

Pubblicato il 20/10/2022

N. 01801/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00642/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 642 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

R.T.I. Corest s.r.l. - Mirabelli Gianfranco - SL 1 System, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Elisabetta De Marco, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Spezzano Albanese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Amato, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

nei confronti

di R.T.I Italyappalti s.r.l.s - Arca Restauri s.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

riguardo al ricorso principale:

- della determina n 234 del 22.03.2022 avente ad oggetto approvazione proposta aggiudicazione in favore del R.T.I. Italyappalti dell'appalto di lavori

di “*completamento e valorizzazione parco archeologico di Torre Mordillo*”, nonché l’esclusione del R.T.I. ricorrente;

per l’annullamento

riguardo ai motivi aggiunti:

della determina n. 123 dell’8.04.2022 avente ad oggetto la l’aggiudicazione definitiva.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Spezzano Albanese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2022 il dott. Arturo

Levato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso principale il R.T.I. Corest s.r.l. - Mirabelli - SL I Systems s.r.l. espone che il Comune di Spezzano Albanese ha indetto una procedura di gara ai sensi dell’art. 60 D. Lgs n. 50/ 2016 per un appalto dei lavori per il “*completamento e valorizzazione del parco archeologico di torre Mordillo*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 2, D. Lgs n. 50/2016, per un importo pari ad euro 502.121,09, comprensivo degli oneri di sicurezza.

Per la partecipazione alla gara si richiedeva il possesso dell’attestazione S.O.A. nella categoria OG2 nella classifica II, categoria prevalente, OS 19 classifica I, categoria scorporabile e subappaltabile al 100%, e OS25 classifica I, categoria scorporabile e subappaltabile nei limiti di legge.

Alla gara partecipavano tre imprese, tra cui l’odierno ricorrente e il controinteressato R.T.I. Italyappalti s.r.l.s. - Arca Restauri s.r.l. ed entrambi venivano ammessi, nonostante il controinteressato non fosse in possesso della categoria OS19.

In esito alla valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica risultava aggiudicatario il R.T.I. Italyappalti, mentre il ricorrente si collocava al secondo posto.

Con nota dell'1.09.2021 il Comune di Spezzano chiedeva le giustificazioni dei prezzi, da presentarsi entro il 16.10.2021, sia al primo sia al secondo classificato. Con p.e.c del 14.10.2021 il R.T.I. Corest comunicava di aver ricevuto la richiesta delle giustificazioni solo in data 1.10.2021 e che pertanto, calcolando il termine concesso dalla predetta data di ricevimento della nota, avrebbe consegnato le giustificazioni entro il 16.11.2021. Tale nota rimaneva priva di riscontro.

Nelle more seguiva istanza di accesso agli atti di gara da parte dell'esponente, che, dopo aver visionato la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica presentata dall'aggiudicatario, con missiva del 29.12.2021 chiedeva un incontro con il r.u.p., avendo riscontrato nella documentazione esaminata delle anomalie. Dopo un'ulteriore nota del 4.01.2022, finalizzata alla richiesta di spiegazioni sul mancato rispetto del bando e del disciplinare, l'8.02.2022 il deducente invitava l'Ente ad annullare la proposta di aggiudicazione della gara in favore del primo graduato.

Con determina n. 234 del 22.03.2022 il Comune procedeva tuttavia all'esclusione dalla gara del R.T.I. ricorrente, *“avendo rilevato la tardività nella trasmissione degli atti richiesti”*, e all'approvazione della proposta di aggiudicazione in favore del R.T.I. Italyappalti.

Avverso tale provvedimento è insorto il ricorrente, denunciandone l'illegittimità per violazione dell'art. 97 D. Lgs. n. 50/2016, eccesso di potere, violazione della *lex specialis*.

1.1. Resiste il Comune di Spezzano Albanese, che eccepisce l'inammissibilità e l'irricevibilità del ricorso.

1.2. Il R.T.I. aggiudicatario, regolarmente intimato, non si è costituito in giudizio.

2. Per mezzo di successivi motivi aggiunti il ricorrente ha chiesto l'annullamento della determina n. 123 dell'8.04.2022 di aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. Italyappalti, poiché viziata per violazione dell'art. 97 D. Lgs. n. 50/2016, eccesso di potere, violazione della *lex specialis*, domandando inoltre la caducazione dei verbali di gara e la condanna della p.a. a disporre l'assegnazione della gara in favore dell'esponente e il subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia dello stesso.

