

Pubblicato il 04/09/2019

N. 06097/2019REG.PROV.COLL.

N. 03582/2019 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 3582 del 2019, proposto da Manelli Impresa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante del costituendo r.t.i. con Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Franco Gagliardi La Gala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Bari, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Edvige Trotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, Lungomare Starita, n. 6;

nei confronti

Astaldi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Michele Dionigi, dall'Avvocato Marco Annoni e dall'Avvocato Leonardo Frattesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Pessina Costruzioni s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 62 del 15 gennaio 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. II, resa tra le parti, concernente l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

a) della delibera n. 2445 del 30 dicembre 2017 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari (ASL BA), con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore del r.t.i. costituito da Astaldi s.p.a. e Guastamacchia s.p.a. per l'appalto dei "*lavori di realizzazione del Nuovo Ospedale del Sud Est Barese – Monopoli – Fasano*";

b) nonché, per quanto di ragione, do ogni altro atto presupposto e connesso menzionato in detta delibera, tra cui, segnatamente, l'aggiudicazione provvisoria, i verbali della Commissione aggiudicatrice, la nota di comunicazione della disposta aggiudicazione emanata dal R.U.P. dell'appalto *de quo* n. 2824 del 4 gennaio 2018 ed *in parte qua* (in relazione alle *causae petendi*) del bando e del disciplinare di gara.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Bari e della controinteressata Astaldi s.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2019 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierno appellante, Manelli Impresa s.r.l., l'Avvocato Franco Gagliardi La Gala, per l'Azienda Sanitaria Locale di Bari l'Avvocato Vito Aurelio

Pappalepore su delega dell'Avvocato Edvige Trotta e per la controinteressata, Astaldi s.p.a., l'Avvocato Michele Dionigi per sé e per l'Avvocato Marco Annoni; ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda), con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 4 ottobre 2017, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori relativi all'“*Ospedale Sud-est barese Monopoli-Fasano*” per un importo di € 95.921.124,21.

1.1. Il criterio di aggiudicazione prescelto dall'Azienda è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016, da individuarsi sulla base dei seguenti elementi e dei corrispondenti punteggi:

a) il punteggio economico fino a 30 punti sulla base del ribasso percentuale offerto sull'importo a base di gara;

b) il punteggio tecnico fino a 70 punti attribuiti sulla base dei criteri e dei subcriteri di valutazione specificati dal disciplinare.

1.2. Nel termine fissato dal bando, 11 operatori economici hanno presentato la domanda di partecipazione e, tra essi, il costituendo r.t.i. tra Astaldi s.p.a., designata mandataria, e Guastamacchia s.p.a., Pessina Costruzioni s.p.a. e, infine, il costituendo r.t.i. tra Manelli Impresa s.r.l., designata mandataria, e Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l.

1.3. All'esito delle operazioni di gara, valutate le offerte tecniche ed economiche, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato in favore di Astaldi s.p.a., che si è classificata al primo posto nella graduatoria finale, precedendo con complessivi 96,64 punti Pessina s.p.a., classificatasi al secondo posto con 91,38 punti, e Manelli s.r.l., classificatasi terza con complessivi 91,15 punti.

2. Avverso il provvedimento di aggiudicazione ha proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, Manelli Impresa s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l., e ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento.

2. L'odierna appellante, ricorrente in prime cure, ha dedotto in primo grado due distinti ordini di censure:

a) un primo ordine di doglianze (motivi di ricorso I, II, III, IV, V e VII), finalizzato a contestare l'operato della Commissione giudicatrice sotto il profilo della pretesa erroneità ed incongruità delle valutazioni e dei punteggi da quest'ultima attribuiti alle offerte tecniche dei primi tre concorrenti al fine di conseguire una rimodulazione della graduatoria e il ricollocamento dell'odierna appellante al primo posto della stessa;

b) un secondo ordine di doglianze (motivo di ricorso VI), finalizzato a contestare la legittimità dell'intera procedura di gara e a determinarne, quindi, l'integrale annullamento per avere in particolare la stazione appaltante:

- asseritamente violato il principio di segretezza dei concorrenti, di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, avendo reso noto, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, il nominativo di alcune delle imprese interessate a presentare offerta;

- omesso di prorogare i termini di presentazione delle offerte e disatteso le richieste formulate in tal senso da una pluralità di concorrenti in ragione di una pretesa mancanza di documenti allegati all'avviso di pre-informazione;

- asseritamente modificato in corso di procedura alcuni criteri di valutazione delle offerte tecniche.

2.1. L'Azienda e le controinteressate, Pessina s.p.a. e Astaldi s.p.a., si sono costituite nel primo grado del giudizio per chiedere la reiezione del ricorso.

2.2. Astaldi s.p.a., più in particolare, ha proposto ricorso incidentale con il quale ha dedotto l'erroneità della valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice in relazione all'offerta presentata da Manelli Impresa s.r.l. sicché, per effetto della corretta rideterminazione dei coefficienti e della riassegnazione dei pertinenti punteggi, Manelli Impresa s.r.l. sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara.

2.3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, ha dapprima respinto l'istanza cautelare con l'ordinanza n. 144 del 6 aprile 2018, confermata da questo Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 2550 del 1° giugno 2018 resa in sede di appello cautelare.

2.4. Infine, con la sentenza n. 62 del 15 gennaio 2019, lo stesso Tribunale, dopo avere preso atto che la ricorrente aveva rinunciato a tutti i motivi di gravame ad eccezione delle censure dirette all'annullamento dell'intera procedura e al rifacimento della gara, sostanzialmente coincidenti con il motivo VI, rilievi, questi ultimi, sostanzialmente circoscritti alla violazione del principio di segretezza con la memoria del 24 settembre 2018, ha dichiarato irricevibile e, in ogni caso, inammissibile il ricorso principale e ha altresì dichiarato inammissibile e, comunque, respinto nel merito la domanda risarcitoria.

2.5. Il Tribunale ha quindi dichiarato improcedibili i due ricorsi incidentali, proposti dalla prima e dalla seconda classificata in graduatoria, per sopravvenuta carenza di interesse e ha compensato interamente tra le parti le spese di lite.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello Manelli Impresa s.r.l. e, nel chiederne la riforma con un unico motivo che di seguito sarà esaminato, ha domandato a questo Consiglio di Stato di annullare tutti gli atti, impugnati in primo grado, e di caducare il contratto *medio tempore* stipulato, con la conseguente aggiudicazione dell'appalto in proprio favore.

3.1. Si sono costituite l'Azienda e la controinteressata Astaldi s.p.a. per chiedere la reiezione dell'appello.

3.2. Nella pubblica udienza del 25 luglio 2019 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello è infondato.

5. Con un primo motivo (v., in particolare, pp. 17-18 del ricorso), l'odierna appellante lamenta che la sentenza impugnata avrebbe ommesso di considerare le censure, di cui ai punti A e B del ricorso, censure che hanno ad oggetto, rispettivamente, l'attribuzione del punteggio inerente al *rating* di legalità e di impresa (pp. 6-14 del ricorso) e l'attribuzione del punteggio per la riduzione massima nell'esecuzione dei lavori (pp. 14-15 del ricorso).

5.1. Il motivo deve essere respinto perché la sentenza impugnata, con una motivazione che non è stata oggetto di specifica censura da parte dell'odierna appellante, ha rilevato che la ricorrente aveva rinunciato a tutti i motivi di gravame ad eccezione delle censure dirette all'annullamento dell'intera procedura e al rifacimento della gara, sostanzialmente coincidenti con il motivo VI, rilievi, questi ultimi, sostanzialmente circoscritti alla violazione del principio di segretezza con la memoria del 24 settembre 2018 depositata avanti al Tribunale.

5.2. La sentenza impugnata ha quindi correttamente ritenuto di dover pronunciarsi solo su tale censura, dato che la ricorrente aveva rinunciato a tutte le altre censure, anche quelle inerenti alla dedotta violazione del *rating* di legalità e di impresa e alla pure dedotta violazione della riduzione massima dei tempi per l'esecuzione dei lavori, di cui, rispettivamente, ai sub-elementi 4.1. e 5.1. del bando di gara.

5.3. Il primo giudice non è allora incorso in alcuna omissione di pronuncia, qui denunciata, allorché ha deciso, con motivazione che – si ripete – non è stata oggetto di analitica contestazione sul piano processuale quanto all'oggetto delle censure rinunciata, di non pronunciarsi sulle censure rinunciate dalla stessa ricorrente, comprese quelle in ordine alle quali in questa sede si lamenta l'omessa pronuncia, coincidenti con il III e il VI motivo del ricorso proposto in primo

grado, proposti, si badi, non per contestare l'intero *iter* del procedimento, ma, rispettivamente, solo il singolo punteggio superiore ottenuto dalla prima graduata (p. 26 del ricorso in primo grado) e il singolo punteggio inferiore conseguito dalla medesima appellante (p. 27 del ricorso in primo grado).

5.4. Di qui la infondatezza dell'appello *in parte qua*, con la conseguente inammissibilità delle due censure qui riproposte dall'appellante, anche esse espressamente rinunciate dalla ricorrente, come ha rilevato il primo giudice, senza alcuna omissione di pronuncia sul punto, con una statuizione che nemmeno è stata oggetto di specifica censura da parte dell'odierna appellante.

6. Non resta che esaminare l'ulteriore profilo di censura, articolato dall'odierna appellante (pp. 18-22 del ricorso), relativo alla declaratoria di irricevibilità e, comunque, di inammissibilità del motivo inerente alla dedotta violazione del principio di segretezza, di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016.

6.1. Anche in relazione a tale censura l'appello si rivela privo di fondamento.

6.2. Bene ha rilevato la sentenza impugnata, con statuizione che va immune da censura, come la lamentata violazione dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici si collegava alla circostanza che l'Azienda avrebbe consentito ai potenziali concorrenti di conoscere quali fossero le imprese, che avevano partecipato alla gara, attraverso la pubblicazione delle richieste di sopralluogo sul portale EmPULIA.

6.3. Questa pubblicazione, come ben rammenta la sentenza qui impugnata, era espressamente contemplata dal disciplinare di gara (combinato disposto dei punti 2.6.1 e 2.8.2).

6.4. La *lex specialis* aveva infatti previsto, al punto 2.8.2, che «*la richiesta di sopralluogo deve essere inoltrata, tramite EmPULIA, utilizzando la funzionalità "Chiarimenti" con l'indicazione del nominativo e della qualifica della persona incaricata del sopralluogo*» e, al precedente punto 2.6.1., aveva disciplinato tale funzionalità e aveva disposto che

«le risposte ad eventuali quesiti in relazione alla presente gara saranno pubblicate sul Portale EmPULIA entro il 19/10/2017», sicché, come ha osservato il primo giudice, le richieste di sopralluogo e le relative risposte sarebbero state pubblicate sul portale EmPULIA, in base alle previsioni appena richiamate, senza prescrizione di anonimato.

6.5. La qui dedotta violazione del principio di anonimato, in asserita violazione dell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, si è perciò realizzata per effetto di queste previsioni o, a tutto concedere, con la pubblicazione delle richieste e delle risposte sul portale, momento nel quale, secondo la tesi dell'appellante stessa, l'asserita segretezza dei partecipanti sarebbe stata in concreto compromessa e, cioè, entro il 19 ottobre 2017, con la conseguenza che il ricorso, notificato solo il successivo 5 febbraio 2018, è irrimediabilmente tardivo.

6.6. La corretta statuizione di irricevibilità del ricorso *in parte qua* non è in nessun modo incrinata dalle contrarie argomentazioni dell'appellante, che si è limitata ad affermare, semplicemente, che era corretto e tempestivo avanzare la censura a chiusura del procedimento concorsuale (p. 19 del ricorso), mentre è evidente, al contrario, che la qui contestata violazione della segretezza si sarebbe consumata, al più tardi, al momento della pubblicazione delle richieste di sopralluogo e non già a chiusura della gara, sicché la relativa censura è irrimediabilmente tardiva, come ha statuito il primo giudice, con motivazione che va quindi anche essa immune da censura.

6.7. Né giova osservare in senso contrario, come fa l'appellante nella propria memoria di replica depositata il 12 luglio 2019, che era necessario attendere l'esatto perimetro dei presentatori dell'offerta perché, se l'effetto perturbatore sul regolare svolgimento della gara era dato dalla stessa pubblicazione dei nominativi delle imprese che intendevano partecipare al sopralluogo, era in quel momento che la lesività anche potenziale della lesione sul regolare svolgimento della gara, siccome

denunciata dalla ricorrente, poteva dirsi cristallizzata e non solo dopo la formale presentazione delle offerte.

