

N. 06022/2010 REG.SEN.
N. 01778/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1778 del 2010, proposto da:
Impresa Polese S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Pier Vettor Grimani, Gianni Zgagliardich, Elvio Mengotti, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Venezia, San Marco, 63; Magistrato Alle Acque, Provveditorato Interregionale Per Le Opere Pubbliche Veneto Trentino Alto Adige - Friuli Venezia Giulia;

nei confronti di

Adriacos S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Cabrini, con

domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G;

per l'annullamento

della nota inviata alla parte ricorrente dall'Ufficio Gare e Contratti del Provveditorato intimato dd. 20.9.2010 sub prot. n. 10534 contenente comunicazione ufficiale di esclusione definitiva dalla procedura di affidamento; del verbale di gara II[^] seduta pubblica REP n. 8447 dd. 13.9.2010; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Adriacos S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2010 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

con bando di gara del 22.5.2009 (doc. n. 4), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Magistrato alle acque – Provveditorato interregionale per le opere pubbliche Veneto – Trentino Alto Adige – Friuli Venezia Giulia (d'ora in poi, per brevità, definito semplicemente “Provveditorato”) indiceva una procedura

aperta per l'affidamento dei "Lavori di completamento degli interventi sul fiume Judrio a salvaguardia dei centri abitati di Medea, Romans d'Isonzo e Versa in Comuni vari della Provincia di Gorizia", per un importo complessivo a base d'asta pari ad € 1.140.116,33 di cui € 23.351,76 relativi agli oneri per la sicurezza, non soggetti a ribasso.

Al termine dell'unica seduta di gara, tenutasi in data 29.7.2009, la Commissione ha dichiarato aggiudicataria provvisoria la costituenda A.T.I. ricorrente, che ha proposto il maggior ribasso, fatta sempre salva la verifica delle giustificazioni relative alle sette offerte che superavano la soglia di anomalia calcolata ex art. 86, comma 1 del D.Lgs. 163/2006.

Il primo sub-procedimento di verifica di anomalia, svolto con modalità totalmente difformi da quelle previste dalla normativa vigente e senza che fosse stato svolto alcun contraddittorio tra stazione appaltante ed aggiudicatario, ebbe a concludersi con una dichiarazione di non congruità dell'offerta, presentata dall'ATI ricorrente, del tutto priva di motivazione, con conseguente esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura de quo.

Dall'esame (in sede di accesso agli atti) della corrispondenza intercorsa tra la stazione appaltante e l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia, in merito alle modalità di svolgimento della verifica di anomalia, emerse che la valutazione di non congruità sarebbe stata basata sulla non corrispondenza tra il ribasso offerto del 62,22% e

quello derivante dai conteggi di analisi, pari al 62,199%. In conclusione, l'offerta sarebbe stata considerata complessivamente inaffidabile per una differenza di € 234,52, a fronte di un importo a base di gara di € 1.140.116,33 pari ad un'incidenza dello 0,021%. Importo, questo, che, oltre ad essere irrisorio in termini assoluti, risultava essere ampiamente compreso, in ogni caso, entro l'utile d'impresa, dichiarato in sede di giustificazioni.

In secondo luogo, risultò anche che il R.U.P. ebbe a commettere un errore veramente imperdonabile laddove, riguardo alle giustificazioni relative ai prezzi delle miscele di calcestruzzo e relativi servizi, confuse l'ufficio del fornitore a cui si è rivolta, per ragioni di vicinanza tra rispettive sedi, l'ATI ricorrente (la quale, avendo la propria sede a Sacile, si è rivolta all'impianto di fornitura di Fontanafredda, distante pochi chilometri dalla citata sede), con quella dello specifico impianto che, in relazione alla vicinanza al luogo di svolgimento dei lavori, avrebbe dovuto poi effettivamente fornire i prodotti richiesti. L'impianto di fornitura di Gradisca d'Isonzo (GO) si trova, infatti, a soli 8 chilometri di distanza (doc. n. 14) dal luogo di svolgimento dei lavori (Medea - GO), e non oltre 70 km, come indicato dal RUP, che si era limitato a prendere in esame solamente l'impianto di Fontanafredda, senza curarsi nemmeno di chiedere chiarimenti all'A.T.I. concorrente.

Ritenendo tale esclusione del tutto superficiale e palesemente illegittima per tutta una serie di motivi, l'A.T.I. ricorrente impugnò,

con richiesta di provvedimento cautelare, la relativa comunicazione del R.U.P., unitamente a tutti gli atti eventualmente compiuti sia dalla Commissione di gara che dalla stazione appaltante successivamente alla sua esclusione.

