

N. 03004/2014REG.PROV.COLL.
N. 03937/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 3937 del 2012, proposto da ICS Grandi lavori s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con IRCOP s.p.a., e IRCOP s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Raffaella di Tarsia di Belmonte, ed elettivamente domiciliate presso quest'ultim in Roma, via Guido d'Arezzo n. 2, 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

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

costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 1502 del 15 febbraio 2012, resa tra le parti e concernente la gara di appalto per gli interventi di parziale completamento dei lavori di costruzione del tratto in variante della SS 3bis

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2014 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 3937 del 2012, ICS Grandi lavori s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con IRCOP s.p.a., e IRCOP s.p.a. propongono appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza, n. 1502 del 15 febbraio 2012 con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro ANAS s.p.a. e Carena s.p.a. per l'annullamento del verbale, di data 16.11.2009, dell'audizione

dell'ATI Claudio Salini spa, disposta da Anas spa ai sensi dell'art. 88 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, ed avente ad oggetto la verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta della suddetta ATI per la gara d'appalto per gli interventi di completamento Parte A dei lavori di costruzione del tratto in variante da SS 3 bis (SGC E45) in località Lidarno, a Schifanoia, 5° lotto 1° stralcio dal Km 13 640 al Km 17 454, nella parte in cui la Commissione di gara non ha riportato alcuna osservazione in merito alle giustificazioni dell'ATI; dell'eventuale istruttoria ANAS circa la verifica dell'anomalia dell'offerta Carena spa; dell'aggiudicazione alla Carena del 22.12.2009; dell'aggiudicazione definitiva del 29.1.2010 n. 13, comunicata con nota del 2.2.2010, prot. n. CDG-0015392-P; di tutti gli atti presupposti e/o connessi, ivi compresa la relazione in merito all'istruttoria della 2° offerta risultata anomala, predisposta dalla Commissione di Gara; della disposizione ANAS spa n. 73 del 3.5.2011, concernente l'aggiudicazione definitiva della gara "PG 44/08" in favore di Carena spa; del verbale di gara del 20.4.2011 e del 18.4.2011; di ogni atto presupposto, connesso e/o comunque collegato, ivi compreso, per quanto occorrer possa, il verbale di gara del 13.4.2011; della nota ANAS del 10.6.2011 prot CDG 0083723 – P; di ogni atto presupposto, connesso e/o comunque collegato, ivi compreso, per quanto occorrer possa, la delibera di approvazione del contratto e contratto medesimo.

La controversia all'esame del primo giudice, articolata in un ricorso

introduttivo e 4 atti di motivi aggiunti (cui hanno controdedotto con memorie difensive l'amministrazione e la controinteressata), riguardava la gara indetta da Anas spa, con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 22.12.2008, per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, dell'appalto inerente alla "SS 318 di Valfabbrica. Interventi di completamento Parte A dei lavori di costruzione del tratto in variante della SS 3 bis (SGC E45) in località Lidarno, a Schifanoia, 5° lotto 1° stralcio dal km 13+640 al km 17+454", per un importo complessivo a base d'asta di euro 53.810.526,51.

Alla gara avevano tra l'altro partecipato la costituenda ATI Ing. Claudio Salini Grandi Lavori spa (ora ICS Grandi lavori s.p.a.) - Ircop spa, originaria ricorrente, e l'impresa Carena spa, poi risultata aggiudicataria e poi controinteressata.

Nel corso del procedimento l'ATI Claudio Salini, seconda in graduatoria dopo altra ditta la cui offerta è stata ritenuta non congrua, era stata a sua volta sottoposta a valutazione di anomalia dell'offerta, ai sensi degli artt. 86 e segg. del D.Lgs. n. 163/2006, ed all'esito di tale valutazione, con verbale della Commissione di gara in data 23.11.2009, era stata esclusa dalla gara stessa, per ritenuta incongruità e inaffidabilità dell'offerta nel suo complesso. La gara, nel prosieguo, era così stata aggiudicata definitivamente a Carena spa. Avverso il verbale di audizione orale della stessa ATI ricorrente e l'istruttoria della stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia, ed avverso, altresì, l'aggiudicazione, prima provvisoria e poi

definitiva (rispettivamente in date 22.12.2009 e 29.1.2010) della gara a Carena spa, è insorta l'ATI Salini davanti al T.A.R., con il ricorso introduttivo e due successivi atti di motivi aggiunti, depositati il 26 gennaio e il 26 febbraio 2010. Ha dedotto, nel complesso, due articolati motivi di censura attinenti, in estrema sintesi, da un lato, alla dichiarata violazione dell'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 55 Dir. CE 2004/18, dell'art. 57 Dir. CE 2004/17, e quindi del principio del contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia, con difetto di motivazione ed illogicità e, dall'altro, alla valutazione di incongruità dell'offerta effettuata dalla Commissione di gara, al riguardo evidenziando il profilo di doglianza di asserito errore nella valutazione della produttività e l'altro di mancata valutazione complessiva dell'offerta.

Costituitasi ANAS s.p.a. e Carena s.p.a., il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alle modalità procedurali e contenutistiche della decisione della stazione appaltante.

Contestando le statuizioni del primo giudice, le parti appellanti evidenziano l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le proprie doglianze.

Alla pubblica udienza del giorno 8 aprile 2014, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

2. - Con un unico motivo di diritto, articolato in più profili non analiticamente differenziati (ma puntualizzati nella memoria conclusiva per l'udienza di merito), le appellanti deducono error sul fatto; error in iudicando (sull'interpretazione dell'art. 88 comma 4 del D.Lgs. 163 del 2006 e dei principi anche comunitari in tema di valutazione dell'anomalia delle offerte e di obbligatorietà del contraddittorio); difetto assoluto di motivazione in relazione agli esiti dell'istruttoria tecnica della stazione appaltante; contraddittorietà; incompatibilità con i principi di trasparenza ed imparzialità.

Le censure proposte possono essere vagliate ordinandole secondo la scansione utilizzata dal primo giudice (e seguita anche nell'atto di appello, sebbene in maniera non parimenti focalizzata), dividendoli quindi in tre diversi ceppi di doglianze.

3. - Sotto un primo profilo, vengono in esame le questioni con cui le appellanti si dolgono delle modalità di svolgimento della fase del contraddittorio in sede di valutazione di congruità dell'offerta anomala, affermando come il T.A.R. si sia fatto portatore di una tesi meramente formalistica nell'affermare che “il procedimento di riscontro della congruità ed affidabilità dell'offerta è stato condotto attraverso una scansione articolata di fasi successive in cui l'impresa è stata a più riprese sentita e ha avuto modo di rappresentare sufficientemente il proprio punto di vista ed i propri giustificativi”.

3.1. - La doglianza non ha pregio.

Le parti appellanti sostengono che il T.A.R. abbia effettuato una valutazione meramente esteriore dell'azione amministrativa, mettendo in ombra il criterio dell'effettività e della sostanza e privilegiando unicamente dati estrinseci, come quello della durata dell'audizione (di circa sette ore) e del numero dei fogli del verbale redatto (11 pagine), senza considerare che in realtà non vi sarebbe stato alcun dibattito tra le parti.

La ricostruzione non può essere condivisa, per la incongrua commistione di profili procedurali e sostanziali che la connotano e che, in modo suggestivo, trasferiscono le questioni del piano dello svolgimento dell'azione su quello dei risultati di questa.

Valutando le singole questioni collegate al diverso ambito di rilevanza, si evidenzia invece come il primo giudice abbia esattamente ritenuto la correttezza della procedura osservata, dando rilievo proprio agli elementi documentali di tale vicenda.

Infatti, il primo giudice ha osservato in dettaglio la scansione cronologica dei fatti, i momenti di confronto, le valutazioni operate sulle giustificazioni e la complessità dei verbali redatti, a testimonianza, al contrario di quanto dedotto dalle appellanti, di un'esame scevro da preconcetti e mirato all'individuazione della struttura del confronto. Ha infatti osservato come vi sia stato un primo momento di confronto ("nello specifico, la stazione appaltante, dapprima ha valutato, nella seduta della Commissione in

data 13.10.2009, le giustificazioni preventive degli elementi costitutivi dell'offerta, prodotte dalla concorrente già a corredo dell'offerta stessa”), una prima valutazione di insufficienza, con successiva richiesta di chiarimenti aggiuntivi (“Quindi, avendole ritenute non esaustive, ha chiesto ulteriori giustificazioni su punti specifici dell'offerta”), una seconda valutazione di insufficienza (“valutate dalla P.A. con motivata relazione della Commissione di cui al verbale di gara delle sedute del 3 e 4.11.2009”), una prima audizione (“la ditta è stata convocata dalla stazione appaltante in audizione per ulteriori chiarimenti il 16.11.2009”) e infine una audizione definitiva (“svolta nel giorno stabilito”) dove l'impresa ha prodotto “ulteriore documentazione e giustificazioni”, e di cui si è reso conto “nel documento (di 11 pagine) sottoscritto anche dai rappresentanti della ricorrente ed allegato al verbale del 16.11.2009”.

Oggettivamente, appare difficile immaginare un procedimento più lineare e trasparente di quello adottato in questa sede, sul quale le osservazioni della difesa appellante, queste sì, sono connotate di formalismo assolutamente ingiustificato.

Sotto l'altro profilo, quello di carattere sostanziale e in disparte quanto si dirà in seguito, l'affermazione delle parti appellanti per cui in realtà non vi sarebbe stato alcun dibattito tra le parti appare unicamente allegata e non provata, in quanto contraddetta dall'apparato documentale di cui si è appena fatto cenno e correttamente valutato dal primo giudice.

Il T.A.R. ha infatti potuto compiutamente valutare le modalità di disamina della congruità dell'offerta, osservando in dettaglio gli elementi di doglianza e vagliando positivamente l'operato dell'amministrazione, con un giudizio che la Sezione ritiene pienamente di condividere.

In particolare, in relazione al supposto errore nella valutazione della produttività, anche superando la criticità della natura delle censure (definite come "generiche, incomplete e comunque non condivisibili"), il T.A.R. ha indicato puntualmente la fonte del proprio convincimento (riportando ampiamente un passo tratto dalla stessa lettera di invito, pag. 18). Ha inoltre, in modo parimenti corretto, evidenziato come non fosse conferente il riferimento a strumenti di analisi derivanti da procedure diverse, quand'anche gestite dalla stessa stazione appaltante, stante la diversità procedimentale ben argomentabile sulla base della "diversità delle lavorazioni e dei luoghi di lavori". Infine, ha analizzato l'ampiezza della motivazione adottata dall'amministrazione, dando conto del riferimento non solo ai profili metodologici, ma anche a quelli strutturali (come indicati, "a titolo di esempio, per l'analisi B.5.09d "Acciaio", le considerazioni riferite ai lavori della Provincia di Firenze; le osservazioni sull'offerta Caltiber; quelle sull'aumento di produttività dell'autocarro e della pala caricatrice; quelle relative alla piegatrice meccanica. Vedi, ancora: per "Acciaio in galleria", i rilievi sulla piegatrice meccanica; per le analisi B.2.16.d ecc, i rilievi

sull'analisi della ditta Trevi; per “Scavo di sbancamento”, le osservazioni sull'autocarro”).

Conclusivamente, anche in relazione agli esiti della valutazione di congruità, il T.A.R. ha compiuto una disamina degli aspetti sostanziali accurata e condivisa interamente dalla Sezione.

La censura va quindi respinta.

4. - Con la seconda serie di profili, viene lamentato come il T.A.R. abbia utilizzato, per fondare la correttezza del comportamento dell'Anas, dei dati ulteriori, proveniente non solo dalla relazione redatta dall'amministrazione, ma anche da un rapporto prodotto in giudizio dalla difesa erariale, venendo di fatto a integrare i dati procedurali.

4.1. - La censura non è fondata.

Occorre evidenziare come la documentazione di cui si lamenta l'impiego non appartiene all'ambito di una giustificazione postuma dell'azione dell'Anas, ma si colloca nell'ambito di stretta pertinenza del diritto di difesa della parte processuale, che ben può proporre la propria versione dei fatti e le proprie argomentazioni giuridiche a sua difesa.

Per altro verso, il ricorso in appello non indica quali elementi decisionali della sentenza siano stati effettivamente fondati su atti irritualmente assunti nel giudizio, ponendosi ai limiti della stessa ammissibilità.

5. - Con il terzo ed ultimo profilo, viene eccepito che l'Anas avrebbe

proceduto illegittimamente alla riapertura della gara dopo la prima aggiudicazione definitiva, disponendo la riconvocazione della commissione con revoca della precedente aggiudicazione e con svolgimento della attività successiva, omettendo di avvertirne le parti appellanti.

5.1. - La doglianza non può essere condivisa.

Come ben evidenziato dal primo giudice, le censure sono palesemente inammissibili per difetto di interesse, in quanto si collocano in una fase di procedimentale di secondo grado e successiva al venir meno dell'interesse del RTI appellante, dato che l'offerta presentata era stata esclusa per anomalia.

Correttamente, il T.A.R. ha quindi ritenuta non legittimate le parti oggi appellanti a far valere censure su una fase procedimentale dalla quale erano state correttamente allontanate.

6. - L'appello va quindi respinto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. 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. 3937 del 2012;

2. Condanna ICS Grandi lavori s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con IRCOP s.p.a., e IRCOP s.p.a., in solido tra loro, a rifondere a ANAS s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €. 3.000,00 (euro tremila) 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 8 aprile 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2014

IL SEGRETARIO

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