

N. 03953/2012REG.PROV.COLL.
N. 02279/2007 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 2279 del 2007, proposto da:

Dervit s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello G. Feola, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Castello, in Roma, via Giuseppe Cerbara, n. 64;

contro

Provincia di Verona, anche appellante incidentale, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giancarlo Biancardi, Stefano Gattamelata e Isabella Sorio, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via di Monte Fiore, n. 22;

nei confronti di

E.I.R. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in A.T.I. con Mario Bernamonte, rappresentati e difesi dall'avv. Fabio Dani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto – Venezia, Sezione I, n. 00449/2007, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento del verbale di gara del 18 dicembre 2006 (con il quale, determinata la soglia di anomalia nella misura del 18,245%, sono stati aggiudicati in via provvisoria all'A.T.I. EIR s.r.l. – Bernamonte Mario i lavori di rifacimento impianto elettrico, di illuminazione e di ristrutturazione dei bagni presso il Liceo Artistico di Via delle Coste), nonché della nota del Presidente della Commissione di gara del 28.12.2006, prot. 0110408, e della determinazione n. 7360 del 28.12.2006, di aggiudicazione definitiva dei lavori suddetti; infine per il risarcimento del danno.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Verona, recante anche appello incidentale, e di E.I.R. s.r.l., in A.T.I. con Mario Bernamonte;

Vista la memoria prodotta dalla Provincia di Verona a sostegno delle proprie difese;

Vista la propria ordinanza 8 maggio 2007, n. 2298;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Giancarlo Biancardi Renzo Cuonzo su delega dell'avv. Stefano Gattamelata e Annalisa Lauteri su delega dell'avv. Fabio Dani;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la società Dervit s.p.a. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del verbale della gara per l'aggiudicazione dei lavori di “rifacimento impianto elettrico e illuminazione e per la ristrutturazione batteria bagni presso il

Liceo Artistico di Via delle Coste” (con il quale è stata determinata la soglia di anomalia nella misura del 18,245% e sono stati aggiudicati essi lavori in via provvisoria all’A.T.I. EIR s.r.l. – Bernamonte Mario, la cui offerta presentava un ribasso percentuale del 18,212% sul prezzo a base d’asta) e degli ulteriori atti in epigrafe indicati, nonché per il risarcimento del danno.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Errore in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 (già art. 21, comma 1 bis, della l. n. 109/1994) e dell’art. 122, comma 9, dello stesso d. lgs. Eccesso di potere per illogicità, carenza di istruttoria, contraddittorietà, falso presupposto, travisamento dei fatti. Illegittimità derivata.

Posto che le offerte della Sgargi s.r.l e della C.E.B. s.c. a r.l. presentavano entrambe un ribasso del 17,250%, il T.A.R. ha erroneamente respinto le censure formulate dalla attuale appellante avverso il criterio di computo seguito dalla Commissione aggiudicatrice per l’individuazione della soglia di anomalia, calcolata al 18,245% considerando dette due offerte singolarmente, invece che come unica offerta.

Con atto depositato il 3.2.2007 si è costituita in giudizio l’A.T.I. tra la E.I.R. s.r.l. e Mario Bernamonte, che, precisato che è cosa ben diversa l’individuazione delle offerte da includere nelle “ali” (cioè i ribassi da escludere nel computo della media) dal calcolo della media delle offerte, ha dedotto la infondatezza del gravame.

Con atto notificato l’11.4.2007 e depositato il 13.4.2007 la Provincia di Verona ha dedotto la infondatezza del gravame ed ha proposto appello incidentale, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell’art. 31, comma 4, della l. n. 1034/1971 per avere il Collegio omissso di rilevare la mancata costituzione innanzi al T.A.R. per il Veneto dell’Impresa Dervit s.p.a. (a seguito di accordo per regolamento di competenza) e di dichiarare conseguentemente

improcedibile il ricorso.

2.- Erroneità, contraddittorietà, travisamento, incongruità, carenza di motivazione, nonché violazione e falsa applicazione di legge della sentenza impugnata in ordine alla decisione sulle spese di lite.

Il T.A.R. ha compensato integralmente le spese del giudizio, relative a quello deciso con la sentenza impugnata e a quello svoltosi davanti al Giudice territorialmente incompetente, non tenendo conto della domanda formulata dalla Provincia per la condanna della società ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio; ciò tenuto conto che alla pronuncia di incompetenza territoriale del T.A.R. Campania avrebbe dovuto conseguire la condanna alla rifusione delle spese di giudizio.

3.- Sulla domanda risarcitoria:

Poiché il contratto di appalto dei lavori in questione non è stato ancora stipulato, allo stato nessun pregiudizio può essere lamentato e comunque spetterebbe solo se venisse provata una condotta colpevole della Amministrazione provinciale.

Ha quindi concluso per la reiezione dell'appello principale e, in subordine, per l'accoglimento di quello incidentale.

Con ordinanza 8 maggio 2007, n. 2298 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata considerato che la tesi dell'appellante, secondo la quale “nel calcolo delle medie dirette ad individuare la soglia dell'anomalia, il seggio di gara avrebbe dovuto considerare come unica le offerte recanti identici ribassi”, non appare in linea con il testo dell'art. 21 della legge 11.2.1994, n. 108; che fa riferimento alla “media aritmetica dei prezzi di tutte le offerte ammesse”, laddove l'aggettivo “tutte” riferito alle offerte esclude una interpretazione riduttiva del computo riferito ai soli valori assoluti dei prezzi;

Con memoria depositata il 3.2.2012 l'Amministrazione resistente ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 6.3.2012 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.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta di annullamento, formulata da Dervit s.p.a., di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del verbale di gara con il quale è stata determinata la soglia di anomalia e sono stati aggiudicati in via provvisoria all'A.T.I. EIR s.r.l. – Bernamonte Mario lavori di rifacimento dell'impianto elettrico e di illuminazione e di ristrutturazione dei bagni presso un Liceo Artistico, nonché di una nota del Presidente della Commissione di gara del 28.12.2006 e della determinazione di aggiudicazione definitiva dei lavori suddetti; infine per il risarcimento del danno.

2.- Con l'unico motivo di ricorso la appellante principale ha dedotto che, posto che le offerte della Sgargi s.r.l e della C.E.B. s.c. a r.l. presentavano entrambe un ribasso del 17,250%, il T.A.R. avrebbe erroneamente respinto le censure formulate dalla attuale appellante avverso il criterio di computo seguito dalla Commissione aggiudicatrice per l'individuazione della soglia di anomalia, calcolata al 18,245% considerando dette due offerte singolarmente, invece che come unica offerta (il che avrebbe portato la soglia di anomalia al 18,276% ed alla aggiudicazione ad essa appellante della gara in quanto la sua offerta, con il ribasso del 17,250%, era quella immediatamente inferiore a detta soglia di anomalia).

Non sarebbe, invero, condivisibile la tesi del T.A.R. che nel calcolo della media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse, ex artt. 86, co. 1, e 122, co. 9, vanno necessariamente conteggiate tutte le offerte ammesse, anche quelle che recano uguali ribassi, senza che in tale ipotesi possano considerarsi più offerte come una sola, poiché altrimenti il ribasso non

sarebbe più la media aritmetica, in contrasto con la chiara dizione della legge.

Ciò in quanto alla espressione “media aritmetica” non potrebbe essere ascritta alcuna valenza persuasiva, nel senso che vanno conteggiate tutte le offerte ammesse (comprese quelle che recano eguali ribassi), dovendo essere rivolta la attenzione dell'interprete in particolare alla parola “offerte”, contenuta nell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006, alla quale va dato un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuta (in analogia a quanto ritenuto dalla giurisprudenza con riguardo alla fase del “taglio delle ali”), perché la finalità della norma sarebbe quella di scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media.

2.1.- Osserva la Sezione che, in base alla previsione del bando, il criterio di aggiudicazione da seguire era quello del prezzo più basso, previa esclusione delle offerte con percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, ex artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, del d. lgs. n. 163/2006.

In base a quest'ultima norma, al fine dell'esclusione automatica delle offerte cd. anomale, sono considerate tali tutte quelle che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione (cd. taglio delle ali) del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente, delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Pertanto, dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi:

- taglio delle ali, vale dire l'esclusione dal calcolo del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso;
- calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le residue offerte;

- calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che in tali offerte superano la predetta media;
- somma dei dati relativi alla media aritmetica e allo scarto medio aritmetico, con la conseguente determinazione della soglia di anomalia.

Per dato letterale e logico, in via generale in dette operazioni vengono in rilievo le offerte, alle quali fa riferimento il legislatore, a prescindere dalla entità dei ribassi in esse contenuti (cd. criterio assoluto).

In particolare non vi sono elementi dai quali, come regola generale, possa desumersi che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (cd. criterio relativo).

Unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che nel calcolo per il taglio delle ali vengano a trovarsi a cavallo della percentuale del 10%; e ciò, secondo un indirizzo giurisprudenziale condiviso dal Collegio (Consiglio Stato, sez. V, 18 giugno 2001, n. 3216; 26 febbraio 2003, n. 1094; 3 giugno 2002, n. 3068), in base al quale: a) la ratio dell'esclusione (dal novero delle offerte prese in considerazione) di quelle collocate ai margini estremi dell'ala, sta nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media; b) nel caso in cui siano più di una le offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta quindi altra strada che quella di attribuire alla parola "offerte", un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto. Sicché la presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10%, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo delle successive operazioni.

In tutti gli altri casi, per dato letterale inequivocabile, opera invece il criterio

assoluto, con considerazione distinta delle singole offerte pur se aventi il medesimo ribasso, essendo stabilito in particolare, per quel che qui rileva, che la media aritmetica riguarda i ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse e non i ribassi in esse contenuti (Consiglio Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323).

Tanto premesso, le considerazioni dell'appellante non sembrano al Collegio sufficienti a superare in via interpretativa il dato letterale delle attuali disposizioni normative.

Nel caso che occupa, la commissione di gara aveva legittimamente considerato non come unica offerta (c.d. blocco unitario) le offerte aventi il medesimo ribasso percentuale in una fase del procedimento successiva all'eliminazione del 10% (calcolo della media aritmetica e dello scarto medio), ma, secondo il condiviso orientamento sopra indicato, come ogni singola offerta.

Va pertanto confermata la sentenza che ha respinto il ricorso dell'attuale appellante volto a sostenere la tesi che avrebbe invece dovuto essere seguito il criterio di considerare come unica offerta quelle recanti identici ribassi.

All'infondatezza dei motivi di ricorso consegue l'inaccoglibilità della domanda di risarcimento dei danni, non essendo dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dai ricorrenti e l'attività dell'Amministrazione, considerato che l'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria.

3.- Deve quindi essere esaminato l'appello incidentale della Provincia di Verona nella parte in cui ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 31, comma 4, della l. n. 1034/1971, per avere il Collegio omissso di rilevare la mancata costituzione innanzi al T.A.R. per il Veneto dell'Impresa Dervit s.p.a., a seguito di accordo per regolamento di competenza, e di

dichiarare conseguentemente improcedibile il ricorso. Ciò in quanto con ordinanza n. 60 del 18.1.2007 (comunicata alle parti con nota del 19.3.2007) il T.A.R. per la Campania, adito dalla ricorrente, preso atto della adesione di questa al regolamento di competenza proposto dalla resistente Provincia di Verona, ha disposto la trasmissione del fascicolo processuale per la prosecuzione del giudizio al T.A.R. per il Veneto, che, ricevuto in data 25.1.2007 il fascicolo processuale, ha fissato la udienza di discussione per la camera di consiglio del 14.2.2007. Tuttavia la Dervit s.p.a. non aveva depositato alcun atto di formale costituzione innanzi a detto T.A.R. entro venti giorni, ex art. 31, comma 4, della l. n. 1034/1971, limitandosi a comparire, mediante il proprio difensore, alla camera di consiglio suddetta ed a depositare, per il suo tramite, cartoline di notificazione relative a motivi aggiunti in precedenza notificati innanzi al T.A.R. per la Campania. Peraltro detto termine, nel giudizio di specie avente ad oggetto i provvedimenti indicati dall'art. 23 bis della l. n. 1034/1971, era da ritenersi dimezzato.

3.1.- La Sezione, a prescindere dalla circostanza che le considerazioni svolte al punto precedente circa la infondatezza dell'appello principale comporterebbero la improcedibilità dell'appello incidentale c.d. condizionato, ritiene che questo non possa comunque essere condiviso, atteso che il termine previsto all'art. 31 comma 4 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 - per la costituzione in giudizio delle parti innanzi al giudice territorialmente competente - deve ritenersi che abbia natura perentoria solo per la prima di esse (avendo tale elemento valenza sostanziale di riassunzione della causa, pena l'estinzione processuale) mentre ha natura ordinatoria per le successive parti, essendo stata la controversia già validamente radicata e instaurata innanzi al (nuovo) giudice.