2.1. Resiste il Comune di Spezzano Albanese, che ha eccepito l'irricevibilità dei motivi aggiunti e chiesto il rigetto.

2.2. Non si è costituito il raggruppamento aggiudicatario.

3. Con ordinanza n. 289/2022 è stata accolta la richiesta di tutela interinale.

4. All'udienza pubblica del 5 ottobre 2022, previo deposito di memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Si impone in prima battuta lo scrutinio delle eccezioni formulate dalla difesa comunale con riguardo al ricorso principale.

5.1. Con la prima di esse è prospettata l'inammissibilità del gravame, in quanto la determina n. 234 del 22.03.2022 ha oggetto l'approvazione della proposta di aggiudicazione, la quale è da considerarsi alla stregua di un atto endoprocedimentale.

L'assunto è infondato.

Seppure, invero, l'approvazione della proposta di aggiudicazione consiste nell'attività di "*verifica della proposta di aggiudicazione*" prevista dall'art. 32, comma 5, D. Lgs n. 50/2016 e come tale sia atto privo di carattere lesivo, dovendo ad essa seguire l'aggiudicazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2020 n. 2655), v'è tuttavia che il provvedimento impugnato contiene anche la statuizione espulsiva del deducente R.T.I. dalla procedura selettiva, che pertanto, incidendo negativamente nella sfera giuridica dello stesso, è suscettibile di impugnazione.

5.1.1. Sostiene ancora la resistente p.a. che il ricorso sarebbe tardivo, poiché portato alla notifica il 22.04.2022 a fronte della pubblicazione delle determina avvenuta il 22.03.2022.

L'eccezione va disattesa.

Dall'ultimo foglio della statuizione gravata risulta infatti che la determina è stata pubblicata sull'albo pretorio dal 30.03.2022 al 14.04.2020, cosicché la proposizione del ricorso il 22.04.2022 risulta eseguita nel termine perentorio di trenta giorni in conformità all'art. 120, comma 5, c.p.a.

5.2. Può quindi essere vagliato il merito del ricorso principale.

Lamenta il deducente la violazione dell'art. 97, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016 ed il vizio di eccesso di potere, in quanto lo stesso sarebbe stato illegittimamente escluso per la tardività delle giustificazioni dell'offerta anomala inviate alla Commissione, le quali sarebbero dovute “... *inderogabilmente pervenire entro il giorno 16/10/2021 alle ore 14:00*”, mentre sono state inoltrate dal R.T.I. Corest il 16.11.2021.

La censura è fondata.

Condivisibile giurisprudenza sostiene che la tardiva produzione delle giustificazioni inerenti all'anomalia dell'offerta non può determinare di per sé solo l'esclusione dell'operatore economico, laddove la verifica della Commissione sia stata comunque eseguita successivamente all'acquisizione della documentazione (*ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 18 maggio 2018, n. 5534). Trasponendo il richiamato orientamento ermeneutico alla fattispecie, risulta che il collegio esaminatore si è riunito per la verifica della congruità delle offerte il 7.03.2022, cosicché in tale data aveva comunque a disposizione i rilievi giustificativi inoltrati dal raggruppamento deducente.

6. Il ricorso principale è pertanto accolto, con conseguente annullamento della determina di esclusione n. 234/2022.

7. È possibile passare allo scrutinio dei motivi aggiunti, con cui è avversato il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore del R.T.I. Italyappalti.

7.1. In rito, si rende necessario il vaglio dell'eccezione di irricevibilità sollevata dal Comune resistente.

Sostiene, in particolare, la p.a. intimata la tardività della proposizione del ricorso, in quanto avviato alla notifica il 28.05.2022, oltre il termine di trenta giorni della conoscenza del provvedimento di assegnazione della gara n. 123 dell'8.04.2022, pubblicato il 22.04.2022.

Il rilievo processuale è infondato.

Nell'avviso di ricevimento depositato in giudizio, infatti, il timbro postale ivi impresso reca la data del 21.05.2022, cosicché il gravame risulta tempestivo.

7.1.1. Si palesa invece fondato, in rito, l'ulteriore rilievo di tardività del deposito, eseguito dal ricorrente il 22.09.2022, del documento di attestazione di presa visione dei luoghi, in quanto il medesimo deposito è avvenuto oltre il termine dimidiato di venti giorni dalla celebrazione dell'udienza ai sensi del combinato disposto degli artt. 73, comma 1, 119, commi 1, lett. a), 2, c.p.a.

