

N. 01396/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01304/2005 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1304 del 2005, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Lionetti Luigi, titolare dell'omonima impresa edile in proprio e nella qualità di capogruppo dell'Associazione Temporanea di Imprese (A.T.I.) costituita con l'impresa di impianti elettrici Balacco Antonio, e Balacco Antonio, titolare dell'omonima impresa di impianti elettrici in proprio e nella qualità di mandante dell'A.T.I. menzionata, rappresentati e difesi dall'avv. Pasquale Nasca, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele de Robertis in Bari, via Davanzati, 33;

contro

Comune di Molfetta, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Camporeale, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Castellaneta in Bari, via Calefati, 399;

nei confronti di

Edil Co s.r.l.;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale iscritta al n. 64 assunta in data 14 giugno 2005, spedita il 15 giugno 2005, a firma del funzionario dell'ufficio appalti e contratti del Comune di Molfetta, dott. Enzo Roberto Tangari, con la quale l'A.T.I. costituita dall'impresa edile Lionetti Luigi e dall'impresa di impianti elettrici Balacco Antonio, è stata esclusa dalla gara di appalto per i lavori di riduzione dell'impatto acustico da traffico e potenziamento verde pubblico in piazze ed aree cittadine del Comune di Molfetta;

- di tutti gli atti precedenti e successivi, comunque connessi, in particolare:

a) la nota a firma del responsabile del procedimento, ing. Enzo Balducci, del 6 aprile 2005, con la quale si proponeva la richiesta di analisi di alcuni prezzi; b) la nota a firma del funzionario dell'ufficio appalti e contratti del Comune di Molfetta, dell'8 giugno 2005, con la quale si richiedeva l'analisi dei prezzi; c) la nota a firma del funzionario dell'ufficio appalti e contratti del Comune di Molfetta, del 21 luglio 2005, con la quale si ribadiva l'esclusione dalla gara;

e per il risarcimento del danno consequenziale;

quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 marzo 2007, per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale - Settore Demografia - Appalti - Contratti n. 157 del 21 novembre 2005 del Comune di Molfetta, con la quale è stato aggiudicato definitivamente all'A.T.I. Edil Co s.r.l. l'appalto per i lavori di riduzione dell'impatto acustico del traffico e potenziamento verde pubblico in piazze ed aree cittadine del Comune di Molfetta;

- di tutti gli atti precedenti e successivi, comunque connessi, in particolare:

a) la nota a firma del responsabile del procedimento ing. Balducci Vincenzo, n. 81 del 10.10.2005, con la quale è stata ritenuta congrua l'offerta della Edil Co s.r.l.; b) il contratto di appalto del 13 dicembre 2005,

rep. n. 7454, per l'esecuzione dei lavori di riduzione dell'impatto acustico da traffico e potenziamento verde pubblico in piazze ed aree cittadine del Comune di Molfetta;

e per il risarcimento del danno consequenziale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Molfetta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 per le parti i difensori avv.ti Giuseppe Cozzi, su delega dell'avv. Pasquale Nasca, e Nicola Camporeale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Molfetta aggiudicava in via provvisoria agli odierni ricorrenti Lionetti Luigi e Balacco Antonio costituiti in A.T.I. la gara indetta per l'appalto di lavori per la riduzione dell'impatto acustico da traffico e potenziamento verde pubblico in piazze ed aree cittadine.

Con nota dell'11.4.2005 il funzionario comunale dell'ufficio appalti e contratti chiedeva alla ditta Lionetti Luigi (capogruppo dell'A.T.I.) l'analisi di alcuni prezzi in quanto il responsabile del procedimento riteneva il ribasso offerto non congruo.

L'A.T.I. trasmetteva successivamente l'analisi dei prezzi.

Con nota dell'8.6.2005 il funzionario dell'ufficio appalti e contratti comunicava l'avvio del procedimento di esclusione, avendo il responsabile del procedimento valutato l'offerta dell'A.T.I. Lionetti - Balacco sottostimata al punto tale da provocare una perdita nel caso di aggiudicazione dell'appalto.

Con la gravata determina dirigenziale n. 64 del 14 giugno 2005 veniva

decisa l'esclusione dell'A.T.I. ricorrente.

Dopo la comunicazione del provvedimento di esclusione l'A.T.I. Lionetti - Balacco forniva ulteriori chiarimenti che - a suo dire - giustificavano l'offerta e la relativa convenienza economica con un utile del 10%.

Evidenzia l'A.T.I. ricorrente nell'atto introduttivo che l'impugnato provvedimento di esclusione è carente sotto il profilo motivazionale in violazione dell'art. 3 legge 7 agosto 1990, n. 241; che la comunicazione dell'8.6.2005 non indica gli elementi in forza dei quali il responsabile del procedimento è giunto alla conclusione della sottostima, da parte di essa ricorrente, della propria offerta e della possibilità, con i prezzi unitari effettuati, di una perdita pari ad € 50.000,00; che la nota dell'8.6.2005 fa riferimento ad una sottostima dell'offerta del 17,28%; che detta nota non ha quindi tenuto in alcuna considerazione le argomentazioni fornite da essa ricorrente, né ha tentato di confutarle; che la valutazione operata dal responsabile del procedimento comporta una sottostima dell'offerta pari ad € 127.000,00; che a tale risultato non è dato sapere come si sia pervenuti; che il ribasso offerto del 23,422% deve ritenersi congruo; che conseguentemente i criteri adottati dalla stazione appaltante non tengono conto della reale situazione di mercato.

Con ricorso per motivi aggiunti l'A.T.I. Lionetti - Balacco contesta la determinazione dirigenziale n. 157 del 21 novembre 2005 del Comune di Molfetta con la quale è stato aggiudicato definitivamente in favore della controinteressata A.T.I. Edil Co s.r.l. l'appalto per i lavori di riduzione dell'impatto acustico da traffico e potenziamento verde pubblico in piazze ed aree cittadine, deducendo vizi di illegittimità derivata ed altresì il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità e contraddittorietà.

Rileva parte ricorrente che l'offerta dell'A.T.I. Edil Co s.r.l. è pari ad € 745.545,87, offerta di poco superiore alla propria; che il ribasso offerto da essa ricorrente è del 23,422%; che il ribasso praticato dalla

controinteressata è di poco inferiore (pari al 22,870%); che conseguentemente l'offerta della controinteressata determinerebbe una perdita di circa € 40.000,00; che, in ultima analisi, l'aggiudicazione definitiva costituisce la prova della illegittimità dell'esclusione gravata con il ricorso introduttivo.

La ricorrente propone sia nell'atto introduttivo che nei successivi motivi aggiunti domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni consequenziali.

Si costituiva l'amministrazione comunale, resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso introduttivo sia infondato e che il ricorso per motivi aggiunti debba essere dichiarato inammissibile.

Invero, secondo quanto previsto a pag. 8 del bando di gara "L'Amministrazione appaltante, a suo insindacabile giudizio, si riserva la facoltà di richiedere alla ditta dichiarata aggiudicataria provvisoria l'analisi dei prezzi delle voci più significative dell'elenco prezzi unitari al fine di verificare la congruità dell'offerta formulata. In conseguenza, in caso di mancata presentazione dell'analisi entro il termine prestabilito o nel caso di insufficienza delle motivazioni addotte per la giustificazione dei prezzi formulati, l'Amministrazione è facultata a dichiarare l'esclusione della ditta dalla gara senza che la stessa possa accampare pretese, diritti o interessi di sorta. In caso di dichiarazione di esclusione l'Amministrazione scorrerà la graduatoria formata in sede di gara."

Su richiesta della stazione appaltante, l'A.T.I. Lionetti - Balacco aggiudicataria in via provvisoria trasmetteva con nota del 21 aprile 2005 l'analisi dei prezzi.

Detta analisi induceva il R.U.P. ing. Balducci a considerare l'offerta non congrua in quanto sottostimata e tale da comportare una rinuncia agli utili ed una perdita di circa € 50.000,00.

Ritiene questo Collegio che la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dell'8 giugno 2005 sia sufficientemente motivata, avendo richiamato le valutazioni assunte dal R.U.P. nella nota del 7 giugno 2005.

Nella nota da ultimo menzionata il R.U.P. ha motivato il proprio giudizio di anomalia dell'offerta dell'A.T.I. Lionetti - Balacco riscontrando come la stessa fosse sottostimata per circa € 127.000,00, importo pari a circa il 16% del prezzo offerto e cioè € 800.237,73.

Sempre il R.U.P. riferiva che l'offerta *de qua* conteneva errori materiali di calcolo per cui il prezzo offerto risultava pari ad € 735.000,00 circa, così pervenendo ad una sottostima del 17,28%.

Tale importo unitamente al ribasso praticato avrebbe implicato - ad avviso del R.U.P. - la rinuncia da parte dell'A.T.I. Lionetti - Balacco a qualsiasi utile con addirittura una perdita certa di circa € 50.000,00.

La nota del R.U.P. del 7 giugno 2005 veniva riscontrata dall'A.T.I. odierna ricorrente in data 6 luglio 2005 con una perizia tecnica volta a dimostrare la congruità dei prezzi offerti.

Tuttavia, anche tale ulteriore integrazione veniva ritenuta non soddisfacente dal R.U.P. con nota del 28 luglio 2005.

Si può affermare che il giudizio tecnico-valutativo emesso dal R.U.P. su cui si fonda il gravato provvedimento di esclusione sia stato correttamente condotto e congruamente motivato.

A tal riguardo, si rammenta che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090) "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale; in tal caso l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una

motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia, essendo in tal caso sufficiente motivare *per relationem* con le giustificazioni presentate dal concorrente; di conseguenza, incombe su chi contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati.”.

Ad analoghe conclusioni deve giungersi nell'ipotesi (ricorrente nel caso di specie) in cui la stazione appaltante decida l'esclusione di una concorrente sulla base di un giudizio di anomalia dell'offerta.

Parte ricorrente, su cui gravava il relativo onere probatorio ai sensi dell'art. 64 cod. proc. amm., non ha, infatti, individuato gli specifici elementi da cui potersi evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati.

Le ulteriori censure formulate dall'A.T.I. Lionetti - Balacco nel ricorso per motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per cui è causa in favore dell'A.T.I. controinteressata Edil Co s.r.l. devono ritenersi inammissibili, essendo stata la ricorrente - in base alle ragioni già esposte - legittimamente esclusa dalla gara (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4). Con la conseguenza che non si riscontra nella fattispecie alcun illecito aquiliano su cui possa fondarsi la domanda risarcitoria.

Dalle considerazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso introduttivo e la declaratoria di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto,

integrato da motivi aggiunti, così provvede:

- 1) respinge il ricorso introduttivo;
- 2) dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna i ricorrenti Lionetti Luigi e Balacco Antonio in solido tra loro al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Molfetta, liquidate in complessivi € 14.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2011

IL SEGRETARIO

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