

N. 06093/2011REG.PROV.COLL.
N. 02185/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2185 del 2009, proposto da:

Commissario Straordinario -D.G.R. 329/03- Comprensorio di Bonifica della Piana di Sibari e della Media Valle del Crati, dott. Salvatore Gargiulo, rappresentato e difeso dagli avv. Ugo D'Angelo e Luigi Tretola, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola Razzano, in Roma, via Taro, n. 56;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente pro tempore, non costituito in giudizio;

Consorzio Stabile Olimpia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio De Portu e Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via G. Mercalli n. 13;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Demoter s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Morace, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione II, n. 00156/2009, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Stabile Olimpia per l'annullamento del verbale dell'11.7.2008, relativo alla gara per l'affidamento dei lavori di “riordino irriguo Destra Crati e della fascia costiera fino al Trionto - 1° Lotto - III° stralcio”, con il quale l'Ente affidante ha rilevato la “complessiva inaffidabilità” dell'offerta presentata dal deducente Consorzio e la “sua esclusione ai sensi dell'art. 88, comma 6 del citato D.Lgs. 163/06”;

della relazione del Responsabile Unico del Procedimento dell'11.7.2008, recante “considerazioni finali alla verifica di anomalia”, con la quale l'Ente affidante ha esplicitato le ragioni che facevano ritenere “non giustificata l'offerta redatta dal Consorzio Olimpia”;

di tutti i verbali di gara relativi alla valutazione dell'anomalia dell'offerta presentata dal Consorzio suddetto;

di ogni altro provvedimento connesso ed in particolare dei verbali e delle relazioni di valutazione delle giustificazioni rese in sede di gara dalle imprese offerenti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Olimpia;

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum della Demoter s.p.a.

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

Vista la propria ordinanza 17 aprile 2009 n. 2159;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Razzano, per delega degli avvocati

D'Angelo e Morace, De Portu e Piselli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame il Commissario Straordinario -D.G.R. 329/03- del Comprensorio di Bonifica della Piana di Sibari e della Media Valle del Crati, ha chiesto la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato accolto il ricorso proposto dal Consorzio Stabile Olimpia per l'annullamento degli atti relativi alla gara per l'affidamento dei lavori di "riordino irriguo Destra Crati e della fascia costiera fino al Trionto - 1° Lotto - III° stralcio", a seguito dei quali è stata rilevata la "complessiva inaffidabilità" dell'offerta presentata da esso Consorzio e la sua esclusione ai sensi dell'art. 88, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. "Errores in iudicando".

Il T.A.R. ha erroneamente affermato che la richiesta, effettuata con nota del 21.2.2008, di ulteriori e diverse giustificazioni, ex art. 88, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006, era stata effettuata in violazione del principio di libera concorrenza e contraddittorio.

La stazione appaltante aveva correttamente osservato la lettera della legge e le disposizioni della procedura di gara, perché la richiesta di giustificazioni di cui al comma 3 del citato art. 88 non deve investire necessariamente gli stessi argomenti presi in considerazione con la richiesta di cui al comma 1.

La richiesta di giustificazioni di cui alla nota del 7.5.2008 risulta quindi pienamente legittima rispetto a quella precedente del 21.2.2008.

2.- Difetto di istruttoria e di motivazione. "Errores in iudicando".

L'ampliamento del "Thema decidendum" da parte della stazione appaltante nell'ambito del sub procedimento di verifica della anomalia è stato rilevato

dal Giudice di prime cure in assenza di riscontri di fatto.

Gli ulteriori chiarimenti richiesti in data 7.5.2008 hanno costituito solo l'approfondimento di profili già oggetto di richiesta giustificativa, ma rimasti oscuri a seguito delle prime insufficienti giustificazioni fornite.

3.- Illegittimità ed erroneità della sentenza appellata per difetto del contraddittorio.

Il T.A.R. non ha rilevato la inammissibilità del ricorso per mancata notifica dello stesso alla impresa risultata aggiudicataria provvisoria.

Con atto depositato il 3/15.4.2009 si è costituito in giudizio ed è intervenuta ad adiuvandum la Demoter s.p.a., che ha eccepito il difetto del contraddittorio per mancata disposizione da parte del Giudice di primo grado della sua integrazione nei propri confronti e ha dedotto la erroneità della sentenza appellata, della quale ha chiesto l'annullamento o, in subordine, che venga annullata con rinvio al primo Giudice.

Con atto depositato il 9.4.2009 si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Olimpia, che ha eccepito la irricevibilità, la inammissibilità e la improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 16.4.2009 il costituito Consorzio ha dedotto la infondatezza dell'appello, in particolare evidenziando che non era necessaria la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in quanto atto endoprocedimentale, ed ha riproposto le censure (in particolare quella relativa all'assenza del Presidente della Commissione di gara nel corso della riunione del 16.6.2008 e quella di difetto di motivazione), dichiarate assorbite in primo grado. Ha quindi concluso per la reiezione dell'appello e in subordine per l'accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio per i motivi in tale sede non esaminati e riproposti in appello.

Con ordinanza 17 aprile 2009 n. 2159 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 10.6.2011 il Consorzio Stabile Olimpia ha ribadito tesi e richieste, chiedendo anche il risarcimento danni in forma specifica o per equivalente.

Con memoria depositata il 17.6.2011 la parte appellante ha replicato alle avverse argomentazioni, in particolare formulando la eccezione di improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse da parte dell'appellato Consorzio, che non ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e stipula del contratto, nelle more intervenute.

Con memoria depositata il 17.6.2011 il Costituito Consorzio ha replicato alle avverse argomentazioni, in particolare contestando la fondatezza della eccezione di improcedibilità del giudizio.

Alla pubblica udienza del 28.6.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame il Commissario Straordinario -D.G.R. 329/03- del Comprensorio di Bonifica della Piana di Sibari e della Media Valle del Crati ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, di accoglimento del ricorso proposto dal Consorzio Stabile Olimpia per l'annullamento degli atti relativi alla gara per l'affidamento dei lavori di “riordino irriguo Destra Crati e della fascia costiera fino al Trionto - 1° Lotto - III° stralcio”, a seguito dei quali era stata rilevata la “complessiva inaffidabilità” della offerta da esso presentata ed era stata esclusa dalla gara.

2.- Innanzi tutto deve essere esaminato, per priorità logico processuale, il terzo motivo di appello con il quale è stato dedotto che il T.A.R. erroneamente non ha rilevato la inammissibilità del ricorso per mancata notifica dello stesso alla impresa in favore della quale era stata disposta la aggiudicazione provvisoria, pur essendone stata data comunicazione a tutti

i concorrenti, incluso il Consorzio de quo, in data 30.10.2008.

2.1.- Considera in proposito la Sezione che l'atto di aggiudicazione provvisoria di un appalto ha natura endoprocedimentale e prodromica alla determinazione conclusiva, onde la sua impugnazione è meramente facoltativa e, determinando nell'aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto e non già un affidamento qualificato, non consente di ravvisare in capo allo stesso, non ancora titolare di un interesse legittimo alla conservazione degli atti del procedimento, una posizione di controinteresse che comporti la doverosità della notifica del ricorso nei suoi confronti.

La eccezione in esame deve quindi essere disattesa.

3.- In secondo luogo deve essere esaminata la eccezione, formulata dalla parte appellante, di improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse da parte dell'appellato Consorzio, che non ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e stipula del contratto, nelle more intervenute.

3.1.- Osserva in proposito la Sezione che, di norma, l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione rende improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso già proposto avverso l'esclusione, non potendo l'istante trarre alcun vantaggio concreto dall'eventuale annullamento di quest'ultima che, non facendo venire meno l'aggiudicazione definitiva, non potrebbe in ogni caso fargli conseguire il bene della vita sperato, costituito dall'appalto.

Tuttavia nel particolare caso di specie deve rilevarsi che essa aggiudicazione definitiva è stata disposta a seguito della ordinanza cautelare n. 2159/2009 di questa Sezione, che ha sospeso l'efficacia della sentenza impugnata, con la quale era stato accolto il ricorso del Consorzio Stabile Olimpia contro gli atti della procedura concorsuale di cui trattasi con i quali era stata rilevata la sua inaffidabilità.

La reiezione in sede di merito dell'appello in esame, che viene disposta con la presente sentenza a seguito della infondatezza dei motivi di appello che

sarà in prosieguo illustrata, comporta il venir meno dell'efficacia di detta ordinanza cautelare, con conseguente invalidità dei provvedimenti adottati sulla base della sua efficacia e concretizzarsi dell'attualità dell'interesse ad impugnare detta aggiudicazione definitiva a far tempo dalla conoscenza della sentenza stessa.

Tanto comporta la permanenza dell'interesse del Consorzio Stabile Olimpia ad ottenere in questa sede la conferma della sentenza di primo grado e la caducazione della ordinanza cautelare che ha consentito il prosieguo della procedura di aggiudicazione de qua.

La eccezione in esame è quindi priva di possibilità di accoglimento.

4.- In terzo luogo va esaminata la eccezione formulata dalla aggiudicataria provvisoria Demoter s.p.a., di difetto del contraddittorio per mancata disposizione da parte del Giudice di primo grado della sua integrazione nei propri confronti.

4.1.- La eccezione deve essere disattesa dal Collegio per le medesime considerazioni in precedenza formulate circa la natura endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, che, determinando nell'aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto, non lo rende titolare di un interesse legittimo alla conservazione degli atti del procedimento e della posizione di controinteressato comportante la necessità della notifica del ricorso nei suoi confronti.

5.- Con il primo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. ha erroneamente affermato che la richiesta, effettuata con nota del 21.2.2008, di ulteriori e diverse giustificazioni, ex art. 88, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006, era stata effettuata in violazione del principio di libera concorrenza e contraddittorio.

La stazione appaltante aveva correttamente osservato la lettera della legge e le disposizioni della procedura di gara, perché la richiesta di giustificazioni di cui al comma 3 del citato art. 88 non deve investire necessariamente gli

stessi argomenti presi in considerazione con la richiesta di cui al comma 1. Ciò in quanto l'utilizzo della locuzione "ulteriori chiarimenti" non potrebbe che significare che essi possono investire profili ulteriori rispetto a quelli oggetto della prima fase di chiarimenti (altrimenti non sarebbe chiaro il motivo per il quale è prevista la seconda fase e sarebbe anche violata la ratio della norma, con conseguenze decadenziali non rinvenibili nel testo della norma), in base ad un criterio ermeneutico sostanzialistico teso alla valutazione della affidabilità della impresa e alla ricerca del maggior numero di informazioni che possano garantire la stazione appaltante circa la sua sussistenza.

La richiesta di giustificazioni di cui alla nota del 7.5.2008 sarebbe quindi pienamente legittima rispetto a quella precedente del 21.2.2008.

5.1.- Osserva in proposito al Sezione che i primi tre commi dell'art. 88 del d. lgs. n. 163/2006, nella formulazione vigente all'epoca dei fatti di causa, stabilivano che *"1. La richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili.*

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste.

3. La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi".

Deve ritenersi al riguardo condivisibile la tesi del Giudice di prime cure che, in base alla ratio delle norme sopra riportate (ravvisabile nell'esigenza di assicurare il rispetto delle regole concorrenziali e del buon andamento) e al loro tenore letterale (altro significato non può, infatti assegnarsi alla

locuzione “se resi necessari o utili a seguito di tale esame”), nella fase deputata ai chiarimenti non è possibile richiedere nuove giustificazioni relative a fatti non direttamente collegati con quanto oggetto della prima richiesta di giustificazioni.

Il T.A.R. risulta peraltro aver puntualmente verificato dalla documentazione acquisita al processo che la stazione appaltante non aveva rispettato la scansione in cui si articola la procedura di verifica dell'anomalia.

Tanto consente di convenire con il Giudice di prime cure sul fatto che nel caso che occupa le ulteriori giustificazioni in concreto richieste non potevano essere definite un mero approfondimento di quelle in precedenza prodotte, come invece dovuto.

6.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che l'ampliamento del “Thema decidendum” da parte della stazione appaltante nell'ambito del sub procedimento di verifica della anomalia sarebbe stato rilevato dal Giudice di prime cure in assenza di riscontri di fatto, essendo stata omessa la verifica puntuale del contenuto delle richieste di chiarimenti in ordine alla anomalia ed alle relative giustificazioni fornite.

A seguito delle giustificazioni fornite dal Consorzio Stabile Olimpia a corredo dell'offerta, che già avevano determinato un ampliamento del “thema decidendum”, in data 21.2.2008 è stata avanzata la prima richiesta di chiarimenti al Consorzio stesso per consentirgli di giustificare l'offerta, stante il marcato scostamento dalla individuata soglia di anomalia superiore al 50% dell'utile previsto nelle analisi, sotto l'ampio profilo dell'utile di impresa raggiunto (al fine di effettuare un primo apprezzamento di carattere globale dell'offerta e della sua complessiva attendibilità).

In relazione alle giustificazioni conseguentemente fornite (documentazione di fatto identica a quella già prodotta a corredo dell'offerta in relazione a singoli profili di voci di risparmio su costi determinanti porzioni di utile non del tutto chiariti) sono stati chiesti ulteriori chiarimenti in data

7.5.2008. Ciò avrebbe costituito solo l'approfondimento di profili già oggetto di richiesta giustificativa, ma rimasti oscuri a seguito delle prime insufficienti giustificazioni fornite.

6.1.- Osserva la Sezione che la censura non è positivamente valutabile perché il Giudice di prime cure ha espressamente dato atto che con atto del 21 febbraio 2008 la stazione appaltante ha richiesto all'impresa di giustificare il prezzo offerto relativo a determinati lavori a misura e a corpo specificamente indicati. A seguito della risposta, l'amministrazione con atto del 7 maggio 2008 ha richiesto "ulteriori integrazioni giustificative" di cui alcune erano effettivamente relative a "circostanze" nuove non contenute nel precedente atto sopra citato. A titolo di esempio detto Giudice ha evidenziato che sono state richieste "nuove" giustificazioni con riferimento al costo della mano d'opera.

Aggiungasi, rileva la Sezione, che ha dedotto il Consorzio resistente, senza essere smentito sul punto, che risulta che anche le spese generali ed i costi indiretti di cantiere, che in un primo tempo erano stati considerate congrui, sono stati oggetto di chiarimenti solo nella seconda fase.

Può quindi concludersi che con la seconda richiesta sono stati chiesti non approfondimenti di profili già oggetto di richiesta di giustificazioni, ma chiarimenti non connessi, collegati o consequenziali alla valutazione delle giustificazioni già fornite, con sussistenza della violazione dell'art. 88, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006.

7.- Quanto alla richiesta di risarcimento danni in forma specifica o per equivalente formulata con memoria depositata il 10.6.2011 dal Consorzio Stabile Olimpia osserva la Sezione che è inammissibile la domanda di risarcimento del danno proposta per la prima volta in appello, risultando altrimenti violati il principio del doppio grado di giudizio e le connesse esigenze di tutela del contraddittorio (Consiglio Stato, sez. IV, 06 luglio 2009, n. 4309).

Aggiungasi che la sentenza di primo grado non contiene alcuna determinazione con riguardo al risarcimento danni, sicché al riguardo si è formato il giudicato in assenza di appello incidentale del Consorzio Stabile Olimpia.

8.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

Tanto esime il Collegio dall'esaminare le censure formulate dal Consorzio Stabile Olimpia (in particolare quella relativa all'assenza del Presidente della Commissione di gara nel corso della riunione del 16.6.2008 e quella di difetto di motivazione), dichiarate assorbite in primo grado e riformulate in appello.

9.- 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 la 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.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2011

IL SEGRETARIO

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