Tanto è vero che è stato ritenuto (Consiglio Stato, sez. V, 26 ottobre 1990, n. 737) che l'art. 31 della l. n. 1034/1971 riconduce alla mancata

costituzione in giudizio di una delle parti, a seguito dell'accordo delle parti stesse sulla remissione del ricorso ad altro T.A.R. il solo effetto della prosecuzione del processo in contumacia.

4.- Con l'appello incidentale è stata anche contestata la decisione del T.A.R. di compensare integralmente le spese del giudizio, relativamente a quello deciso con la sentenza impugnata e a quello svolto davanti al Giudice territorialmente incompetente, non tenendo conto della domanda formulata dalla Provincia per la condanna della società ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio, tenuto conto che alla pronuncia di incompetenza territoriale del T.A.R. Campania avrebbe dovuto conseguire la condanna alla rifusione delle spese di giudizio.

4.1.- Osserva al riguardo la Sezione che il gravame in detta parte è rivolto avverso un capo autonomo della sentenza impugnata rispetto all'appello principale, concernendo la asserita erronea ed ingiustificata compensazione integrale delle spese del giudizio di primo grado.

Esso avrebbe potuto essere proposto anche in via principale, non essendo idonea a mutare la sua natura giuridica di appello autonomo la circostanza di essere proposto all'interno del giudizio instaurato con l'appello principale (Consiglio Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736), unitamente ad appello incidentale improprio.

Per la sua proposizione, pertanto, trova applicazione il termine previsto per l'appello principale (Consiglio Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1837), che, nel caso di specie, risulta essere stato rispettato con riferimento alla data della pubblicazione della sentenza appellata, non risultando che essa sia stata notificata.

Nel merito la censura è però indivisibile, atteso che al riguardo va condiviso il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la statuizione di compensazione delle spese del giudizio è espressione di un apprezzamento latamente discrezionale del Giudice e può essere censurata

in appello solo se risultino palesemente illogiche o erranee le ragioni enunciate, non essendovi peraltro obbligo alcuno per il Giudice di giustificare la relativa pronuncia (Consiglio Stato, IV, 11 aprile 2007, n. 1648 e 14.2.2005, n. 453; VI, 20.5.2004, n. 3255); ciò anche nei procedimenti, instaurati prima dell'entrata in vigore (inizialmente fissata al 1° gennaio 2006 e poi prorogata al 1° marzo 2006) della legge n. 263/2005, il cui art. 2 ha introdotto l'obbligo del Giudice di indicare i motivi della compensazione.

Il Giudice può, dunque, compensare le spese processuali per giusti motivi senza obbligo di specificarli (e nemmeno di richiamarli, allorché, come appunto avviene nel caso di specie, la sentenza risulti integralmente favorevole ad una parte, sì che la decisione di compensazione delle spese non può che ritenersi collegata all'esistenza di "giusti motivi"), atteso che l'esistenza di ragioni, che giustifichino la compensazione, va posta in relazione e deve essere integrata con la motivazione della sentenza e con tutte le vicende processuali, stante l'inscindibile connessione tra lo svolgimento della causa (che, nel giudizio de quo, ricomprende anche quello del precedente giudizio di cognizione innanzi a Giudice incompetente) e la pronuncia sulle spese medesime. Non trova perciò applicazione, in tema di compensazione per giusti motivi, il principio sancito dall'art. 111 Cost., comma 6 (a seguito dell'entrata in vigore della Legge Cost. n. 2 del 1999, art. 1), secondo cui ogni provvedimento giurisdizionale deve essere motivato (Cass. civ., 19 marzo 2007, n. 6409) e quindi anche il principio di cui all'art. 2 della l. n. 263/2005.

Aggiungasi che, anche a prescindere dalle pregresse considerazioni, va rilevato che -poiché le spese del giudizio costituiscono espressione di un potere latamente discrezionale del Giudice di primo grado, insindacabile dal giudice di appello se non per violazione del principio secondo cui le spese non possono essere poste a carico della parte vittoriosa, ovvero in casi di

compensazione “ictu oculi” irragionevoli (Consiglio Stato, sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5132)- nel particolare caso di specie non ricorrono tali condizioni in quanto l'accoglimento del ricorso non precludeva necessariamente, stante la particolarità e la relativa novità della questione in esame, al Giudice di primo grado di valutare, secondo un proprio apprezzamento discrezionale ed insindacabile, quelle condizioni di equità che lo hanno indotto a concludere per la compensazione delle spese del giudizio.

5.- L'appello principale deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione. L'appello incidentale va respinto.

6.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, del c.p.a e 92, co. 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello principale e l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2012

IL SEGRETARIO

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