



REPUBBLICA ITALIANA

N. 2982/2006

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Reg. Sent.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

N.1820/2005

Sede di Bari - Sezione Prima

Reg. Ric.

sul ricorso n. 1820/2005, proposto da

Studio Speri Sri —Società di Ingegneria, in persona del legale rappresentante, Capogruppo di costituenda Associazione Temporanea con le Imprese: Giugiario Architettura Sri —Società di Ingegneria, con sede in Torino; Engiserv Sri con sede in Bari; Arch Emilia Pellegrino residente in Bari, mandanti della costituenda ATI; tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Arturo Cancrini, Claudio De Portu e Francesco Paolo Bello, quest'ultimo anche domiciliatario nel suo studio in Bari, alla Via Principe Amedeo n. 82/a;

contro

l'Università degli Studi di Foggia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa — giusto decreto rettorale n. 1796-2005 del 14.12.2005- dall'Avvocatura dello Stato, presso i cui Uffici in Bari, Via Melo n. 97, domicilia

e nei confronti di

Raggruppamento temporaneo “Norma con capogruppo Studio Ingegneria Cavaliere ed Associati ed altri” in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Paccione e Massimo Vitone, e presso lo studio del primo in Bari alla Via Q. Sella n. 120 elettivamente domiciliato;

per l'annullamento

del provvedimento, di data ed estremi sconosciuti, con cui la stazione appaltante ha escluso il costituendo raggruppamento dalla gara avente ad oggetto l'affidamento della progettazione preliminare e definitiva, servizi professionali accessori alla progettazione, servizi professionali per l'avvio della successiva procedura di appalto integrato e direzione lavori per il recupero edilizia, adeguamento statico ed impiantistico dell'immobile sito in via Arpi, ex Ospedale, sede della facoltà di lettere;

di tutti gli atti ed i provvedimenti e le operazione della gara in questione ivi compreso il verbale di gara n. 6 del 20.10.2005 ed il provvedimento di aggiudicazione del servizio in esame;

in parte qua, ed in via subordinata, del bando e del Capitolato d'oneri, e quindi per l'accertamento del diritto delle ricorrenti ad essere riammesse al confronto concorrenziale e quindi all'aggiudicazione o, in subordine, dell'illegittimità della legge di gara;

nonché per la condanna

della Stazione Appaltante a risarcire in forma specifica e quindi ad aggiudicare la gara alle ricorrenti o, in subordine, a risarcire per equivalente il danno subito dalle medesime;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Foggia;

Visto il contro ricorso dello Studio Ingegneria Cavaliere ed associati, recante anche ricorso incidentale avverso capitolato d'oneri e bando di gara, atto depositato in data 31 dic. 2005 e previamente notificato in data 21 dic. 2005;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Alla pubblica udienza del 10 maggio 2006, relatore il Cons. Vito Mangialardi, uditi per le parti gli avv.ti presenti come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Le società in epigrafe meglio citate, parti di una costituenda ATI con capogruppo lo Studio Speri Srl — Società di Ingegneria partecipavano a gara indetta dall'Università di Foggia con bando del 8.10.2004 in epigrafe meglio indicata; dalla gara in questione, l'ATI ora ricorrente veniva esclusa “in quanto ha offerto un ribasso per le prestazioni speciali superiore al massimo consentito”. La suddetta esclusione nonché la aggiudicazione al RTI capogruppo Studio Ingegneria Cavaliere, vengono ora impugnate con atto n. 1820/2005 notificato e depositato rispettivamente il 24 novembre e 29 novembre 2005.

Si deducono in articolato motivo distinto in tre parti le seguenti censure:

- 1) Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare. Eccesso di potere.
- 2) Violazione e falsa applicazione dei principi e delle regole in materia di applicazione dei minimi inderogabili di tariffa e loro riduzione.
- 3) Violazione e falsa applicazione del principio del divieto di esclusioni automatiche. Carenza di motivazione. Contraddittorietà, disparità di trattamento.

Si rappresenta che le prestazioni speciali non sono assoggettate (difformemente da quanto opinato dalla stazione appaltante) al divieto del ribasso superiore al 20% del minimo della tariffa di cui alla legge n. 155189

art. 12 bis (rectius art. 4 comma 12 bis del di. n. 65/89 introdotto dalla legge di conversione 26. 4. 1989 n. 155). Il ribasso massimo del 20%, giusto Capitolato d'oneri, è previsto solo per la progettazione preliminare e definitiva (vale a dire per le prestazioni <normali>) e non anche per le prestazioni speciali ovvero per quelle accessorie; l'inderogabilità dei minimi tariffari riguarda solo i corrispettivi per le prestazioni normali.

