

N. 03850/2012REG.PROV.COLL.
N. 00760/2012 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 760 del 2012, proposto da:

Dec S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Isabella Loiodice, Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso & Partners Studio Legale Loiodice in Roma, via Ombrone, 12 - Pal. B;

contro

Provincia di Bari, rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Profeta, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Provincia di Barletta Andria Trani, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Didonna, con domicilio eletto presso Gennaro Ermanno Arbia in Roma, Circonvallazione Clodia 80;

nei confronti di

Salvatore Matarrese Spa, Gruppo Massara Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01792/2011, resa tra le parti, concernente appalto per lavori di ammodernamento ed allargamento del piano viabile e relative pertinenze della s.p. n.130 "trani-

andria" – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Bari e di Provincia di Barletta Andria Trani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Paccione, Didonna e Profeta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ATI composta dalla DEC s.p.a. e dalla INGEP s.p.a. ha partecipato alla procedura di gara indetta dalla Provincia di Bari per l'affidamento in appalto dei lavori di ammodernamento ed allargamento del piano viabile e delle pertinenze della S.P. n. 130 Trani – Andria, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, collocandosi al secondo posto della graduatoria, avendo offerto un ribasso del 45,350% sull'importo a base d'asta.

Dopo l'esclusione disposta nei confronti dell'offerta della prima graduata, ATI composta dalla D'Oria Giuseppe & Co. s.r.l. e dalla Apulia s.r.l., analoga sorte è toccata a quella dell'ATI con capofila DEC, con determinazione assunta dalla Commissione di gara nella seduta di cui al verbale n. 19 del 31 maggio 2010.

2. La DEC s.p.a. ha pertanto proposto ricorso al TAR Puglia – Bari, con il quale ha impugnato sia l'esclusione disposta in suo danno che l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata Salvatore Matarrese s.p.a.

Quest'ultima si è costituita nel giudizio proponendo ricorso incidentale, nel

quale ha enucleato ulteriori profili in virtù dei quali l'ATI ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

3. Il TAR adito, in dichiarata applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4, ha esaminato con priorità il ricorso incidentale, in quanto tendente all'esclusione della ricorrente principale, e lo ha accolto, in ragione del fatto che il ribasso dichiarato per alcuni lavori da eseguire in subappalto si era attestato su valori percentuali inferiori rispetto a quelli consentiti a pena d'esclusione dalla legge di gara, sulla base della clausola contenuta a pag. 10 del disciplinare di gara, impugnata - secondo il TAR - tardivamente dalla ricorrente, e cioè con il secondo atto di motivi aggiunti notificato in data 9 febbraio 2011, in risposta al ricorso incidentale della controinteressata Salvatore Matarrese s.p.a.

4. Nell'appello la DEC nega innanzitutto che la propria esclusione sia stata disposta in applicazione della citata previsione di legge speciale, comunque già a suo dire impugnata per contrasto con l'art. 118 d.lgs. n. 163/2006 - per mero tuziorismo difensivo - con il primo atto contenente motivi aggiunti, notificato il 30 dicembre 2010, e dunque nel rispetto dei termini, osservando in contrario che suddetta determinazione espulsiva è stata adottata per una ragione diversa da quella ravvisata dal TAR, e cioè all'esito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta svolto dalla stazione appaltante.

4.1 Sulla base di tale prospettazione enuclea un primo motivo d'appello nel quale critica il capo della sentenza di primo grado in cui il TAR ha statuito che il disciplinare avrebbe dovuto essere fatto oggetto di impugnativa già con il ricorso introduttivo: l'appellante obietta in primo luogo che la lesività della clausola in contestazione si era manifestata unicamente in seguito alla proposizione del ricorso incidentale della ATI controinteressata, nei quali si erano prospettate ipotesi di superamento della soglia stabilita dalla legge di

gara non ravvisate dalla Commissione, e, inoltre, che del tutto contraddittoriamente il TAR ha esaminato ed accolto quest'ultimo anziché dichiarare inammissibile il ricorso principale.

4.2 Con un ulteriore motivo l'appellante censura l'omessa pronuncia sull'eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale, in quanto notificato oltre il termine, dimezzato ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm. rispetto a quello ordinario, di 30 giorni dalla notificazione del ricorso.

4.3 Sostiene quindi con un terzo motivo che il TAR:

- abbia errato nell'accogliere quest'ultimo, sebbene fondato su mere asserzioni prive di supporto probatorio e comunque smentite dall'esame delle giustificazioni sulle voci dell'offerta, le quali non condurrebbero al superamento della soglia stabilita nel disciplinare a pena d'esclusione;
- abbia fatto mal governo dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria nella citata sentenza n. 4/2011, visto che il ricorso incidentale dell'ATI controinteressata non era indirizzato ad escludere la legittimazione della ricorrente principale ad impugnare gli atti di gara, attraverso la contestazione della sua ammissione alla stessa, ma si sostanzia nel rilievo di profili di anomalia dell'offerta ulteriori rispetto a quelli ravvisati dall'amministrazione aggiudicatrice.

4.4 Quindi, l'appellante assume che la Commissione di gara avrebbe del tutto illegittimamente esaminato la congruità delle singole voci dell'offerta e non già questa nel suo complesso, giudicandola non attendibile benché i costi sottostimati si attestino su un ammontare di poco superiore a 82 mila euro, a fronte dei 6.850 mila a base d'asta, per giunta assorbibile nell'utile di circa 200 mila euro dichiarato in sede di offerta.

4.5 Con un ultimo motivo è inoltre censurata la statuizione di condanna alle spese processuali, sia in ordine alla quantificazione che con riguardo alla condanna nei confronti delle amministrazioni resistenti.

4.6 Nell'appello sono infine riproposti i motivi del ricorso di primo grado

non esaminati dal TAR, e cioè:

- le censure di eccesso di potere avverso giudizio di inattendibilità dell'offerta siccome carente di motivazione alla luce degli esaustivi chiarimenti e giustificazioni fornite nel contraddittorio con la stazione appaltante, nonché illogica e contraddittoria con la verifica svolta nei confronti dell'ATI poi risultato aggiudicatario, a fronte di un scarto percentuale del ribasso offerto di soli 2,9 p.p.;
- carenza di potere della Commissione di gara per l'intervenuta scadenza al 31 maggio 2010 degli effetti della convenzione stipulata dalle Province di Bari e Barletta-Andria-Trani il 19 gennaio 2010;
- violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 con riguardo alla composizione della Commissione.

5. Si è costituita la Provincia di Bari chiedendo che l'appello sia dichiarato inammissibile o respinto in quanto infondato.

5.1 Sostiene che il provvedimento di esclusione si fonda su due autonome ragioni e cioè sul mancato rispetto del punto n. 10 del disciplinare di gara, relativamente ai ribassi offerti per le lavorazioni in subappalto, nonché per inaffidabilità complessiva dell'offerta dell'appellante e sulla base di tale premessa reputa che correttamente il TAR abbia rilevato che la predetta disposizione di legge di gara sia stata tardivamente impugnata dalla DEC solo con il secondo atto di motivi aggiunti, peraltro ammettendo il superamento delle soglie minime fissate nelle due voci di prezzo rilevate dalla Commissione di gara (verniciatura e barriere stradali).

5.2 Assume inoltre l'inammissibilità delle censure riproposte in questo grado di giudizio concernenti il giudizio di anomalia espresso dalla Commissione nei confronti dell'offerta di controparte, trattandosi di valutazioni di carattere tecnico-discrezionale insindacabili, se non in caso di macroscopici errori o illogicità, nel caso di specie non ricavabili dal tenore delle censure ex adverso formulate.

6. Difese di analogo tenore sono svolte dalla Provincia di Barletta-Andria-Trani, anch'essa costituitasi in resistenza.

DIRITTO

1. Viste le contrapposte interpretazioni fornite dalle parti in causa in ordine al contenuto del provvedimento di esclusione della Dec dalla gara oggetto di giudizio, il Collegio reputa opportuno precisare che esso si fonda chiaramente sul giudizio di non attendibilità dell'offerta nel suo complesso, in relazione alla manodera, ai materiali ed ai mezzi ed attrezzature, nonché all'esito dell'analisi di alcuni prezzi.

A questo riguardo, è pur vero che in relazione a due di questi ultimi, e cioè verniciatura (art. NP.22) e delle barriere stradali (art. 05.07.92.a), la Commissione ha fatto applicazione della contestata clausola della legge di gara, ma dal tenore complessivo dell'atto in esame ciò appare avvenuto comunque nell'ambito del suddetto giudizio complessivo, senza che sia possibile cogliere alcun elemento testuale che conduca a ritenere tale giudizio autonomamente supportato dalla violazione della suddetta clausola per le due voci di prezzo in questione.

2. Risulta pertanto corretto quanto affermato dall'appellante e cioè che l'interesse ad impugnare la clausola del bando è sorto unicamente in seguito alla proposizione del ricorso incidentale dell'ATI con capofila Salvatore Matarrese s.p.a., nel quale si sono enucleate ipotesi di superamento della soglia di ribasso stabilita dalla legge di gara in ulteriori voci di prezzo rispetto a quelle esaminate dalla Commissione di gara.

In ogni caso, va ancora soggiunto sul punto che il TAR ha errato anche nel non rilevare che la DEC aveva tempestivamente gravato la clausola della legge di gara in questione e precisamente nel primo atto di motivi aggiunti, proposto il 30 dicembre 2010. Ad una attenta lettura in tale atto risulta effettivamente impugnato il disciplinare e formulato il motivo di doglianza avverso lo stesso per violazione dell'art. 118 d.lgs. n. 163/2006, sia pure

nell'ambito di un motivo dal contenuto più ampio, riferito al giudizio di anomalia dell'offerta nel suo complesso.

2. Ciò ha determinato in effetti una non corretta applicazione dei principi stabiliti nella sentenza n. 4/2011 dell'Adunanza plenaria, giacché la questione della legittimità della clausola comportante l'esclusione della gara e la (supposta) carenza di legittimazione ad impugnare la stessa avrebbe dovuto essere esaminata con precedenza rispetto al ricorso incidentale: si ritiene opportuno citare l'esempio svolto nel paragrafo 49 della pronuncia, perfettamente trasponibile al caso oggetto del presente giudizio: *“Si pensi al caso in cui il ricorrente incidentale deduca che il ricorrente principale sia privo di legittimazione, per essere stato illegittimamente ammesso alla procedura, in violazione di una apposita clausola del bando. In tale ipotesi, potrebbe accadere che il ricorrente principale, a sua volta, abbia censurato, in radice, l'intero bando di gara, per il contrasto insanabile con le norme che ne disciplinano la formazione. In tale evenienza, il giudizio sulla legittimazione al ricorso passa necessariamente attraverso la preventiva valutazione della legittimità del bando di gara, ritualmente prospettata dalla parte ricorrente”*.

3. Ha ancora ragione l'appellante a dolersi dell'illegittimità di tale clausola della legge di gara, perché effettivamente in contrasto con il disposto dell'art. 118, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, il quale, nel fissare una soglia massima per i ribassi relativi alle lavorazioni da svolgere in subappalto del 20%, va interpretato come limite massimo per le comminatorie di esclusione automatica in caso di relativo superamento, pena altrimenti il contrasto con le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, nonché del principio di non discriminazione, nell'applicazione datane dalla Corte di Giustizia CE (sent. 15 maggio 2008, in C-147/06 e 148/06).

4. Nondimeno i rilievi finora svolti non conducono all'accoglimento dell'appello.

Si è infatti detto sopra che il provvedimento di esclusione è fondato sul

giudizio di complessiva inattendibilità dell'offerta presentata dall'odierna appellante.

Come è dato evincere dalla lettura del verbale n. 19 del 31 maggio 2010, il giudizio di non congruità risulta analiticamente motivato

Le censure formulate dalla DEC in primo grado e qui ritualmente riproposte avverso tale giudizio non giungono tuttavia a disvelarne profili sintomatici di eccesso di potere per illogicità o travisamento delle risultanze istruttorie del procedimento, ma rimangono sulla soglia di una contrapposta versione dell'interessata, opinabile al pari del giudizio tecnico-discrezionale formulato dalla Commissione, tale dunque da non consentire il sindacato del giudice amministrativo, secondo il costante insegnamento espresso al riguardo (cfr., da ultimo C.d.S., sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710, che ha stabilito il principio di diritto in materia di sindacato sulla legittimità della verifica dell'anomalia che il giudice *“deve solo stabilire se la stazione appaltante sia incorsa in qualche errore o illogicità manifesta e se l'offerta risulti nel suo complesso affidabile, e non può anche spingersi a sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione. Di conseguenza il giudice non può ritenere anomala un'offerta sulla base delle risultanze di una verifica tecnica, qualora il tecnico incaricato svolga una nuova valutazione delle componenti dell'offerta economica rilevando che le giustificazioni addotte da questa erano, per più punti, generiche, insufficienti o non documentate. Un giudizio di anomalia può essere espresso dal giudice solo sulla base di una relazione dalla quale emergano indicazioni idonee ad attestare la manifesta illogicità o all'insufficienza di motivazioni o all'esistenza di errori di fatto che abbiano inficiato la valutazione di congruità dell'offerta fatta dalla Amministrazione”*; in senso conf. le Sez. un. civili della Corte di Cassazione, sent. 28 maggio 2012, n. 8412).

Va ancora soggiunto che secondo altro consolidato indirizzo giurisprudenziale dal quale non vi è motivo di discostarsi l'obbligo dell'amministrazione di assicurare il contraddittorio nel sub-procedimento

di verifica dell'anomalia non implica la confutazione puntuale di tutte le osservazioni svolte dagli interessati, essendo sufficiente che il provvedimento amministrativo sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza comunque percepibile la ragione del mancato accoglimento delle deduzioni difensive del privato (C.d.S., sez. V, 10 maggio 2012, n. 2701; 10 settembre 2009, n. 5424; sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5365; sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1700; 7 gennaio 2008, n. 17; 11 aprile 2006, n. 1999).

Ciò precisato in diritto, ad avviso del Collegio la correttezza dell'operato della stazione appaltante nel caso di specie emerge agevolmente dalla stessa lettura del provvedimento di esclusione.

In esso sono enucleati plurimi elementi di anomalia, con riguardo, ad esempio, la produttività dell'impianto di produzione dei conglomerati; lo smaltimento dei materiali e la non plausibilità delle giustificazioni della DEC circa il fatto che questi verranno interamente riciclati; il prezzo di fornitura *new jersey* e la non plausibilità delle giustificazioni della DEC per il fatto di avere indicato un ulteriore passaggio commerciale senza aumento del prezzo; la mancanza di adeguate certificazioni a supporto della giustificazione consistente nella possibilità di realizzare un impianto di produzione di conglomerati e manifesta inverosimiglianza del prezzo offerto, del costo tecnico di produzione e della sua capacità produttiva.

4.1 Né è corretto porre in evidenza la modesta entità delle voci di prezzo risultate non congrue in sede di sub-procedimento di verifica rispetto all'importo dei lavori oggetto di appalto e la possibilità di assorbimento dei maggiori valori quali ricostruiti dalla Commissione di gara nell'utile dichiarato in sede di offerta.

In contrario si segnala un indirizzo, recentemente espresso, secondo cui del tutto legittimamente la stazione appaltante può procedere all'esclusione dell'offerta per anomalia allorquando si accerti *ex post* l'incongruità di alcune voci, ancorchè queste possano essere compensate da altre, poiché

una posizione dell'offerente siffatta non è coerente con le finalità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, in quanto volto non già a consentire aggiustamenti dell'offerta in itinere ma ad accertare *“la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile”*, potendo a tal riguardo le modifiche alle componenti dell'offerta stessa essere circoscritte: *“a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate; b) oppure 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”* (cfr. C.d.S., sez. VI, 7 febbraio 2012 n. 636).

Il principio espresso in quest'ultimo precedente è pienamente condiviso da questo Collegio, poiché coerente con le esigenze di affidabilità del contraente privato che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta tende ad accertare.

5. Con riguardo alle censure di carattere procedimentale in cui si sostanziano gli ulteriori motivi d'appello si osserva che:

- la carenza di potere della Commissione di gara per l'intervenuta scadenza al 31 maggio 2010 degli effetti della convenzione stipulata dalle Province di Bari e Barletta-Andria-Trani il 19 gennaio 2010 è in ogni caso sanata dalla ratifica dell'operato di detto organo;
- non può essere invocato nel caso di specie l'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 perché lo stesso è valevole per le procedure di affidamento da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6. E' invece fondato il motivo d'appello concernente la statuizione di condanna alle spese.

Più precisamente, esso non è innanzitutto condivisibile nella parte in cui l'appellante contesta la statuizione di condanna alla refusione nei confronti delle amministrazioni intimete in base alla considerazione che tra queste parti non vi sarebbe soccombenza.

Quest'ultima è invece comunque ravvisabile in virtù della reiezione della domanda di annullamento degli atti impugnati in prime cure, a prescindere dalle ragioni che la hanno determinata.

6.2 Ha invece ragione la Dec a dolersi della quantificazione delle spese operata dal TAR.

Giova ricordare al riguardo che la liquidazione delle spese di lite a carico del soccombente, in assenza della notula, è insindacabile in sede di appello, salvo il limite della abnormità (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. VI, n. 892 del 2011; sez. V, n. 6082 del 2009).

Ebbene questo limite pare nel caso di specie superato, viste le ingenti cifre cui il TAR è pervenuto: 45 mila euro alla ricorrente incidentale; 40 mila euro alle amministrazioni intimate. Appare invece conforme alla tariffa professionale vigente e congrua una quantificazione contenuta in 10 mila euro per ciascuna delle controparti

6. In conclusione, la sentenza di primo grado deve essere riformata unicamente in punto spese, che vanno ridotte nei termini ora esposti, con l'aggiunta degli accessori di legge, e confermata per il resto, sia pure con diversa motivazione, visto che il ricorso principale avrebbe dovuto essere respinto perché infondato, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale.

Infine, le spese del presente grado possono essere integralmente compensate in considerazione della parziale soccombenza e della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, riduce le spese del giudizio di primo grado nei termini esplicitati in motivazione, confermando per il resto la sentenza, con diversa

motivazione. Compensa integralmente le spese del presente grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012

con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2012

IL SEGRETARIO

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