



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 Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 721 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Ics Grandi Lavori Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Tommaso Millefiori,
Stefano Vinti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Lecce, via
Mannarino N. 11/A;

contro

Azienda Sanitaria Locale Lecce, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi
Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

nei confronti di

Salvatore Matarrese Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Quinto, Luigi
Quinto, con domicilio eletto presso il loro studio in Lecce, via Garibaldi 43;
Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc, rappresentato e difeso dagli avv. Federico
Massa, Angelo Clarizia, Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Federico Massa in Lecce, via Montello, 13/A;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 56 del 13 gennaio 2012 con cui Direttore Generale della ASL Lecce in stretta esecuzione della sentenza del TAR di Puglia, sez. II di Lecce n. 2070/2011 ha aggiudicato al RTI con mandataria la società cooperativa CCC l'appalto per la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori, fornitura di apparecchiature ed arredi di una nuova struttura ospedaliera nel plesso del P.O. "Vito Fazzi" di Lecce;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ed in particolare, della graduatoria di merito della procedura concorsuale nella parte di cui è stato assegnato il terzo posto alla società Salvatore Matarrese S.p.a., dei verbali di gara, nonché del parere di congruità dell'offerta di CCC espresso al RUP ing. Stomeo con relazione del 12 gennaio 2012;

- degli atti accessivi, ivi compreso il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto, nonché del provvedimento di estremi ignoti con il quale la stazione appaltante, all'esito del procedimento di verifica dei preventivi contestati, ha confermato l'aggiudicazione in capo alla CCC;

con espressa domanda di declaratoria del diritto di aggiudicazione ed al subentro del contratto, nonché per il risarcimento dei danni per l'ipotesi di impossibilità di esecuzione in forma specifica;

nonché, come da motivi aggiunti, depositati in data 13 luglio 2012, per l'annullamento:

- del contratto di appalto per la progettazione esecutiva e la realizzazione di lavori, la fornitura di apparecchiature ed arredi di una nuova struttura ospedaliera nel plesso del P.O. Vito Fazzi di Lecce sottoscritto, in data non nota e non comunicata, tra l'ASL Lecce e il Raggruppamento CCC in esecuzione del provvedimento di aggiudicazione già impugnato con il ricorso principale;

- del provvedimento di conferma dell'aggiudicazione medesima, di estremi non noti e non comunicato, disposto all'esito della verifica avviata dall'ASL Lecce a seguito della verifica avviata dall'ASL Lecce a seguito dell'ord. n. 239/2012.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Lecce e di Salvatore Matarrese Spa e di Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Consorzio Cooperative Costruzioni Ccc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2013 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori avv.ti A. R. Marasco, in sostituzione dell'avv. T. Millefiori, e A. Buongiorno, in sostituzione dell'avv. S. Vinti, per la ricorrente, avv. E. Sticchi Damiani per la P.A., avv.ti F.sco Cantobelli, anche in sostituzione degli avv.ti A. Clarizia e F. Massa, e A. Durante, in sostituzione degli avv.ti L. e P. Quinto, per i controinteressati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, la quale agisce in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese ricordato in epigrafe, ha partecipato all'appalto indetto dall'Asl di Lecce con bando del 18 agosto 2010 per la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori, fornitura di apparecchiature elettromedicali ed arredi di una nuova struttura ospedaliera nel plesso del P.O. "Vito Fazzi" di Lecce, per un importo a base d'asta di € 117.000.000,00, classificandosi al *quartoposto* della graduatoria finale di merito.

La gara in questione è stata aggiudicata in un primo momento all'ATI con capogruppo COBAR con un punteggio complessivo di 91,859, seguita in graduatoria dall'ATI con mandataria il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa con punti 88,544; al terzo posto della graduatoria si è classificata l'ATI con capogruppo Matarrese con il punteggio di 84,555 ed al quarto posto l'ATI ICS con punti 77,170.

Avverso la predetta aggiudicazione sono insorte con autonome impugnazioni sia la seconda (ATI CCC) che la terza classificata (ATI Matarrese).

Con sentenza n. 2070 del 29 novembre 2011 il Tar Lecce ha accolto il ricorso proposto da CCC ed ha annullato l'aggiudicazione in favore di COBAR accogliendo la domanda di risarcimento in forma specifica in favore di CCC.

La sentenza sopra citata è stata confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2613/2012.

Con statuizione n. 2069 del 29 novembre 2011, il Collegio leccese ha dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dalla società Matarrese nei confronti della prima e della seconda classificata ed ha parimenti dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali proposti da COBAR e CCC al fine di paralizzare l'impugnazione della terza classificata.

Secondo la ricorrente, il Tar, nella circostanza da ultimo richiamata, non si è limitato alla declaratoria di inammissibilità dei ricorsi incidentali ma ne ha comunque accertato la fondatezza in ordine alla dedotta sussistenza di carenza dei requisiti di partecipazione in capo alla ditta Matarrese.

A seguito dell'accoglimento del ricorso promosso da CCC, la Asl di Lecce ha dato esecuzione alla sentenza n. 2070/2012 e, pertanto, ha proceduto all'avvio del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di CCC, all'esito del quale il direttore generale ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva oggetto della presente impugnativa .

La ricorrente assume, a tal punto, di non avere avuto alcuna comunicazione in ordine al provvedimento di aggiudicazione in favore del CCC, a tal fine essendo inidonea la comunicazione ricevuta in data 25 gennaio 2012, in aperta violazione dell'art.79, comma 5 bis del codice appalti.

Dopo avere spiegato atto di intervento nel giudizio promosso dalla società Matarrese avverso l'aggiudicazione intervenuta in favore di CCC (rg.303/2012) a motivo della non veridicità dei preventivi esibiti dalla ditta aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, e del mancato espletamento della verifica dei preventivi da parte della stazione appaltante, la stessa ricorrente deduce la illegittimità dell'aggiudicazione in favore della C.C.C. ponendo in risalto di avere diffidato la Asl a dare esecuzione alle predette verifiche, conformemente a quanto statuito dal Tar con propria ordinanza 239 del 2012.

La ricorrente ha dedotto la violazione dei principi generali in materia di procedure selettive; la violazione del principio di lealtà, l'interruzione del rapporto fiduciario, la violazione degli obblighi dichiarativi; il difetto di istruttoria, la irrazionalità manifesta; la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, la violazione e falsa applicazione dell'art.37 del codice dei contratti pubblici

Dopo aver formulato domanda risarcitoria in forma specifica, la ricorrente ha anche chiesto autonomamente il risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell'articolo 30 del c.p.a.

La stessa deducente ha poi arricchito l'impugnativa con motivi aggiunti di ricorso aventi ad oggetto il contratto di appalto intercorso tra Asl lecce e raggruppamento CCC e la conferma dell'aggiudicazione all'esito della verifica disposta in conformità alla ordinanza 239/2012 del Tar salentino.

Il Consorzio Cooperative Costruzioni si è costituito in giudizio con controricorso.

Ha poi affidato ad una memoria la tesi della irricevibilità del ricorso principale e della sua infondatezza nel merito.

Il Consorzio controinteressato ha anche spiegato ricorso incidentale nel cui ambito ha sostenuto la tesi della violazione , da parte del raggruppamento ricorrente, dell'art.37, comma 13 del d.lgs 163/2006.

La Asl di Lecce si è costituita in giudizio ed ha eccepito la irricevibilità del ricorso principale e la sua infondatezza nel merito.

Anche la società Matarrese si è costituita in giudizio per chiedere il respingimento del ricorso della ICS nella parte in cui sono state indirizzate censure avverso la partecipazione alla gara della Matarrese; ha, invece, aderito alle conclusioni della stessa ICS per come formulate nei riguardi della CCC e della Asl.

La controversia è stata infine posta in decisione alla pubblica udienza del 28 novembre 2013.

DIRITTO

Il ricorso principale deve essere respinto.

Il Collegio ritiene utile, in proposito, passare nuovamente in rassegna ed ordinare i fatti più rilevanti ai fini del presente giudizio.

Con sentenza 2070 del 29 novembre 2011 – poi confermata con pronuncia 2613/2012 in grado di appello- il Tar Lecce ha accolto il ricorso proposto da C.C.C. ed ha, per l'effetto, annullato l'aggiudicazione della gara in favore della COBAR accogliendo la domanda di risarcimento in forma specifica in favore del C.C.C.

Dopo il passaggio in giudicato della sentenza di prime cure, la graduatoria della gara ha registrato la collocazione del C.C.C. al primo posto, della società Matarrese al secondo posto, della Ics grandi Lavori al terzo posto.

La C.C.C. è soggetto che subentra, a tal punto, a pieno titolo nella aggiudicazione della gara in luogo della COBAR, risultata soccombente in giudizio.

Con sentenza n.2069 del 26 ottobre 2011, il Tar ha dichiarato inammissibile il ricorso principale che la società Matarrese ha del pari proposto avverso

l'aggiudicazione della gara in favore di COBAR; dichiarando, altresì, inammissibili i ricorsi incidentali proposti sia da C.C.C. sia da COBAR.

Il Collegio così ha motivato sul punto: *l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza delle censure dedotte dalla ricorrente principale determinano inevitabilmente la conseguente inammissibilità dei ricorsi incidentali, promossi sia dal Consorzio Cooperative Costruzioni che dalla Cobar s.p.a., esonerando il Collegio dal loro esame.*

Pur tuttavia, *per motivi di completezza espositiva, il Collegio ritiene ugualmente di soffermarsi sulle principali censure delle predette impugnative, aventi carattere assorbente..”.*

Giova ricordare che il Collegio ha ritenuto fondate le censure esposte in ricorso incidentale avverso la società Matarrese la quale avrebbe, pertanto, dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionali richiesti dall'art.37, comma 13 del d.lgs 163/2006 e dal punto 3.2. del disciplinare di gara.

Siffatto accertamento del rapporto sostanziale contenuto in sentenza ha acquisito autorità di cosa giudicata.

Successivamente, la Asl Lecce ha dato esecuzione alla sentenza 2070 ed ha avviato il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del C.C.C. all'esito del quale il direttore generale ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva oggetto del presente gravame.

Ora, deve dirsi che, in realtà, la legittimazione della società ricorrente ICS Grandi Lavori a proporre l'odierno gravame è stata tutta incentrata sulla *giuridica possibilità* di ritenere che la società Matarrese dovesse essere esclusa a sua volta dalla gara controversa in seguito alla disamina, esplicitamente compiuta per motivi di completezza espositiva, condotta dal Tar Lecce circa la fondatezza delle censure racchiuse nel ricorso incidentale diretto contro la Matarrese medesima.

Il Collegio, tuttavia, si permette di notare che, pur essendo vero in linea meramente teorica che la declaratoria di inammissibilità della domanda non

impedisce, nel giudizio amministrativo, di svolgere una disamina circa la fondatezza dei motivi di gravame, attesa la doverosa funzione di orientamento che il G.A. è chiamato a esercitare nei riguardi del potere amministrativo, ciò su cui è lecito dubitare sono le conseguenze di una pronuncia del genere.

In altri termini, una volta deciso che il ricorso principale e quelli incidentali sono entrambi inammissibili, ciò non permette di scorgere ulteriori significati della pronuncia giurisdizionale per il solo fatto che il giudice abbia voluto anche discettare della fondatezza del ricorso incidentale, al dichiarato fine della “completezza espositiva”.

In definitiva, la sentenza che dichiara la inammissibilità del ricorso incidentale deve essere esattamente riconoscibile, anche sotto il profilo delle conseguenze sue proprie, nel panorama delle pronunce giurisdizionali a pena di violare la regola della tipicità della sentenza.

Se si opinasse diversamente, si dovrebbe ammettere la configurabilità di pronunce dal contenuto inconciliabile essendo chiaro che affermare l’inammissibilità di una domanda equivale certamente a paralizzare l’esame relativo alla sua fondatezza, e tutto questo a prescindere dal fatto che l’accertamento della fondatezza delle censure del ricorrente incidentale sia oggetto di un obiter dictum o, piuttosto, di un accertamento puntuale da parte del giudice.

Non è senza significato, del resto, il fatto che lo stesso Consiglio di Stato abbia affermato, con la sentenza 2844 del 2013 che “l’appellante Matarrese avrebbe dovuto impugnare la sentenza, nella parte in cui, compiendo una valutazione sovrabbondante rispetto alle necessità di quel giudizio, affermava anche la mancanza nella sua offerta dei requisiti prescritti (vale a dire, in sostanza, la fondatezza dei ricorsi incidentali) per evitare che riguardo tale espresso accertamento a lei sfavorevole si formasse il giudicato (vedi sentenza 2844 del 17 maggio 2013 Cds - p.10)”

Detto questo, il Collegio reputa di poter entrare nel merito delle censure prospettate dalla Ics grandi lavori.

La società ricorrente non comprende, più in specie, come si sia potuto procedere all'aggiudicazione definitiva della gara in favore del raggruppamento C.C.C il quale ha presentato a corredo dei giustificativi della propria offerta anomala dei preventivi non genuini.

Osserva, in proposito, il Collegio che l'art.87 del d. lgs 163 del 2006 disciplina il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse stabilendo che “la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88”

Il successivo comma 2 della stessa norma individua *l'ambito delle giustificazioni* il quale, a titolo esemplificativo, può riguardare: l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio; le soluzioni tecniche adottate; le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi; l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti; l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato”

Ora, ciò che preme evidenziare è che l'obiettivo del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, come emerge dalla lettura dell'articolo 88 del codice appalti, non è tanto l'accertamento della non congruità di un singolo elemento costitutivo dell'offerta, quanto la stima della sua affidabilità complessiva.

Questo tipo di indagine va compiuto non solo in base all'elemento della adeguatezza di un prezzo da corrispondere per l'acquisizione di un fattore produttivo e, correlativamente, del suo più o meno rilevante scostamento da

indicatori standard nel mercato (preventivi di spesa), ma anche alla luce di principi e regole che si desumono, in larga parte, dalle scienze economico aziendali.

Questo vuol dire che la verifica dell'anomalia di un'offerta è procedimento che conduce doverosamente ad una valutazione in termini di serietà, di affidabilità e di sostenibilità di un'offerta nella sua interezza, senza che sia possibile scorporare ai fini dell'indagine singoli elementi.

In sostanza, la stazione appaltante non può e non deve compiere una valutazione atomistica dell'offerta formulata da un concorrente alla luce delle giustificazioni addotte ma deve effettuare una indagine in merito alla complessiva tenuta della proposta formulata dal concorrente, preoccupandosi di capire se una data impresa dispone di condizioni complessivamente accettabili per operare in un dato mercato.

Così ricostruita la logica del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, deve dirsi che, nel caso concreto, i cinque preventivi oggetto di contestazione hanno fatto parte di una allegazione documentale assai più corposa, che il raggruppamento C.C.C. ha esibito ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta; tuttavia, come rileva anche il Nucleo Ispettivo Regionale nella relazione sulla correttezza dell'operato della Asl Leccese, “ tutti i preventivi di spesa allegati dal RTI CCC non hanno concorso alla formazione del giudizio di congruità dell'offerta elaborato dall'organo tecnico” (vedi p. 21 relazione N.I.R in atti).

In presenza di siffatte circostanze, ritiene il Collegio che i preventivi di spesa incriminati abbiano rappresentato elementi documentali non essenziali né determinanti del consenso alla valutazione decisiva di congruità dell'offerta del CCC, così come compiuta dal RUP in prima battuta, poi corroborata dal N.I.R.

Anche la contestazione circa la difettosa istruttoria compiuta dalla stazione appaltante non può essere condivisa.

Giova rilevare, in proposito, che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è strutturato in modo tale da assicurare, come pare ovvio, un ampio margine di discrezionalità nella scelta degli ambiti di giustificazione da fornire, senza potersi risolvere in un controllo diffuso e generalizzato sulla offerta, ma solo su specifici aspetti rivelatori di criticità.

La disamina compiuta dal R.u.p. sfugge alla censura non solo alla luce della esauriente verifica di una serie di parametri di affidabilità complessiva dell'offerta presi in considerazione (ad es. affidabilità ed esperienza nel settore delle opere pubbliche, nel settore dell'edilizia ospedaliera, conoscenza del mercato locale, solidità finanziaria e patrimoniale) ma anche tenuto conto del finale giudizio di congruità dell'offerta stilato a motivo della capacità dell'impresa di contenimento significativo dei propri utili dal 10 al 4%.

Quanto alla terza censura, occorre rammentare che l'esclusione dalla gara della Matarrese è stata già oggetto di pronunce giurisdizionali che, sia pure con i dubbi che si sono già evidenziati, hanno acquisito autorità di cosa giudicata.

L'infondatezza del ricorso principale esime senz'altro il Collegio dalla disamina del ricorso incidentale, per come proposto dal raggruppamento CCC, che deve pertanto essere dichiarato improcedibile.

Le spese di giudizio possono essere compensate, in considerazione della complessità delle vicende giurisdizionali connesse alla presente controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Carlo Dibello, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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