

Pubblicato il 24/07/2017

N. 00668/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00293/2017 REG.RIC.

 logo

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 293 del 2017, proposto da:
A.C.I. S.p.a., Argo consorzio infrastrutture società consortile per
azioni consorzio stabile, rappresentata e difesa dagli avv. Rosario
Scalise e Giovanni Borney, elettivamente domiciliata presso l'avv.
Maria Silvia Sommazzi nel suo studio in Genova, via XII Ottobre,
10;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano
Vinti e Chiara Carosi, elettivamente domiciliata presso l'avv.
Francesca De Ferrari nel suo studio in Genova, via alla Porta degli
Archi, 3;

nei confronti di

Carena S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Cocchi e
Gerolamo Taccogna, presso i quali è elettivamente domiciliata nel
loro studio in Genova, via Macaggi, 21/8;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lavori di adeguamento del nodo di San Benigno - Lotto 2 - ricadenti nella riqualificazione del Sistema A7-A10-A12 (CIG 6226365EED), disposto da Autostrade per l'Italia S.p.a. a favore dell'operatore economico Carena S.p.A., comunicato con atto AD/DLGA/CGA/APS/SB datato 9 marzo 2017;

del provvedimento della Commissione tecnica interna, di cui al verbale datato 23 gennaio 2017, con il quale la stessa, a seguito delle giustificazioni portate dalla Carena S.p.a., ha ritenuto la relativa offerta economica non anomala, nonché di tutti i verbali di gara e della Commissione medesima ad esso connessi e correlati, con particolare riferimento ai verbali n. 6 e n. 7 del 15 gennaio 2016 e del 13 febbraio 2017;

dei verbali di gara nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, con particolare riferimento al verbale di gara n. 1 relativo alla seduta pubblica del 2 novembre 2015, nella parte in cui la Commissione, anziché procedere all'esclusione dell'impresa Carena S.p.a., la ammette alle fasi successive della gara;

del bando e del disciplinare di gara, per quanto di ragione, nella parte in cui consentano o abbiano consentito l'adozione del provvedimento di valutazione di non anomalia sopra impugnato o la mancata esclusione della concorrente Carena S.p.a.,

nonché tutti gli altri atti, ancorché non noti, presupposti, conseguenti e/o comunque connessi con i provvedimenti impugnati,

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, nonché per l'aggiudicazione della gara e il subentro ai sensi degli artt. 121, 122 e

124 del d.lgs 104/2010 di A.C.I. S.p.a., Argo consorzio infrastrutture società consortile per azioni consorzio stabile, nell'affidamento in oggetto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.a. e di Carena S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2017 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 30 luglio 2015, Autostrade per l'Italia S.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento del nodo autostradale di San Benigno, lotto 2, per un importo previsto di € 28.799.168,78.

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, mediante offerta a prezzi unitari.

Hanno partecipato alla gara quindici concorrenti.

All'esito dello scrutinio delle offerte economiche, sono state sottoposte a verifica di anomalia le offerte di Europa Strade S.r.l., Steelconcrete Consorzio Stabile, Impresa Bacchi S.r.l. e Carena S.p.a. che superavano la soglia del 26,5524%.

L'offerta della ricorrente, che aveva proposto un ribasso del 26,100%, era la prima non sospetta di anomalia.

Le offerte dei primi tre concorrenti sono state escluse e l'appalto è stato aggiudicato alla Carena S.p.a. che aveva proposto un ribasso del 26,800%.

L'aggiudicazione definitiva è stata comunicata ad A.C.I. S.p.a. con nota del 9 marzo 2017.

La stessa Società ha esperito accesso agli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia che le sono stati trasmessi mediante lettera raccomandata del 28 marzo 2017.

Quindi, con ricorso spedito a notifica in data 21 aprile 2017 e depositato il 3 maggio successivo, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto e gli atti con cui è stata stabilita la non anomalia dell'offerta aggiudicataria.

L'esponente deduce i seguenti motivi di gravame:

I) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 87 e 88 del d.lgs. 163/2006 e degli artt. 119 e 121 del d.P.R. 207/2010, dell'art. 26 del d.lgs. 81/2008. Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara con particolare riferimento agli artt. 17 e 18.3 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

II) Violazione di legge, violazione dell'art. 75, comma 8, del d.lgs. 163/2006, violazione della *lex specialis* di gara, violazione dell'art. 16.16 del disciplinare di gara.

Si sono costituite in giudizio Autostrade per l'Italia S.p.a. e l'aggiudicataria Carena S.p.a.

Le parti resistenti eccepiscono concordemente l'irricevibilità del ricorso, siccome notificato oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione.

Nel merito, contestano la fondatezza delle censure sollevate dalla parte ricorrente.

Con ordinanza n. 118 del 17 maggio 2017, è stata accolta l'istanza cautelare incidentalmente proposta con l'atto introduttivo del giudizio, stante l'esigenza di approfondire la richiamata eccezione di tardività.

Le parti in causa, quindi, hanno depositato memorie difensive e di replica a sostegno delle rispettive posizioni.

Il ricorso, infine, è stato chiamato alla pubblica udienza del 28 giugno 2017 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

DIRITTO

1) E' contestata la legittimità del provvedimento con cui Autostrade per l'Italia S.p.a., previa verifica di non anomalia dell'offerta presentata da Carena S.p.a., ha aggiudicato alla stessa impresa l'appalto del secondo lotto dei lavori di adeguamento del nodo autostradale di San Benigno.

2) La stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria eccepiscono concordemente che il ricorso sarebbe irricevibile perché notificato oltre il termine perentorio previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a.

L'aggiudicazione dell'appalto, infatti, era stata comunicata all'odierna ricorrente con lettera raccomandata del 9 marzo 2017, consegnata alla destinataria il successivo 14 marzo, mentre il ricorso è stato spedito a notifica il 21 aprile 2017, quindi oltre il termine di trenta giorni previsto dalla disposizione citata.

Obietta la ricorrente che, nel caso di specie, la comunicazione di aggiudicazione dell'appalto non offriva alcun elemento per valutare l'eventuale illegittimità di tale atto, sicché il termine decadenziale per l'impugnazione avrebbe avuto decorrenza dal giorno in cui è stato

possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura, quindi dal 28 marzo 2017.

La questione sollevata dalle eccepienti ha dato luogo, del tutto recentemente, a soluzioni giurisprudenziali non univoche.

Infatti, con sentenza n. 1556 del 4 aprile 2017, la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto che *“il termine per proporre ricorso decorra dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del comma 5-quater del medesimo articolo 79 - e comunque non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 del medesimo articolo - nel caso in cui la presunta violazione non fosse percepibile dal contenuto della dichiarazione e sia resa palese solo a seguito dell'esperto accesso agli atti”*.

Pochi giorni più tardi, con sentenza n. 1953 del 27 aprile 2017, la stessa Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che la decorrenza del termine per l'impugnazione non può essere fissata *“al momento in cui è conosciuto il vizio che in ipotesi inficia l'aggiudicazione, e che pure possa costituire l'unico vizio, all'esito dell'accesso a questi ultimi ai sensi del comma 5-quater del medesimo art. 79”*, poiché si *“renderebbe mutevole e in definitiva incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato”*, in asserito contrasto con le *“esigenze di celerità che permeano il settore dei contratti pubblici”*.

In considerazione delle accennate oscillazioni giurisprudenziali, il Collegio ritiene, stante l'infondatezza del ricorso nel merito, di prescindere dal vaglio dell'eccezione di tardività.

3) In punto di fatto, è opportuno rilevare preliminarmente che non sussiste una significativa differenza economica fra l'offerta

dell'impresa aggiudicataria, avente sede nelle immediate vicinanze del luogo di esecuzione dei lavori, e quella della ricorrente.

I ribassi proposti dalle due concorrenti (26,800% e 26,100%), infatti, comportano che dette offerte si differenzino per un valore assoluto di circa 180.000 euro, contenuto in rapporto al valore della gara, ma sufficiente a rendere più competitiva l'offerta della controinteressata.

Tale offerta, peraltro, è risultata superiore alla soglia di anomalia (a differenza dell'offerta della ricorrente) solo in quanto tre concorrenti, successivamente esclusi dalla gara, avevano proposto ribassi molto più consistenti (rispettivamente del 34,7704%, 32,4280% e 30,264%).

Sotto altro profilo, merita di essere rimarcata anche la particolare complessità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia che si è protratto per circa un anno ed è stato definito con una relazione di 346 pagine, di cui 100 dedicate all'offerta di Carena S.p.a.: tali elementi, seppure non dirimenti, valgono tuttavia a testimoniare la scrupolosità delle analisi svolte dalla stazione appaltante.

4) Ciò premesso, la ricorrente denuncia, con il primo motivo di gravame, che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata strutturalmente modificata nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, attraverso una globale rimodulazione delle voci di costo che ha consentito, con una vera e propria operazione di "*finanza creativa*", di conformarsi ai rilievi sollevati dalla Commissione di verifica e di "*far quadrare i conti*"

Per dimostrare il proprio assunto, l'esponente si sofferma soprattutto sulle spese generali che sono state ridotte dal 27% al 14,6%, anche a scapito dei costi della sicurezza interni.

Analoghe considerazioni vengono svolte per quanto concerne la pretesa variazione dei prezzi unitari offerti nella lista delle categorie e del costo del personale, dei mezzi e delle attrezzature.

Nel complesso, le modifiche apportate sarebbero state tali, ad avviso della ricorrente, da determinare la *“totale rivisitazione”* dell’offerta iniziale, facendo dubitare della serietà e attendibilità della stessa.

5) Prima di vagliare nel merito le censure suddette, è opportuno richiamare alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di verifica dell’anomalia dell’offerta.

In primo luogo, si rammenta che, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tale fase procedimentale *“non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, ma piuttosto ad accertare in concreto che l’offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto”* (Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990).

Quanto ai prezzi indicati nell’offerta, è certamente preclusa l’introduzione di prezzi diversi nel corso del procedimento di verifica, ma deve ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l’impresa dimostri che altre voci di prezzo, per converso, sono state inizialmente sopravvalutate e che, in relazione alle stesse, essa è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio che compensa il maggior costo di altre voci (Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Infine, sono da ritenere inattendibili le offerte che risultino prive di un margine di utile, ma non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un

vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2228).

6) Alla luce di tali principi, va esclusa la sussistenza dei vizi di legittimità prospettati dalla parte ricorrente.

Emerge dall'esame degli atti, infatti, che, recependo i rilievi della Commissione di verifica, l'aggiudicataria ha rimodulato al rialzo la stima dei costi per l'esecuzione dei lavori, determinando un maggior ammontare complessivo degli stessi.

Tenendo conto di tale maggior costo, si è proceduto a verificare, quindi, se residuasse un margine di utile tale da rendere l'offerta economicamente sostenibile nel suo complesso.

Ne è scaturito un giudizio di non incongruità dell'offerta in quanto l'utile previsto risultava in grado di coprire il maggior costo complessivo e residuava una redditività ridotta, ma non del tutto erosa.

La Commissione di verifica ha ragionevolmente ritenuto, in conseguenza, che detto maggior costo, pur riducendo l'utile d'impresa dichiarato in sede di offerta, manteneva tuttavia *“un equilibrato margine residuo tale da non pregiudicare ... il regolare svolgimento dei lavori in appalto e il sostanziale equilibrio economico dell'offerta”*.

L'impresa aggiudicataria, in ogni caso, non ha modificato l'offerta iniziale o i prezzi indicati nella lista delle categorie, ma ha semplicemente riconosciuto di aver sottostimato alcuni costi necessari per realizzare le relative prestazioni ed evidenziato

l'esistenza di sovrastime che garantivano compensazioni atte a far residuare un margine di utile.

Senza considerare l'evidente sovrastima delle spese generali (27%) che appare in grado di produrre un ulteriore margine di utile per l'impresa.

Vanno disattese, per tali ragioni, le censure sollevate con il primo motivo di ricorso.

7) Con il secondo motivo, viene denunciata la violazione dell'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, secondo cui *“l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario”*.

Nel caso in esame, Carena S.p.a. aveva presentato la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria che conteneva, nell'appendice, l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva.

Tale documento, però, è stato sottoscritto da un agente i cui poteri di rappresentanza, giusta la procura conferitagli, erano contenuti entro il limite di tre milioni di euro e, pertanto, non potevano garantire l'impegno a costituire una cauzione definitiva che, in ragione dell'entità del ribasso offerto, ammontava alla somma di € 3.643.915,08.

La sottoscrizione da parte di un procuratore sprovvisto del potere di impegnare l'assicurazione per l'importo che la cauzione definitiva avrebbe assunto comportava, ad avviso della ricorrente, l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 75 citato.

Il Collegio non condivide tale formalistica prospettazione, atteso che il vizio denunciato dalla parte ricorrente avrebbe determinato, se del

caso, l'attivazione del soccorso istruttorio, anziché l'applicazione della sanzione espulsiva.

Ha precisato il Consiglio di Stato, infatti, che la latitudine della disciplina normativa in tema di soccorso istruttorio consente di comprendere nell'ambito applicativo di tale istituto *“l'irregolarità della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva”* (sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528).

L'applicazione di tale principio, condiviso dal Collegio, comporta che la concorrente avrebbe dovuto essere invitata a presentare un'integrazione documentale idonea a sanare l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva e che, solo in caso di inadempimento dell'integrazione entro il termine assegnato, si sarebbe dovuto dare luogo all'esclusione dalla gara.

Nel caso concreto, peraltro, è stata successivamente rilasciata la polizza per la cauzione definitiva, in atti.

8) Per tali ragioni, il ricorso è infondato e, pertanto, deve essere respinto.

In considerazione della complessità e controvertibilità delle questioni affrontate, le spese di lite vanno integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 28 giugno
2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Richard Goso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO