



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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2140 del 2010, proposto da Italsystem S.r.l. in proprio e nella qualità. rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Barberis, Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Immordino in Palermo, via Libertà n. 171;

contro

Anas Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici, in Palermo, via A. De Gasperi 81, è domiciliato per legge;

nei confronti di

Impresa Cavalleri Ottavio Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Cardarelli,

Filippo Lattanzi, Andrea Mazzanti, Matilde Tariciotti, e Ignazio Scardina, con domicilio eletto presso l'avv. Ignazio Scardina in Palermo, via Rodi 1;

per l'annullamento

- del verbale della Commissione di gara del 14.9.2010 in cui ANAS ha approvato le risultanze del sub procedimento di verifica della congruità ed ha deliberato la esclusione della ATI Italsystem e la aggiudicazione provvisoria alla Ditta Cavalieri Ottavio spa terza in graduatoria della gara di appalto n. PA47/08 avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di costruzione dello svincolo di Castronovo di Sicilia sulla S.S. n. 189 della "Valle dei Platani" nel medesimo comune di Castronovo di Sicilia (PA);

del verbale della Commissione in seduta riservata del 3.5.2010, conosciuto nella gara del 14.9.2010, di vantazione della congruità della offerta;

- del provvedimento 11.10.2010 n. 170, comunicato con nota ANAS 12.10.2010 n.142263-P con cui è stato definitivamente aggiudicato l'appalto alla Impresa Cavalieri Ottavio spa.

del bando di gara e del disciplinare di gara, nei sensi di cui in motivazione, ove occorrer possa;

di ogni altro atto preliminare, connesso e consequenziale a quelli impugnati. nonché per la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto se nelle more stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Impresa Cavalleri Ottavio Spa;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare 1116/2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2011 il dott. Giovanni Tulumello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 14 ottobre 2010, e depositato il successivo 22 ottobre presso il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità.

Con ordinanza collegiale n. 1597 depositata l'11 novembre 2010, la III Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma, ha dichiarando la propria incompetenza territoriale, indicando come competente questo T.A.R.

Con atto di riassunzione notificato il 25 novembre 2010, e depositato il successivo 26 novembre, il ricorso è stato riassunto presso questo Tribunale.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, l'amministrazione intimata e la parte controinteressata, come memorie e documenti.

Con ordinanza n. 1116 depositata il 14 dicembre 2010, è stata accolta la domanda cautelare di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati.

Successivamente al deposito di tale ordinanza, il 16 dicembre 2010 l'amministrazione produceva in giudizio l'intera documentazione del procedimento di gara.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito del ricorso, le parti hanno prodotto memorie.

Il ricorso è stato definitivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 5 maggio 2011.

Il presente giudizio ha ad oggetto la legittimità degli atti – e segnatamente del sub procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta - della gara per l'affidamento dei lavori di costruzione dello svincolo di Castronovo di Sicilia sulla S.S. n. 189 della "Valle dei Platani", in area ricadente nel territorio del predetto Comune.

La lex specialis della gara (bando pubblicato il 22 dicembre 2008) – regolata dal parametro normativo di cui agli artt. 86, 87 e 88 nel testo vigente *ratione temporis* (id est, nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 4-quater del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102) - prevedeva la produzione di giustificazioni preventive dell'anomalia dell'offerta.

Il raggruppamento ricorrente è stato escluso all'esito della verifica di anomalia dell'offerta.

Il ricorso si incentra sulla contestazione della legittimità degli atti impugnati, sia per violazione delle richiamate disposizioni normative regolanti il sub procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta (in relazione alla ritenuta assenza, o meglio alla sua non adeguata valutazione, di un contraddittorio successivo, anche alla luce di quanto preventivamente prodotto dallo stesso raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta); sia in relazione alla pretesa contraddittorietà della condotta della stazione appaltante, nell'aver dapprima invitato il raggruppamento ricorrente a produrre ulteriore documentazione, e nell'aver successivamente dichiarato inammissibile l'offerta.

Onde delimitare preliminarmente, anche in punto di fatto, la materia del contendere, mette conto rilevare che l'impugnato verbale della Commissione di gara in data 3 maggio 2010 ha disposto l'esclusione del raggruppamento ricorrente con la seguente motivazione: "In particolare si rileva che, contrariamente a quanto affermato dal Concorrente (risposta pag. 1 del verbale di audizione del 03/05/2010) la "Relazione illustrativa sulle analisi giustificative" non contiene le giustificazioni in merito alla variata produttività indicata nelle analisi. Tale circostanza ha indotto infatti la Commissione in linea con le prescrizioni del Disciplinare di gara, a ritenere l'offerta inammissibile. Inoltre si sottolinea che anche la documentazione prodotta nel corso dell'audizione non contiene alcun elemento in merito alla variata produttività indicata nelle analisi. Infine si deve

evidenziare che durante il corso dell'audizione il Concorrente presenta nuove analisi in cui vengono esposti costi elementari diversi da quelli indicati nella lista prezzi, ossia vengono proposti in tale sede dei prezzi diversi da quelli resi nell'offerta economica, alterando in tal modo l'offerta originaria".

A fronte della triplice ragione di esclusione dalla gara chiaramente indicata nella motivazione sopra riportata, la parte ricorrente censura soltanto la prima, sulla base dell'assunto per cui l'esclusione sarebbe stata dettata unicamente dal mancato rispetto della *lex specialis* in punto di adempimenti documentali preventivi, a corredo della presentazione dell'offerta.

Al di là di tale rilievo – che di per se' comporta il rigetto del ricorso, essendo il provvedimento motivato sulla base di elementi autosufficienti rimasti sostanzialmente inoppugnati – osserva il collegio che anche a voler rimanere sul terreno delimitato dalle censure proposte il gravame si palesa infondato.

La sentenza 2 aprile 2010, n. 1893, della VI Sezione del Consiglio di Stato, resa su fattispecie identica quanto a disciplina della *lex specialis* e a normativa primaria vigente *ratione temporis*, ha affermato che del tutto legittimamente l'amministrazione prevede nel bando la clausola dell'esclusione dalla gara per l'impresa concorrente che non abbia ritualmente reso le giustificazioni preventive a corredo dell'offerta, rispondendo tale clausola ad esigenze di accelerazione e semplificazione, e non ponendosi in contrasto con il diritto dell'U.E.

(in quanto non esclude la garanzia della fase della valutazione della anomalia in contraddittorio, ma specifica la prescrizione di cui all'art. 86, c. 5, prevedendo la sanzione dell'esclusione per la sua violazione). Richiamandosi a tali principi, ritiene il collegio che sia infondata la censura proposta, nella parte in cui tende a contestare in linea generale la legittimità di una simile clausola, e la previsione della esclusione dalla gara come conseguenza della sua inosservanza.

Nello stesso senso è la decisione 6 marzo 2009 n. 1348, della stessa VI Sezione, e la decisione della V Sezione 17 febbraio 2010, n. 922.

In quest'ultima decisione si è in particolare scrutinata una fattispecie nella quale la ditta ricorrente aveva "violato la chiara disposizione allegando una dichiarazione di intenti priva di dati analitici e di elementi giustificativi. La carenza strutturale della dichiarazione ne impedisce la stessa qualificabilità come dichiarazione preventiva, posto che si è al cospetto non già di una dichiarazione incompleta, necessitante di approfondimento integrativo in sede di contraddittorio, in coerenza con i principi comunitari, ma di dichiarazione totalmente mancante sul piano sostanziale ed ideologico. (...). Le considerazioni svolte, in ordine all'assenza sostanziale assenza del documento ed alla disciplina sanzionatoria recata dal bando, impediscono alla parte ricorrente di giovare dell'orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato (decisione VI sezione n. 3146/2009), che, facendo perno sull'insegnamento offerto dalla sentenza della Corte di Giustizia CE

del 27/11/2001, in cause riunite C-285/99 e C-286/99, esclude la possibilità di sanzionare con l'esclusione la carenza delle giustificazioni preventive in assenza di una specifica previsione espulsiva da parte della *lex specialis*".

Considerazioni di identico tenore valgono nel caso all'esame del collegio, caratterizzata non solo da una clausola sulle giustificazioni preventive astrattamente valida, ma da una concreta difformità fra quanto richiesto da detta clausola e quanto prodotto dal raggruppamento ricorrente (in relazione al mancato riferimento, nelle giustificazioni iniziali, ai dati concernenti la produttività), che impedisce di invocare una pretesa insufficienza del contraddittorio successivo e il c.d. potere di soccorso della stazione appaltante.

L'amministrazione ha infatti motivatamente rilevato come la modifica delle giustificazioni (rispetto a quelle preventive) si è risolta in realtà in una modifica delle condizioni economiche dell'offerta: "il Concorrente presenta nuove analisi in cui vengono esposti costi elementari diversi da quelli indicati nella lista prezzi, ossia vengono proposti in tale sede dei prezzi diversi da quelli resi nell'offerta economica, alterando in tal modo l'offerta originaria".

Al di là dei superiori rilievi, infine, rimane il profilo della mancata giustificazione – nel merito - dell'anomalia dell'offerta in sede di contraddittorio successivo, per come ritenuta dal seggio di gara, sostanzialmente non contestata nel ricorso in esame, che è fondato sull'assunto – smentito in fatto dalla richiamata motivazione –

secondo il quale l'esclusione non sarebbe stata disposta per ragioni sostanziali, afferenti il merito delle giustificazioni successive, ma per ragioni formali, attinenti al mancato adempimento di un onere documentale.

Ne consegue – melius re perpensa rispetto alla sommaria delibazione ritenuta in sede cautelare – l'infondatezza del ricorso ed il rigetto dello stesso.

Il diverso esito della fase cautelare giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2011

IL SEGRETARIO

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