Il T.A.R., con sentenza n. 768/2010, mai impugnata, ha ravvisato la completa illegittimità del provvedimento di esclusione, annullandolo unitamente agli atti a esso successivi, imponendo il riespletamento del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Ripreso, ex novo, il subprocedimento di verifica di anomalia da parte della stazione appaltante, all'A.T.I. ricorrente fu richiesta (doc. n. 5), ancora in data 13.5.2010, la presentazione di ulteriori giustificazioni per sole 4 voci di analisi, mentre per le altre 8 fu ritenuta sufficiente la documentazione già precedentemente prodotta.

Successivamente all'esame della documentazione integrativa, il R.U.P. convocò (doc. n. 6) l'aggiudicataria per dar luogo al necessario contraddittorio previsto dall'art. 88, comma 4 del D.Lgs. 163/2006, segnalando che "... non si ritiene necessaria la produzione di ulteriore documentazione giustificativa, oltre quella precedentemente richiesta e già acquisita ...".

Dal verbale della riunione (doc. n. 7, pag. 2) risulta che il R.U.P. – dopo aver dichiarato di non aver nulla da eccepire sulla natura dei giustificativi prodotti – ribadì che risultava documentalmente giustificato un ribasso del 62,199% a fronte del ribasso del 62,22% offerto in sede di gara, sempre con il noto scarto dello 0,021% pari,

in cifre, ad € 234,52, a fronte di un importo a base di gara di € 1.140.116,33, di cui al precedente provvedimento di esclusione, dichiarato illegittimo dal T.A.R..

In secondo luogo, il R.U.P. ebbe a contestare che erano stati effettuati arrotondamenti in negativo (per tutte le voci, escluso lo scavo di fondazione) per un importo globale di € 4.486,47.

Il rappresentante dell'ATI ricorrente osservò (doc. n. 7, pag. 2, a metà) che l'arrotondamento era diretta conseguenza di mere operazioni automatiche nell'elaborazione dell'analisi e che, in ogni caso, esso era ampiamente compreso entro l'ammontare dell'utile dichiarato (€ 8.277,419), come risultante anche dai dati in possesso allo stesso R.U.P., ma anche assorbibile in altre voci di costo, essendo state prodotte offerte di forniture a costi unitariamente inferiori e quelli di analisi, dallo stesso R.U.P. dichiarate ineccepibili.

Dal verbale della seduta di gara del 13.9.2010 (doc. n. 2, pag. 3), acquisito a seguito di un accesso atti avvenuto in data 11.10.2010 da parte della Polese Spa (doc. n. 2bis), risulta che il Presidente di gara ha dichiarato non congrua, e quindi da escludere, l'offerta presentata dall'A.T.I. ricorrente, in quanto "... dalla documentazione presentata, pur tenendo conto delle argomentazioni esternate dall'Impresa Capogruppo in sede di 'contraddittorio' le analisi dei prezzi elaborate dalla costituenda A.T.I. non giustificano il ribasso offerto ed altresì nelle analisi medesime è stato adottato un metodo di arrotondamento in negativo, per tutte le voci tranne una ,al fine di

rientrare nel parametro dell'offerta presentata, metodo questo non ritenuto ammissibile ...”.

In conclusione, l'offerta sarebbe stata esclusa per un differenziale dello 0,021% tra prezzi offerti e quelli documentati e per un arrotondamento che, comunque, sarebbe stato completamente assorbito dall'utile dichiarato. Infatti, a fronte di un utile dichiarato pari ad € 8.277,419, le due voci contestate (differenziale ed arrotondamento) ammontano complessivamente ad € 4.720,99, lasciando in ogni caso un utile per l'appalto ammontante a € 3.556,43.

Osserva dunque la ricorrente come sia incomprensibile – a fronte di documentazione giustificativa sui prezzi offerti definita ineccepibile dallo stesso R.U.P. e Presidente di gara (doc. n. 7, pag. 2, prima riga in alto) – ritenere non congrua l'offerta, solamente perché si è rilevata una riduzione dell'utile prospettato.

Va, infatti, sempre ricordato che, in un momento economico come quello attuale, le imprese – pur di riuscire a portare avanti l'attività senza ridurre il numero dei dipendenti – sono disposte anche a ridimensionare in maniera sostanziale le proprie aspettative di utile, confidando di riuscire a superare, con tale sacrificio temporaneo, questo periodo di grave crisi economica. Basti pensare – ed è questo il dato fondamentale trascurato certamente dal R.U.P. - che, nella specifica procedura di gara, la soglia di anomalia si è attestata sul 43,23% di ribasso.

Anche a voler prescindere dal fatto che, nel caso che qui ci occupa, non vi è stato alcun azzeramento dell'utile, non sarebbe ragionevolmente possibile applicare pedissequamente principi relativi ad altri momenti di congiuntura favorevole dell'economia alla triste realtà della situazione attuale, in cui è già molto difficile per le imprese mantenersi operative (con tutto ciò che ne consegue, in termini di fatturato, certificazioni necessarie per la qualificazione SOA, possibilità di accesso ad altre gare, non licenziamento dei dipendenti, struttura operativa, ecc.).

Ritenendo, pertanto, illegittimo il giudizio di non congruità dell'offerta e la conseguente esclusione, l'A.T.I. ricorrente, per la seconda volta in poco tempo, impugna il provvedimento della stazione appaltante, affinché esso sia annullato per le motivazioni che seguono:

1. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990 e s.m.i., sotto il profilo della grave carenza di motivazione. Eccesso di potere, sotto il profilo dell'erronea presupposizione, illogicità e incoerenza. Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, essendo il giudizio negativo giustificato con una motivazione meramente "formale" (differenziale dello 0,021% e arrotondamento), senza che fosse mai stata effettuata alcuna analisi sostanziale e nonostante che l'ampia documentazione fornita abbia dimostrato la fondatezza di tutti i prezzi offerti, essendosi il Presidente di gara limitato a indicare due elementi di fatto (differenziale dello 0,021% e arrotondamento),

ma senza spiegare perché da ciò possa esser stata fatta derivare una valutazione di inaffidabilità di un'offerta che pur presentava un discreto utile.

La stazione appaltante si sarebbe così limitata a una pseudo-motivazione che indica due circostanze di modestissimo rilievo, ma nulla dice sulle ragioni per cui da tali circostanze si è addivenuti alla decisione di considerare non affidabile l'offerta, in palese violazione del disposto dell'art. 3 della L. 241/1990 e di tutti gli insegnamenti giurisprudenziali in merito alla congruità della motivazione dovuta in caso di esclusione.

Ma, anche per quanto concerne gli arrotondamenti in negativo (ammontanti in totale ad € 4.486,47 a fronte di un importo a base di gara di € 1.140.116,33 e ad un utile dichiarato di € 8.277,42), non è dato comprendere come mai, pur essendo stato dimostrato – e confermato dalla stessa stazione appaltante - per tabulas (doc. n. 9) che, anche accettando l'impostazione fattane dal R.U.P., in ogni caso l'esecuzione del contratto avrebbe portato un utile di € 3.556,43.

2. Violazione dell'art. 10-bis della L. 241/1990 in relazione all'obbligo di dar ragione del mancato accoglimento delle osservazioni di parte nella motivazione - Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, illogicità manifesta. Violazione dei principi di trasparenza, affidamento e favor verso la massima partecipazione alle gare pubbliche.

3. Violazione degli artt. 87 e 88, D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere

sotto il profilo della disparità di trattamento, violazione della par condicio, illogicità ed incoerenza. Contraddittorietà.

Dal gruppo docc. n. 10, acquisiti solamente in relazione al recente accesso di ottobre 2010, emerge in maniera chiara che la Adriacos – cioè l'impresa provvisoriamente aggiudicataria in base al verbale di gara del 13.9.2010 di cui sopra – ha presentato, in sede di gara, i giustificativi di n. 12 elementi di prezzo costituenti l'offerta.

Ancora in data 26.1.2010 (vedi alla fine di pag. 1 della lettera sub gruppo docc. n. 1) il Magistrato alle Acque ha richiesto di fornire lo sviluppo dettagliato di tutte le analisi prezzi già fornite, con specifica indicazione dei prezzi elementari e delle rispettive incidenze della manodopera, dei materiali, ecc..

In data 2.2.2010 (vedi sempre la lettera sub gruppo docc. n. 1) la medesima attuale controinteressata inviava la riformulazione completa di tutte le analisi dei prezzi: su 12 analisi, solamente un'analisi rimaneva la medesima rispetto a quella prodotta in sede di offerta e ben undici analisi venivano completamente riformulate, fermo restando lo stesso risultato finale.

Risulterebbe quindi evidente che il R.U.P. ha inammissibilmente consentito all'attuale aggiudicatario provvisorio di rifare completamente le proprie analisi, per poi ritenere, nei riguardi della Polese Spa, che non fosse possibile effettuare né alcun arrotondamento né giustificare una minor incidenza di spese generali ed utile d'impresa.

Quindi, se possibile, l'aver solamente ora conosciuto questa documentazione, sinora non resa nota, aggrava ancor di più l'operato del R.U.P. nei riguardi dell'attuale ricorrente, in quanto manifesta la sua contraddittorietà di comportamento e la chiara mancanza di rispetto della par condicio fra concorrenti.

Inoltre vi è una palese violazione delle norme che presiedono il sub-procedimento di anomalia e cioè degli artt. 87 e 88, D.Lgs. 163/2006, in quanto, in sostanza, si è riformulato, e non solo solamente specificato e meglio precisato, il contenuto delle giustificazioni, consentendo una "nuova" presentazione di giustificazioni, totalmente diversa da quelle precedenti;

Considerato:

che il secondo motivo non ha pregio, riservandosi la procedura ex art.10 bis L.n.241/90 solo agli atti a istanza di parte, laddove la verifica dell'anomalia è procedimento d'ufficio;

che pure la terza doglianza non coglie nel segno, essendo imprevedibile una sorta di comparazione fra le offerte ai fini della verifica di anomalia, dovendosi piuttosto esaminare le giustificazioni offerte dalle varie ditte singulatim;

che il primo motivo, invece appare fondato, alla luce delle considerazioni che seguono.

E' incontestato come la stazione appaltante abbia riconosciuto la congruità delle giustificazioni, e quindi dell'offerta, fino al 61,19%, dato in ogni caso ampiamente superiore non solo alla base d'asta ma

anche alla soglia di anomalia attestatasi al 43,23%, mentre la ricorrente ha visto concludersi negativamente il giudizio di verifica dell'anomalia per una differenza pari allo 0,021%.

Ora è proprio tale scostamento minimo che dovrebbe deporre per una sostanziale attendibilità dell'offerta, con un ragionamento che è esattamente speculare a quello effettuato dall'amministrazione e ben reso nella memoria dell'Avvocatura.

Questa sostiene che il comportamento dell'impresa incapace di giustificare l'intera offerta la rende inattendibile, giustificazione, peraltro, tanto più necessaria attesa l'abnormità del ribasso.

Ma l'offerta così formulata, con riduzione quasi integrale dell'utile pur di acquisire la commessa, risulta comunque ingiustificata per soli euro 234, 52, cifra irrisoria se comparata con la base d'asta pari a più di un milione di euro.

Dunque l'amministrazione non poteva limitarsi a considerare tale minimo scostamento come causa giustificativa della verifica negativa, dovendosi invece ulteriormente cogliere profili di inattendibilità evidentemente insussistenti, attese la mancata esplicitazione.

In giurisprudenza è pacifica l'insindacabilità del giudizio tecnico discrezionale di verifica della congruità dell'offerta anomala; ma mentre il giudizio positivo non richiede particolare motivazione, risolvendosi nell'accoglimento delle giustificazioni addotte, quello negativo richiede un'analitica dimostrazione motivazionale, e il difetto di motivazione, insieme alla palese illogicità o errore di fatto,

costituisce l'unica eccezione alla ricordata insindacabilità.(cfr. CDS, V, 2348/08)

Ancora, ritiene il Collegio che la valutazione in contraddittorio sull'accertamento della congruità dell'offerta non possa concludersi "uno actu" una domanda - una risposta, ma vada condotta mediante approssimazioni successive volte proprio ad acquisire tutti gli elementi utili alla formulazione di un giudizio completo sull'attendibilità della proposta che deve consentire all'amministrazione la realizzazione dell'opera al prezzo migliore.

E in tale quadro un'offerta che risulti giustificata fino al 62,19% su un ribasso del 62,22%, e che riesca comunque a far conseguire un utile, anche se irrisorio, in una congiuntura economica in cui le imprese possono avere interesse anche alla sola acquisizione di appalti addirittura senza utile, sarebbe dovuta essere contestata con quella motivazione rigorosa, nella specie insussistente;

che conseguentemente il ricorso vada accolto , con derivato annullamento della comunicazione di esclusione;

che le spese possono essere compensate tra le parti costituite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Prima Sezione) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2010

IL SEGRETARIO

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