6.8. È evidente che, secondo la stessa prospettazione dell'appellante, la sola conoscenza di tali nominativi può influenzare negativamente la presentazione delle offerte sicché delle due l'una: o l'effetto perturbatore della gara è immediato, con la conseguenza che le previsioni della *lex specialis* dovevano essere immediatamente impugnate, o non sussiste perché la presentazione delle offerte non può essere influenzata dalla mera conoscenza dei nominativi delle imprese che hanno chiesto di partecipare al sopralluogo prima e con il mero intento di partecipare alla gara.

6.9. La tesi dell'appellante, per la sua stessa prospettazione, perciò non sfugge ad una secca alternativa di irricevibilità o, per converso, di infondatezza.

7. E invero essa è infondata anche nel merito perché la mera conoscenza dei nominativi dei soggetti che hanno chiesto di effettuare il sopralluogo non integra violazione dell'art. 53, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure aperte, in relazione all'«*elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime*» (art. 53, comma 2, lett. a), poiché la richiesta di sopralluogo o la proposizione di quesiti circa le sue modalità alla stazione appaltante non costituisce elemento infallibilmente sintomatico, anche per altri soggetti eventualmente interessati a partecipare, di certa futura partecipazione alla gara né, ancor meno, immediata manifestazione di volontà partecipativa o forma equipollente di offerta.

8. Tanto basta a determinare la reiezione dell'appello, anche su tale aspetto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

9. Deve essere esaminata, per completezza motivazionale, anche la richiesta di cancellazione delle espressioni, ritenute di natura sconveniente ed offensiva, formulata dall'appellante nel proprio ricorso (pp. 2-3 del ricorso), con riferimento alla memoria di replica dell'Azienda, depositata in primo grado, laddove la difesa

dell'Azienda ha definito *«i toni dei contraddittori appropriati al foyer di un teatro»* e ha rilevato che *«se non fossimo al cospetto, in un caso di eloquio forbito e meritevole di miglior causa, potremmo dubitare di trovarci al bar dello sport»*.

9.1. La richiesta di cancellazione ai sensi dell'art 89 c.p.c. era stata formulata dalla difesa dell'appellante nell'udienza del 9 ottobre 2018 avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari.

9.2. La domanda deve essere respinta per essere simili espressioni, benché colorite e, occorre riconoscerlo, ineleganti, comunque non offensive o sconvenienti in quanto non eccedono le esigenze difensive e non sono ascrivibili ad un intento esclusivamente denigratorio.

9.3. L'impiego di un'ironia anche greve negli atti processuali, mirante a demolire le argomentazioni avversarie, non è vietato dall'art. 89 c.p.c., purché non trasmodi nel gratuito scherno e nella denigrazione, fine a se stessa, della controparte.

9.4. Al riguardo va rammentato che la cancellazione deve escludersi allorché l'uso di tali espressioni non risulti dettato da un passionale e scomposto intento dispregiativo – rivelando un puro e gratuito intento offensivo nei confronti della controparte – ma conservi pur sempre un rapporto, anche indiretto, con la materia controversa, senza eccedere dalle esigenze difensive e risulti finalizzato a dimostrare, attraverso una valutazione negativa del comportamento della controparte, la scarsa attendibilità delle sue affermazioni (Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6131), ciò che, nel caso di specie, è appunto avvenuto.

9.5. La domanda di cancellazione, quindi, deve essere disattesa.

10. L'appello, anche per le ragioni esposte, deve essere conclusivamente respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata, non potendo qui essere esaminate le censure di cui al ricorso incidentale, riproposte da Astaldi s.p.a. nella propria memoria difensiva ai sensi dell'art. 101 c.p.a. (pp. 12-37), poiché, a fronte della espressa declaratoria di improcedibilità del suo ricorso incidentale da parte del

primo giudice, Astaldi s.p.a. non si sarebbe dovuta limitare a riproporre le proprie censure ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., ciò che, peraltro, a rigore non ha fatto perché le ha articolate solo nella memoria difensiva del 9 luglio 2019 e nel proprio atto di costituzione, ma avrebbe dovuto proporre uno specifico appello incidentale (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 5499).

11. La complessità delle ragioni sin qui esposte giustifica, comunque, la compensazione delle spese di lite tra le parti.

11.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, per la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Manelli Impresa s.r.l., lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Manelli Impresa s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO