



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 4877 del 2011, proposto da:
Messineo Francesco in proprio e quale Capogruppo Mandatario del
Costituendo Raggruppamento tra Professionisti, Pierfrancesco
Messineo e Sardone Onofrio, rappresentati e difesi dall'avv. Angelo
Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via
Principessa Clotilde,.2;

contro

Comune di Capaccio, rappresentato e difeso dagli avv. Luisa
Marrone e Gherardo Maria Marengi, con domicilio eletto presso
l'avv. Enzo Maria Marengi in Roma, p.zza di Pietra 63;
Comune di Albanella;

nei confronti di

Feronia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Crisi, con

domicilio eletto presso lo Studio Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Amalfitana Gas S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanna Corrente, con domicilio eletto presso l'avv. A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00508/2011, resa tra le parti, concernente BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DI LAVORI E LA GESTIONE DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Capaccio e di Feronia S.r.l. e di Amalfitana Gas S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Vaglia, per delega dell'Avv. Crisi, e Misserini, per delega dell'Avv. Corrente;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Salerno, sez. I, con la sentenza n. 508 del 22 marzo 2011, ha respinto il ricorso

proposto dall'attuale appellante per l'annullamento dell'avviso pubblico del Comune di Capaccio relativo alla gara per l'affidamento incarico di "Ufficio di direzione lavori"; direzione dei lavori ed attività tecnico amministrativa connessa, coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, contabilità e misura nonché n. 2 direttori operativi – lavori per l'intervento di "concessione per la realizzazione e gestione del servizio di distribuzione del gas naturale nei comuni di Capaccio ed Albanella – Bacino Campania 55" spedito per la pubblicazione il 25 novembre 2009; del disciplinare di gara; delle delibere o determine di nomina dei componenti la Commissione giudicatrice nelle persone dell'ing. Carmine Greco, dott. Carmine Vertullo e geom. Mario Barlotti, di data ed estremi sconosciuti; di tutti i verbali dei lavori dell'avviso pubblico del 25.11.2009 del Comune di Capaccio relativo alla gara per l'affidamento incarico di ufficio di direzione lavori ed attività tecnico amministrativa connessa, coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, contabilità e misura nonché n. 2 direttori operativi lavori per l'intervento di concessione connessi alla realizzazione ed alla gestione del servizio di distribuzione del gas naturale nei comuni di Capaccio ed Albanella-Bacino Campania 55, anche nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile l'offerta proposta dalla società Feronia s.r.l.

Il TAR ha, invece, dichiarato improcedibili i motivi aggiunti proposti avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto dal Comune di Capaccio nella gara di cui sopra e avverso il contratto

rep. n. 3164 del 29 giugno 2010 stipulato con l'aggiudicataria.

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

- gli atti ed i documenti sono stati sottoscritti dall'ing. Massimo Fontana, amministratore unico della società Feronia s.r.l. e il bando ed il disciplinare di gara, il cui art. 4, lettera D.1., il ricorrente presume violato, non si discostano dalle previsioni normative, non rinvenendosi negli stessi alcun punto che prescriva la delega in favore dei direttori tecnici delle società partecipanti alla gara per sottoscrivere atti e documenti;
- il bando ed il disciplinare non comminano con l'esclusione il mancato deposito di un provvedimento da parte delle società concorrenti attestante la formale consultazione dei direttori tecnici in merito alla partecipazione alla gara;
- la commissione, alla luce dei molteplici criteri fissati dal legislatore, frutto di bilanciamento tra i diversi interessi dell'economicità e dell'attendibilità del giudizio tecnico, è stata ritenuta legittimamente composta da soggetti aventi una qualificazione tecnica idonea a garantire un adeguato livello di professionalità;
- la commissione di gara non ha errato nell'attribuzione dei punteggi assegnati alle concorrenti, posto che la lex specialis di gara ha dettato criteri precisi ai fini della determinazione dei punteggi ai concorrenti, criteri che sono stati scrupolosamente osservati dalla commissione nella fase valutativa.

L'appellante contestava la sentenza del TAR chiedendo

l'accoglimento dell'appello e riproponendo i motivi di ricorso di primo grado.

Si costituivano il Comune intimato e i controinteressati Feronia s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello.

La Amalfitana Gas s.r.l., interveniente ad adiuvandum in primo grado, proponeva appello incidentale improprio, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica dell'8 maggio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente devono respingersi le preliminari eccezioni di ammissibilità dell'appello, atteso che, in primo luogo l'appello è stato correttamente notificato alla controinteressata Feronia s.r.l., a prescindere dalla mancata indicazione, che si deve ritenere viziata da mera irregolarità non avente, quindi, effetto invalidante, del fatto che veniva evocata quale mandataria; in secondo luogo poiché, ai sensi dell'art. 37 d.lgs. n. 163-06, all'operatore economico mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti e che quindi, in virtù di tale disposizione, il soggetto per il raggruppamento legittimato a stare in giudizio è la società capogruppo.

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato nel merito con esclusivo riferimento alla questione relativa all'applicazione dell'art. 53 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, in base al quale al direttore tecnico

o ad altro ingegnere o architetto da lui dipendente abilitato all'esercizio della professione, ed iscritto al relativo albo professionale, la società delega il compito di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici inerenti alle prestazioni oggetto dell'affidamento.

Infatti, con riferimento al primo motivo d'appello, il Collegio rileva l'assenza della predetta "delega" da parte della Feronia s.r.l. in favore del proprio direttore tecnico a sottoscrivere gli elaborati tecnici inerenti alle prestazioni oggetto dell'affidamento; nel caso di specie, infatti, è stato il solo legale rappresentante a sottoscrivere tutti gli atti di gara, compresi tali elaborati tecnici.

Pertanto, secondo il Collegio, l'assenza di tale delega e della conseguente sottoscrizione di cui all'art. 53 d.P.R. 554-99 costituisce un'ipotesi di carenza di un elemento essenziale dell'offerta, elemento la cui essenzialità è espressa dal medesimo art. 53 in modo chiaro, preciso e cogente, laddove stabilisce che l'approvazione e la firma degli elaborati comportano la solidale responsabilità civile del direttore tecnico o del delegato con la società di ingegneria nei confronti della stazione appaltante.

Nella specie, quindi, l'assenza di tale delega e della conseguente legittima sottoscrizione rende inammissibile l'offerta relativamente ai suoi elaborati progettuali e, dunque, illegittima la procedura di gara e l'aggiudicazione alla controinteressata Feronia s.r.l.

Con riferimento al secondo motivo d'appello, il Collegio ritiene,

invece, che il medesimo sia infondato.

Infatti, una commissione di gara, come quella di specie, composta da ben due membri tecnici, di cui un ingegnere quale Presidente della stessa ed un membro esperto contabile/finanziario, e i cui tre membri sono tutti dirigenti responsabili dei rispettivi settori di appartenenze (cfr. doc. n. 7 di primo grado appellato Feronia s.r.l.), abbia ampiamente garantito un adeguato livello di professionalità dei componenti in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto per cui vi è causa.

Peraltro, il solo membro con qualificazione contabile/finanziario risulta evidentemente indispensabile per una corretta valutazione delle offerte economiche dei concorrenti.

Anche il terzo motivo d'appello, per il Collegio, è infondato; infatti, i criteri di valutazione sanciti nel bando e nel disciplinare di gara, sono pienamente conformi alle prescrizioni di cui all'art. 83 del d.lgs. 163-06, attribuendo così alla Commissione di gara una discrezionalità tecnico-valutativa consona alla disposizione richiamata.

In base al combinato disposto dell'art. 14 del d.lgs. n. 164-00 e dell'art. 83 del d.lgs. n. 163-06, si desume che il legislatore non abbia inteso predeterminare il valore ponderate da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e

delle circostanze specifiche della singola procedura.

In tal senso del resto depone anche il considerando n. 46 della Direttiva n. 2004/18/CE, il quale con riguardo all'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa espressamente riconosce che la concreta determinazione dei relativi criteri economici e qualitativi dipende dall'oggetto dell'appalto.

Inoltre, costituisce regola ormai consolidata quella secondo la quale la correttezza del giudizio della commissione di gara è sindacabile solo sul piano della logicità, coerenza e della veridicità dei presupposti di fatto.

Nel caso di specie, viceversa, gli appellanti contrappongono alla verifica effettuata dall'Amministrazione una propria autonoma valutazione, senza individuare elementi oggettivi dai quali desumere in maniera indubitabile l'erroneità della decisione della P.A., con la conseguenza che la relativa censura non può in alcun modo essere accolta.

L'accoglimento dell'appello esime il Collegio dall'ulteriore esame dei motivi di appello proposti nel presente giudizio e costituenti riproposizione dei pedissequi motivi aggiunti di primo grado, con l'esclusione del motivo attinente alla violazione dell'art. 11, commi 10 e 10-ter, d.lgs. n. 163/2010, per l'inosservanza dei termini prescritti per la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia dello stesso.

La disposizione normativa, introdotta con il d.lgs. 53/2010 stabilisce

che se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.

Tale disposizione risulta direttamente e ingiustificatamente violata dalla stazione appaltante, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 121 c.p.a., deve essere richiamata l'inefficacia del contratto.

Non può, invece, essere esaminata la domanda di aggiudicazione e di subentro nel contratto, atteso che, come già evidenziato, la presente sentenza ha, altresì accolto l'appello incidentale, con conseguente necessità per l'Amministrazione di rideterminarsi in ordine alla procedura di gara per cui è controversia.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto per il motivo sopra indicato, così come l'appello incidentale di Amalfitana s.r.l., che censura la sentenza sulla base dei medesimi motivi dell'appellante principale e il contratto deve essere dichiarato inefficace..

Pertanto, per l'effetto, deve essere accolto il ricorso di primo grado, annullando gli atti impugnati.

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 principale e sull'appello incidentale come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado, annullando gli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Dichiara l'inefficacia del contratto d'appalto stipulato.

Compensa le spese 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 8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2012

IL SEGRETARIO

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