

N. 00074/2016REG.PROV.COLL.

N. 05646/2015 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5646 del 2015, proposto da: Paolo Beltrami s.p.a., rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Molinari e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale XXI Aprile, n. 11;

contro

C.M.E. - Consorzio Imprenditori Edili soc. coop, rappresentato e difeso dagli avv. Luisa Torchia, Francesca Isgro' e Claudio Cataldi, con domicilio eletto presso l'avv. Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 47;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale – A.S.L. n.3 di Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Marchese, con domicilio eletto presso l' avv. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO – Sezione staccata di Pescara: Sez. I n.

00248/2015, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del Presidio ospedaliero Santo Spirito di Pescara

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di C.M.E. - Consorzio Imprenditori Edili Soc. Coop e dell' A.S.L. n.3 di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2015 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Elena Pontiroli, per delega dell'avv. Salvatore Alberto Romano, Luisa Torchia e Tommaso Marchese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Imprenditori Edili soc. coop., in prosieguo di trattazione C.M.E., partecipava a procedura aperta bandita dall'azienda A.S.L. di Pescara per l'affidamento della progettazione e realizzazione dei lavori di ristrutturazione e messa a norma del Presidio Ospedaliero di Pescara Santo Spirito, nonché per la fornitura di apparecchiature e attrezzature, classificandosi al secondo posto.

Espletata la gara risultava la s.p.a. Paolo Beltrami risultava aggiudicataria dell'appalto intergrato.

Con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti avanti al T.A.R. per l'Abruzzo, Sezione Staccata di Pescara C.M.E. impugnava – assumendone l'illegittimità per dedotti motivi di violazione di legge e eccesso di potere in diversi profili - i seguenti provvedimenti:

- delibera n.202 del 25 febbraio 2015, con la quale l'Azienda U.S.L. di Pescara ha disposto in favore della società Paolo Beltrami s.p.a. l'aggiudicazione definitiva

dell'appalto integrato;

- nota prot.516/STP del 2 marzo 2015 di comunicazione al Consorzio ricorrente di detta aggiudicazione;

- nota prot. n.2570/STP del 27 ottobre 2014, contenente il chiarimento n. 3 sul quesito 8;

- aggiudicazione provvisoria della gara intervenuta in data 23 febbraio 2015;

- tutti gli atti di gara in particolare dei verbali concernenti la valutazione dell'anomalia delle offerte.

Il consorzio chiedeva in via principale la tutela in forma specifica sotto forma di aggiudicazione dell'appalto e, in via subordinata, la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Con sentenza n. 248 del 2015 il T.A.R. adito accoglieva il ricorso e annullava gli atti impugnati.

Appella la soc. Beltrami che ha contrastato le conclusioni del primo giudice e chiesto la riforma della sentenza di annullamento con rigetto del ricorso il primo grado.

Resiste C.M.E. che ha contraddetto i motivi di impugnativa e riproposto le censure dichiarate assorbite dal T.A.R., concludendo per il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio la A.S.L. Pescara n. 3 che ha svolto considerazioni a sostegno della fondatezza dell'impugnativa proposta dalla società P. Beltrami.

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 5 novembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Per ragioni di ordine logico va preliminarmente esaminato il secondo motivo di appello, che censura la sentenza del T.A.R. nella parte ha riconosciuto illegittima la determinazione dell' A.S.L. n. 3 Pescara con la quale - in risposta ad apposito quesito relativo alla previsione del bando che, per lavori scorporabili e

subappaltabili di importo pari ad euro 723.000,00, ha richiesto la categoria OS5 - ha ritenuto “*valido ai fini della partecipazione all'appalto in parola il possesso della certificazione SOA Categoria OS4 in aggiunta ed alternativa alla OS5*” (cfr. punto 8 della nota dell' Azienda Ospedaliera prot. n. 2570 del 27 ottobre 2014).

2.1. Diversamente da quanto eccepito il motivo dedotto non incorre in inammissibilità perché non osservante dell'onere di specificazione dei capi di censura sancito dall'art. 101, comma 1, c.p.a.

Il motivo invero, con sintetica prospettazione, indica la ragioni di doglianza che si attestano sul rapporto di continenza della categoria OS4 rispetto alla categoria OS5 e sulla necessità di privilegiare il contenuto sostanziale delle lavorazioni rispetto alla classificazione formale.

2.2. Ciò posto il collegio reputa di non doversi discostare dalle conclusioni cui è pervenuto il T.A.R. nel qualificare la determinazione assunta dalla statuizione appaltante come innovativa delle previsioni della *lex specialis* del concorso, cui *ab initio* deve farsi riferimento con carattere di non modificabilità a garanzia del par *condicio dei concorrenti* e dei diritti di accesso alla selezione pubblica.

La stazione appaltante nella fase di qualificazione delle ditte può, invero, intervenire con atti che spieghino ed illustrino il contenuto prescrittivo di clausole del bando o del capitolato speciale cui il bando medesimo rinvii (c.d. *chiarimenti*), ma con il limite che sussistano effettive difficoltà e/o incertezze interpretative delle regole del concorso e che il chiarimento fornito non assuma un ruolo innovativo della disciplina cristallizzata nel precedente atto di indizione della gara.

Sul punto è invero pacifico l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa il quale esclude che l' Amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* del concorso.

I chiarimenti sono, invero, ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di

interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione (da ultimo *ex multis* Cons. St. Sez. III, n. 1993 del 20 aprile 2015; Sez. V, n. 4441 del 29 settembre 2015; Sez. VI, n. 6154 del 15 dicembre 2014)

Con riguardo alla presente vicenda contenziosa non sussisteva, sotto un primo profilo, alcuna incertezza interpretativa sul contenuto prescrittivo del punto II.2.1) del bando che, in ordine al *quantitativo o entità dell'appalto*, aveva indicato con chiare statuizioni la OG1, classifica V, come categoria prevalente e previsto la categoria OS5, classifica III, per lavori scorporabili e sub appaltabili per un importo di euro 723.000,00, nonché sempre per lavori scorporabili e sub appaltabili l'ulteriore categoria OG11. classifica IV bis.

I soggetti interessati a partecipare alla gara erano, quindi, posti in condizione di ben conoscere i requisiti di capacità tecnica necessari per la partecipazione al concorso e per l'esecuzione dei lavori e nessun intervento di chiarimento può, pertanto, ritenersi esigibile da parte della stazione appaltante.

In risposta al quesito n. 8 con la determina n. 27 ottobre del 2014 per la prima volta viene assunta a riferimento la certificazione SOA Categoria OS4 - come valido requisito di partecipazione in alternativa alla OS5 - in alcun modo inizialmente presa in considerazione dal bando.

Né il valore concorrente della la certificazione SOA Categoria OS4, rispetto alla certificazione OS5, può ricondursi ad un rapporto di continenza della prima categoria di lavori rispetto alla seconda, ove si consideri che la distinzione per oggetto dei lavori si riconduce *ex lege* all'allegato al d.P.R. n. 270 del 2010, mentre l'iniziale valutazione di merito tecnico dell'Amministrazione in ordine alla natura

delle prestazioni da rendersi dall'affidatario dell'appalto e all'indicazione dei requisiti di qualificazione necessari all'esecuzione, secondo quanto stabilito dall'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006, non poteva subire mutamento in corso di gara.

2.3. In sede di note a difesa l' Azienda Ospedaliera qualifica il chiarimento come necessitato, a fronte di un ristretto numero di ditte in possesso della certificazione per la categoria OS5.

Osserva il collegio che detta circostanza poteva, tutto al più, indurre , l' Azienda Ospedaliera a modificare in via di autotutela il bando, onde di ampliare la platea dei concorrenti (iniziativa possibile in assenza di posizioni consolidate al momento in cui è stato rilasciato il contestato chiarimento), ma non assurgere a presupposto di uno *ius variandi* delle regole del concorso una volta che la procedura selettiva aveva avuto inizio.

2.4. Con l'ulteriore motivo di gravame la soc. P. Beltrami sostiene che, una volta accertata l'illegittimità del chiarimento fornito dalla stazione appaltante, doveva trarsi da ciò ogni conseguenza in ordine all'effetto di caducazione delle sorti dell'intera gara, stante l'affidamento che la società appellante e altre ditte concorrenti avevano riposto sulla possibilità di prendere parte al concorso dimostrando il possesso della certificazione SOA OS4, in luogo della OS5 prescritta dal bando. Il T.A.R., a dire dell'appellante, avrebbe dovuto assumere una pronuncia di inammissibilità del ricorso, così come proposto da C.M.E., per manifesta contraddittorietà della domanda di annullamento spiegata avverso il solo atto di chiarimento.

Il motivo è infondato.

Come correttamente posto in rilievo dal resistente C.M.E., secondo i noti principi la cognizione del giudice amministrativo è esercitata in un ambito di giurisdizione di carattere soggettivo e non oggettivo. Lo scrutinio di legittimità del giudice amministrativo, e i conseguenti poteri di annullamento, sono esercitati nei limiti

della domanda e dell'interesse fatto valere da parte di chi lamenta di aver sofferto *vulnus* per l'azione degli organi amministrativo.

Una volta esclusa la possibilità di determinazioni in corso di gara additive al contenuto del bando, correttamente il T.A.R. ha valutato la legittimità dell'esito della gara alla luce della primigenia *lex specialis* del concorso, ripristinata nel suo contenuto iniziale e non suscettibile di mutamento. Ogni diversa pronunzia, e cioè di annullamento *in toto* della gara come prospettato dalla ricorrente, sarebbe incorsa nel vizio di extra petizione perché estranea al *thema decidendum* quale introdotto da C.M.E.

Né la domanda proposta dal C.M.E. si configura contraddittoria, ove si consideri che il Consorzio ha agito a tutela delle prerogative di un soggetto in possesso della qualificazione peculiare ai lavori di cui alla categoria SO5 e per il rispetto di una disciplina di gara che aveva *ab initio* preso in considerazione la natura specialistica dei lavori rientranti in detta categoria con ogni effetto sul requisito di qualificazione dei concorrente ai fini dell'affidamento.

Ogni questione sulla legittimità del bando – se reputato restrittivo del confronto concorrenziale, ovvero viziato per erronea qualificazione delle lavorazioni – poteva tutto al più dare ingresso ad un'impugnativa incidentale, una volta ricevuta la notifica del ricorso volto all'annullamento dell'atto di chiarimento, ma non essere introdotta in sede di scritti difensivi come pretesa ad un più esteso giudizio di annullamento degli atti di gara oltre il *petitum* del ricorrente principale e dell'interesse in fatto valere.

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza del T.A.R. Restano assorbiti i motivi di legittimità riproposti in appello da C.M.E.

In relazione ai profili della controversia spese ed onorari del grado di giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate per il grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2016

IL SEGRETARIO

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