

La lex specialis non solo non vietava, ma, al contrario, ammetteva la possibilità per i concorrenti di apportare varianti con riferimento alle opere di fondazione, che erano espressamente annoverate tra gli elementi in relazione ai quali era ammessa la po

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La lex specialis non solo non vietava, ma, al contrario, ammetteva la possibilità per i concorrenti di apportare varianti con riferimento alle opere di fondazione, che erano espressamente annoverate tra gli elementi in relazione ai quali era ammessa la possibilità di proporre varianti.

L'assunto secondo cui la soluzione della fondazione (c.d. a platea), in alternativa a quella indiretta (c.d. "su pali") sarebbe peggiorativa e non migliorativa implica valutazioni tecniche che spettano alla Commissione di gara e che questo Giudice può sindacare soltanto laddove emergano profili di evidente inattendibilità o irragionevolezza.

Tali profili non si ravvisano nel caso di specie: al contrario, la positiva valutazione da parte della Commissione della variante proposta da Controinteressata risulta adeguatamente motivata (risulta valorizzato il miglioramento strutturale per effetto della ottimizzazione degli spazi e della volumetria) e non è, in alcun modo, inficiata dalle perizie tecniche presentate da parte appellante. *****, al riguardo, ricordare che in presenza di più soluzioni tecniche tutte opinabile (in ragione del carattere elastico della regola tecnica applicata), ma tutte attendibili, il Giudice deve privilegiare e mantenere la scelta tecnica compiuta dall'Amministrazione, perché l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione il potere di valutazione tecnica e il Giudice può censurarne gli esiti solo in presenza di manifesti profili di inattendibilità, nella specie, come si diceva, insussistenti.

In conclusione, quindi, la variante proposta da Controinteressata non può considerarsi né esorbitante, né peggiorativa; ne discende l'infondatezza dell'appello proposto dall'a.t.i. *****

Parimenti infondato è l'appello proposto dall'A.t.i. Ricorrente.

L'appellante sostiene che le offerte presentate dai primi tre concorrenti avrebbero dovuto essere escluse in quanto non minimizzavano gli oneri ed i costi di esercizio e di manutenzione delle opere, una volta che le stesse fossero realizzate. Tale assunto è erroneo, in quanto né la lex specialis né l'art. 83, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 prevedevano la minimizzazione dei predetti costi come requisito per l'ammissione dell'offerta alla gara. Si trattava, al contrario, di un elemento da prendere in considerazione, insieme ad altri, ai fini dell'attribuzione del punteggio. L'a.t.i. ricorrente avrebbe allora dovuto dimostrare che, ove tale elemento fosse stato adeguatamente valutato, avrebbe avuto un punteggio tale da consentirle di collocarsi al primo posto della graduatoria.

Poiché tale prova non è fornita, deve concludersi nel senso che il ricorso di primo grado è inammissibile (come correttamente l'ha dichiarato inammissibile, sia pure per ragioni diverse, il T.a.r.) perché non viene fornita la c.d. prova di resistenza, ossia che, in assenza delle illegittimità denunciate, la ricorrente avrebbe vinto la gara.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7300 del 5 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 07300/2010 REG.SEN.

N. 03793/2009 REG.RIC.

N. 06705/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3793 del 2009, proposto da:

***** e ***** in P. e in Q. Capogr.Mand. Ati, rappresentato e difeso dall'avv. *****
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via G. Antonelli 45; Ati-Ccc Cantieri
Costruzioni Cemento S.p.A., Ati-Upriver S.r.l.;

contro

Acquedotto Pugliese S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. *****
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Germanico, 146;

nei confronti di

Controinteressata S.p.A. in P. e Q. Capogruppo Mandataria Ati, Ati - ***** due e Figli
S.r.l., Ati - Controinteressata tre S.r.l., Ati - Controinteressata quattro S.r.l., Ati - Controinteressata cinque
S.p.A., Ati - Controinteressata sei S.p.A., rappresentati e difesi dall'avv. *****
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Cosseria, 2; Consorzio Controinteressata sette ***** e
**** Ati, Ati - Sled S.p.A., Ati - *****
*****, rappresentati e difesi dall'avv. *****
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Nizza 59; Costruzioni ***** in P. e Q. Capogr.
Mandataria Ati, Ati - Società Italiana Per Condotte D'Acqua S.p.A.;

Sul ricorso numero di registro generale 6705 del 2009, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni Capogruppo A.T.I., Ati - Sled Spa, Ati - *****
*****, rappresentati e difesi dall'avv. *****
*****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Nizza 59;

contro

Acquedotto Pugliese Spa, rappresentato e difeso dagli avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Germanico, 146;

nei confronti di

Ati - Controinteressata Italia Spa, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3793 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione I n. 00684/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI E FORNITURE COSTRUZIONE IMPIANTO POTABILIZZAZIONE.

quanto al ricorso n. 6705 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione I n. 00685/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00685/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI E FORNITURE PER COSTRUZIONE IMPIANTO POTABILIZZAZIONE ACQUE..

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ***** e di Ati - Controinteressata Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** per delega dell'avvocato *****, ***** e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Acquedotto Pugliese s.p.a. - con bando di gara settori speciali n. 235 - cig 005032597E - ha espletato procedura ristretta per l'affidamento della realizzazione dei lavori di progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori e delle forniture necessarie per la costruzione dell'impianto di potabilizzazione delle acque derivate dall'invaso di Conza della Campania (AV) e del serbatoio di testata dell'Acquedotto (valore complessivo € 47.930.663,77), secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni di gara risulta primo in graduatoria, il raggruppamento temporaneo composto dalle imprese Controinteressata s.p.a (mandataria), ***** due & Figli s.r.l., Controinteressata tre s.r.l., Controinteressata quattro s.r.l., Controinteressata cinque S.p.a. ed Edil Alta

s.r.l. (mandanti). Risultava primo in graduatoria, con il punteggio di 89,50, risultante dalla sommatoria di punti 40 ottenuti per gli elementi qualitativi dell'offerta², 39,95 per l'elemento prezzo e 10, per l'elemento tempo.

Al secondo posto si classificava l'a.t.i. con capogruppo l'impresa *****, con il punteggio complessivo di 69,729, terza l'a.t.i. ***** con punti 67,090 e quarta l'a.t.i. Ricorrente con punteggio 65,550.

Con determinazione dell'Amministratore Unico di *****, a seguito della verifica della documentazione comprovante i requisiti dichiarati in fase di ammissione, l'appalto in esame veniva aggiudicato in via definitiva al RTI Controinteressata.

2. Avverso il suddetto provvedimento di aggiudicazione proponeva ricorso l'a.t.i. *****, seconda classificata, sia l'a.t.i. Ricorrente, quarta classificata.

Con la sentenza n. 684/2009, il T.a.r. Puglia, Bari ha dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato il ricorso proposto dall'a.t.i. Ricorrente quarta classificata.

In particolare, il T.a.r. ha dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, il motivo di ricorso motivo di ricorso volto a contestare i punteggi assegnati alle soluzioni migliorative progettate dalle prime tre classificate. Secondo il primo giudice, infatti, la ricorrente Ricorrente avrebbe contestato solo la posizione della prima e della terza classificata, e non anche della seconda (a.t.i. *****), con la conseguenza che, un eventuale accoglimento del motivo, non le avrebbe dato alcuna utilità.

Ha respinto invece i motivi volti a far valere la mancata fissazione dei criteri motivazionali di valutazione delle offerte e il difetto di istruttoria.

3. Con la sentenza n. 685/2009, il T.a.r. ha respinto, ritenendolo infondato nel merito, il ricorso proposto dall'a.t.i. ***** Disattendendo le censure sollevate dalla ricorrente (secondo cui l'offerta Controinteressata avrebbe dovuto essere escluso perché conteneva una variante peggiorativa rispetto al progetto originario), il T.a.r. ha rilevato che "la previsione, in sede di progettazione esecutiva, delle fondazioni a platea, in luogo delle fondazioni su pali, non fosse vietata dalla lex specialis di gara e neppure fosse necessariamente qualificabile come "variante peggiorativa", tale da determinare l'esclusione dell'offerta".

4. Avverso le due decisioni l'a.t.i. Ricorrente e l'a.t.i. ***** hanno proposto separati appelli.

L'A.t.i. Controinteressata ha, a sua volta, proposto appello incidentale con cui si contesta la mancata esclusione della seconda classificata a.t.i. *****

5. Occorre, anzitutto, disporre la riunione degli appelli, stante l'evidente connessione oggettiva e soggettiva.

6. L'appello proposto dall'A.t.i. ***** avverso la sentenza del T.a.r. Puglia n. 685/2009 non merita accoglimento, il che consente di prescindere dall'esame dell'appello incidentale presentato dall'aggiudicatario, sebbene, a rigore, sarebbe logicamente pregiudiziale.

6.1. Risulta infondato, in particolare, il motivo di appello con il quale si sostiene che la variante proposta dall'aggiudicataria risulterebbe peggiorativa o esorbitante rispetto al progetto originario.

Occorre evidenziare, infatti, che la lex specialis non solo non vietava, ma, al contrario, ammetteva la possibilità per i concorrenti di apportare varianti con riferimento alle opere di fondazione, che erano espressamente annoverate tra gli elementi in relazione ai quali era ammessa la possibilità di proporre

varianti.

L'assunto secondo cui la soluzione della fondazione (c.d. a platea), in alternativa a quella indiretta (c.d. "su pali") sarebbe peggiorativa e non migliorativa implica valutazioni tecniche che spettano alla Commissione di gara e che questo Giudice può sindacare soltanto laddove emergano profili di evidente inattendibilità o irragionevolezza.

Tali profili non si ravvisano nel caso di specie: al contrario, la positiva valutazione da parte della Commissione della variante proposta da Controinteressata risulta adeguatamente motivata (risulta valorizzato il miglioramento strutturale per effetto della ottimizzazione degli spazi e della volumetria) e non è, in alcun modo, inficiata dalle perizie tecniche presentate da parte appellante. *****, al riguardo, ricordare che in presenza di più soluzioni tecniche tutte opinabile (in ragione del carattere elastico della regola tecnica applicata), ma tutte attendibili, il Giudice deve privilegiare e mantenere la scelta tecnica compiuta dall'Amministrazione, perché l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione il potere di valutazione tecnica e il Giudice può censurarne gli esiti solo in presenza di manifesti profili di inattendibilità, nella specie, come si diceva, insussistenti.

In conclusione, quindi, la variante proposta da Controinteressata non può considerarsi né esorbitante, né peggiorativa; ne discende l'infondatezza dell'appello proposto dall'a.t.i. *****

7. Parimenti infondato è l'appello proposto dall'A.t.i. Ricorrente.

L'appellante sostiene che le offerte presentate dai primi tre concorrenti avrebbero dovuto essere escluse in quanto non minimizzavano gli oneri ed i costi di esercizio e di manutenzione delle opere, una volta che le stesse fossero realizzate. Tale assunto è erroneo, in quanto né la lex specialis né l'art. 83, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 prevedevano la minimizzazione dei predetti costi come requisito per l'ammissione dell'offerta alla gara. Si trattava, al contrario, di un elemento da prendere in considerazione, insieme ad

altri, ai fini dell'attribuzione del punteggio. L'a.t.i. ricorrente avrebbe allora dovuto dimostrare che, ove tale elemento fosse stato adeguatamente valutato, avrebbe avuto un punteggio tale da consentirle di collocarsi al primo posto della graduatoria.

Poiché tale prova non è fornita, deve concludersi nel senso che il ricorso di primo grado è inammissibile (come correttamente l'ha dichiarato inammissibile, sia pure per ragioni diverse, il T.a.r.) perché non viene fornita la c.d. prova di resistenza, ossia che, in assenza delle illegittimità denunciate, la ricorrente avrebbe vinto la gara.

8. In conclusione, entrambi gli appelli vanno respinti.

Sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- dispone la riunione degli appelli indicati in epigrafe;
- respinge gli appelli principali;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/la-lex-specialis-non-solo-non-vietava-ma-al-contrario-ammetteva-la-possibilita-per-i-concorrenti-di-apportare-varianti-con-riferimento-alle-opere-di-fondazione-che-erano-espressamente-annoverate-t/>