A ciò consegue l'inutilizzabilità del descritto documento ai fini decisori.

7.2. Quanto al vaglio del merito dei motivi aggiunti, essi sono fondati.

7.2.1. Nello specifico, con la prima censura l'esponente deduce che il bando di gara, il disciplinare e anche il capitolato speciale d'appalto individuavano espressamente il possesso in capo ai partecipanti dell'attestazione S.O.A. nella categoria OG2 nella classifica II, categoria prevalente, OS 19 classifica I, categoria scorporabile e subappaltabile al 100%, e OS25 classifica I, categoria scorporabile e subappaltabile nei limiti di legge. Il R.T.I. Corest, mediante la formulazione di una faq, chiedeva quindi alla stazione appaltante se il possesso del requisito nella categoria OS19 fosse indispensabile per la partecipazione alla gara e, non avendo ricevuto alcun chiarimento, si impegnava nella ricerca di un'impresa qualificata nella categoria OS 19 da inserire nel medesimo R.T.I.

Considerato che di tale requisito l'aggiudicatario ne risulterebbe privo, illegittimamente quindi la resistente p.a. avrebbe omesso di escluderlo dalla gara.

La difesa del Comune sostiene che la categoria OS19 è stata erroneamente inserita tra le scorporabili e addirittura a qualificazione obbligatoria, non necessitando di nessuna delle due, essendo sia inferiore al 10% dell'importo che inferiore a euro 150.000,00, per cui non sarebbe stata necessaria alcuna qualificazione.

La censura è fondata.

Occorre premettere che il disciplinare di gara, al punto 8.3, lett a) prescriveva, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale delle imprese partecipanti, da possedere “*a pena di esclusione*”, la “*attestazione SOA nella categoria OG2 class. II, OS19 Classifica I e OS25 class. I*”.

Ciò chiarito, è incontestato che il R.T.I. Italyappalti fosse privo dell'attestazione S.O.A nella categoria OS19 classifica I, per come richiesta invece dalla *lex specialis*, “... *le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela*”, tuttavia non ravvisabile nella fattispecie (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 21 marzo 2022, n. 2003).

Ne consegue pertanto che, a fronte della cogenza delle indicate prescrizioni di gara, la stazione appaltante, nel vagliare positivamente la sussistenza dei requisiti tecnici in capo al raggruppamento aggiudicatario, è incorsa in una non consentita disapplicazione della *lex specialis*.

7.2.2. Lamenta ancora il ricorrente che il R.T.I. aggiudicatario non sarebbe in possesso dell'attestazione di avvenuto sopralluogo, conseguendo a ciò un ulteriore elemento di esclusione dello stesso.

L'assunto è suscettibile di favorevole scrutinio.

Rileva il Collegio che il disciplinare di gara prescriveva al punto 12, nonché al successivo punto 16.6, che “*È obbligatoria la visita di sopralluogo da effettuarsi in forma assistita in sito*” ma dalle emergenze documentali non risulta che tale visita di sopralluogo sia stata eseguita dal raggruppamento primo graduato.

Sul punto, questa Sezione ha statuito che l'obbligatorietà del sopralluogo ha carattere di adempimento strumentale a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara ed ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai partecipanti alla procedura selettiva di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7 febbraio 2019, n. 258; Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2016, n. 2800). Né in senso contrario può assumere rilievo in fase di giudizio la deduzione difensiva del Comune, secondo cui dell'attestazione del sopralluogo ne risulterebbe sprovvisto anche il raggruppamento ricorrente, in quanto tale profilo non è emerso in sede di svolgimento della procedura selettiva, all'atto dell'esclusione del medesimo ricorrente.

8. In accoglimento dei motivi aggiunti va pertanto disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione n. 123/2022, con assorbimento della residua censura.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di n. 234/2022 e la determina di aggiudicazione n. 123/2022.

Condanna il Comune di Spezzano Albanese al pagamento delle spese di lite in favore del ricorrente raggruppamento, quantificate nella misura di euro 4.000,00, oltre accessori di legge

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario, Estensore

Domenico Gaglioti, Referendario

L'ESTENSORE

Arturo Levato

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO