



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9206 del 2009, proposto da Marcon Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con la Edil Mar s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Paride Cesare Creti' e Cosimo Luperto, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza 24;

contro

Comune di Racale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

Ati Ditta Russo - Glocal Cantieri Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore* della mandataria, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso Monica Scongiaforno in Roma, via Postumia, 3;
Ditta Anacleto Longo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Sticchi Damiani Studio Bdl in Roma, via Bocca di Leone, 78;

Sul ricorso numero di registro generale 10303 del 2009, proposto da: Ditta Anacleto Longo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone, 78;

contro

Comune di Racale; in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio ;

nei confronti di

Marcon S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con la Edil Mar s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Paride Cesare Creti', Cosimo Luperto, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza, n. 24; Ati Luigi Russo - Glocal Cantieri S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore della mandataria, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso Monica Scongiaforno in Roma, via Postumia, n. 3;

per la riforma, rispettivamente,

quanto al ricorso n. 9206 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Sez. Staccata Di Lecce: Sezione II n. 2232/2009,.

quanto al ricorso n. 10303 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Sez. Staccata Di Lecce: Sezione II n. 2305/2009, rese tra le parti, concernenti GARA PER REALIZZAZIONE LAVORI DI ADEGUAMENTO RETE FOGNARIA.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Marcon S.r.l., di Ati Russo Luigi-Glocal Cantieri S.p.A., di Glocal Cantieri Spa in proprio e della Ditta Anacleto Longo;

Visti gli appelli incidentali proposti dalla Ditta Anacleto Longo, da Marcon S.r.l. e da Glocal Cantieri s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 245 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, come mod. dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, e l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2010 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani, Abbamonte, su delega dell' avv. Luperto, e Mormandi;

FATTO

1. In data 18.07.2008 il comune di Racale (LE) bandiva una procedura di gara aperta ai fini dell'affidamento dell'appalto di lavori per l'adeguamento del recapito finale della rete di fognatura bianca. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello, ex art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il disciplinare di gara indicava, in linea generale, un importo pari ad euro 2.625.000,00, puntualizzando che il progetto esecutivo, approvato con deliberazione della Giunta comunale n. 18 del 10.01.2008, posto a base di gara, si configurava quale stralcio funzionale di un progetto definitivo generale, poiché la Regione Puglia aveva finanziato solo parzialmente le opere inizialmente previste. Di qui quantificazione, nel disciplinare medesimo, dell'importo a base d'asta di euro 1.813.797,46, al netto degli oneri di sicurezza, di euro 36,202,54.

La procedura culminava nell'aggiudicazione in favore dell'ATI Russo Luigi - Glocal Cantieri s.p.a..

2. Con la sentenza 2232/2009 il Tribunale ha accolto in parte il ricorso proposto da Marcon S.r.l.

I Primi Giudici hanno infatti ritenuto infondato il motivo di gara inteso a contestare la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante ai danni della stessa ricorrente mentre hanno reputato meritevole di accoglimento il motivo subordinato di ricorso mirante alla riedizione integrale della procedura di gara in ragione dell'inesistenza di idonea relazione geologica a corredo del progetto definitivo posto a base della procedura competitiva.

3. Con la sentenza n. 2305/2009 il Tribunale, preso atto delle motivazioni poste a fondamento della decisione n. 2232/2009, implicanti la caducazione integrale della procedura di gara, ha dichiarato l'inammissibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso con il quale la ditta Anacleto Longo aveva impugnato l'aggiudicazione disposta in capo all'ATI Russo-Glocal nonostante la carenza dei requisiti di qualificazione in capo alla mandante. Con la medesima pronuncia il Giudice di prime cure ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria al fine di paralizzare l'azione giudiziaria intrapresa da Anacleto Longo.

4. Marcon s.r.l. e Anacleto Longo propongono separati appelli principali (n.9206/2009 e n.10303/2009) avverso rispettivamente le sentenze nn. 2232 e 2305/2009.

Anacleto Longo e Marcon s.r.l. propongono altresì appelli incidentali contrapposti rispettivamente nei giudizi di cui ai ricorsi nn. n.10303/2009 e n.9206/2009

Glocal Cantieri s.p.a. propone, a sua volta, appositi appelli incidentali autonomi nell'ambito di entrambi i giudizi in epigrafe.

La società Marcon, con controricorso e appello incidentale sostiene in particolare la inammissibilità per difetto di interesse dell'appello incidentale della Glocal Cantieri, che doveva comunque essere esclusa dalla gara per difetto dei requisiti richiesti dalla lex specialis.

Le parti hanno affidato al deposito di memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 27 aprile 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Ragioni di connessione oggettiva e soggettiva rendono opportuna la riunione dei ricorsi in epigrafe specificati.

2. La Sezione reputa pregiudiziale l'esame del ricorso principale (n.9206/2009) proposto da Marcon s.r.l. al fine di contestare il capo della sentenza n. 2232/2009 che ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante.

L'appello è infondato.

Dall'esame dei documenti di causa si ricava che Marcon s.r.l. è stata esclusa dalla procedura di gara per avere indicato nell'offerta un tempo di esecuzione dei lavori (298 giorni) inferiore a quello minimo di 300 giorni richiesto dal disciplinare di gara.

Il provvedimento di esclusione costituisce applicazione vincolata del disciplinare ove si stabilisce, *expressis verbis*, a pag. 1, che “il tempo minimo per l'esecuzione dei lavori non potrà essere inferiore a 300 giorni naturali e consecutivi”.

La Sezione condivide l'assunto sostenuto dai Primi Giudici secondo cui il dato letterale, nella parte in cui stabilisce un “tempo minimo” e prevede che il tempo “non potrà essere inferiore” al limite stabilito, evidenzia la perentorietà e la vincolatività della soglia minima, volta a stabilire il tempo minimo stimato necessario per l'effettuazione dei lavori a regola d'arte.

Si deve aggiungere, sul versante teleologico, che la prescrizione risulta conforme ad un parametro di ragionevolezza in quanto mira a soddisfare l'interesse dell'amministrazione ad ottenere una prestazione qualitativamente affidabile. Ne deriva che la clausola trasgredita stabilisce una caratteristica essenziale della

prestazione pretesa a pena di esclusione dal disciplinare di gara (cfr. pag. 12 lett. g del disciplinare).

Ne deriva l'infondatezza dell'appello principale.

3. Si deve a questo punto passare all'esame dei motivi degli appelli incidentali autonomi proposti dalla ditta Anacleto Longo e da Glocal Cantieri s.p.a. avverso il capo della sentenza gravata che ha annullato in via integrale la procedura in ragione del difetto di idonea relazione geologica in seno al progetto posto a base della procedura di gara.

3.1. Non coglie nel segno, in prima battuta, il motivo di appello con cui si deduce l'inammissibilità, per difetto di idonea posizione differenziata legittimante, del motivo di ricorso accolto dal Primo Giudice in quanto proposto da soggetto legittimamente escluso dalla procedura di gara, come tale parificabile ad un indifferenziato *quisque de populo*.

In applicazione delle coordinate sancite dalla decisione n. 11/2008 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, in materia di rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, si deve infatti convenire che è idoneo a radicare la legittimazione al ricorso anche l'interesse strumentale alla riedizione integrale della procedura. Si deve, in particolare, rimarcare che, in una prospettiva coerente con i principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, costituisce bene della vita meritevole di protezione giurisdizionale anche la *chance* di aggiudicazione derivante dalla partecipazione alla nuova procedura, sempre che l'impresa abbia differenziato, con la domanda di partecipazione, la propria posizione rispetto al *quisque de populo* e che non sussistano preclusioni soggettive alla partecipazione alla nuova procedura (Consiglio Stato, sez. V, 1° febbraio 2010 , n. 417; Consiglio Stato ad. plen., 15 aprile 2010 , n. 1, che mette l'accento proprio sul dato discriminante dato dalla possibilità, per l'impresa esclusa, di partecipare ad un'eventuale nuova gara bandita dalla stazione appaltante).

Nel caso di specie risultano integrati i presupposti ai quali la giurisprudenza prevalente ancora la tutelabilità dell'interesse strumentale in quanto Marcon s.r.l. ha presentato rituale domanda di partecipazione alla procedura in guisa da manifestare uno specifico interesse al conseguimento del bene della vita e la causa di esclusione valorizzata dalla stazione appaltante non risulta ostativa alla partecipazione ad una nuova procedura.

3.2. Non merita positiva valutazione neanche la doglianza con cui si contesta la tempestività del motivo di ricorso accolto in prime cure.

Secondo il condivisibile indirizzo assunto dall'Adunanza Plenaria (1/2003), l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è limitato alle sole clausole escludenti che stabiliscano, con prescrizioni inequivoche, requisiti di partecipazione alla procedura selettiva non posseduti dal ricorrente. Posto che il profilo di illegittimità dedotto, ossia la mancanza della relazione geologica in seno al progetto definitivo, non impediva la partecipazione alla procedura e non precludeva l'esito vittorioso della stessa, si deve reputare che il termine per l'impugnazione decorresse non dall'avvio della procedura ma dal momento in cui la ricorrente ha avuto contezza dell'esito negativo della procedura. In particolare, la proposizione del motivo aggiunto inteso a stigmatizzare l'assenza di idonea relazione geologica risulta tempestiva rispetto al momento in cui la società ricorrente ha acquisto piena conoscenza dei documenti comprovanti la sussistenza del vizio in parola.

Si deve poi escludere la ricorrenza di una situazione acquiescenza in quanto, come sostenuto da consolidata giurisprudenza, l'accettazione delle condizioni di gara stabilite dalla *lex specialis* integra soggezione ad un atto autoritativo e non condotta di spontanea e volontaria adesione alla prescrizione amministrativa.

3.3. Sono infine infondate le censure con le quali si contesta, nel merito, la statuizione di accoglimento.

Va premesso, in punto di diritto, che, ai sensi dell'art. 25 del d.P.R. n. 554/1999, il progetto definitivo deve comprendere la relazione geologica, la quale, come stabilito dal successivo art. 27, sulla base di specifiche indagini, provvede alla identificazione delle formazioni presenti nel sito, allo studio dei tipi litologici e del sottosuolo, e definisce il modello geologico-tecnico del sottosuolo, nonché il livello di pericolosità geologica e il comportamento in assenza ed in presenza delle opere.

Venendo all'esposizione dei profili fattuali rilevanti, si è già in precedenza rimarcato che il progetto esecutivo, approvato con deliberazione di G.C. n. 18 del 10.1.2008, posto a base di gara, costituisce stralcio funzionale di un progetto definitivo generale.

Nel corso del giudizio di primo grado sono state acquisite due diverse relazioni geologiche, una depositata dal ricorrente a seguito di accesso agli atti, effettuato il 13.5.2009 e l'altra prodotta dal Comune in ottemperanza all'ordinanza istruttoria disposta dal Tribunale.

La relazione geologica allegata al progetto definitivo fa riferimento ad uno studio geologico del 1997 a firma dei Dott. Geol. De Donatis e Gianfreda, relativo ad una singola depressione ricadente nel Comune di Racale, che ha per oggetto la trivellazione di due pozzi assorbenti finalizzati allo smaltimento delle acque meteoriche in località Cornula.

La relazione geologica del 1999 a firma Dott. Gianfreda, acclusa al progetto definitivo del 2004 e prodotta dall'Amministrazione in ottemperanza alle richieste istruttorie del Tribunale, costituisce "un'indagine idrogeologica per la costruzione della parte terminale della rete fognante in via Guicciardini".

La Sezione reputa che nessuna delle due relazioni geologiche sia idonea ad assolvere alla funzione assegnata dalla disciplina normativa in ragione della radicale

non pertinenza di ognuno dei due documenti con il progetto definitivo sul piano cronologico, geografico e tecnico.

Sul versante cronologico, l'acquisizione di studi effettuati nel 1997 e nel 1999, non oggetto di adeguato aggiornamento, contraddice il principio giurisprudenziale che, in coerenza con le finalità perseguite dalla normativa regolatrice della materia, impone l'obbligo di acquisire specifica e attuale relazione geologica, escludendo l'utilizzabilità di precedenti relazioni geologiche risalenti nel tempo (Consiglio Stato, sez. VI, 23 settembre 2009, n. 5666).

Sul piano geografico gli elaborati tecnici di parte non riescono a smentire il dato oggettivo e documentale secondo cui entrambe le relazioni geologiche toccano un'area di indagine notevolmente limitata rispetto al complessivo territorio comunale interessato dall'effettuazione dei lavori appaltati.

L'area interessata dallo studio del 1997 concerne, infatti, la zona Cornula, posta nella periferia nord-ovest, ossia una porzione di territorio assai circoscritta rispetto all'area oggetto dell'appalto finalizzato all'adeguamento dei recapiti finali della fognatura pluviale a servizio dell'intero abitato di Racale.

Lo stesso è a dirsi con riguardo alla relazione del 1999, che riguarda una porzione molto ristretta del territorio comunale, posta "in corrispondenza di un modesto versante topografico", e limitata alla sola via Guicciardini.

Infine, le relazioni di che trattasi non sono calibrate funzionalmente sulle specifiche caratteristiche tecniche dell'appalto in esame in quanto riguardano progetti finalizzati allo smaltimento delle acque pluviali attraverso pozzi assorbenti, mentre i lavori oggetto di contestazione prevedono la dismissione degli attuali recapiti finali, la sistemazione di vasche di decantazione, grigliatura e filtraggio e l'immissione negli strati superficiali tramite nuovi manufatti di scarico.

Ne deriva la deficienza di uno studio della caratterizzazione del terreno e della sua permeabilità, finalizzata all'obiettivo di evitare l'immissione diretta di acque meteoriche nelle acque sotterranee.

L'assenza di relazione geologica pertinente con l'appalto in esame sul piano cronologico, geografico e tecnico-funzionale, consente di concludere per la sussistenza del vizio colto dal Primo Giudice. Ne deriva l'annullamento integrale della procedura di gara in ragione del vizio genetico che ha inciso sulla documentazione progettuale posta a fondamento della relativa *lex specialis*.

4. La caducazione integrale della procedura, implicante la riedizione *ab imis* della gara, comporta il venir meno dell'interesse alla coltivazione delle ulteriori censure poste a fondamento dei ricorsi principali e incidentali in epigrafe specificati.

5. Le considerazioni che precedono impongono, quindi, la reiezione degli appelli principali ed incidentali, con conferma integrale della sentenza gravata.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi in epigrafe specificati e respinge gli appelli principali ed incidentali.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2010

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

Il Dirigente della Sezione