

N. 02201/2015REG.PROV.COLL.

N. 09295/2014 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 9295 del 2014, proposto dalla s.r.l. R.A. Costruzioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Francesco Zaccone, con domicilio eletto presso l'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Il Comune di Mesagne, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Corbascio, con domicilio eletto presso l'avvocato Ottorino Agati in Roma, via Germanico, n. 101;

nei confronti di

La s.n.c. F.Ili Panarese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Gianluigi Manelli, con domicilio eletto presso l'avvocato Giorgio Fraccastoro in Roma, via Piemonte, n. 39;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. Puglia, Sez. Staccata di Lecce, Sezione II, n. 02616/2014, resa tra le parti, e della sentenza del medesimo T.A.R. n. 2931/2014, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori di rigenerazione urbana in zona ex campo sportivo comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mesagne e della s.n.c. F.Ili Panarese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'avvocato Angelo Clarizia, l'avvocato Sergio Corbascio e l'avvocato Michele Guzzo, su delega dell'avvocato Giorgio Fraccastoro;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, Sez. II, con la sentenza 27 novembre 2014, n. 2931, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento della determinazione n. 1200 del 15 luglio 2014 con cui il Responsabile del servizio dell'ufficio tecnico del Comune di Mesagne ha escluso la s.r.l. R.A. Costruzioni dalla gara per l'affidamento dei lavori di Rigenerazione urbana in zona ex campo sportivo comunale ed ha aggiudicato, in via definitiva, alla ditta F.Ili Panarese l'appalto per l'affidamento dei lavori; della nota del 15 luglio 2014, n. 17169, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alla s.r.l. R.A. Costruzioni l'esclusione dalla gara e l'aggiudicazione definitiva, in favore della ditta F.Ili Panarese; della dichiarazione del 24 giugno 2014 con la quale il Responsabile del procedimento ritiene che l'offerta della Società R.A. Costruzioni sia anomala ed individua quale aggiudicatario la ditta F.Ili Panarese; dei verbali di gara ed in particolare del verbale n. 7 del 5 giugno 2014.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando sinteticamente che l'esclusione della ricorrente dalla gara non è stata determinata soltanto dalle incongruenze relative alle quattro voci indicate in ricorso (recinzione di cantiere, unità preposte alla sicurezza, operai impiegati nell'attività di scavo, realizzazione delle strutture in cemento armato), ma dall'inaffidabilità complessiva della sua offerta: la stazione appaltante ha ritenuto che l'offerta della s.r.l. R.A. Costruzioni presentasse nel suo complesso oggettivi indici strutturali di carente affidabilità, non (solo) con riferimento alle singole voci ma all'incidenza che tali singole voci producono sul tempo di esecuzione dei lavori.

Ad avviso del TAR, la stazione appaltante ha violato il termine di tre giorni previsto dall'art. 88, comma 4, del d. lgs. 163/2006 per l'instaurazione del contraddittorio orale: l'avviso di convocazione (spedito dalla P.A. con lettera raccomandata a.r. il 29 maggio 2014) è, infatti, pervenuto alla ditta ricorrente con un solo giorno di anticipo (4 giugno 2014) rispetto alla data fissata per il contraddittorio orale (5 giugno 2014), in luogo dei tre previsti dalla legge.

Tale vizio procedimentale non appare, tuttavia, idoneo a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato per l'assorbente ragione che l'impresa ricorrente - che in sede di contraddittorio orale ha fornito i chiarimenti richiesti, senza che i propri rappresentanti rilevassero l'esiguità del termine assegnato - non ha neppure allegato le ulteriori circostanze che avrebbe sottoposto al vaglio dell'Amministrazione, ove avesse fruito per intero del termine di tre giorni previsto dall'art. 88, comma 4, del d. lgs. 163/2006.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo i seguenti motivi d'appello:

- erroneità della sentenza appellata, omesso e difettoso esame delle contestazioni mosse da RA Costruzioni, erroneità, contraddittorietà e genericità della motivazione della decisione gravata, violazione o falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del Codice dei contratti, errata presupposizione in fatto e diritto, difetto dei presupposti;
- erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha disatteso il primo mezzo di ricorso relativo a "eccesso di potere per erronea e falsa presupposizione - disparità di trattamento - irrazionalità ed ingiustizia manifesta", omesso o difettoso esame delle contestazioni mosse da RA Costruzioni, erroneità, contraddittorietà e genericità della motivazione della decisione gravata;

- erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha disatteso il secondo mezzo di ricorso relativo a “violazione e falsa applicazione di legge - violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 del d. lgs. n. 163-2006 - difetto di motivazione”, omesso o difettoso esame delle contestazioni mosse da RA Costruzioni, difetto di istruttoria, inammissibilità dell’integrazione della motivazione operata dal TAR, eccesso di potere giurisdizionale;

- erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha disatteso il terzo mezzo di ricorso relativo a “violazione e falsa applicazione di legge - violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 del d. lgs. n. 163-2006 - difetto di motivazione”, travisamento in linea di fatto e di diritto delle questioni dedotte;

- erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha disatteso l’ultimo profilo di doglianza, travisamento in linea di fatto e di diritto delle questioni dedotte, omesso esame della contestazione.

Con l’appello in esame, quindi, si chiedeva l’accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano il Comune appellato ed il controinteressato, chiedendo il rigetto dell’appello.

All’udienza pubblica del 24 febbraio 2015, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di dover precisare sinteticamente l’antefatto.

Il Comune di Mesagne appellato, con deliberazione di Giunta 8 ottobre 2013, n. 250, aveva approvato il progetto esecutivo per la realizzazione di lavori di rigenerazione urbana nella zona dell’ex campo sportivo di via Sasso, con un importo stimato dell’opera pari a € 2.381.898,80.

Il Servizio affari generali, appalti e contratti dell’Amministrazione Comunale aveva indetto la gara con determinazione 30 ottobre 2013, n. 992, per l’affidamento dei lavori con procedura aperta ed aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara per l’affidamento dei lavori sono state ammesse 14 ditte, tra cui quella dell’appellante s.r.l. R.A. Costruzioni e della controinteressata aggiudicataria F.Ili Panarese snc.

Per la valutazione delle offerte è stata prevista l’attribuzione fino a 70 punti per l’offerta tecnica; fino a 20 punti per l’offerta economica; fino a 10 punti in ragione del fattore “tempo”.

In esito alla formazione della graduatoria provvisoria, alla s.r.l. R.A. Costruzioni è stato quindi attribuito il punteggio di 96,4/100 (70/70 punti per l’offerta tecnica, 16,4/20 punti per l’offerta economica, 10/10 punti per l’offerta sul fattore “tempo”), con uno scarto notevole rispetto a tutte le concorrenti che seguivano in graduatoria (cfr. tabella allegata al verbale 26 marzo 2014, n. 6 in atti).

L’offerta della ricorrente, pertanto, è risultata anomala ai sensi dell’art. 86, comma 2, del d.lgs. n.163 del 2006 sia in relazione al prezzo sia in relazione gli altri elementi di valutazione e la commissione di gara ha così attivato, come previsto dalla legge, la procedura di verifica della congruità dell’offerta.

2. Passando all’esame nel merito dei motivi d’appello, se ne ravvisa l’infondatezza, posto che l’esclusione della s.r.l. R.A. Costruzioni non è stata determinata in via principale dalle incongruenze riscontrate su singole voci, come correttamente ha rilevato il TAR, ma dalla ritenuta inaffidabilità dell’offerta nei suo complesso, in ragione delle seguenti criticità rilevate dalla

commissione giudicatrice nella seduta in contraddittorio del 5 giugno 2014 (cfr. verbale in pari data n. 7, in atti).

In particolare, appare ineccepibile, alla stregua delle valutazioni fatte dall'Amministrazione e motivate in modo idoneo, alla luce degli approfondimenti richiesti che denotano completezza dell'istruttoria, la decisione della stazione appaltante di escludere l'attuale appellante, con particolare riguardo al fatto che il ribasso sull'offerta "tempo" è stato del 55%, vale a dire meno della metà del tempo stimato nel progetto esecutivo del Comune di Mesagne (art. 1.2.11, pag. 24, del Capitolato speciale d'appalto, in atti), pur dovendo realizzare tutte le opere aggiuntive proposte nel proprio elaborato.

Tale elemento di evidente anomalia, che non risulta adeguatamente giustificato dall'impresa, lungi dall'essere un mero aspetto secondario e marginale, rappresenta il nucleo centrale della valutazione dell'anomalia dell'offerta, posto che una riduzione dei 330 giorni previsti nel progetto comunale per la realizzazione dell'opera a soli 148 giorni naturali e consecutivi, pur a fronte di 20 opere di miglioria offerte (in più), solleva la problematica, che appare irrisolta anche all'esito del contraddittorio in data 5 giugno 2014 delle misure di sicurezza da adottare nelle numerose fasi di sovrapposizione delle lavorazioni (anche in ragione delle discrepanze nei numero degli operai riportati nel cronoprogramma e nelle analisi dei prezzi unitari, puntualmente rilevata dall'Amministrazione); ovvero, in alternativa, un rischio evidente di inadempimento contrattuale dell'Impresa, ovvero di mancato completamento, che si ripercuote in modo negativo e perspicuo sull'intera offerta.

Tale valutazione, compiuta dal Comune e che in questa sede risulta ineccepibile, poiché priva di riscontrabili ed evidenti profili di macroscopica irragionevolezza, non è ulteriormente sindacabile o verificabile tecnicamente, pena l'ingresso in questo giudizio di un inammissibile sindacato del merito (tecnico) amministrativo, come ormai ha specificato (con particolare riguardo proprio al caso dell'anomalia dell'offerta) l'Adunanza Plenaria (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36).

3. Sotto il profilo procedurale, si deve rilevare la corretta specificità delle richieste di giustificazione dell'offerta avanzate dall'Amministrazione comunale, con nota 14.4.2014, n. 9278; nella medesima nota n. 9278-2014, inoltre, il RUP ha ulteriormente dettagliato le richieste di produzione documentale per ognuna delle sette voci sopra riportate, delimitando più che esaurientemente, in sei pagine, l'ambito degli approfondimenti ai fini della ponderazione della congruità dell'offerta.

Inoltre, nella successiva richiesta integrativa (nota 19 maggio 2014), il Comune ha specificato ulteriori voci e, nella seduta in contraddittorio del 5 giugno 2014 la commissione di gara ha posto ulteriori analitici quesiti, a sottolineare il serio ed approfondito esame istruttorio da essa compiuto.

Sempre per quanto riguarda gli aspetti procedurali, si rileva che l'avviso di convocazione 29 maggio 2014, n. 13067, è effettivamente pervenuto solo un giorno prima della data fissata per il contraddittorio citato (5 giugno 2014), ma nel verbale n. 7 non vi è traccia di contestazione sul punto, a dimostrare che l'impresa – nel fornire tutti gli elementi che riteneva pertinenti - non ha subito alcun *vulnus* da tale ristretta convocazione sotto il profilo temporale; peraltro, come ha osservato il TAR, non vi sono elementi per ricavare da tale inosservanza formale una lesione sostanziale del diritto di difendersi adeguatamente da parte dell'impresa, secondo il principio di cui all'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990.

4. Attesa la completezza della motivazione del TAR, che ha affrontato esaurientemente entrambi i profili (sostanziale e procedimentale) oggetto del ricorso di primo grado e sostanzialmente riproposti nell'attuale appello, non si può che concludere per la reiezione dell'appello.

Conclusivamente, quindi, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso RG n. 9295-2014), lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento in favore del controinteressato e del Comune costituito delle spese del presente grado di giudizio, spese che si liquidano in euro 6000,00 (Seimila), oltre accessori di legge, per ciascuna controparte (Comune e Società controinteressata).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE