giudizio cautelare d’appello, che, secondo le citate disposizioni di gara, la presentazione di tale proposta progettuale (da inserire nella busta A del plico contenente l’offerta) riferita agli elaborati P.9, P.10 e P.11 era richiesta a pena di esclusione dalla procedura di gara.

Peraltro, a pagina 30 della lettera di invito, era specificamente contemplata l’esclusione in caso di “*inosservanza di una delle modalità o la mancata presentazione di una delle dichiarazioni e/o documenti richiesti dal presente disciplinare*”.

A conferma di tale conclusione, l’art. 7c (pag. 20 della lettera di invito), prescriveva chiaramente che la commissione deve procedere all’apertura dei plichi contenenti i progetti preliminari, verificando e contrassegnando tutti i documenti e gli elaborati presentati, provvedendo successivamente all’esclusione delle offerte difformi, per contenuto, da quanto previsto dalla presente lettera di invito.

Tali progetti configurano, all’evidenza, documenti necessari, prescritti chiaramente, come detto, a pena di esclusione, per poter ritenere ammissibile l’offerta dell’impresa.

Al riguardo, la giurisprudenza della Sezione ha già evidenziato la presentazione delle offerte va effettuata in scrupolosa osservanza del bando e della lettera d’invito e la stazione appaltante non può legittimamente disattendere le predette prescrizioni, non avendo alcuna discrezionalità al riguardo; pertanto qualora il bando commini espressamente l’esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la p.a. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, senza alcuna possibilità di valutare la rilevanza dell’inadempimento, l’incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza l’Amministrazione si è autovincolata al momento dell’adozione del bando (Consiglio di Stato, sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1519).

In linea generale, il Collegio osserva che, secondo la maggioritaria impostazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare le clausole inserite nella *lex specialis* in modo rigoroso e incondizionato.

Tali clausole relative ai requisiti di partecipazione o alle cause di esclusione sono, infatti, ritenute connesse ad esigenze di certezza e celerità, oltre che a garanzie di imparzialità dell'azione amministrativa e di par condicio tra i concorrenti.

Tale rigore interpretativo, e conseguentemente applicativo, è stato avallato dalla giurisprudenza anche con riferimento alle clausole relative alla partecipazione alla gara, la cui osservanza è prevista a pena di esclusione (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 567,).

Pertanto, la Commissione giudicatrice non può in alcun modo discostarsi in sede applicativa dalla disposizione del bando che prevedeva espressamente l'esclusione dalla gara dell'impresa partecipante per mancanza di documenti specificatamente indicati.

E' pur vero che non mancano, al contrario, quantomeno nel sistema normativo antecedente alla riforma attuata al riguardo dal cd. "Decreto Sviluppo" (D.L. 70 del 2011), non applicabile nella specie *ratione temporis*, pronunce che mettono in risalto come clausole particolarmente rigorose debbano essere vagliate in relazione alla fattispecie e siano inapplicabili, qualora risultino irragionevoli, irrazionali e sproporzionate.

Tuttavia, anche a voler condividere tale orientamento interpretativo più blando, è evidente che, nel caso di specie, l'assenza dei predetti documenti ha un indubbio significato di sostanza, che oltrepassa il mero rispetto delle forme procedurali di partecipazione consacrate nella *lex specialis*, atteso che esse sono costituenti componenti dell'offerta, oggetto di valutazione della commissione e si traducono in termini di attribuzione dei punteggi.

Tale rilievo rende ancora più evidente il pericoloso arbitrio che ha connotato l'operato della Commissione di gara, che ha preso atto della non corrispondenza degli atti presentati a quanto richiesto dai diversi atti di gara e ha, tuttavia, al dichiarato fine di garantire la massima partecipazione alla gara, deciso di procedere ad un vaglio tecnico/sostanziale, sul grado di menomazione riscontrabile nella complessiva proposta progettuale, per effetto dell'avanzamento progettuale non realizzato e della connessa mancata presentazione degli elaborati contrassegnati con P.9, P.10 e P.11", concludendo, nella seduta di gara del 23 giugno 2008, con un giudizio di "non essenzialità degli elaborati mancanti", ritenendo che il progetto presentato dal raggruppamento Iter contenesse in ogni caso gli elementi richiesti dalla *lex specialis* di gara (cfr. verbale n. 11 del 23 giugno 2008).

In questo modo, la Commissione di gara ha finito con l'apprezzare l'ammissibilità di una documentazione inequivocabilmente mancante, pur in presenza di una clausola chiara della *lex specialis*, su cui avrebbe poi dovuto pronunciarsi attribuendo il relativo

punteggio, così ledendo la par condicio dei concorrenti, con un'operazione non trasparente, difficilmente sindacabile, che opportunamente la *lex specialis* aveva risolto a monte con le clausole sopra indicate.

Alla luce di quanto esposto, la sentenza del TAR deve essere confermata, attesa l'infondatezza dell'appello per quanto riguarda il dirimente e assorbente profilo del ricorso incidentale accolto dal TAR in primo grado.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte appellata costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2011

www.ildirittoamministrativo.it

IL SEGRETARIO

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