

Soccorso istruttorio sull'offerta tecnica

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 6-8-2016

1. E' legittimo il soccorso istruttorio apprestato dalla stazione appaltante quando assume finalità esclusivamente chiarificatrice dell'offerta tecnica e laddove quest'ultima non abbia subito alcuna modificazione e/o integrazione successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

Guida alla lettura

La peculiarità della sentenza all'esame risiede nel proporre una lettura decisamente evolutiva del soccorso istruttorio, la cui applicazione viene estesa anche in relazione ai contenuti dell'offerta tecnica.

A questo riguardo, si rammenta che la giurisprudenza, sino ad oggi, ha ritenuto che il potere di soccorso istruttorio possa - e, a certe condizioni, debba - essere attivato solo a fronte della necessità di acquisire integrazioni documentali o chiarimenti di dichiarazioni ambigue, ma non possa essere esercitato per acquisire puntualizzazioni o specificazioni tecniche (e non regolarizzazioni documentali) circa i contenuti e la funzionalità del progetto tecnico, soprattutto quando lo stesso risulta, di per sé, completo, nelle soluzioni proposte, anche se carente nella sua capacità funzionale e operativa (recentemente, Cons. Stato, III, 1° aprile 2016, n. 1318).

Questo premesso, la vicenda da cui origina la decisione in oggetto riguarda l'impugnazione da parte della seconda classificata degli atti concernenti una procedura aperta per l'affidamento, mediante appalto integrato, della progettazione per la realizzazione di una palestra polifunzionale. Tra i vari motivi che vengono svolti per contestare gli esiti della gara qui rileva particolarmente la censura contro la decisione della commissione giudicatrice di valutare positivamente la classificazione energetica dell'edificio da realizzare sebbene il progetto fosse stato predisposto dall'aggiudicatario sulla scorta di parametri di classificazione introdotti successivamente alla pubblicazione del bando di gara e non, invece, conformandosi alla normativa previgente espressamente richiamata dalla *lex specialis*. Dopo la notifica del ricorso, tuttavia, il responsabile del procedimento di gara ha richiesto all'aggiudicatario di redigere una nuova relazione sul contenimento energetico, riparametrandone i contenuti sulla base della normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, ad esito della quale l'edificio progettato è risultato rientrare comunque nei parametri della classificazione energetica indicati

dai documenti di gara.

Il T.A.R. ha considerato legittima questa ulteriore attività istruttoria, non avendo la predetta relazione implicato alcuna modificazione e/o integrazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara e non essendosi, di conseguenza, prodotta alcuna concreta lesione del principio di *par condicio* tra le imprese partecipanti alla gara.

La pronuncia all'esame, quindi, ha giudicato quanto posto in essere dalla stazione appaltante una legittima applicazione del soccorso istruttorio, evidenziando la finalità esclusivamente chiarificatrice della richiesta relazione di chiarimenti sull'offerta tecnica, tale da far ragionevolmente prevalere l'aspetto sostanziale rispetto a quello meramente formalistico, con conseguente riconoscimento della piena legittimità dell'attribuzione del punteggio già operata dalla commissione giudicatrice.

In questo modo, la decisione qui annotata – della quale sarà interessante verificare l'eventuale condivisione da parte della giurisprudenza futura – propone un significativo ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio, ritenendolo correttamente esercitabile non più e non solo in termini circoscritti alle integrazioni propriamente documentali, bensì anche in funzione di chiarificazione dei contenuti dell'offerta tecnica, finendo indirettamente per attribuirgli, nel nostro caso, un compito di conferma della correttezza delle valutazioni sulla stessa già compiute.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 350 del 2016, proposto da:

AeC Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Mischi C.F. MSCLRT61R03D704J e Andrea Corinaldesi C.F. CRNDR64P29A944C, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Bologna, via Santo Stefano n. 50;

contro

Unione Terre di Castelli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Marcella Buscaglia C.F. BSCMCL71D65A662R, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. in Bologna, Strada Maggiore n. 53;

nei confronti di

Impresa individuale Lauria Antonio, rappresentata e difesa dall'avvocato Ettore Nesi C.F. NSETTR77P27G713S, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria T.A.R., in Bologna, Strada Maggiore n. 53;

