

Pubblicato il 14/04/2023

N. 03811/2023REG.PROV.COLL.
N. 07008/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7008 del 2022, proposto da Kikai S.r.l. in proprio e quale mandataria dell'Ati con Divisione Cantieri Stradali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e David Astorre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

nei confronti

Edil San Felice S.p.a., Infragest S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 10425 del 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.a., di Edil San Felice S.p.a. e di Infragest S.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Edil San Felice S.p.a. e di Infragest S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2023 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Carbone, Astorre, Rocco su delega di Melucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Kikai S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'Ati con Divisione Cantieri Stradali S.r.l., ha impugnato il provvedimento di esclusione, per incongruità dell'offerta, dalla gara indetta da Autostrade per l'Italia S.p.a. per l'affidamento di un *“accordo quadro di lavori per l'esecuzione della riqualifica delle barriere di sicurezza su svincolo e su tratta dei lavori di manutenzione delle opere autostradali annesse, ricadenti nelle tratte autostradali di competenza della Direzione VI Tronco Cassino”* (codice appalto 025/CA/19 – CIG 7867579394), in cui era risultata prima in graduatoria, e gli esiti della gara consequenzialmente assunti, ivi inclusa l'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'Ati controinteressata (impugnata con i motivi aggiunti per illegittimità derivata).

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, con sentenza n. 10425 del 2022, appellata da Kikai per il seguente, articolato, motivo di diritto:

I) *error in iudicando*: travisamento dei presupposti di fatto e dei motivi di ricorso; ultrapetizione; violazione della *lex specialis* di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016; violazione della direttiva n.

2014/24/UE; contraddittorietà; eccesso di potere; disparità di trattamento; omesso esame degli elementi probatori; carenza di motivazione.

Si sono costituite per resistere all'appello Autostrade per l'Italia S.p.a. e Edil San Felice S.p.a. e Infragest S.r.l., rispettivamente mandataria e mandante dell'Ati controinteressata.

Edil San Felice S.p.a. e Infragest S.r.l. con appello incidentale condizionato hanno, altresì, riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma II, c.p.a., le eccezioni preliminari non esaminate dal giudice di prime cure ed il ricorso incidentale proposto in primo grado, dichiarato improcedibile dalla sentenza impugnata.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 4 aprile 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Kikai S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'Ati con Divisione Cantieri Stradali S.r.l., per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 10425 del 2022, che ha respinto il suo ricorso, integrato da motivi aggiunti, per l'annullamento del provvedimento di esclusione, per incongruità dell'offerta, dalla gara indetta da Autostrade per l'Italia S.p.a. per l'affidamento di un *“accordo quadro di lavori per l'esecuzione della riqualifica delle barriere di sicurezza su svincolo e su tratta dei lavori di manutenzione delle opere autostradali annesse, ricadenti nelle tratte autostradali di competenza della Direzione VI Tronco Cassino”*, in cui era risultata prima in graduatoria, e degli esiti della gara consequenzialmente assunti, ivi inclusa l'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'odierna controinteressata (impugnata con i motivi aggiunti per illegittimità derivata).

L'importo totale a base di gara è stato fissato in euro 5.400.000,00 (di cui euro 120.000,00 per oneri di sicurezza), suddivisi in euro 3.780.000,00 per lavori in OS 12/A (categoria prevalente) ed euro 1.620.000,00 per lavori in OG3 (categoria scorporabile).

La sentenza appellata ha respinto il ricorso ritenendo che la ricorrente principale avesse sostanzialmente inteso censurare nel merito la *“valutazione di carattere discrezionale globale e sintetica dell’Amministrazione implicante un giudizio rientrante nell’esercizio dell’ampia discrezionalità riconosciuta alla Stazione appaltante e non rinvenendosi nei gravati provvedimenti alcuna macroscopica abnormità idonea a configurare il dedotto vizio di eccesso di potere”*.

La sentenza ha anche ritenuto improcedibile il ricorso incidentale della controinteressata.

Con il primo profilo di censura l’appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza, atteso che le ragioni d’illegittimità degli atti impugnati non sarebbero sorrette da un giudizio comparativo tra offerte diverse (quella giudicata anomala e le altre ritenute congrue in identica procedura di gara), come erroneamente ritenuto dalla sentenza, ma tra voci di diverse offerte.

Ed invero, l’appellante, nella medesima composizione associativa, è aggiudicataria con la stessa stazione appaltante di identici contratti, eseguiti correttamente e/o ancora in fase di esecuzione, in cui il prezzo offerto sulle singole ed identiche voci è inferiore a quello proposto nella gara in esame. Tali offerte non sono state ritenute incongrue (in relazione alle singole voci, identiche). Dunque, l’appellante ha ritenuto illogica la valutazione di incongruità nella gara di specie, anche perché asseritamente immotivata. Infatti, la stazione appaltante non avrebbe mai chiarito, né valutato, la consistenza e l’effettiva incidenza delle “criticità” ovvero dei “potenziali maggiori costi” sull’offerta, risolvendosi il giudizio in un’astratta ed arbitraria valutazione dei singoli elementi esaminati, che come tale non può ritenersi idonea a sorreggere il giudizio di anomalia dell’offerta e l’esclusione del concorrente dalla gara. Il giudizio complessivo d’inaffidabilità dell’offerta è espresso mediante il richiamo a “sottostime di costo”, “sovrastima della produttività oraria” e “maggiori costi riscontrati”, di cui, tuttavia, non vi sarebbe alcuna concreta e specifica traccia nella relazione di sintesi, laddove ogni “criticità” sarebbe evidenziata in termini generici ed astratti.

Con il secondo profilo di censura l'appellante ha dedotto il travisamento dei presupposti di fatto, osservando che la sentenza avrebbe erroneamente posto a fondamento della decisione la circostanza (che non emergerebbe dagli atti) secondo cui l'amministrazione avrebbe giudicato insostenibile ed anomala l'offerta in ragione dell'incremento registrato nei prezzi delle materie prime e in particolare dei nastri d'acciaio. Come emergerebbe, invece, dalla relazione di sintesi e dal giudizio finale riportato in calce alla stessa, la stazione appaltante avrebbe espresso il giudizio di anomalia fondandolo esclusivamente sulle ipotetiche sottostime dei processi di lavorazione, in assenza di qualsivoglia minimo accenno al fenomeno inflattivo del costo delle materie prime. La circostanza valorizzata dalla sentenza sarebbe stata mutuata dalla memoria difensiva dell'amministrazione resistente, in cui si sarebbe inammissibilmente tentato di integrare la motivazione del provvedimento impugnato adducendo a motivo dell'insostenibilità dell'offerta quello dell'aumento dei costi delle materie prime.

Con il terzo profilo di censura l'appellante ha dedotto che la sentenza sarebbe ugualmente ingiusta e da riformare, nella misura in cui non ha giudicato illegittimo il giudizio di anomalia per irrilevanza del fenomeno inflattivo. Ed infatti l'aumento del costo delle materie prime, ove posto a sostegno del provvedimento impugnato, avrebbe reso illegittimo l'esercizio dell'azione amministrativa, atteso che l'inflazione, postuma alla presentazione dell'offerta, non sarebbe fattore idoneo ad incidere sulla valutazione in ordine alla sostenibilità dell'offerta (che, invece, andrebbe verificata sulla base delle condizioni esistenti al momento della sua formulazione).

L'appellante ha chiesto l'accoglimento dell'appello e, quindi, del ricorso di primo grado, nonché di dichiarare, conseguentemente, il suo diritto al risarcimento in forma specifica mediante subentro nel rapporto contrattuale ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

L'appellante ha chiesto, altresì, se vi fossero dubbi rispetto agli elementi di cui all'analisi tecnica dell'offerta e ai chiarimenti in seno al procedimento di

anomalia, che venga disposta verificaione *ex art. 66 c.p.a. e/o CTU ex art.67 c.p.a.* rispetto a tali elementi.

L'Ati Edil San Felice, con appello incidentale condizionato, ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le eccezioni non esaminate dal TAR ed il ricorso incidentale proposto in primo grado, dichiarato improcedibile dalla sentenza impugnata.

L'appello principale va respinto.

Deve premettersi che l'offerta presentata dal RTI Kikai ha ottenuto un punteggio di 59,25 su 70 per l'offerta tecnica e un punteggio pari a 30 su 30 per l'offerta economica, avendo l'appellante proposto un ribasso del 35,290 % rispetto alla base d'asta.

In linea con quanto previsto dal disciplinare di gara e con quanto disposto dall'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, la commissione giudicatrice ha subordinato la proposta di aggiudicazione all'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta del RTI Kikai. Ed invero, l'offerta presentata da tale raggruppamento presentava sia il punteggio relativo all'offerta tecnica che quello relativo all'offerta economica superiore ai 4/5 dei corrispondenti punteggi massimi previsti dal disciplinare e dalla normativa di riferimento.

Le valutazioni espresse dalla stazione appaltante all'esito di un rilevante approfondimento (cfr., in particolare, il verbale di contraddittorio del 30 luglio 2021) sono confluite nella relazione di sintesi intitolata "Valutazione Offerte Anomale" che nelle sue 125 pagine evidenzia con puntualità e dettaglio le ragioni che hanno portato la stazione appaltante a dichiarare "anomala" l'offerta di Kikai.

Il 12 gennaio 2022, ASPI ha così comunicato al RTI Kikai il provvedimento di esclusione dalla gara perché *"l'offerta presentata da codesto Concorrente nel suo complesso non [è] attendibile per le condizioni di mercato correnti e pertanto è da considerarsi anomala"*.

Per consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa la valutazione dell'anomalia dell'offerta consiste in un giudizio di natura

spiccatamente discrezionale.

La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2022, n. 2269; 17 marzo 2022, n. 1946; 9 febbraio 2022, n. 939; 3 febbraio 2022, n. 764).

Nella fattispecie in questione la valutazione di incongruità è ampiamente motivata e per nulla affetta da illogicità, incongruità od erroneità, come risulta dalle 125 pagine della relazione di sintesi intitolata “Valutazione Offerte Anomale”, che evidenzia nel dettaglio le ragioni che hanno portato la stazione appaltante a dichiarare “anomala” l’offerta di Kikai.

Pacificamente, nel giudizio di anomalia non è ammessa la comparazione con altre gare.

Ed invero, la valutazione di congruità delle offerte deve tenere conto delle caratteristiche previste dalla *lex specialis* della singola procedura cui essa si riferisce, essendo per definizione impossibile un confronto con offerte presentate in altre e differenti gare, connotate anch’esse dalle proprie caratteristiche e peculiarità. “*Il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse*” (cfr. Cons. Stato, V, 28 giugno 2021, n. 4868; 19 ottobre 2020, n. 6307; 28 gennaio 2019, n. 690).

Il confronto prospettato da Kikai è, dunque, privo di rilevanza al fine di dimostrare la congruità dell'offerta nella presente procedura concorsuale, la quale presenta caratteristiche tali da renderla inevitabilmente differente da quelle pregresse, connaturate ciascuna da proprie peculiarità.

Ciò risulta, del resto, confermato, come condivisibilmente statuito dalla sentenza appellata, dal ripetuto aumento dei prezzi delle materie prime nel corso del tempo, che rende impossibile qualsiasi confronto con altre offerte risalenti a parecchi anni addietro.

E', dunque, perfettamente condivisibile la conclusione della sentenza di primo grado secondo cui *“la valutazione di congruità dell'offerta non può essere effettuata una volta per tutte in un'unica procedura, dovendosi tenere conto delle caratteristiche previste dalla lex specialis della singola procedura di gara e delle condizioni del mercato nel relativo periodo”*.

L'infondatezza delle censure avversarie emerge anche dalla lettura degli atti che hanno contraddistinto l'istruttoria condotta da ASPI, le cui valutazioni sono riportate nell'esauritiva relazione di sintesi sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta del RTI Kikai.

ASPI ha espresso una valutazione “globale e sintetica”, che accerta la non congruità dell'offerta presentata dal RTI KIKAI e, per questa ragione, il raggruppamento medesimo è stato legittimamente escluso con un giudizio che rientra nell'esercizio dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante in questa materia.

E tanto si evince dall'esame della più volte citata relazione di sintesi, nelle cui conclusioni alle pagg. 124 e 125 si riassumono in linea generale le criticità che sono state dettagliatamente descritte alle pagine precedenti.

Risulta del tutto destituito di fondamento, dunque, il profilo di censura dedotto dall'appellante secondo cui nella relazione di sintesi non vi sarebbe alcuna concreta e analitica traccia delle specifiche criticità, che sarebbero state evidenziate in termini generici ed astratti.

Ed invero, è stato proprio il RTI appellante a non fornire adeguati giustificativi, e ciò nonostante i molteplici solleciti della stazione appaltante, come emerge dalla copiosa documentazione versata in atti.

Più specificamente, le produttività espresse da Kikai sono risultate, secondo il discrezionale ed approfondito giudizio della stazione appaltante, di difficile realizzazione su strada, atteso che le lavorazioni oggetto d'appalto vengono espletate su cantieri in lento movimento e soggetti a traffico veicolare, con ridotte possibilità per cantierizzazioni; il che esclude le ottimistiche previsioni di produttività indicate dall'appellante nei propri giustificativi. Inoltre, analizzando la complessiva offerta, non sono emerse potenziali economie né nei costi diretti né nei costi indiretti di commessa, tali da garantire il regolare svolgimento dei lavori: i costi risultano ben maggiori dell'utile atteso (cfr. pag. 125 della relazione di sintesi).

Riguardo alla doglianza dell'appellante secondo cui la sentenza di primo grado avrebbe consentito una sorta di integrazione postuma del giudizio di anomalia perché, in corso di istruttoria, la stazione appaltante non avrebbe affatto considerato il profilo dell'aumento del costo delle materie prime, dalla lettura della documentazione versata in atti emerge, invece, con chiarezza che ASPI ha posto la massima attenzione sulle materie prime oggetto delle principali lavorazioni dell'appalto, esternando puntualmente e dettagliatamente le criticità che già emergevano dai pochi riscontri e dalle sotto-analisi di costo presentate da Kikai, come risulta chiaramente sempre dalla relazione di sintesi e, precisamente, dal paragrafo "Materiali, forniture e semilavorati" alle pag. 16-67, in cui la stazione appaltante, a fronte della specifica documentazione a supporto dell'analisi dei costi prodotta da Kikai, analiticamente descritta, evidenzia il persistere di molti dei profili di criticità emersi nelle precedenti interlocuzioni, da valutare nel complessivo esame dell'offerta. Le analisi di costo sono state, dunque, verificate del tutto legittimamente, sulla base delle condizioni esistenti al momento della formulazione dell'offerta.

Anche gli ultimi due profili di censura sono, dunque, infondati.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello principale va respinto, mentre l'appello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione.

Per l'effetto, va confermata la sentenza appellata.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della controversia, per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo respinge, dichiara improcedibile l'appello incidentale e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO