



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 342 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

CIR Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Dani e Alberto Gamberini, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Bologna, piazza Aldrovandi n. 3;

contro

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, presso i cui uffici, in Bologna, via Guido Reni n. 4 è domiciliata *ex lege*;

nei confronti di

Coopsette Soc.Coop., in proprio e quale mandataria di R.T.I. con le mandanti Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc.Coop. p.a. e Consorzio Cooperative Costruzioni Soc.Coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., società rappresentate e difese dagli avv. Giovanni Pellegrino e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Giulia Roversi Monaco, con studio in Bologna, via S.Vitale n. 55;

per l'annullamento, previa sospensiva,

a) del provvedimento di esclusione di ATI ricorrente per pretesa anomalia dell'offerta presentata dalla stessa, nella procedura di gara inerente l'affidamento dei lavori della "S.s 64- Porrettana - Tangenziale Ovest di Ferrara - completamento", di cui al verbale della Commissione di gara n.26 del 18/10/2010, trasmesso via fax in allegato alla nota ANAS recante la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione dell'appalto in favore di R.T.I. Coopsette-Consorzio Ravennate-C.C.C.; b) dei presupposti verbali della Commissione di gara concernenti l'iter di verifica della presunta anomalia dell'offerta prodotta dall'ATI ricorrente e l'esame delle relative giustificazioni; c) del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara di cui alla disposizione presidenziale ANAS spa n.19 del 31 gennaio 2011.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a.;

Visti, altresì l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale di R.T.I. Coopsette Soc.Coop. - Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc.coop. p.a. - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc.Coop., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Pellegrino, Gianluigi Pellegrino e Maria Giulia Roversi Monaco, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Bologna, via S.Vitale n. 55;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2013, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Oggetto della presente controversia sono gli atti relativi alla procedura ristretta bandita da ANAS s.p.a. per l'affidamento dei lavori di completamento della S.S. Porrettana – tangenziale ovest di Ferrara per un importo complessivo di €. 30.519.705,52. Avverso i suddetti atti ricorre in via principale la A.T.I. avente C.I.R. Costruzioni s.p.a. quale mandataria e Tubi Costruzioni s.r.l. quale mandante (di seguito: ATI CIR), concorrente che ha partecipato alla gara collocandosi al primo posto della relativa graduatoria, ma che ne è stata successivamente esclusa, per ritenuta anomalia dell'offerta, come risulta dal verbale della Commissione di gara n. 26 del 18/10/2010. La ricorrente impugna, inoltre, il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di R.T.I. avente quale impresa mandataria Coopsette soc. coop. e quali imprese mandanti Consorzio Ravennate Cooperative di produzione e lavoro e Consorzio Coop. Costruzioni (di seguito: RTI Coopsette), la relativa comunicazione di aggiudicazione, nonché i presupposti verbali della Commissione concernenti il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e l'esame delle giustificazioni fornite dalla stessa impresa esclusa e, qualora occorra, il relativo contratto di appalto se effettivamente stipulato nelle more. Oltre alla principale azione impugnatoria, ATI CIR chiede anche il risarcimento dei danni subiti a causa dei provvedimenti e degli atti impugnati, in forma specifica mediante aggiudicazione della gara e affidamento dei lavori o, in subordine, per equivalente monetario.

Avverso la propria esclusione dalla gara ATI CIR propone, mediante ricorso principale, censure rilevanti violazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del D. Lgs. n. 163 del 2006 violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990; violazione dei principi del giusto procedimento, del contraddittorio e di leale collaborazione, nonché ulteriori motivi rilevanti eccesso di potere riguardo ai profili di disparità di trattamento, illogicità, sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, ingiustizia grave e manifesta e travisamento dei fatti. In via subordinata, ATI CIR rileva inoltre eccesso di potere per ritenuta incongruità dei criteri di valutazione dell'anomalia della propria offerta rispetto a quelli utilizzati ai fini della stessa verifica nei riguardi dell'impresa aggiudicataria e, infine, per arbitrarietà e iniquità di questi ultimi criteri. Con ricorso per motivi aggiunti, ATI CIR ha impugnato anche l'atto in data 7/3/2011, con la quale ANAS s.p.a. ha respinto la sua nota ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006 di comunicazione dell'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, recante l'invito alla stazione appaltante ad annullare in autotutela l'aggiudicazione della gara. A sostegno del ricorso aggiuntivo, ATI CIR deduce, oltre che la carenza di motivazione di tale atto, anche l'illegittimità dello stesso in via derivata dai provvedimenti impugnati con ricorso principale.

A.N.A.S. s.p.a., costituitasi in giudizio con il patrocinio dell'Avvocatura erariale, in via preliminare eccepisce l'inammissibilità del ricorso principale, stante il ritenuto difetto di legittimazione attiva e/o di interesse del ricorrente all'impugnativa. Nel merito, ritenendo infondati entrambi i ricorsi, ne chiede la reiezione.

Si è inoltre costituito in giudizio RTI Coopsette, in via preliminare eccependo l'irricevibilità del ricorso principale per tardività, avendo ATI ricorrente avuto piena conoscenza della propria esclusione dalla gara già al momento della seduta pubblica della commissione giudicatrice del 20/12/2010. Riguardo al merito del ricorso

principale e dei motivi aggiunti, RTI Coopsette ne chiede la rievocazione, stante la ritenuta infondatezza di tutte le censure in essi rassegnate.

Con lo stesso atto di resistenza depositato in data 5/4/2011, RTI Coopsette introduce, inoltre, ricorso incidentale, con esso rilevando la carenza di interesse della ricorrente principale all'impugnativa, posto che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara già in una fase procedimentale anteriore a quella di verifica dell'anomalia.

Con ordinanza collegiale n. 316 del 8/4/2011, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente; con decisione che è stata confermata dalla IV Sez. del Consiglio di Stato n. 2454 del 8/6/2011 in sede di appello cautelare.

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2013, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione come da verbale.

Il Collegio ritiene di potersi esimere dall'esaminare le eccezioni in rito sollevate da ANAS s.p.a. (inammissibilità per difetto di legittimazione e/o interesse) e da RTI Coopsette (irricevibilità per tardività), in ragione dell'infondatezza, nel merito, del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti.

Risulta infondato il primo motivo del ricorso principale, nella specie non rinvenendosi, negli atti di gara relativi alla verifica dell'anomalia dell'offerta di ATI ricorrente, alcuna violazione degli artt. 86, 87 e 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e s.m. e i.. In particolare, la Commissione ha operato detta verifica attenendosi scrupolosamente al contenuto delle predette disposizioni, e in particolare dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nella specie accertando che alle richieste di giustificazioni relative a singole e ben individuate voci di prezzi valutate quali affette da anomalia, la concorrente ha fornito risposte e giustificazioni non già dimostranti il conseguimento di guadagni (e/o maggiori economie) in altre voci dell'offerta e per importo complessivo idoneo a controbilanciare le diseconomie riscontrate dalla Commissione, ma indirizzate, invece, o ad evidenziare propri errori nella predisposizione del computo metrico (in riferimento al quale, peraltro, la concorrente aveva formalmente dichiarato, in sede di offerta, di averne verificato l'esattezza, con conseguente palese violazione dell'art. 90, comma 5 del D.P.R. n. 554 del 1999); o, dirette ad individuare maggiori economie in voci dell'offerta quali le "imposte e tasse", mediante un inammissibile ricalcolo di tali spese rispetto a quello effettuato in sede di offerta; o, a rendere inconsistente l'utile ritraibile dall'appalto (mediante inammissibile riduzione del relativo importo percentuale al 1%, che è ben al di sotto della misura del 2% fissata dalla *lex specialis* di gara quale percentuale minima di tale utile); o infine, addirittura individuando ulteriori risparmi in riferimento ai costi della sicurezza, che per legge non sono soggetti a ribasso di sorta (v. rel. istruttoria doc. n. 4 di ANAS s.p.a.). Riguardo a quest'ultima componente delle "giustificazioni" fornite da ATI CIR alla Commissione, se ne deve pertanto rimarcare la palese illegittimità per contrarietà rispetto alla vigente normativa in materia di procedure di gara e, in particolare, rispetto all'art. 87, comma 4 del D. Lgs. n. 163 del 2006, ove si prescrive che "Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'art. 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222. Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture".

Ritiene il Tribunale che le considerazioni che precedono rivelino un ulteriore profilo di inattendibilità o comunque di non serietà dell'offerta di ATI CIR. Infatti la ricorrente, oltre a non dimostrare alla Commissione di avere inserito, nella propria offerta, costi per la sicurezza, quanto meno per l'importo minimo non soggetto ad ulteriore ribasso previsto dalla *lex specialis*, ha addirittura preteso di giustificare, mediante l'inammissibile decurtazione di tali costi per complessivi € 123.808,00, le sottostime riscontrate dalla Commissione in altri componenti dell'offerta .

Dalle considerazioni appena svolte emerge, pertanto, che l'operato della Commissione è pienamente conforme

all'iter procedimentale disegnato dal legislatore per la verifica delle anomalie delle offerte, dando la relazione conclusiva della Commissione di gara puntualmente conto delle effettive ragioni per le quali le singole giustificazioni sono state valutate quali incongrue ai fini di controbilanciare le diseconomie e sottostime riscontrate nell'offerta.

Oltre a ciò, il percorso logico seguito dalla Commissione appare ancora più coerente e persuasivo nella parte in cui le numerose incongruenze riscontrate vengono assemblate in un unico quadro d'insieme logicamente ed univocamente comprovante, in riferimento all'offerta di ATI CIR, la "...mancanza di serietà dell'offerta nella sua globalità..." (v. ancora doc. n. 4 di ANAS s.p.a.).

E, in effetti, le conclusioni a cui è pervenuta la Commissione non possono che essere condivise, dal momento che non può essere considerata seria ed affidabile nel suo complesso un'offerta in cui le giustificazioni portate dall'impresa su elementi già oggettivamente sottostimati (e perciò oggetto di verifica di anomalia) risultano o non documentate, o, ancora incongrue e/o inammissibili o infine, riguardanti voci non assoggettabili a ribasso per legge o per espressa prescrizione della *lex specialis*. Il Collegio ritiene che tutti questi elementi univocamente denotino quanto meno negligenza, superficialità ed approssimazione dell'Impresa nella formulazione dell'offerta, con conseguente ragionevolezza della valutazione del seggio di gara in ordine alla inaffidabilità della concorrente e all'inattendibilità dell'offerta nel suo complesso.

Parimenti infondato è il secondo motivo del ricorso principale, posto che non sussiste la lamentata violazione dell'art. 88, comma 7, del D. Lgs. n. 163 del 2006, necessariamente dovendo operare la Commissione di gara, in sede di verifica dell'anomalia, sul contenuto delle giustificazioni scritte prodotte dall'Impresa al momento della verifica e, ulteriormente, sulle precisazioni e chiarimenti successivamente forniti – ove tali giustificazioni non siano state ritenute esaustive – in sede di audizione. Diversamente opinando, e quindi introducendo la possibilità di ulteriori e diverse giustificazioni che non trovano riscontro nell'offerta presentata unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, si verrebbe ad una palese violazione del principio che – a tutela della *par condicio* tra le imprese concorrenti - impone il divieto di modificare l'offerta presentata in una gara pubblica.

Al riguardo, la prevalente giurisprudenza amministrativa ha affermato che "... nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire *in itinere* ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, come confermato dall'art. 86 comma 5, Codice dei contratti pubblici. Da ciò discende, in generale, l'inaccettabilità delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta, che viceversa non è stata adeguatamente meditata, risultino tardivamente dirette ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata." (Cons. Stato, sez. V, 12/7/2010 n. 4483; 12/3/2009 n. 1451; T.A.R. Lombardia –BS- sez. II, n. 1073 del 2009; T.A.R. Emilia – Romagna –PR- 6/2/2008 n. 90).

Nemmeno sussiste, nell'operato della Commissione, quella evidente illogicità e irrazionalità di cui si duole ATI CIR con il terzo motivo del ricorso principale.

Innanzitutto, preme rilevare che la valutazione di anomalia di un'offerta prescinde da qualsivoglia confronto comparativo con altre offerte di altre concorrenti a loro volta successivamente sottoposte a tale valutazione, dovendo ogni offerta anomala essere valutata singolarmente alla luce delle giustificazioni offerte nell'ambito di tale specifico giudizio (v. Cons. Stato, sez. IV, 29/10/2002 n. 5945; in termini, vedasi anche la determinazione n. 6 del 2009 dell'Autorità Vigilanza sui Contratti Pubblici). Da qui l'evidente inammissibilità della censura, posto che nessun interesse può avere una concorrente già esclusa dalla gara per accertata anomalia dell'offerta, a censurare l'operato della Commissione in sede di successiva verifica nei confronti di altra impresa concorrente.

Inoltre, per quanto concerne la ragionevolezza della valutazione operata dalla Commissione nel ritenere incongrue le singole voci di prezzo di cui alle giustificazioni presentate dalla ricorrente, si può rimandare a quanto precisato in sede di esame del primo motivo, in ordine alla ritenuta ragionevolezza e condivisibilità, da parte del Collegio, sia di ogni singola valutazione di incongruità delle giustificazioni adottate dalla concorrente sia della determinazione finale, a conclusione di tale percorso argomentativo, in ordine alla complessiva “non serietà” dell’offerta stessa.

Oltre a ciò, si deve osservare che i seggi di gara, in sede di verifica dell’anomalia delle offerte, sono dotati di discrezionalità tecnica, con conseguente possibilità di sindacato dell’operato degli stessi, da parte del giudice amministrativo, solo nei casi – che oggettivamente non ricorrono nella fattispecie in esame – di evidente irragionevolezza della valutazione o di palese travisamento di fatti o, ancora, di mancanza o contraddittorietà della motivazione (v. Cons. Stato, sez. V, 12/6/2009 n. 3769; sez. IV, 20/5/2008 n. 2348; da ultima: T.A.R. Friuli V.G. 16/1/2012 n. 18).

Per le suesposte ragioni è respinto il ricorso principale.

Quanto, infine, al ricorso per motivi aggiunti, si rileva che, con esso, è stato impugnato un ulteriore atto (risposta di ANAS s.p.a al c.d. “preavviso di ricorso” inoltrato da ATI CIR) non direttamente lesivo della posizione giuridica della ricorrente, con la conseguenza che anche tale gravame deve essere respinto, a seguito dell’accertata infondatezza dell’unica effettiva censura di illegittimità in via derivata in esso contenuta. Va respinta anche, di conseguenza, l’azione risarcitoria formulata da ATI ricorrente in via subordinata rispetto alla principale azione impugnatoria. La reiezione del ricorso principale e dei motivi aggiunti comporta, infine, l’improcedibilità per sopravvenuta carenza d’interesse del ricorso incidentale introdotto da RTI Coopsette.

Le spese seguono la soccombenza dell’azione principale ed esse sono liquidate come indicato in dispositivo; in riferimento e limitatamente al ricorso incidentale, invece, il Collegio ritiene che sussistono giusti motivi, per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna, Bologna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti: A) Li respinge entrambi; B) Condanna A.T.I. ricorrente, quale parte soccombente, al pagamento delle spese relative al presente giudizio, che liquida per l’importo onnicomprensivo di €. 24.000,00 oltre c.p.a e i.v.a., di cui €. 12.000,00 in favore di ANAS s.p.a ed €. 12.000,00 oltre c.p.a e i.v.a. in favore di R.T.I controinteressato, ferma restando la liquidazione delle spese di giudizio già disposte in fase cautelare. C) Dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d’interesse il ricorso incidentale proposto da RTI controinteressato e compensa le spese relativamente a tale ricorso.

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2013, con l’intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Sergio Fina, Consigliere

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 01/03/2013

IL SEGRETARIO

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