



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1545 del 2014, proposto da:
Varian s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bartolini e Alessandro Bovari, con domicilio eletto presso l'avv. Umberto Buiani in Firenze, via Venti Settembre 60;

contro

il Comune di Chiusi in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Stolzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Masaccio 183;

nei confronti di

Abils Consorzio Stabile in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, Via dei Rondinelli 2;

per l'annullamento

a) della Determinazione del Responsabile del Servizio LL.PP. Reg.

UT n. 311 del 19.08.2014 (Num. Reg.Gen. del 21.08.2014, n. 758), comunicata alla ricorrente a mezzo pec in data 22.08.2014, con la quale il Comune di Chiusi aggiudicava definitivamente al Consorzio "Abils" i lavori di "riqualificazione dell'area ex Centro Macellazione Carni per l'Italia Centrale - Fase A - Demolizione e Bonifica - Stralcio 1 - Lotto 1" Codice CIG 57366766CA;

- dei Verbali di Gara n. 1 del 2.07.2014 e n. 2 del 5.08.2014, con i quali la Commissione giudicatrice provvedeva, rispettivamente, alle valutazioni delle offerte tecnica ed economica ed alla valutazione di congruità dei giustificativi forniti dall'aggiudicataria in merito all'anomalia della propria offerta, di cui alla nota registrata al protocollo comunale n. 11841 del 24.07.2014 e di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale ad essi, ivi compresa la richiesta di giustificazioni per anomalia dell'offerta disposta dal Comune di Chiusi con nota prot. 10988 del 10.07.2014 nonché, per quanto occorrer possa, dell'eventuale provvedimento di rigetto ovvero del silenzio che dovesse medio tempore formarsi in relazione all'istanza di annullamento in autotutela e contestuale informativa di ricorso ex art. 243bis, D.lgs 163/06, inviata dall'odierna ricorrente a mezzo fax/pec all'Amministrazione intimata in data 17.09.2014;

b) per la condanna dell'Amministrazione intimata a provvedere all'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente;

c) in subordine, per la declaratoria dell'obbligo per l'Amministrazione intimata di procedere alla rideterminazione dei punteggi relativi

all'offerta tecnica, con conseguente aggiudicazione della procedura in favore della ricorrente;

d) in via ulteriormente subordinata, per la declaratoria dell'obbligo per l'Amministrazione di procedere alla rinnovazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta in capo al consorzio "Abils", con conseguente accertamento dell'incongruità ed inaffidabilità dell'offerta dalla stessa presentata e correlativa aggiudicazione in favore della ricorrente;

e) in ulteriore subordine, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in corso di giudizio tra il Comune di Chiusi ed il consorzio Abils e la conseguente declaratoria del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo;

f) in via ulteriormente gradata, per il risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto in favore del consorzio Abils e del correlativo mancato guadagno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Chiusi e di Abils Consorzio Stabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Chiusi ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento di un contratto pubblico, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto lavori di demolizione e bonifica nell'ambito della riqualificazione dell'area ex centro macellazione carni per l'Italia centrale. Sono state invitate cinque imprese, e alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte sono pervenute solo quelle di Varian s.r.l. e di Abils Consorzio Stabile Lavori, il quale ultimo è risultato aggiudicatario con punti 89,14 mentre Varian ha ottenuto 80 punti. Poiché l'offerta vincitrice risultava anomala, l'Amministrazione comunale ha chiesto le relative giustificazioni e avendole ritenute sufficienti, ha aggiudicato definitivamente il contratto al Consorzio suddetto. Gli atti di gara sono allora stati impugnati dall'impresa Varian con il presente ricorso, notificato il 1° ottobre 2014 e depositato l'8 ottobre 2014, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituito il Comune di Chiusi chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza 15 ottobre 2014, n. 555, è stata accolta la domanda cautelare.

Si è costituito, con memoria di stile depositata il 25 novembre 2014, anche il Consorzio Abils.

All'udienza del 25 novembre 2014 la causa è stata trattenuta in

decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia riguarda la legittimità di una gara per l'affidamento di lavori pubblici, condotta mediante procedura negoziata senza bando di gara ex art. 122, comma 7, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1 L'impresa ricorrente, con primo motivo, lamenta che la Commissione giudicatrice avrebbe malamente effettuato la valutazione tecnica delle offerte in gara e, in particolare, nei sottoparametri "misure aggiuntive delle condizioni di sicurezza..." e "processi/metodi di esecuzione" il punteggio attribuito contraddirebbe le stesse valutazioni dei Commissari e non rispecchierebbe la differenza esistente tra la propria offerta e quella dell'aggiudicataria.

Con secondo motivo lamenta vizi nel procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta vincitrice e, in particolare, deduce che la richiesta dei giustificativi sarebbe generica mentre le giustificazioni presentate sarebbero apodittiche e, per di più, in tale sede l'aggiudicatario avrebbe modificato la propria offerta impegnandosi solo allora a recuperare direttamente in cantiere, con un impianto mobile, i materiali inerti provenienti dalla demolizione.

Con terzo motivo deduce che la stazione appaltante non avrebbe motivato la sua valutazione di congruità dell'offerta vincitrice.

In pubblica udienza il procuratore della ricorrente ha chiesto che venga dichiarata inammissibile la costituzione del controinteressato, poiché avvenuta oltre i termini di cui non solo all'art. 46 ma anche all'art. 73, comma 1, c.p.a., previsti, questi ultimi, per il deposito di documenti e memorie.

1.2 La difesa comunale eccepisce l'inammissibilità del primo motivo in quanto comporterebbe che questo Tribunale si sostituisca a valutazioni discrezionali della Commissione di gara, senza mettere in evidenza vizi di manifesta illogicità nel suo operato; inoltre, la ricorrente non fornirebbe alcun elemento a dimostrazione della prova di resistenza ed infine, posto che la legge di gara non richiedeva una specifica motivazione dell'attribuzione dei punteggi, le valutazioni espresse dalla Commissione non potrebbero costituire parametro di riferimento per scrutinare la congruità dei voti attribuiti nel singolo criterio. Nel merito, replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente.

2. In via preliminare deve essere respinta la richiesta della ricorrente di dichiarare inammissibile la costituzione del controinteressato, perché il termine previsto dall'art. 46, comma 1, c.p.a. per la costituzione in giudizio delle parti intimato ha natura ordinatoria, sicché esse possono costituirsi anche nell'udienza di merito (C.d.S. V, 27 agosto 2014 n. 4367). In caso di costituzione che avvenga tardivamente rispetto ai termini perentori per la produzione di memorie stabiliti dall'art. 73, comma 1, c.p.a., la parte può essere

ammessa a svolgere unicamente la difesa orale senza possibilità di produrre scritti difensivi e documenti (C.d.S. V, 8 aprile 2014 n. 1661), come è avvenuto nel caso di specie.

3. Nel merito il ricorso è fondato, nei termini che seguono.

3.1 Il primo motivo è infondato poiché, a prescindere dalle eccezioni di controparte, le deduzioni della ricorrente non mettono in evidenza vizi di manifesta irragionevolezza nell'operato della Commissione giudicatrice.

Quanto al primo subcriterio "misure aggiuntive delle condizioni di sicurezza..." la deteriore valutazione dell'offerta proposta dal controinteressato ne ha comportato, ragionevolmente, la valutazione in termini di "sufficiente", inferiore a quella di "buono" ottenuta dall'offerta presentata dalla ricorrente, con conseguente differenziazione nei punteggi, e quanto al secondo subcriterio "processi/metodi di esecuzione" la presenza di schemi grafici nell'offerta non è condizione che necessariamente ne dimostri, *ex se*, una superiorità tecnica. Ogni ulteriore intromissione nell'esame del giudizio tecnico effettuato dalla Commissione di gara comporterebbe poi un'inammissibile ingerenza di questo Tribunale in valutazioni proprie dell'Amministrazione, come correttamente dedotto nelle difese di questa. Il giudizio circa l'adeguatezza dell'una o dell'altra offerta, infatti, impinge nella discrezionalità propria dell'amministrazione poiché comporta un giudizio di valore che solo il titolare dell'interesse pubblico può formulare, in quanto attiene alla

relazione tra quest'ultimo e la capacità dell'offerta oggetto di valutazione di soddisfarlo (C.d.S. V, 27 agosto 2014 n. 4382; 25 giugno 2014 n. 3223; Sez. III, 13 marzo 2012 n. 1409).

Va anche sottolineato che l'accoglimento del primo motivo non comporterebbe, come richiesto in via principale dalla ricorrente, l'aggiudicazione a suo favore del contratto, ma avrebbe come conseguenza la riedizione del potere amministrativo per esaminare nuovamente le offerte e attribuire loro i punteggi all'esito di una nuova istruttoria, stante il divieto soprarichiamato di sostituzione dell'organo giudiziario a quello amministrativo.

3.2 E' invece fondato il secondo motivo, poiché le giustificazioni presentate dal Consorzio aggiudicatario appaiono generiche e non sufficienti a fondare un giudizio di affidabilità della sua offerta.

L'aggiudicatario pretende di giustificare la propria offerta con i seguenti elementi:

- a) recupero diretto in cantiere con impianto mobile dei materiali provenienti dalle demolizioni che abatterà i costi dei trasporti al sito di conferimento rifiuti;
- b) standard operativo elevato sotto il profilo qualitativo delle procedure;
- c) organizzazione già avviata del conferimento dei materiali da demolizione al recupero mediante preaccordi commerciali, con i quali sarà smerciato il rottame di ferro mentre, sempre tramite specifici accordi, le materie prime secondarie prodotte dal recupero

dei rifiuti inerti in cantiere saranno destinate ad altre lavorazioni.

Nessuna di queste affermazioni è supportata da riscontri documentali: non sono stati prodotti i preaccordi di cui al punto c) e non si comprende come lo standard operativo elevato di cui è affermata l'esistenza al punto b) possa incidere sul contenimento dei costi dell'offerta. In presenza di giustificazioni generiche, era onere della stazione appaltante provvedere a motivare in specifico la valutazione di congruità.

Il Collegio ben conosce la giurisprudenza consolidata secondo la quale, in tema di valutazione delle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta presentata in gara d'appalto, la stazione appaltante è onerata a fornire una motivazione puntuale solo laddove intenda respingere le giustificazioni presentate e non qualora intenda accettarle, potendo in tal caso il suo giudizio essere motivato per relazione alle medesime giustificazioni.

Tale indirizzo trova però un limite, costituito dall'adeguatezza e congruità delle giustificazioni presentate che si traduce, poi, nella loro attendibilità. Solo questo può conferire loro l'attitudine a fungere da elemento di riferimento su cui misurare *per relationem* il giudizio di congruità (C.d.S. V, 10 settembre 2012 n. 4785; T.A.R. Campania Napoli III, 10 ottobre 2013 n. 4532). Nel caso di specie le giustificazioni presentate sono apodittiche e generiche, e pertanto il Comune avrebbe dovuto fornire una motivazione specifica dalla quale evincere un giudizio di affidabilità dell'offerta presentata dal

consorzio Abils, come correttamente deduce la ricorrente.

L'aggiudicatario afferma anche che provvederà al recupero diretto in cantiere dei materiali di risulta, ma questo impegno, oltre a non essere dimostrato al pari delle altre giustificazioni fornite, effettivamente contrasta con un dato dell'offerta tecnica laddove lo stesso si impegna al trasporto dei rifiuti a conferimento e ad effettuare lo smaltimento con recupero presso impianti autorizzati. Risulta in tal modo, come correttamente deduce la ricorrente, che in sede di valutazione dell'anomalia l'offerta è stata inammissibilmente modificata.

E' principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui l'impresa la cui offerta presentata in una gara d'appalto è soggetta a valutazione di anomalia, non può in tale sede effettuare modifiche allo scopo di dimostrarne la congruità. Sono infatti coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione la modifica, nelle giustificazioni, delle singole voci di costo o un loro aggiustamento che trovi fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, o in originari e comprovati errori di calcolo o in altre ragioni plausibili. Non è però ammissibile l'aggiustamento dell'offerta *in itinere* poiché il procedimento mira a verificare la serietà di un'offerta già formulata ed immutabile (T.A.R. Lombardia Milano III, 3 dicembre 2013 n. 2681). Il giudizio della stazione appaltante deve riguardare l'offerta presentata e non un'offerta modificata in qualche suo elemento

poiché, diversamente opinando, ne risulterebbe irrimediabilmente leso il principio di parità di trattamento.

La modificazione effettuata dal controinteressato non riguarda poi un aspetto di dettaglio, come pretenderebbe la difesa della stazione appaltante, poiché l'oggetto dell'appalto comprende (e non potrebbe essere altrimenti) anche lo smaltimento dei materiali derivanti dalla demolizione dei manufatti. Tanto si evince dalla circostanza che le modalità di smaltimento costituivano uno dei sottocriteri del parametro "demolizione manufatti" stabiliti dalla lettera invito ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, e lo stesso risulta essere effettivamente stato valutato ai fini dell'attribuzione del punteggio (verbale di gara n. 1).

Devono quindi essere accolti i motivi secondo e terzo del ricorso e per l'effetto, il Comune di Chiusi dovrà rivalutare le giustificazioni presentate dal consorzio Abils, escludendo peraltro quella riguardante il trasporto dei rifiuti poiché rappresenta un'inammissibile modificazione dell'offerta presentata. L'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di un contratto pubblico per l'illegittima valutazione dell'anomalia dell'offerta non costituisce infatti *ex se* titolo ad ottenere il contratto stesso da parte dell'impresa seconda graduata, ma impone alla stazione appaltante l'obbligo di rivalutare la sussistenza dei requisiti di congruità dell'offerta originariamente vincitrice (C.d.S. III, 28 maggio 2012 n. 3134; Sez. IV, 31 gennaio 2005 n. 230).

4. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nei termini suddetti, e per l'effetto devono essere annullati gli atti della procedura in discussione a partire dal verbale di gara n. 2 del 5 agosto 2014.

Le spese processuali seguono la soccombenza e pertanto il Comune di Chiusi e il Consorzio Stabile Abils sono condannati al loro pagamento nella misura, ciascuno, di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) cui devono essere aggiunti gli accessori di legge.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Chiusi e il Consorzio Stabile Abils al pagamento delle spese processuali nella misura, ciascuno, di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2014

IL SEGRETARIO

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