L'esclusione era prevista dal Capitolato in riferimento alle prestazioni normali; il relativo art. 10 ultimo comma così si esprime: "qualora l'offerta per prestazioni di progettazione preliminare e definitiva di Opera Pubblica individui una percentuale di ribasso superiore al 20%, limite normativamente imposto, detta offerta sarà considerata nulla e pertanto esclusa". La ricorrente ha presentato un ribasso per le prestazioni di progettazione preliminare e definitiva nel limite del 20%; per le altre voci, ritenendo che fossero liberamente ribassabili e confortata dalla legge di gara, ha applicato il massimo ribasso. Anche normativamente l'art. 12 bis della legge 155/89, vale a dire la riduzione dei minimi di tariffa sino al 20% e non oltre, è inapplicabile alle prestazioni speciali. La Università ha nel bando indicato per prestazioni speciali quelle inerenti il coordinamento per la sicurezza nella fase di progettazione e della esecuzione, senza accompagnarle dalla prescrizione del limite del ribasso, ingenerando nella ricorrente l'affidamento che tali prestazioni fossero liberamente ribassabili. Inoltre la stazione appaltante ha attivato l'esclusione senza alcun contraddittorio.

Nella parte finale dell'atto introduttivo la ricorrente ATI avanza anche istanza risarcitoria, chiedendo a riguardo ed in via principale la condanna

dell'Amministrazione alla riapertura del procedimento e quindi a valutare l'offerta economica ed ad aggiudicare la gara all' odierna ricorrente o in subordine ad annullare la gara.

Si è costituita in giudizio l'Università intimata ed il Raggruppamento controinteressato opponendosi all'avverso ricorso di cui hanno chiesto il rigetto. In particolare il contro interessato ha pure avanzato ricorso incidentale avverso il bando di gara ed il capitolato d'oneri qualora interpretati nel senso della previsione di limite invalicabile del ribasso per le sole prestazioni di progettazione preliminare e definitiva. In altre parole gli atti di gara di cui innanzi vengono impugnati per la parte in cui non prevedono il limite massimo di ribasso, e sotto pena di esclusione, anche per le prestazioni speciali. Si richiama giurisprudenza per cui in riferimento alle prestazioni accessorie (extra tariffa) la rinuncia a compenso comporta che i costi relativi graveranno sulla componente dell'offerta soggetta al limite del ribasso del 20%; cioè, se sé già stata offerta in sede di gara tutta la riduzione consentita, il compenso diventa in concreto inferiore a quello minimo previsto dalla legge. A supporto del ricorso incidentale viene richiamato il seguente articolato motivo: Violazione del principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità; Violazione dei principi di economicità dell'azione amministrativa; Violazione ed omessa applicazione art. 4 comma 12 bis del d.l. 2.3.1989 n. 65 convertito con legge n. 155/1989.

Violazione art. 17 commi 12 ter, 14 bis, 14 ter e 14 quater della legge 11.02.1994 n. 109 in relazione all'art. unico u.c. della legge n. 143/1958 introdotto con l'art. unico della legge n. 340/1976; Violazione dei principi di leale concorrenza tra professionisti. Eccesso di potere.

L'istanza cautelare avanzata nel contesto dell'atto introduttivo è stata accolta con Ordinanza di questa Sez. n. 75 del 25 gennaio 2006.

In corso di causa le parti con memorie hanno maggiormente puntualizzato le rispettive posizioni difensive.

Alla pubblica udienza del 10 maggio 2006, sentiti i presenti difensori, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso in via principale è fondato.

Si controverte sulla legittimità o meno della esclusione della ricorrente costituenda ATI dalla procedura concorsuale indetta dall'Università degli Studi di Foggia con bando del 8 Off. 2004 per l'affidamento della progettazione preliminare e definitiva dei servizi professionali accessori alla progettazione, dei servizi professionali per l'avvio della successiva procedura di appalto integrato e della direzione dei lavori per il recupero edilizio, nonché dell'adeguamento statico ed impiantistico dell'immobile (ex ospedale) sito in via Arpi a Foggia, sede della facoltà di lettere e filosofia

L'oggetto dell'appalto era suddiviso, giusto bando, in: a) prestazioni progettuali; b) prestazioni speciali, costituite dal coordinamento per la sicurezza nella fase di progettazione e di esecuzione; c) prestazioni accessorie.

L'odierna ricorrente risulta esclusa "in quanto ha offerto un ribasso per le prestazioni speciali, superiori al massimo consentito".

Punto di causa è quindi stabilire se la riduzione dei minimi di tariffa entro il limite massimo del 20% fosse applicabile solo alle prestazioni progettuali

<con la conseguenza che le prestazioni speciali non erano soggette a qualsivoglia limite di ribasso, come ritenuto dall'attuale ricorrente> ovvero anche alle prestazioni speciali (come operato dalla stazione appaltante che ha escluso la ricorrente per aver offerto a riguardo il ribasso del 100%).

Nella fattispecie pare al Collegio che debba preferirsi la tesi della ricorrente, soprattutto a fronte della disciplina fornita dalle disposizioni di gara (bando e capitolato d'oneri), come è noto costituenti *lex specialis*.

Giova a riguardo sottolineare che: il bando di gara in tema di esclusioni, così dispone rispettivamente alla lettera g) ed alla lettera h) comprese nella lettera T dalla rubrica Esclusioni:

g) offerte di ribasso per prestazioni progettuali superiori al 20%

h) tutte le altre cause di esclusione previste nel Capitolato d'oneri.

A sua volta il Capitolato d'oneri all'art. 10 ultimo comma così si esprime:

Qualora l'offerta per prestazioni di progettazione preliminare e definitiva di Opera pubblica individui una percentuale di ribasso superiore al 20% limite normativamente imposto, detta offerta sarà considerata nulla e per questo esclusa.

L'esclusione quindi per ribassi superiori al 20% era prevista solo ed esclusivamente per prestazioni progettuali; di qui una prima conclusione e cioè che essendo le disposizioni disponenti per la esclusione di stretta interpretazione proprio per la gravità della sanzione <noto che nell'eventuale incertezza interpretativa deve favorirsi per quanto possibile la più ampia partecipazione delle concorrenti (ex multis CdS Sez. V, 28 sett, 2005 n. 5194)>, non potevano esse disposizioni espulsive applicarsi al di fuori dei casi per cui erano previste, vale a dire, giusta interpretazione

letterale principale criterio ermeneutico ex art. 12 preleggi, per le prestazioni progettuali e non anche per le prestazioni speciali

In conclusione la Università aveva indicato nel bando per prestazioni speciali quelle inerenti il coordinamento per la sicurezza senza accompagnarle dalla prescrizione del limite del ribasso —come effettuato invece per le prestazioni di progettazione- il che ben aveva determinato un legittimo affidamento che tali prestazioni fossero ribassabili e non soggette al minimo di tariffa.

Va poi aggiunto a ulteriore riscontro favorevole alla tesi della ricorrente, ed in particolare alla censura di cui al p. 3 dell'atto introduttivo, che la stazione appaltante ha proceduto alla esclusione senza attivare alcun contraddittorio, che quanto meno si rendeva opportuno, se non necessario, alla luce del principio in materia di appalti consistente nel divieto di esclusione automatica delle offerte sulla base di un criterio matematico (vedi art. 25 d.lgs. n. 157/95 disponente per l'onere della verifica in materia di offerte anomale).

Il ricorso risulta quindi fondato, anche perché alcun effetto ai fini della illegittimità della disposta esclusione può avere la circostanza che nella seduta del 20.10.05 la Commissione abbia disposto che “per gli onorari di cui alle prestazioni A e B (prestazioni previste dalle normative tariffarie) non è possibile operare un ribasso superiore al 20% (ex lege 155/89) mentre per l'onorario professionale di cui alla prestazione C) essendo le stesse prestazioni non previste dalla normativa (D.M. 4.4.2001 e L. 143/49) è possibile operare un ribasso fino al 100%.”.

La Commissione viene quindi ad accomunare il limite del ribasso sia per le prestazioni progettuali (lettera A) sia per le prestazioni speciali (lettera B) come indicate in verbale (n. 6) della seduta. Quanto disposto dalla Commissione è la introduzione di ulteriore criterio selettivo (limiti ai ribassi per prestazioni speciali) non previsti dalle disposizioni di gara (bando e capitolato) e quindi è un operato non legittimo perché comporta una indebita integrazione della *lex specialis* (Cfr. CdS, Sez. V, 29 nov. 2005 n. 6773).

Né a parere del Collegio può affermarsi che essa integrazione trovi corrispondenza nell'ordinamento. Questo argomento viene trattato qui, ma anche a con±utazione del ricorso incidentale proposto dal contro interessato in cui si deduce la illegittimità del bando e Capitolato se interpretati nel senso che verrebbero ad escludere limiti al ribasso per le prestazioni speciali; ciò perché si verrebbero a violare tutta una serie disposizioni che vengono richiamate in esso mezzo incidentale e che nella parte in fatto della presente narrativa si è provveduto a trascrivere.

Sul punto osserva il Collegio che non pare corrispondere al vero che sarebbe evincibile dalle disposizioni normative, come si assume, una soglia di ribasso massimo consentibile, a pena di esclusione, anche per le prestazioni speciali.

Infatti l'art. 17 comma 14 —quater della legge 109 del 1994 si riferisce ai corrispettivi per la attività di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva; il 2° periodo del comma 14 bis, nel riferirsi al altre attività diverse dalla progettazione individua solo modalità per il compenso e ciò, come giustamente fatto osservare dal ricorrente in via principale trova conferma nell'art. 62, commi 3, 4 e 5 del DPR 554/99 che tratta delle

modalità di determinazione dei compensi per attività diverse dalla progettazione. Le prestazioni speciali non paiono legislativamente (come si assume) assoggettate ai minimi di tariffa; anche la stessa Autorità di vigilanza dei lavori pubblici ha escluso (vedi determina n. 30/02) la inderogabilità dei minimi tariffari riferibile anche alle prestazioni speciali oltre che a quelle accessorie, il che significa pure possibilità di rinuncia totale ai relativi compensi. L'Autorità di vigilanza nella richiamata sua determina si è espressa nei seguenti testuali termini: Per quanto concerne la inderogabilità dei minimi tariffari va osservato che essa si riferisce, ai sensi della legge n. 109/1994 e successive modificazioni e del decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999 esclusivamente ai corrispettivi per le prestazioni normali e, quindi, a quelli determinati sulla base delle indicate tabelle A) e B) e non anche alle prestazioni speciali e alle prestazioni accessorie".

E' pur vero che la determina dell'Autorità di vigilanza non è interpretazione autentica della disposizione di legge; pur tuttavia è fuori di dubbio che costituisca opinione dotata di indiscutibile autorevolezza e che nella specie trova corrispondenza in quanto esplicitato in merito dal Collegio nella narrativa che precede in merito alla particolare questione che ci ha occupato. In conclusione trova fondamento e va accolto, con conseguente annullamento della impugnata esclusione ed atti connessi nella parte di interesse, il ricorso in via principale nel mentre va respinto quello in via incidentale.

La ricorrente, come anticipato, chiede anche risarcimento danni in forma specifica e quindi aggiudicazione della gara nei suoi confronti o in subordine risarcimento per equivalente.

Orbene in virtù dell'accoglimento dell'azione impugnatoria l'amministrazione soccombente è tenuta, nella sua attività conformativa alle statuizioni del giudice, a riainmettere in gara l'attuale ricorrente; la stazione appaltante dovrà indi riprendere i lavori di selezione e valutazione delle varie offerte, ivi compresa —naturalmente- quella dell' attuale ricorrente, per giungere infine all'aggiudicazione del caso. Detti lavori ed attività sono di esclusiva competenza della Commissione di gara e della Stazione appaltante e non può chiedersi al Collegio di sostituirsi ai suddetto organi di amministrazione attiva. in detti termini va pertanto accolta l'azione risarcitoria (risarcimento in forma specifica).

Quanto alle spese di giudizio, si ravvisano ragioni per disporre la compensazione tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - sede di Bari Sez. I, accoglie il ricorso principale in epigrafe nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla - in uno con atti connessi e nella parte di interesse - la disposta esclusione della ricorrente costituenda ATI dalla gara di cui si è detto e il provvedimento di aggiudicazione del servizio in esame, fatto espressamente salvo — a carico della stazione appaltante- il prosiegno rectius rifacimento delle operazioni selettive in virtù dell'ammessa inclusione della ricorrente tra le legittime partecipanti sino alla

aggiudicazione all'avente titolo in base alle risultanze di gara. Respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 10 maggio 2006, con l'intervento dei Magistrati:

Gennaro Ferrari -Presidente

Vito Mangialardi - Componente Est.

Federica Cabrini - Componente

***Pubblicata mediante deposito
in Segreteria il 27 luglio 2006
(Art. 55, Legge 27 aprile 1982 n.186)***