

N. 05491/2011REG.PROV.COLL.
N. 10680/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 10680 del 2010, proposto da Geodata s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluca Luzi e Massimo Frontoni, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Dardanelli n. 13, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

nei confronti di

Technital s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

3TI progetti Italia - Ingegneria integrata s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione

terza, n. 33540 del 17 novembre 2010;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti l'avvocato Massimo Frontoni e l'avvocato dello Stato Giovanni Palatiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 10680 del 2010, Geodata s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 33540 del 17 novembre 2010 con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro ANAS s.p.a., Technital s.p.a. e 3TI progetti Italia - Ingegneria integrata s.p.a. per l'annullamento: del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara indetta dall'ANAS s.p.a.; del verbale di gara del 31 marzo 2010; di tutti gli atti inerenti il sub-procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente; dei verbali e atti di gara adottati successivamente alla verifica di anomalia della offerta presentata dalla ricorrente; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto in favore dell'ATI TECHNITAL - 3TI PROGETTI ITALIA del 31 marzo 2010; del provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto in favore dell'ATI TECHNITAL - 3TI PROGETTI ITALIA del 27 aprile 2010 n. 68; di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quello impugnato.

La questione sottoposta a scrutinio deriva dall'espletamento, da parte di ANAS s.p.a. di una procedura ristretta per l'affidamento all'offerta più

vantaggiosa della progettazione definitiva della variante Pieve di Teco-Ormea della strada statale 28 colle di Nava.

A seguito dello svolgimento delle operazioni di gara e della valutazione delle offerte tecniche ed economiche da parte della Commissione è risultata prima in graduatoria la Geodata s.p.a..

Veniva allora avviata la procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta, chiedendo alla società Geodata, con nota del 27 novembre 2009, chiarimenti in ordine alla valorizzazione dei costi industriali: calcolo effettuato per la determinazione del costo orario applicato alle categorie project manager, tecnico senior, tecnico junior; correlazione di quanto indicato nella tabella della relazione di giustificazioni con quanto esposto nella offerta tecnica; assenza delle categorie definite CAD e SEG oltre ad un computo metrico estimativo con relative quantità per le indagini e prove.

La Geodata s.p.a. rispondeva il 3 dicembre 2009 indicando i costi orari di project manager, tecnico senior, tecnico junior; e le ore necessarie per la realizzazione del progetto con la indicazione di una valorizzazione economica complessiva di €. 763.388 (in fase di giustificativo era 733.212). E' stata spiegata la ragione della mancata indicazione delle categorie di CAD e SEG in relazione all'accorpamento alla categoria di tecnici junior. Quanto al computo metrico estimativo richiesto, afferma la Geodata che nelle giustificazioni allegate all'offerta tecnica era stato indicato un budget di 286.000 euro per le indagini geognostiche, mentre nel nuovo computo sono scesi a 267.700.

ANAS s.p.a. non riteneva esaustive tali giustificazioni e pertanto, con nota del 18 dicembre 2009, richiedeva ulteriori chiarimenti circa i costi indicati, in particolare per i costi di alcuni consulenti e riscontrava alcuni scostamenti dalle quantità indicate nelle precedenti giustificazioni. Il 28 dicembre 2009 la Geodata forniva ulteriori chiarimenti, allegando: cedolini

del personale indicato nell'organigramma presentato in fase di gara; estratto libro matricola; contratti dei consulenti; prospetto riepilogativo dei costi aziendali; per i costi delle indagini e prove indicava quale ragione del computo il contesto ambientale (bacino ligure piemontese particolarmente conosciuto), allegava le offerte commerciali di due società per attività di indagini geognostiche della gd del 22-12-2009 e della Sondeco del 21-12-2009 con validità rispettivamente sessanta e centoventi giorni.

La commissione, non ritenendo ancora esaustive tali giustificazioni disponeva l'esame in contraddittorio con la società interessata nella seduta del 9 febbraio 2010 . La società forniva alcuni elementi circa il calcolo dei costi, i rapporti di consulenza, le condizioni della zona.

A seguito di tale contraddittorio la Commissione, nella seduta del 15 febbraio 2010, ha ritenuto, comunque, non esaustive le giustificazioni fornite Pertanto è stata disposta la esclusione della Geodata s.p.a..

Avverso tale provvedimento e avverso l'aggiudicazione provvisoria e definitiva a favore del r.t.i. Ati Technital-3TI Progetti Italia, nonchè avverso i verbali di gara e le valutazioni della Commissione è stato proposto il ricorso al T.A.R. per i seguenti motivi:

violazione degli artt 79 comma 5, 86, 87 e 88 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006; violazione dei principi del giusto procedimento; Violazione della lex specialis; incompetenza e carenza di potere; eccesso di potere sotto il profilo dell'arbitrarietà; contraddittorietà, illogicità, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti.

Costituitasi ANAS s.p.a., il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le doglianze, evidenziando la correttezza del comportamento della stazione appaltante.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante si duole dell'erroneità della sentenza, per aver mal ricostruito in fatto ed in diritto la vicenda.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per ANAS s.p.a., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del giorno 1 febbraio 2011, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 460/2011.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2011, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.
2. - Con il primo motivo di diritto, si deduce error in iudicando, falsa applicazione e violazione dell'art. 79, comma 5, e dell'art. 88, comma 7, del D.Lgs. 163 del 2006. L'appellante lamenta la mancata comunicazione dell'avvenuta esclusione come fatto di illegittimità del procedimento, avendo questo leso il proprio diritto di difesa.

2.1. - La doglianza non ha pregio.

In disparte ogni considerazione sul fatto che la concreta lesione di cui l'appellante si duole è solo allegata e non provata, ponendo quindi la censura ai limiti dell'ammissibilità, va osservato, come correttamente rilevato dal primo giudice, l'obbligo previsto dall'art 79, comma 5, di comunicare l'avvenuta esclusione, entro un termine non superiore a cinque giorni non contiene alcuna espressa sanzione, e pertanto non può dedursi, da una omissione che non ha arrecato alcun nocimento alla parte interessata, l'esistenza di un vizio tale da rendere annullabile il provvedimento de qua.

Pertanto, bene è stato sostenuto che la mancanza di tale comunicazione, rilevando in termini di prova della conoscenza dell'esclusione ai fini della decorrenza dei termini per impugnare, agisce favorevolmente nei confronti dell'impresa esclusa, rendendo tempestivo il ricorso anche successivamente proposto, come peraltro accaduto nel caso in specie.

È quindi anche del tutto inutile, nel caso in specie, l'identificazione in concreto dell'atto da cui derivi l'esclusione, atteso che ciò non farebbe mutare i termini della questione.

3. - Con il secondo motivo di diritto, viene lamentato error in iudicando, violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e omessa pronuncia. L'appellante si duole del fatto che il T.A.R. non abbia preso posizione in relazione alla seconda censura, riguardante l'incompetenza della commissione di gara a svolgere la valutazione di anomalia.

3.1. - La censura non è fondata.

Sebbene sia vero che il T.A.R. non ha assunto espressa posizione su tale profilo, e quindi in tal senso la questione risulta correttamente proposta, è però vero che la doglianza non può essere accolta, in quanto non avente alcun sostegno normativo.

Deve invero notarsi che la questione ha avuto soluzioni differenziate nell'ambito del dibattito giurisprudenziale, sebbene al momento debba ritenersi del tutto superata in virtù dell'esplicita attribuzione di tale potere alla commissione di gara, tramite il responsabile del procedimento, fatta dall'art. 121, commi 2 e 10, del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010.

Tuttavia, anche in un contesto non del tutto univoco, questo Consiglio, seguendo un ordine argomentativo a cui la Sezione ritiene di aderire, aveva già evidenziato come sia addirittura suscettibile di annullamento l'evento contrario, ossia quello della verifica condotta direttamente dal responsabile del procedimento senza alcun apporto della commissione di valutazione, e ciò sulla considerazione che "attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta non di carattere comparativo, ma pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta stessa, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte

originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste” (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4584).

La doglianza va quindi respinta.

4. - Con il terzo complesso motivo di censura, si lamenta error in iudicando, falsa applicazione e violazione degli artt. 86, 87 e 88 del D.Lgs. 163 del 2006 e della lex specialis, insufficienza e contraddittorietà della motivazione, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti.

Secondo la difesa, il T.A.R. non avrebbe tenuto conto della documentazione prodotta in sede di giustificazione dell'anomalia, evitando di valutare in concreto la corrispondenza tra quanto provato in sede di gara e quanto ritenuto dalla commissione.

4.1. - La censura non ha pregio.

Va premesso che, nella sentenza gravata, il T.A.R., premessa una ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale in merito ai limiti del giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala quale fatto di discrezionalità tecnica mirante ad un giudizio di natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, si è soffermato sia sulle questioni procedurali che sul contenuto della decisione della commissione, ricordando come il fine del sindacato giurisdizionale miri a verificare, nei limiti della domanda, la correttezza del procedimento e la ragionevolezza delle scelte conclusive.

In grado di appello, le censure si sono appuntate su questo secondo aspetto, che andrà quindi ora considerato.

L'appellante evidenzia come nella stima del costo industriale della sua offerta si fosse potuta giovare di una serie di circostanze favorevoli (particolari condizioni logistiche, profonda conoscenza del progetto, esperienza maturata, esecuzione tramite un'unica società). Lamenta quindi come il giudizio del T.A.R. si sia soffermato unicamente sul tema della sottostima dei costi industriali attinenti al personale, dove peraltro non vi è

stata alcuna considerazione sulla loro compatibilità.

La doglianza però non trova riscontro agli atti del giudizio.

Dall'esame della documentazione, emerge, infatti, come il giudizio della Commissione, seppure fondatosi sul rilievo generale dei costi industriali troppo bassi, ha differenziato tra le diverse voci ed in particolare, come emerge dal verbale del 15 febbraio 2010, ha considerato non provate le affermazioni sul recupero di costi tramite altre attività più redditizie effettuate in tempi diversi, o come costo per la commercializzazione operativa dei prodotti. Si tratta quindi di considerazioni derivanti dalla stessa documentazione prodotta dall'appellante, e non possono essere considerati, come si fa nell'atto di appello, estrapolazioni fuori contesto, in quanto evidenziano la ratio delle ragioni della riduzione dei costi, come ben sottolineato dal T.A.R., richiamando i chiarimenti forniti il 3 dicembre 2009.

Del pari, l'ampio motivo di appello in relazione alla giustificazione dei costi per il personale si pone in contrasto con i fatti istruttori in sede di gara, dove la commissione aveva fatto espresso riferimento, in specie nel verbale della seduta del 15 febbraio 2010, a specifiche voci comprese in tale ambito e non giustificate (le spese per trasferte e premi dei consulenti; la modestia dei compensi a questi spettanti; il mancato controllo dei contratti di consulenza non protocollati) oltre che ad altre voci che collocavano all'esterno dell'impresa lo svolgimento, e consequenzialmente la responsabilità, di alcune attività di indagine.

Di fronte a tali considerazioni puntuali, il giudizio della commissione di gara pare ampiamente condivisibile, dovendosi confermare, come ha evidenziato il giudice di prime cure, come conclusivamente risulti "uno scostamento nella valorizzazione economica complessiva rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta (736.388 mentre nelle prime giustificazioni era di 733.212.) e nella indicazione del costo delle indagini geognostiche che

scende da 286.000 euro a 267.700”.

La correttezza procedurale e la rispondenza tra valutazioni operate dalla commissione con i profili istruttori rendono ragione dell'inaffidabilità dell'offerta ai sensi dell'art 88 comma 7 del d.lgs. 163 del 2006. Il giudizio operato dalla commissione e dal giudice di prime cure deve quindi essere condiviso, con rigetto del motivo di ricorso.

5. - Con l'ultimo motivo di censura, l'appellante lamenta l'omessa pronuncia in relazione alla quarta censura proposta davanti al giudice di prime cure, in merito alla disparità di trattamento operata dalla stazione appaltante per non aver considerato come anche l'offerta dell'ATI concorrente dovesse essere considerata anomala.

5.1. - La doglianza non può essere accolta.

Seppure il T.A.R. non abbia assunto espressa posizione su tale profilo, la censura, anche se correttamente proposta, non può portare alla riforma della sentenza, in quanto non fondata.

La disparità di trattamento è vizio dell'area dell'eccesso di potere che ha luogo quando la parte che se ne duole può lamentarsi di una illegittimità subita a fronte di un comportamento diverso tenuto avverso un altro soggetto.

Nel caso in specie, la disamina del ricorso ha evidenziato come la stazione appaltante abbia agito correttamente nel procedimento, per cui nessuna doglianza può essere validamente sostenuta dall'appellante.

Tale considerazione pone nel nulla la possibile esistenza di un vizio di disparità di trattamento, venendo a mancare il termine di raffronto per la detta differenziazione.

6. - L'appello va quindi respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta),

definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 10680 del 2010;
2. Condanna Geodata s.p.a. a rifondere a ANAS s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €. 3.000,00 (euro tremila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2011

IL SEGRETARIO

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