

N. 03864/2011REG.PROV.COLL.
N. 08851/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38, 60 e 74 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 8851 del 2010, proposto da:

ditta E.SY.U. S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituenda con SO.GE.ED. S.r.l., che agisce anche in proprio e quale mandante di detta A.T.I., e da Ciaglia Costruzioni S.r.l., in proprio e quale mandante di detta A.T.I., nonché da Schiavone Giovanni, in proprio e quale mandante di detta A.T.I., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Raffaele De Bonis e Gherardo Maria Marengi, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Marengi, in Roma, piazza di Pietra, n. 63;

contro

Provincia di Potenza, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Zambrino ed Emanuela Luglio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luisa Taldone in Roma, Piazzale Clodio, n. 12;

nei confronti di

Bulfaro S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Delfino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Gherardi in Roma, piazza S. Croce in Gerusalemme, n. 4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata – Potenza, Sezione I, n. 00769/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento della nota 3 novembre 2009 (con cui il dirigente dell'ufficio appalti della Provincia di Potenza ha comunicato all' A.T.I. Esyu Srl l'avvenuta esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta) e della determinazione n. 3518 del 28/10/2009 (di aggiudicazione provvisoria della gara di appalto per i lavori di riqualificazione e messa in sicurezza della strada di fondovalle del torrente "Fiumarella di Armento"), nonché dei motivi aggiunti proposti per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara disposto dalla Provincia di Potenza con determinazione dirigenziale 20 gennaio 2010, n. 119; inoltre di declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Potenza e di Bulfaro Spa;

Visto il decreto cautelare 26 ottobre 2010 n. 4917;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Marengi, Ferola, su delega dell' avv. Zambrino, e Delfino;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I.- Il Raggruppamento composto dalle parti appellanti è stato escluso dalla gara, bandita dalla Provincia di Potenza con determinazione n. 215 del 2009, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione e messa in sicurezza della strada di fondovalle del torrente "Fiumarella di Armento" per anomalia e incongruità dell'offerta; sono state infatti ritenute inammissibili le giustificazioni fornite da esso raggruppamento nel procedimento di verifica dell'anomalia, perché esse si erano risolte in una riformulazione delle singole voci di prezzo indicate nell'offerta, determinando una modifica sostanziale di questa, il che rendeva inattendibile l'offerta.

Con ricorso al T.A.R. Basilicata le imprese del costituendo raggruppamento hanno impugnato sia detto provvedimento di esclusione che il provvedimento di aggiudicazione provvisoria nei confronti della Bulfaro s.p.a.; successivamente, con motivi aggiunti, hanno impugnato anche l'aggiudicazione definitiva a detta s.p.a..

Con la sentenza in epigrafe indicata detto T.A.R. ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, nonché ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla Bulfaro s.p.a., nel sostanziale assunto che le motivazioni addotte dall'Amministrazione a fondamento della valutazione di anomalia non erano viziate da erronea valutazione dei presupposti né da motivazione insufficiente, in quanto non basate sulla incongruità del prezzo finale offerto, ma sulla circostanza che in sede di giustificazioni fossero stati modificati i prezzi unitari offerti e quindi la composizione originaria dell'offerta, ritenuta imm modificabile (in particolare perché il bando di gara prevedeva come criterio di aggiudicazione quello del massimo ribasso, mediante offerta a prezzi unitari).

II.- Con il ricorso in appello in esame le imprese del costituendo raggruppamento soccombente hanno dedotto i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del D. lgs. n.163/2006.
Violazione del principio del contraddittorio. Eccesso di potere. Carezza di

istruttoria sugli “elementi forniti”. Violazione del principio del giusto procedimento per “giustificazioni”.

Con decreto 26 ottobre 2010 n. 4917 è stata respinta l’istanza di adozione di misure cautelari.

Con memoria depositata il 28.10.2010 si è costituita in giudizio la Bulfaro s.p.a., che ha dedotto la infondatezza dell’appello, ha ribadito la eccezione di improcedibilità del ricorso per tardiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed ha riproposto le censure formulate con il ricorso incidentale dichiarato improcedibile dal T.A.R.. Ha quindi concluso per la reiezione.

Con memoria depositata il 5.11.2010 si è costituita in giudizio la Provincia di Potenza, che ha dedotto la infondatezza dell’appello, concludendo per la reiezione.

Nel corso della camera di consiglio del 3.12.2010, la causa è stata introitata in decisione in forma abbreviata con avvertimento alle parti ai sensi dell’art. 60 del c.p.a..

III.1.- Deducono in primo luogo le parti appellanti che la decisione del primo Giudice è basata su criteri e principi vigenti prima della entrata in vigore dell’art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006, che ha avuto una portata innovativa evidentissima nel senso che va esclusa solo l’offerta che dovesse risultare nel suo complesso inaffidabile, che costituisce il dato assolutamente imm modificabile rispetto al quale valuta il rispetto della “par condicio”.