O.L.V. s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva,

del provvedimento dell'Unione di Comuni "Terre di Castelli" in data 7/4/2016 di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento, mediante appalto integrato, della progettazione per la realizzazione della palestra polifunzionale nel Comune di Vignola; B) dei verbali di gara delle sedute pubbliche e riservate redatti dalla Commissione giudicatrice; C) per l'accertamento dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'impresa aggiudicataria ai sensi dell'art. 121 c. 1 del D. Lgs. 104/10 e del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, con precisazione circa la disponibilità della ricorrente a subentrare nel contratto; D) Per la condanna dell'Amministrazione convenuta ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Unione Terre di Castelli;

Visto, altresì, l'atto di costituzione in giudizio di Impresa Lauria Antonio aggiudicataria della gara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2016, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori avv. Andrea Corinaldesi, avv. Marcella Buscaglia e avv. Boris Vitiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Oggetto della presente controversia è l'impugnativa degli atti della gara pubblica, a procedura aperta, bandita dall'Unione di comuni "Terre di Castelli" per l'affidamento, mediante appalto

integrato, della progettazione per la realizzazione della palestra polifunzionale nel Comune di Vignola.

E' parte ricorrente AeC Costruzioni s.r.l. (di seguito: AeC) società classificatasi al 2° posto della graduatoria di gara, nella quale A.T.I. avente Impresa Lauria Antonio quale mandataria (di seguito: ATI Lauria), è risultata prima, divenendo poi aggiudicataria definitiva della procedura. AeC, classificatasi seconda in graduatoria con una differenza di punteggio dalla prima di soli 0,08 punti (ATI Lauria punti totali 93, 26; AeC punti 93,18), ritiene illegittimi sia il provvedimento con cui Unione "Terre di Castelli" ha aggiudicato definitivamente la gara a ATI Lauria sia i precedenti verbali di gara della Commissione giudicatrice riferiti alle sedute svolte sia pubblicamente sia in forma riservata, sulla base di motivi in diritto rilevanti: violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara; violazione del combinato disposto della L. n. 447 del 1995 e del DPCM 5/12/1997; violazione art. 6 DM 18/3/1996.

Unione di Comuni "Terre di Castelli" si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso in quanto infondato.

Si è inoltre costituita in giudizio ATI avente impresa Lauria Antonio quale mandataria, chiedendo che il ricorso sia respinto stante la ritenuta infondatezza di tutte le censure in esso rassegnate.

Alla pubblica udienza del giorno 13 luglio 2016, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione, come indicato nel verbale.

Il Collegio osserva che il primo mezzo d'impugnazione è infondato.

Con esso la ricorrente rileva violazione della *lex specialis* di gara e, in particolare, dell'art. 03 punto n. 6 del Capitolato speciale di appalto "Requisiti minimi del progetto degli impianti elettrici", laddove la norma prevede che "Devono essere forniti inoltre i seguenti impianti speciali: telefonico, dati e tv in ogni locale predisposto per l'attività didattica e ogni altro ufficio, adsl, apertura automatica dei cancelli, impianto videosorveglianza e video citofono". La ricorrente rileva l'illegittimità dell'offerta tecnica di ATI aggiudicataria in quanto non ha previsto la fornitura tali impianti elettrici speciali. Si osserva che le suddette considerazioni non sono condivisibili, alla luce di una corretta lettura della *lex specialis* di gara e, in particolare, del Capitolato speciale di appalto e del Progetto preliminare relativo ai due distinti edifici costituenti il nuovo plesso scolastico del comune di Vignola. Da questi atti e, in particolare dal punto 3.1 del progetto preliminare e dall'art. 01 del Capitolato, emerge infatti chiaramente che oggetto del presente appalto è solo l'edificio da destinare a palestra della nuova scuola media di Vignola, con annessi gli spogliatoi e gli altri relativi locali di servizio. L'altro edificio, destinato ad ospitare la nuova scuola media, con annessi aule e laboratori didattici, uffici amministrativi e relativi locali ed impianti di servizio, sarà oggetto di ulteriore distinta gara pubblica, al momento non ancora bandita. Pertanto, gli impianti elettrici speciali di cui la ricorrente rileva la mancanza nell'offerta di ATI aggiudicataria, non erano oggetto di questo appalto, ma della suddetta successiva gara, all'esito della quale saranno affidati la progettazione e i lavori per la costruzione dell'edificio scolastico principale, con i relativi spazi didattici e locali amministrativi e con la prevista installazione dei suddetti impianti elettrici speciali. Le suddette considerazioni

