



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2214 del 2010, proposto da:

Consorzio Stabile Aedars s.c. a r.l., e R.A. Costruzioni S.r.l., en-trambe rappresentate e difese dagli avv.ti Fabio Patamello e Luigi Mariano ed elettivamente domiciliati presso l'avv. Giuseppe Fomari in Milano, Via Podgora, 13

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano e Maria Teresa Maffey, con domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura civica siti in via Andreani, 10

nei confronti di

Consorzio Cooperative Costruzioni Società Cooperativa in ATI con Sieg S.p.A., con gli avv.ti Susanna Corsini ed Enzo Robaldo nel cui studio in Milano, via Pietro Mascagni, 24 sono elettivamente domiciliati;

per l'annullamento

- della nota datata 28.9.2010 prot. p.g. 74860/2010, con la quale il direttore del settore appalti gare e contratti del comune di Milano ha comunicato alle ricorrenti l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto n. 7/2009 in favore del Consorzio cooperative costruzioni - CCC Società cooperativa (in ATI verticale con SIEG S.p.A.), disposta con verbale del 27.8.2010;
- della nota datata 31.8.2010, prot. p.g. 669990/2010, con la quale il direttore del settore appalti gare e contratti del comune di Milano ha comunicato alle ricorrenti l'esclusione dalla gara d'appalto n. 7/2009;
- del verbale della seduta della commissione di gara datato 27.8.2010, con il quale, preso atto di quanto stabilito con determinazione dirigenziale n. 88/2010, nonché delle risultanze istruttorie del gruppo di lavoro, il presidente ha dichiarato il consorzio cooperative costruzioni - CCC Società cooperativa aggiudicatario provvisorio dell'appalto in questione;
- di tutti i verbali di gara, anche non richiamati e/o non conosciuti, della commissione di gara e del gruppo di lavoro nominato per l'esame delle giustificazioni presentate dai concorrenti a supporto delle offerte, tra cui in particolare quello del 28.7.2010, con il quale, all'esito della procedura, l'offerta del Consorzio stabile ricorrente è stata ritenuta incongrua e la gara è stata provvisoriamente aggiudicata al Consorzio cooperative costruzioni;
- della determinazione dirigenziale n. 88 del 16.8.2010, con la quale il responsabile del procedimento ha dato atto che l'offerta della ricorrente non è risultata congrua.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Consorzio Cooperative Costruzioni Società Cooperativa e di A.T.I. con SIEGA S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con i provvedimenti in epigrafe il Comune di Milano ha disposto l'esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara per la ristrutturazione e bonifica dall'amianto dello stabile comunale di edilizia economica e popolare di via Fatebenefratelli, n. 16, ritenendo che l'offerta da esso presentata, con un ribasso del 39,118%, dovesse considerarsi anomala.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso l'ATI interessata sulla base dei seguenti

MOTIVI

1) Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, erroneità e falsità dei presupposti di fatto, sviamento; violazione dell'art. 88 del D.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali in materia di evidenza pubblica.

Il gruppo di lavoro nominato dal Comune di Milano per l'espletamento della istruttoria sugli atti della gara avrebbe arbitrariamente sospeso il procedimento di verifica della congruità dell'offerta presentata dal raggruppamento AEDARS dopo la pubblicazione della sentenza con la quale questo Tribunale aveva respinto un precedente ricorso da esso proposto avverso la sua esclusione dalla medesima gara per irregolarità contributiva.

L'istruttoria nel predetto procedimento non sarebbe stata, poi, riattivata dopo l'ordinanza cautelare con cui il Consiglio di Stato ha sospeso l'esecutività della predetta sentenza, ma solo allorchè il Giudice d'appello, in totale riforma della stessa, ha definitivamente sancito la riammissione della ricorrente alla gara.

Tale comportamento sarebbe indicativo di uno sviamento di potere, che inficerebbe la nuova esclusione per anomalia dell'offerta.

Il Comune di Milano avrebbe poi errato nell'utilizzare la soglia di anomalia anche per rideterminare il valore dell'offerta economica presentata al fine di dimostrare che essa non avrebbe potuto garantire alcun margine di utile.

Il Gruppo di lavoro avrebbe, inoltre, esaminato l'offerta presentata dal Consorzio AEDARS nelle sue singole componenti, separatamente considerate, senza valutarne la complessiva affidabilità e la possibilità di realizzare quelle economie generali che l'ATI aggiudicataria aveva prospettato nelle sue giustificazioni.

Afferma ancora la ricorrente che il Gruppo di lavoro, nel corso della audizione orale dei suoi rappresentanti, avrebbe assunto un atteggiamento non collaborativo, non instaurando un effettivo contraddittorio orale che consentisse un proficuo chiarimento dei punti controversi.

2) Violazione dell'art. 86 del D.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per travisamento del fatto; violazione del giusto procedimento sotto altri profili, disparità di trattamento.

Con specifico riguardo alle giustificazioni relative alle schede 99, 100, 101, 102, 103, 1191, 120, 121, 122, 123, 124 e 570 il Gruppo di lavoro non avrebbe ritenuto esaustive le giustificazioni fornite dall'Impresa con riguardo alla complessiva incidenza del costo della manodopera su quello generale dell'appalto, ma avrebbe preteso che la concorrente indicasse per ogni singola lavorazione una plausibile ragione che desse conto del costo della manodopera da essa ritenuto eccessivamente ridotto.

Tale modo di procedere contrasterebbe con il principio del contraddittorio, in quanto l'Amministrazione avrebbe dovuto segnalare all'Impresa quali fossero gli aspetti su cui essa intendeva di approfondire l'analisi.

In ogni caso, il Consorzio Aedars avrebbe fornito anche in relazione alle singole lavorazioni adeguate giustificazioni ai rilievi mossi dal Gruppo di lavoro senza che questo, poi, ne abbia tenuto conto.

Inoltre, molte delle lavorazioni per le quali l'Amministrazione ha chiesto una dimostrazione circa l'utilizzo di soluzioni innovative sarebbero consistite in operazioni semplici e ripetitive che, per loro natura, non si prestavano ad essere eseguite secondo modalità diverse da quelle standardizzate.

Le operazioni del gruppo di lavoro sarebbero, infine, inficiate anche da gravi disparità di trattamento in quanto al Consorzio Cooperative Costruzioni sarebbe stata consentita la integrazione delle giustificazioni con nuovi preventivi - cosa che al Consorzio AEDARS sarebbe, invece, stata vietata - e, inoltre, l'Amministrazione avrebbe preso per attendibili le giustificazioni presentate dal Consorzio Costruzioni nonostante la loro genericità.

Si Sono costituiti il Comune di Milano e il controinteressato per resistere al ricorso.

All'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012, relatore il il dott. Raffaello Gisondi, uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1. Risulta, in particolare, insussistente il prospettato eccesso di potere per sviamento che, secondo l'ATI ricorrente, si desumerebbe dalla sospensione dell'istruttoria da parte del Gruppo di lavoro a seguito della pubblicazione della sentenza di questo Tribunale che ha respinto il ricorso avverso la sua precedente esclusione e dalla sua mancata riattivazione dopo la sospensione cautelare della predetta pronuncia da parte del Consiglio di Stato.

E' chiaro, infatti, che qualora la precedente l'esclusione dalla gara del Consorzio ricorrente fosse risultata legittima non vi sarebbe stato alcun bisogno di procedere ad un lungo e complesso supplemento di istruttoria. Sicchè, la sospensione dei lavori tesi alla verifica di congruità dell'offerta presentata dal predetto Consorzio, lungi dal palesarsi come indice di sviamento, appare del tutto comprensibile in un ottica di razionale uso delle risorse pubbliche.

Per le medesime ragioni il fatto che la ripresa della istruttoria sia avvenuta solo a seguito della definitiva riforma della citata sentenza e non all'atto della sua sospensione cautelare poteva rilevare ai fini di un inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di dare tempestiva esecuzione alla ordinanza del Consiglio di Stato, ma non può in alcun modo costituire un indice del dedotto sviamento.

2. Priva di fondamento è altresì la denunciata carenza di contraddittorio che avrebbe inficiato il procedimento di anomalia dell'offerta.

Il Consorzio AEDARS, infatti, ha avuto plurime occasioni per chiarire il proprio punto di vista, posto che il Gruppo di lavoro ha reiteratamente manifestato le proprie perplessità sui molteplici aspetti delle giustificazioni da esso presentate.

Il fatto, poi, che l'audizione orale sia avvenuta sulla base di domande predisposte per iscritto, anzichè formulate verbalmente, non ha rappresentato una violazione del contraddittorio, ma ha, invece, costituito un'ulteriore opportunità per l'Impresa di chiarire al meglio le proprie ragioni, posto che i quesiti le sono stati preventivamente comunicati.

E, comunque, ciò che più rileva, è il fatto che le motivazioni finali del provvedimento di esclusione attengano ai medesimi argomenti trattati e sviluppati nel corso della istruttoria, rispetto ai quali, come si è detto, vi è stato un contraddittorio reale e reiterato.

Sicchè, la divergenza fra le conclusioni a cui è pervenuta l'Amministrazione e gli argomenti difensivi dell'ATI

ricorrente non deve essere imputata ad un difettoso svolgimento del procedimento, rientrando nell'ambito di un dissenso su elementi di fatto e di diritto che poteva essere risolto solo in sede giurisdizionale.

3. Con un'altra serie di censure il Consorzio AEDARS contesta le conclusioni a cui è giunto il Gruppo di lavoro con riguardo alla esiguità dei tempi di esecuzione di determinate lavorazioni da esso indicati nelle sue giustificazioni.

Le parti resistenti hanno eccepito che le predette censure sarebbero inammissibili in quanto, esorbitando dai limiti del sindacato di legittimità, entrerebbero nel merito dei giudizi tecnici compiuti dall'Amministrazione nella valutazione della attendibilità dei singoli elementi dell'offerta.

In proposito il Collegio deve osservare che già prima della entrata in vigore del codice del processo amministrativo la giurisprudenza ammetteva pacificamente che la cognizione del g.a. sulle valutazioni amministrative connotate da discrezionalità tecnica (fra le quali, pacificamente, rientra quella relativa alla anomalia dell'offerta) potesse estendersi anche alla verifica degli elementi di fatto assunti dall'amministrazione a base dei propri giudizi ed aveva altresì sancito che l'unico limite che questi incontra nel decidere sulla domanda è dato dalla opinabilità dei criteri scientifici o delle massime di esperienza utilizzate dall'amministrazione; opinabilità che si traduce nella impossibilità da parte del giudice di assumere un parametro di giudizio diverso da quello adottato dalla p.a. ma di pari attendibilità sotto il piano scientifico e metodologico.

Tale impostazione risulta avvalorata dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo il quale, per quanto in questa sede rileva, non pone più come linea di discriminazione fra la giurisdizione di legittimità da quella di merito la possibilità del giudice di giungere ad una piena conoscenza del fatto anche sotto il profilo tecnico, attribuendo al g.a., anche in sede di giurisdizione di legittimità, ampi poteri istruttori quali, ad esempio, la CTU, la prova testimoniale, che, un tempo, erano ammessi solo in sede di giurisdizione esclusiva e/o di merito.

Ne deriva che la domanda di parte non può considerarsi inammissibile solo per il fatto di addentrarsi nel merito del "problema amministrativo" affrontato e risolto dalla p.a., ma lo diventa solo allorché tenda a sostituire l'apprezzamento compiuto dall'amministrazione con una diversa ricostruzione della fattispecie senza evidenziare analiticamente gli errori di fatto o di metodo in cui essa sarebbe incorsa.

Nel caso di specie il Consorzio AEDARS, con una prima serie di rilievi, critica le conclusioni a cui è giunto il Comune di Milano in ordine alla inattendibilità dei tempi per l'esecuzione di determinate lavorazioni esposti nelle giustificazioni, affermando che i funzionari istruttori non avrebbero tenuto conto delle particolari metodologie di lavoro da esso indicate che avrebbero consentito una riduzione dei tempi di esecuzione.

La censura, tuttavia, appare per un verso, infondata e, per altro verso, generica.

Dalla lettura dei verbali delle riunioni del Gruppo di lavoro si evince, infatti, che i funzionari del Comune di Milano, preso atto delle indicazioni fornite dal Consorzio, hanno però ritenuto che le metodologie di lavoro da esso prospettate non presentassero elementi di novità in relazione alle ordinarie modalità di esecuzione delle opere previste dal capitolato, con conseguente mancanza di una plausibile giustificazione in ordine alla esiguità dei tempi di lavoro riportati nelle giustificazioni.

Il Consorzio non offre elementi in base ai quali il Tribunale adito possa mettere in dubbio le affermazioni dell'Amministrazione: nel ricorso, infatti, sono state indicate le modalità di esecuzione relative alle lavorazioni su cui i funzionari del Comune avevano chiesto chiarimenti, ma ciò non è sufficiente in quanto le censure avrebbero dovuto specificare in modo chiaro ed analitico sotto quali profili le metodologie di lavoro proposte si distinguessero da quelle standard in modo da garantire una contrazione dei tempi di esecuzione.

In assenza di una chiara ed analitica specificazione di tali profili le censure formulate nel ricorso non possono essere prese in considerazione in quanto, diversamente, il Tribunale si vedrebbe costretto ad una inammissibile integrazione delle allegazioni di parte, e, comunque, perché, in ragione di quanto si è sopra detto, le valutazioni

tecniche su cui si basa il provvedimento impugnato possono essere disattese solo ove vengano analiticamente evidenziati gli errori di fatto o di metodo, in cui l'amministrazione sarebbe incorsa.

Con riguardo ad altre tipologie di lavorazioni il Consorzio ricorrente ha affermato che i tempi di esecuzione da esso indicati sarebbero perfettamente congrui in quanto si tratterebbe di prestazioni semplici che non richiederebbero particolari metodologie di lavoro.

Sul punto il Collegio ha ritenuto di disporre una verifica incaricando il Provveditorato interregionale alle opere pubbliche per le regioni Lombardia e Liguria di accertare se il giudizio dato dall'amministrazione in ordine alla esiguità dei tempi di lavorazione indicati nelle giustificazioni trovasse riscontro nei computi contenuti nei "temperi" più accreditati presso gli operatori del settore dei lavori edili.

L'organo incaricato della verifica, ha raffrontato le conclusioni a cui è pervenuto il Comune di Milano con il prezzario delle Opere Pubbliche del 2008 approvato dalla regione Lombardia e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con il corrispondente prezzario della regione Liguria e con il testo "analisi dei prezzi" edito da Grafill (2004), pervenendo alla conclusione che la maggior parte delle valutazioni compiute dal Comune di Milano in ordine alla inattendibilità dei tempi di lavorazione indicati dal Consorzio deve ritenersi corretta ed aggiungendo che, anche ove la valutazione di incongruità complessiva dell'offerta presentata dal Consorzio AEDARS dovesse essere emendata, scorporando i giudizi che non hanno trovato riscontro nelle indicazioni contenute nei predetti temperi, il risultato finale non muterebbe in quanto il margine di utile conseguibile dall'Impresa rimarrebbe pur sempre negativo (relazione in data 8/10/2012).

L'operato del verificatore appare esente da vizi logici e metodologici in quanto basato su un incrociato riscontro di più elementi statistici significativi e qualificati, sicché il Collegio non ha motivo per discostarsene. In particolare, il riferimento ai dati contenuti nell'accordo fra associazioni di categoria finalizzato alla emersione delle imprese irregolari, che, secondo il Consorzio AEDARS, consentirebbe di sovvertire le conclusioni a cui è pervenuto il verificatore, appare al Collegio del tutto inconferente atteso che, in base allo stesso accordo, gli indici in esso recati sono da ritenersi validi solo allo scopo di avviare una prima graduale azione di emersione delle imprese operanti nel sommerso e non anche ad altri fini.

4. Il Consorzio ricorrente contesta l'operato del Gruppo di lavoro anche laddove esso non ha riconosciuto la validità di taluni preventivi prodotti per dimostrare il basso costo di taluni materiali necessari alla esecuzione dell'appalto.

A tal fine viene in considerazione il contenuto della scheda n. 187 nella quale i funzionari hanno avanzato perplessità in ordine alla corrispondenza fra i costi unitari indicati nelle analisi dei prezzi fornite dall'Impresa ed i preventivi dalla stessa forniti a supporto di quanto affermato.

Il giudizio espresso dal Comune ha trovato riscontro da parte del verificatore il quale sul punto ha osservato che nel preventivo presentato dal Consorzio risulta un costo unitario di Euro 36,70, il quale non corrisponde a quello indicato nella scheda di analisi dei prezzi che era pari ad Euro 40,91.

Il verificatore ha, invece, disatteso le valutazioni compiute dal Comune circa la mancata corrispondenza dei preventivi con le analisi dei prezzi con riguardo alle schede 155 e 156. Tuttavia nella parte finale della relazione del 8/01/2012 viene chiarito che la correzione di tali valutazioni non incide sul risultato finale.

Gli scostamenti fra i preventivi e l'analisi dei prezzi hanno, invece, trovato riscontro con riguardo alle schede n. 571 e 232 (relazione di verifica del 8/10/2012 pag. 11).

5. A prescindere dai singoli elementi su cui si sono appuntati i rilievi del Gruppo di lavoro, il Consorzio ricorrente lamenta che il Comune non avrebbe operato una valutazione globale della sua offerta.

Anche tale censura non merita, tuttavia, favorevole considerazione, atteso che l'approccio analitico del gruppo di

lavoro costituisce una precisa scelta metodologica volta a raffrontare per ogni singola lavorazione il tempo della manodopera risultante dall'analisi formulata dall'Impresa concorrente con quello di progetto.

Tale metodologia non si esaurisce nella registrazione dei dati relativi ad ogni lavorazione presa in considerazione, ma opera un raccordo finale fra le singole analisi.

Ciò avviene attraverso il ricalcolo delle voci di costo che l'impresa non è riuscita a giustificare che vengono sostituiti con quelli di capitolato ribassati della soglia di anomalia. Le voci di costo in tal modo determinate vengono, quindi, sommate a quelle validamente giustificate dall'impresa; il risultato, maggiorato della percentuale di spese generali, consente così di verificare se l'offerta presentata dall'impresa sia in grado di fornire un margine di utile (margine che, nel caso di specie, è risultato negativo).

Il predetto sistema non presenta alcun profilo di illogicità nemmeno laddove la soglia di anomalia viene utilizzata, oltre che per la individuazione delle offerte da sottoporre a verifica, anche per calcolare i costi presunti delle componenti dell'offerta rispetto ai quali il concorrente non è riuscito a fornire una convincente spiegazione.

Premesso, infatti, che nel determinare la metodologia di verifica dell'offerta l'Amministrazione gode della più ampia discrezionalità, appare del tutto plausibile presumere (salvo prova contraria) che la soglia di anomalia, costituendo una media dei ribassi presentati, possa indicare anche il limite alla sostenibilità di determinati costi.

Occorre, tuttavia, avere ben chiaro che la rideterminazione delle voci di costo, mediante la applicazione della soglia di anomalia al valore di progetto, rappresenta un dato meramente presuntivo e residuale che sopperisce alle lacune delle giustificazioni offerte dall'Impresa. Per questa ragione, laddove il concorrente abbia dimostrato quali sono gli effettivi costi aziendali non è in alcun modo possibile sostituire il dato virtuale a quello reale, nemmeno ai fini del calcolo di un presunto risparmio di spesa che si ricaverebbe dalla differenza fra il maggior costo indicato nell'analisi fornita dal concorrente e il minor costo rappresentato dal valore di progetto diminuito della soglia di anomalia. Ed è per questo che il Collegio ritiene di non poter accogliere la metodologia proposta dal primo funzionario verificatore (il quale, nel suggerirla, ha peraltro esorbitato l'ambito dei quesiti formulati nell'ordinanza di incarico).

6. Il Consorzio AEDARS lamenta, infine, che l'Amministrazione abbia valutato in modo diverso e più rigoroso la sua offerta rispetto a quanto avesse fatto con quella presentata dal Consorzio Cooperative Costruzioni al quale sarebbe stata consentita la regolarizzazione dei preventivi e la possibilità di fornire giustificazioni globali e non analitiche.

La censura è destituita di fondamento.

Dall'esame dei verbali del Gruppo di lavoro emerge, infatti, che anche al Consorzio ricorrente sia stata data la possibilità di regolarizzare i preventivi incompleti o carenti di sottoscrizione.

Inoltre, dagli esiti della verifica disposta dal Collegio è emerso che la metodologia applicata dal Comune di Milano per la verifica della anomalia dell'offerta è stata applicata in modo identico al Consorzio ricorrente ed a quello controinteressato anche in relazione ai dettagli richiesti in ordine alle singole lavorazioni che presentavano costi anormalmente bassi.

Nel corso delle operazioni di verifica il CTP di parte ricorrente ha sollevato ulteriori profili che renderebbero inattendibile l'offerta del Consorzio aggiudicatario. L'esame di tali deduzioni è, tuttavia, precluso al Collegio trattandosi, di rilievi basati su circostanze non allegare nel ricorso introduttivo o con motivi aggiunti. Peraltro, con riguardo alla presunta anomalia del ribasso relativo alle lavorazioni concernenti lo smaltimento dell'eternit il verificatore ha puntualmente evidenziato che l'offerta del Consorzio Costruzioni, su tale punto, deve ritenersi allineata con i prezzi di mercato.

Il ricorso deve, quindi, essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, Condanna i ricorrenti alla refusione delle spese di lite, che si liquidano in Euro 10.000,00, oltre iva e c.p.a. a favore dell'Amministrazione ed Euro 10.000,00 a favore del controinteressato, ed a quelle relative alla verifica che si liquidano in complessivi Euro 3.000,00 da ripartirsi per due terzi a favore del secondo funzionario verificatore e per un terzo a favore del primo.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2013

IL SEGRETARIO

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