Posto che solo l’offerta complessiva è imm modificabile, le singole voci sarebbero modificabili e potrebbero essere tra di loro compensate mediante nuovi elementi forniti nel corso della verifica.

Contraddittoriamente la sentenza impugnata, contrariamente a quanto afferma nella prima parte, sostiene poi che le singole voci possano essere rimodulate, a condizione che la rimodulazione sia motivata.

Detta sentenza non potrebbe inoltre essere condivisa laddove ha dedotto dall'art. 82, comma 2, lett. B) del D. Lgs. n. 163/2006 il principio secondo il quale i prezzi unitari sono immodificabili e che le singole voci di prezzo non possono subire variazioni rispetto al prezzo unitario dichiarato in origine; ciò perché, così opinando, l'art. 88 dello stesso D. Lgs verrebbe svuotato di ogni contenuto, sicché avrebbe maggior senso giuridico, coordinando le due misure, ritenere che, nel riferirsi al parametro del prezzo unitario, il legislatore abbia solo voluto selezionare l'unità di misura su cui basarsi all'atto della presentazione delle giustificazioni, confermandola o modificandola secondo motivazione.

Nel caso di specie l'invito ad offrire a prezzi unitari è stato rispettato e non sarebbe sostenibile che la immodificabilità de qua troverebbe conferma nell'art. 90, comma 7, del D.P.R. n. 554/99 perché l'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006 è ad esso successivo ed innovativo.

Aggiunge l'A.T.I. appellante che in concreto non ha modificato l'offerta economica e ha mantenuto l'offerta a costi unitari, ribadendo in sede di verifica il prezzo complessivo, che era costituito dalla sommatoria dei prezzi unitari, che sono stati così confermati.

Non sarebbe infatti sussistita la necessità di modificare l'offerta in sede di gara perché le voci di costo dei vari prezzi che erano state sottovalutate all'atto della presentazione delle giustificazioni preventive sono state compensate da altre voci sopravvalutate.

La offerta complessiva dell'ATI appellante sarebbe stata in conclusione in linea con il modello normativo procedimentale introdotto dall'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006, atteso che il procedimento di verifica dell'anomalia è avulso da ogni inutile formalismo, non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni e, mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sarebbero le giustificazioni e ammesse quelle sopravvenute e compensazioni tra sottostimate e sovrastimate.

III.1.1.- Osserva in proposito il Collegio che l'art. 88, comma 6, del D. Lgs. n. 163/2006, che stabiliva che "La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile" è stato soppresso dall'articolo 2, comma 1, lettera r), numero 1), del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

Non era quindi vigente all'epoca del 6.2.2009, di indizione della gara mediante procedura aperta de qua.

Tanto comporta la non divisibilità della tesi che il principio della immodificabilità dei prezzi unitari dell'offerta, di cui all'art. 90, comma 7, del D.P.R. n. 554/1999, sarebbe stato superato dalla entrata in vigore dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006.

Aggiungasi che la giurisprudenza esclude la possibilità generalizzata di modifica, in sede di giustificazioni, delle voci di costo, cambiandole ad libitum (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908), essendo solo consentito di procedere ad una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate, oppure ad un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

L'assunto fatto proprio dal Giudice di prime cure, che le voci di costo non sono modificabili senza alcuna motivazione, va quindi inteso nel senso che esse non sono modificabili al solo scopo di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (Consiglio Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

Nel caso che occupa l'A.T.I. appellante non ha posto in essere gli aggiustamenti (dello stesso tipo di quelli sopra indicati) che possono

ritenersi consentiti, ma ha modificato, come da quadro sinottico depositato nel giudizio di primo grado dalla Bulfaro s.p.a., i prezzi unitari proprio allo scopo di assicurarsi che il prezzo complessivo rimanesse immutato, con violazione del principio di par condicio tra concorrenti e privazione di ogni rilievo dei prezzi unitari (Consiglio Stato, Sez. IV 11 aprile 2006, n. 2021).

In conclusione il procedimento di verifica di anomalia può essere avulso da ogni formalismo inutile e può essere improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente, senza preclusioni alla modifica di giustificazioni di singole voci di costo fornite prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Ciò non può, tuttavia, ritenersi che sia avvenuto nel caso che occupa, in cui tutti i prezzi unitari sono stati modificati ed è stata effettuata una tardiva trasmigrazione dei costi da una voce all'altra, il che ha dimostrato che l'offerta non era nel complesso affidabile.

IV.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione. Resta assorbita la verifica della fondatezza della eccezione di improcedibilità del ricorso per tardiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva riproposta in appello dalla Bulfaro s.p.a..

V.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta,

definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010

con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2011

IL SEGRETARIO

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