sono testualmente confermate dal chiaro contenuto degli artt. 01 e 03 del Capitolato speciale di appalto, laddove chiaramente si stabilisce che: oggetto della presente gara è unicamente "... la progettazione definitiva e la realizzazione dell'edificio palestra polifunzionale, presso il Comune di Vignola (MO)..." (art. 01) e che i suddetti "impianti elettrici speciali" devono essere allocati nell'edificio scolastico principale, nei locali predisposti "...per l'attività didattica e gli uffici" (art. 03). Inoltre, per quanto più specificamente la censura si riferisce all'impianto di illuminazione della pista di atletica (esterna all'edificio da adibire a palestra), di cui la ricorrente lamenta la mancanza nell'offerta di ATI Lauria, il Collegio osserva che, secondo quanto chiaramente dispone l'art. 03, punto 6 del Capitolato Speciale d'Appalto, il requisito minimo da soddisfare da parte di ciascuna concorrente, per quanto concerne la dotazione di apparecchi di illuminazione secondo gli standard illuminotecnici di cui alla normativa CEI, è riferito unicamente a "...tutti i locali e gli spazi interni..", con conseguente esclusione della pista di atletica, in quanto opera ubicata all'esterno della palestra, dal novero delle aree da dotare di illuminazione. Di qui, conseguentemente, la palese insussistenza della asserita causa di esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria rilevata dalla ricorrente. Con il secondo mezzo, l'istante ritiene illegittima l'offerta di ATI aggiudicataria per asserita violazione del punto 03 del Capitolato speciale di appalto, in quanto il progetto acustico ad essa allegato risulterebbe redatto da figura professionale (progettista edile) sprovvista dei relativi requisiti tecnici professionali per sottoscrivere detto documento e, in particolare, sprovvista della necessaria qualifica di tecnico in acustica di cui alla L. n. 447 del 1995. Il Tribunale ritiene che il motivo non colga nel segno, tenuto conto del dirimente rilievo in base al quale, nella specie, l'art. 08 del Capitolato speciale richiedeva di allegare all'offerta non già un progetto tecnico acustico relativo all'edificio, redatto ai sensi della specifica normativa settoriale di cui alla L. n. 447 del 1995, ma solamente una "Relazione tecnica illustrativa riguardante le caratteristiche acustiche degli ambienti in rapporto ai materiali utilizzati", con la conseguenza che detta relazione tecnica, in quanto richiesta dalla stazione appaltante unicamente a scopo conoscitivo delle caratteristiche acustiche dei locali, ben poteva essere redatta e sottoscritta anche da un progettista edile, non rientrando tale documento tra quelli di esclusiva competenza del tecnico in acustica. Non merita accoglimento nemmeno il terzo mezzo d'impugnazione, con il quale AeC sostiene che all'offerta tecnica di ATI Lauria non dovevano essere attribuiti i 7 punti spettanti all'elemento di valutazione relativo alla classificazione energetica dell'edificio da realizzare, in quanto riportante una classificazione ai fini della valutazione dell'efficienza energetica dell'edificio non corrispondente alla classifica "A", il cui raggiungimento è necessario per ottenere il suddetto punteggio. Secondo la ricorrente, avendo A.T.I. Lauria erroneamente redatto l'offerta concernente tale precisato elemento, sulla base dei parametri di classificazione dell'efficienza energetica introdotti in Regione con le Deliberazioni di Giunta Regionale Emilia – Romagna n. 967 del 2015 e n. 1275 del 2015, adottate successivamente alla pubblicazione del bando di gara, e non, quindi, sulla base della previgente normativa, come invece era espressamente richiesto dalla *lex specialis*, la Commissione giudicatrice non doveva attribuire il suddetto punteggio, non rientrando l'edificio progettato da ATI Lauria in classe "A". Al riguardo, il Collegio ritiene che siano condivisibili le considerazioni difensive svolte dall'Unione di Comuni resistente in merito alla suddetta questione. Dagli atti di causa risulta che, a seguito di precisa richiesta da parte del responsabile del procedimento di gara, in data 26/5/2016 ATI Lauria ha presentato una nuova relazione sul contenimento energetico, redatta sulla base della normativa vigente alla data di pubblicazione del bando (v. doc. n. 20 dell'Unione dei comuni). Da tale relazione emerge chiaramente che – mediante gli opportuni

raccordi tecnici e le necessarie riparametrazioni con l'altro sistema di classificazione, appena entrato in vigore in Regione, sul quale era impostata l'offerta dell'aggiudicataria - l'edificio progettato rientra effettivamente nei parametri della vecchia classificazione energetica "A", come era richiesto dalla *lex specialis*, ai fini dell'assegnazione di n. 7 punti all'offerta tecnica in relazione a tale parametro di valutazione. Ritiene il Collegio che in questi casi – ove la stazione appaltante ha verificato l'effettiva corrispondenza tra la classe "A2" così come dichiarata dall'aggiudicataria nell'offerta in base alla nuova normativa tecnica e la classe energetica "A" di cui al previgente sistema - risulta ulteriormente accertato che l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria non ha subito, sul punto e ad opera della successiva relazione, alcuna modificazione e/o integrazione successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara e che, di conseguenza, non si è in concreto verificato alcun *vulnus* del principio di *par condicio* tra le imprese partecipanti alla gara. Sulla base delle considerazioni che precedono, il Collegio, oltre a ritenere legittimo il soccorso istruttorio apprestato dalla stazione appaltante ad ATI aggiudicataria, stante la finalità esclusivamente chiarificatrice dell'offerta della stessa, che ha mosso, nell'occasione, il responsabile del procedimento, ritiene che, riguardo all'analizzata questione debba ragionevolmente prevalere l'aspetto sostanziale rispetto a quello meramente formalistico, con conseguente riconoscimento della piena legittimità dell'operato della stazione appaltante che ha assegnato ad ATI Lauria i 7 punti alla stessa spettanti, in quanto l'edificio da essa progettato rientra effettivamente nella classificazione energetica "A" come espressamente richiedeva il bando.

Risulta infondato, infine, il quarto mezzo d'impugnazione, con il quale si rileva che l'offerta di ATI Lauria, riguardo alla realizzazione dei posti per gli spettatori della palestra, non rispetterebbe la normativa di cui all'art. 01 punto n. 2 del Capitolato Speciale di Appalto, dell'art. 6 del D.M. in data 18/3/1996 e della normativa del C.O.N.I. relativa all'impiantistica sportiva. Nella specie, la ricorrente sostiene che non risulterebbe garantita a tutti gli spettatori la visibilità dell'area destinata all'attività sportiva, come richiesto dalle suddette disposizioni. Sul rilievo, il Collegio non può che condividere la linea difensiva dell'Unione di Comuni, ove riferisce che, essendo l'offerta tecnica di ciascuna concorrente formulata quale progetto definitivo dell'opera da realizzare, redatta sulla base del relativo progetto preliminare all'uopo già predisposto nella *lex specialis* di gara e ad essa allegato, gli eventuali adeguamenti necessari per conformare l'opera progettata alle varie e diverse normative tecniche disciplinanti la realizzazione e il funzionamento di un edificio destinato a palestra, potranno e dovranno essere soddisfatti dall'aggiudicataria nel corso del procedimento amministrativo diretto all'approvazione del suddetto progetto definitivo dell'opera, così come chiaramente stabilisce il Capitolato Speciale di Appalto ove, all'art. 09, punto n. 2, si precisa che "...resta inteso che l'aggiudicataria è obbligata ad adeguare il progetto definitivo offerto ai contenuti dei pareri o nulla osta necessari e propedeutici all'approvazione". Da tali considerazioni discende, pertanto, che il rilievo della ricorrente è inconferente, oltre che infondato, trattandosi di eventuali modifiche ed adeguamenti tecnici che ben possono essere realizzati successivamente, nella fase procedimentale diretta all'approvazione del progetto definitivo della palestra e/o in sede di progetto esecutivo, in occasione di eventuali dinieghi di nulla osta o pareri contrari, da parte dei competenti enti e/o amministrazioni. In ogni caso, – *a contrario* di quanto afferma la ricorrente – siffatti eventuali adeguamenti non hanno alcuna incidenza sulla legittimità dell'offerta di ATI aggiudicataria.

Per le suesposte considerazioni, il ricorso è respinto.

Le spese seguono la soccombenza ed esse sono liquidate come indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente, quale parte soccombente, al pagamento, in favore delle controparti resistenti, delle spese relative al presente giudizio, che si liquidano per l'importo onnicomprensivo di €. 16.000,00 (Euro sedicimila/00) oltre accessori di legge, di cui €. 8.000,00 in favore di ciascuna controparte: Unione "Terre di Castelli" e A.T.I. avente Impresa Lauria Antonio quale mandataria.

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere