Wolters Kluwer | LEGGI D'ITALIA PA

Cons. Stato Sez. V, Sent., (ud. 21/11/2019) 12-02-2020, n. 1104

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Contratti

OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI)

In genere

Fatto - Diritto **P.Q.M.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3611 del 2019, proposto da

G.C. società cooperativa, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con il Consorzio Stabile Policost, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni e Davide Mastrantoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Annoni in Roma, via Udine, 6;

contro

Provincia di Caserta, non costituita in giudizio;

nei confronti

E. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 00214/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di E. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Annoni e Cantile;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con bando del 30 maggio 2017 la Provincia di Caserta - Settore viabilità indiceva una procedura di gara aperta per l'affidamento dei "Lavori di costruzione della Variante di Sessa Aurunca mediante collegamento tra la S.S. 6 Appia e la S.P. n. 320 Travata" con importo a base d'asta di Euro 805.850,23, di cui Euro 794.919,46 per lavori ed Euro 10.930,77 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

1.1. Il bando di gara individuava la documentazione da inserire all'interno delle quattro buste costituenti l'offerta; nella "Busta D", contenente l'offerta economica, era prescritto, a pena di esclusione, l'inserimento della seguente documentazione: "1. Dichiarazione...contenente a pena di esclusione, la misura della percentuale di ribasso offerto, espresso in cifre e in lettere sull'elenco prezzi posto a base di gara e soggetto a ribasso pari ad Euro 794.919,46 al netto degli oneri di sicurezza indiretti non soggetti a ribasso; 2. Dichiarazione...dalla quale risultino i costi sostenuti dalla ditta partecipante per i costi interni della sicurezza "c.d. Aziendali" riferiti allo specifico appalto. La percentuale di ribasso potrà riportare fino ad un massimo di tre decimali. In caso di contrasto tra l'indicazione in cifre e quella in lettere prevarrà quella indicata in lettere".

La stazione appaltante forniva ai concorrenti un modello (individuato come "Modello C") per la formulazione dell'offerta economica, da completare con l'indicazione: a) del ribasso percentuale offerto sull'importo a base di gara e b) dell'importo degli oneri di sicurezza aziendali.

Nello stesso Modello C il concorrente attestava di aver formulato l'offerta "tenuto conto di un costo del lavoro non inferiore al costo stabilito dal CCNL di categoria e dalle leggi previdenziali ed assistenziali così come determinato dalle apposite tabelle a cura della Direzione regionale del lavoro, per l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore ed intendendo compreso e compensato nel prezzo offerto ogni altro onere previsto nel Capitolato".

1.2. Alla procedura di gara partecipava l'associazione temporanea di imprese costituita da Gielle Costruzioni soc. coop in qualità di mandataria e Consorzio stabile Policost in qualità di mandante che, all'esito dell'espletamento delle operazioni da parte della commissione giudicatrice, risultava prima graduata con il punteggio complessivo di 90,64; seconda era E. s.r.l. con il punteggio di 64,99 punti.

1.3. Con nota del 20 dicembre 2017 prot. n. (...) a firma del Presidente della commissione giudicatrice era disposta l'esclusione dell'a.t.i. Gielle Costruzioni dalla procedura di gara "in quanto nella offerta economica non sono stati indicati i costi della manodopera, così come previsto dal comma 10 dell'art. 95 del D.Lgs. n. 56 del 2017"; riformulata la graduatoria finale, al primo posto risultava E. s.r.l. che, in effetti, era destinataria della proposta di aggiudicazione da parte della commissione, come da avviso pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante il 22 dicembre 2017.

2. Il provvedimento di esclusione era impugnato al Tribunale amministrativo regionale per la Campania da Gielle Costruzioni soc. coop. in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con il Consorzio stabile Policost sulla base di cinque motivi.

La ricorrente sosteneva che il disciplinare di gara non imponeva, tanto meno a pena di esclusione, di specificare nell'offerta economica il costo della manodopera, che neppure il "Modello C" messo a disposizione degli operatori conteneva uno spazio a ciò dedicato, ed anzi negli spazi lasciati alla compilazione dei concorrenti era possibile inserire solamente il ribasso presentato e gli oneri di sicurezza aziendale; in ogni caso, la ricorrente, nel caso di specie l'indicazione del costo della manodopera era irrilevante poiché la sua offerta non era risultata anomala, avendo presentato un ribasso inferiore a quello della seconda graduata, e, comunque, si trattava di irregolarità meramente formale.

Da ultimo, la ricorrente censurava l'incompetenza della commissione all'adozione del provvedimento di esclusione, rimesso dal codice dei contratti pubblici alla competenza del r.u.p. - responsabile del procedimento.

2.1. Nel giudizio, nel quale si costituiva la sola controinteressata E. s.r.l., era concluso dalla sentenza sez. I, 15 gennaio 2019, n. 214, di reiezione del ricorso e condanna della ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della controinteressata.

3. Propone appello Gielle Costruzioni società cooperativa; si è costituita in giudizio E. s.r.l., la Provincia di Caserta, pur regolarmente convenuta, è rimasta intimata.

Le parti costituite hanno depositato memorie ex art. 73 cod. proc. amm., cui è seguita rituale replica di Gielle costruzioni.

All'udienza pubblica del 21 novembre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

4. Con il primo motivo di appello Gielle costruzioni soc. coop. contesta la sentenza di primo grado "nella parte in cui ha rigettato il motivo con il quale si è dedotta l'incompetenza della

Commissione e la violazione delle norme che attribuiscono al RUP il potere di adottare i provvedimenti di esclusione dalla procedura di gara"; sostiene l'appellante che la giurisprudenza amministrativa, in più occasioni, avrebbe ritenuto precluso alla commissione giudicatrice l'esclusione dei concorrenti, dovendo essa limitarsi a formulare una proposta di esclusione che il competente organo della stazione appaltante è chiamato, poi, ad approvare e recepire.

Tale orientamento, specifica l'appellante, avrebbe giustificazione nella posizione della commissione giudicatrice che è ufficio valutativo interno proponente i provvedimenti alla stazione appaltante e non, invece, organo deliberante.

5. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata.

5.1. Il motivo di appello pone la seguente questione: se il provvedimento di esclusione di un operatore economico da una procedura di gara possa essere adottato dalla commissione giudicatrice ovvero se esso rientri nella competenza della stazione appaltante e, per essa, del R.u.p..

La questione assume rilevanza nel presente giudizio poiché, come provato dai documenti versati in atti, e non contestato dalla controinteressata, il provvedimento di esclusione dell'A.t.i. Gielle costruzioni dalla procedura di gara in esame è stato adottato dal Presidente della Commissione esaminatrice (sia pure su carta intesta della Provincia di Caserta - ufficio Gare).

Il giudice di primo grado l'ha risolta assumendo che fino a quando l'operato della commissione giudicatrice non è approvato dai competenti organi dell'amministrazione appaltante, ovvero fino a quando non è adottato il provvedimento di aggiudicazione, la commissione ha il potere di riesaminare il procedimento di gara già stato espletato, riaprirlo ed emendarlo dagli errori che sono stati commessi o dalle illegittimità verificatesi anche in relazione all'ammissione o esclusione di un concorrente.

5.2. La questione non è nuova, poiché è stata già affrontata in diverse pronunce di questo Consiglio di Stato ove, come riportato dall'appellante, è stata ritenuta la competenza del R.u.p. all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371; III, 19 giugno 2017, n. 2983; V, 6 maggio 2015, n. 2274; V, 21 novembre 2014, n. 5760).

Non v'è ragione per disattendere tale orientamento che trova conforto nel dato normativo.

L'art. 77 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Commissione giudicatrice") prevede che: "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta di esperi nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

La disposizione definisce, insieme, la funzione della commissione giudicatrice e i limiti della sua competenza; essa svolge un'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

E', dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di giudizio in senso stretto, compresa, in particolare, la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione; la quale, ove sia stata in concreto svolta (normalmente, su incarico dell'amministrazione, ma anche in mancanza di specifico incarico), deve essere poi verificata e fatta propria della stazione appaltante.

Con riferimento al provvedimento di esclusione dalla procedura, del quale si discute nel presente giudizio, quanto in precedenza sostenuto trova conferma, nell'art. 80 ("Motivi di esclusione") d.lgs. n. 50 cit. che, in più occasioni (e, precisamente, ai commi 5, 6, 8, 10 - bis) individua nella "stazione appaltante" il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico.

Nell'odierna vicenda non v'è prova che l'esclusione per irregolarità della documentazione sia stata verificata dalla stazione appaltante, tanto non è possibile evincere, infatti, dalla circostanza che il Presidente della commissione abbia utilizzato carta intestata della Provincia.

5.3. La sentenza di primo grado, pertanto, non può essere condivisa, poiché risolve la questione della competenza ad adottare il provvedimento di esclusione facendo applicazione di un criterio di carattere temporale, che, per come inteso, sembrerebbe fare della commissione giudicatrice l'unico organo della procedura di gara dalla sua nomina al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione e competente, per questo, ad adottare tutti gli atti della procedura.

Il criterio temporale non trova, tuttavia, riscontro nel dato normativo: l'art. 31, comma 3, d.lgs. n. 50 cit. riconosce, infatti, la competenza generale del R.u.p. a svolgere tutti i compiti (id est, ad adottare tutti gli atti della procedura), "che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti", ulteriormente precisando, al comma 4, lett. c) che spetta al R.u.p. "cura(re) il corretto e razionale svolgimento delle procedure", così chiarendo che egli continua ad operare anche dopo la nomina della commissione giudicatrice.

6. L'appellante ha proposto un altro motivo di appello diretto a contestare la sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto le censure rivolte alla motivazione dell'esclusione, vale a dire la mancata indicazione nell'ambito della offerta economica dei costi per la manodopera; tuttavia, l'accoglimento del motivo di ricorso relativo all'incompetenza ha quale effetto l'assorbimento necessario degli altri motivi, giustificato dalla necessità di consentire all'organo competente di esercitare il suo potere senza limiti (cfr. Adunanza plenaria 27 aprile 2015, n. 5 "Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus").

7. Le parti non hanno allegato l'avvenuta stipulazione del contratto di appalto ed, in effetti, nulla è depositato in atti; per questa ragione, all'annullamento dei provvedimenti impugnati non segue pronuncia sul contratto di appalto. Le ulteriori domande restano, dunque, assorbite.

8. Considerato che la vicenda sostanziale non è ancora conclusa, dovendo la stazione appaltante esercitare nuovamente il suo potere, è giustificata la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania n. 214/19, accoglie il ricorso di primo grado di Gielle Costruzioni società cooperativa nei limiti di cui in motivazione ed annulla gli atti impugnati, ogni altra domanda assorbita.

Compensa le spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Copyright 2020 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati