



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10608 del 2009, proposto da:
OPRA Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso Legalcomm s.n.c. in Roma, viale delle Milizie, n. 52;

contro

Pianta Costruzioni "S.r.l.", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Dante Marangoni e Marcella Pacchioli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angela Gemma, in Roma, via Sabotino, n. 22;

nei confronti di

Comune di Porto Viro, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Veneto – Venezia, Sezione I, n. 02780/2009, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento della determinazione n. 256 del 20.7.2009 assunta dal responsabile del servizio della Città di Porto Viro ed avente ad oggetto "lavori di manutenzione straordinaria e adeguamento degli impianti sede municipale località Contarina - Esclusione ditta 2[^] classificata", nonché della determinazione n. 270 del 21.7.2009, di aggiudicazione dell'appalto in questione alla odierna controinteressata.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Pianta Costruzioni s.p.a.;

Vista la memoria prodotta dalla parte ricorrente a sostegno delle proprie difese;

Vista la propria ordinanza 2/3 febbraio 2010 n. 620;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2011 il Cons.

Antonio Amicuzzi e udito per la parte ricorrente l'avvocato Cinti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la OPRA Costruzioni s.r.l., che ha partecipato alla procedura aperta avente ad oggetto "lavori di manutenzione straordinaria e adeguamento degli impianti

sede municipale località Contarina” indetta dalla Città di Porto Viro con bando del 13.10.2008, classificandosi al secondo posto nella graduatoria finale, ha chiesto l’annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso proposto da essa società contro i provvedimenti di esclusione dalla gara stessa (perché l’offerta è stata ritenuta non valida) e di aggiudicazione dell’appalto a favore della Pianta Costruzioni s.p.a..

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Eccesso di potere per errata rappresentazione dei presupposti di fatto. Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione.

La sentenza breve impugnata è motivata in punto di fatto, ma senza valutare adeguatamente che, mentre per la impresa prima graduata è stata effettuata una valutazione di non congruità dalla Commissione di gara ed una declaratoria di anomalia, per la appellante non è mai stata adottata alcuna declaratoria di anomalia, né sono state valutate le giustificazioni da essa rese unitamente alla offerta; inoltre la procedura di esclusione è stata posta in essere esclusivamente dal r.u.p. e non dalla commissione di gara.

2.- Con l’atto di appello sono stati anche riproposti i motivi di ricorso di primo grado.

2.1.- Eccesso di potere per palese sviamento. Violazione e falsa applicazione dell’art. 88 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi del giusto procedimento. Violazione della “par condicio”.

Posto che la offerta della appellante non è stata ritenuta anomala, ma “non valida”, nonostante la esplicitazione delle modalità realizzative, va rilevato che il giudizio sulla anomalia della offerta, che deve mirare a valutare se l’offerta nel suo complesso sia seria ed attendibile e trovi rispondenza nella realtà, non ha tenuto conto del fatto che la offerta della OPRA Costruzioni s.r.l. era stata ben ponderata.

Il bando faceva riferimento al tempo di esecuzione dei lavori ai fini della attribuzione del punteggio e in base alla previsione dell’art. 5 del capitolato speciale e a tali presupposti è stata formulata la offerta della appellante, pertanto è illegittimo ed immotivato l’operato dell’Amministrazione che ha chiesto specificazioni che nulla hanno a che vedere con la fase della offerta.

2.2.- Violazione del principio di continuità della gara. Violazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e segg. del d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. Violazione della “par condicio” e delle norme procedurali.

Nella gara di cui trattasi, con riguardo alla appellante, è stata adottata una procedura di verifica della anomalia totalmente difforme rispetto a quella osservata nei confronti della prima classificata, dopo che era stata chiusa definitivamente la fase di verifica della gara; dopo tale fase poteva procedersi, secondo quanto previsto dal disciplinare, solo alla verifica, successiva alle operazioni di gara, del possesso dei requisiti di ammissione e della sussistenza o meno delle cause di

esclusione.

Non vi è stata alcuna dichiarazione relativa alla anomalia della offerta della appellante, perché le giustificazioni da essa fornite non sono state esaminate né dalla commissione e né dal r.u.p., con violazione del principio di garanzia della “par condicio”.

Con atto depositato il 22.1.2011 si è costituita in giudizio la Pianta Costruzioni s.p.a., che ha eccepito la inammissibilità della avvenuta proposizione di censure nuove in appello, nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 2/3 febbraio 2010 n. 620 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata l'11.11.2011 parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 29.11.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza dell'avvocato della parte appellante, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta di annullamento, formulata da OPRA Costruzioni s.r.l, della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso proposto da essa società contro i provvedimenti di esclusione dalla gara avente ad oggetto "lavori di manutenzione straordinaria e adeguamento degli impianti sede municipale località Contarina" indetta dalla Città di Porto Viro con bando del 13.10.2008, perché l'offerta è stata ritenuta

non valida, e di aggiudicazione a favore della Pianta Costruzioni s.p.a..

2.- Innanzi tutto la Sezione deve valutare la fondatezza della eccezione formulata dalla difesa della resistente Pianta Costruzioni s.p.a., circa la proposizione per la prima volta in appello (pagg. 11, 12 e 13) della censura relativa all'espletamento della verifica della anomalia da parte del r.u.p., che non sarebbe stato legittimato e professionalmente qualificato per tale adempimento.

2.1.- Va al riguardo rilevato che dall'atto di appello non risulta, alle pagine sopra indicate, essere stata dedotta la mancanza di legittimazione o di qualificazione professionale del r.u.p.; è invero ivi contenuta solo la osservazione che se la gara fosse stata ancora in fase di svolgimento all'atto della verifica della anomalia della offerta della appellante non sarebbe chiaro perché del sub procedimento non si è occupata la commissione, organo a ciò deputato.

La censura risulta essere stata sostanzialmente formulata anche con il ricorso di primo grado, sia pure con diverse argomentazioni, laddove era stato lamentato che, mentre il procedimento di verifica della anomalia della offerta nei confronti della impresa prima classificata era stato effettuato dalla Commissione, con riguardo alla appellante era stata adottata una procedura totalmente difforme, delegando il r.u.p. a chiedere alla A.T.I. prima classificata giustificazioni ulteriori a quelle già fornite.

La eccezione di inammissibilità in esame non è quindi assoggettabile

a positiva valutazione.

3.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che la sentenza breve impugnata è motivata in punto di fatto, ma senza che sia stato valutato adeguatamente che, mentre per la impresa prima graduata era stata effettuata una valutazione di non congruità dalla Commissione di gara ed una declaratoria di anomalia, per la appellante tale declaratoria non è mai stata adottata, né sono state valutate le giustificazioni da essa rese unitamente alla offerta; inoltre non è stato considerato che la procedura di esclusione era stata effettuata esclusivamente dal r.u.p. e che questi aveva trasmesso i verbali di approvazione della gara alla Regione Veneto per la somministrazione del contributo previsto (nella operatività dell'art. 88, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006, che configura un procedimento unitario nell'ambito del quale sono disposte attività istruttorie compendiatasi in un unico provvedimento finale).

Sarebbe pertanto del tutto insufficiente la locuzione riguardo a dette censure contenuta in sentenza “indipendentemente dalla terminologia impiegata”, considerato anche che, ai sensi art. 84 del d. lgs. n. 163/2006, nel caso in cui si proceda secondo il criterio della offerta più vantaggiosa, da individuarsi mediante una commissione, i chiarimenti della ditta la cui offerta è stata sottoposta a verifica di congruità devono essere vagliati dallo stesso organo deputato alla valutazione delle offerte.

3.1.- Osserva al riguardo la Sezione che il Giudice di prime cure ha al

riguardo osservato che il bando prevedeva, in sede di gara e prima dell'aggiudicazione, l'esperimento della procedura per il controllo dell'anomalia delle offerte ai sensi degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006, nonché che detta verifica, una volta redatta la graduatoria delle offerte, poteva essere estesa anche ad offerte ulteriori rispetto alla prima classificata. Il T.A.R. (posto che la previsione di cui al punto 10 del bando si riferisce ad una fase successiva, esaurito l'eventuale controllo dell'anomalia, nella quale avrebbero dovuto essere effettuati i controlli inerenti alla sussistenza dei requisiti di ammissione ed insussistenza di cause di esclusione) ha ritenuto che nel caso di specie, indipendentemente dalla terminologia impiegata, il controllo di anomalia sia stato esteso alla ricorrente, seconda in graduatoria, conformemente alla previsione del bando, non avendo la prima in graduatoria superato analogo controllo, prima dell'esaurimento della procedura di gara.

3.2.- Il Collegio rileva che l'art. 84, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 stabilisce che “Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento”.

La verifica della anomalia, in base agli artt. 86. 87 e 88 di detto d.lgs., è invece riservata alla stazione appaltante e non alla commissione giudicatrice.

In particolare l'art. 88 del d. lgs. ridetto stabilisce, al riguardo, che

“La richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste. La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi”.

Posto che la verifica di congruità delle offerte non deve essere effettuata dallo stesso organo deputato alla valutazione delle stesse, va rilevato ulteriormente che non possono trovare positivo apprezzamento le affermazioni della parte appellante che nei suoi riguardi non è mai stata adottata alcuna declaratoria di anomalia, che non sono state valutate le giustificazioni da essa rese unitamente alla offerta e che la procedura di esclusione è stata effettuata esclusivamente dal r.u.p., peraltro dopo che aveva trasmesso i verbali di approvazione della gara alla Regione Veneto per la somministrazione del contributo previsto e che l'art. 88, comma 7, del d. lgs. n. 163/2006, configura un procedimento unitario nell'ambito del quale sono disposte attività istruttorie compendiatasi in un unico provvedimento finale.

La norma appena sopra citata si limita infatti a stabilire che “La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la esclude, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala”. Tanto è stato posto in essere nel caso di specie, perché dopo che è stata ritenuta anomala la offerta della prima classificata, sulla base di quanto previsto dall’art. 12 del disciplinare di gara e di detto art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, il r.u.p., per conto della stazione appaltante, ha, con determinazione n. 17 del 2009, avviato la procedura per la aggiudicazione alla seconda classificata, Opra Costruzioni s.r.l., attuale appellante, ma solo a condizione che la stessa fosse in regola con quanto previsto dal bando e dalle norme vigenti, chiedendo con nota prot. n. 1807 del 2009, chiarimenti ad essa s.r.l.

La circostanza che detta determinazione n. 17 del 2009 faceva riferimento all’avvio della procedura di aggiudicazione e che con la stessa era stata disposta la trasmissione del provvedimento alla Regione Veneto per la somministrazione del contributo, non è indice, stante la riserva di verifica della regolarità della offerta di detta s.r.l. ivi contenuta, di conclusione del procedimento di aggiudicazione ad essa.

Pertanto legittimamente il r.up. ha in seguito proceduto alla verifica della anomalia, conclusasi, dopo attività istruttoria, con determinazione n. 256 del 2009, con la quale la offerta della Opra

Costruzioni s.r.l. è stata ritenuta non valida.

Tanto, ritenuta la genericità della affermazione che non erano state valutate le giustificazioni rese dalla appellante unitamente alla offerta, comporta la non divisibilità del motivo in esame.

4.- Con l'atto di appello è stato riproposto il motivo di ricorso di primo grado con il quale, posto che la offerta della appellante non è stata ritenuta anomala, ma "non valida", nonostante la esplicitazione delle modalità realizzative, era stato rilevato che il giudizio sulla anomalia della offerta deve mirare a valutare se l'offerta nel suo complesso sia seria ed attendibile e trovi rispondenza nella realtà; nel caso che occupa la offerta della OPRA Costruzioni s.r.l. era ben ponderata, avendo ottenuto un buon punteggio tecnico ed avendo offerto un ribasso congruo, nonché avendo proposto un tempo di esecuzione dei lavori in grado di consentire la fruizione dell'immobile in tempi ragionevoli. Poiché che il bando faceva riferimento al tempo di esecuzione dei lavori ai fini della attribuzione del punteggio e che stabiliva il termine di 365 giorni per l'esecuzione dei lavori, e poiché, in base alla previsione dell'art. 5 del capitolato speciale (sulle norme non compatibili) e a tali presupposti, è stata formulata la offerta della appellante, sarebbe illegittimo ed immotivato l'operato dell'Amministrazione che aveva chiesto specificazioni che nulla hanno a che vedere con la fase della offerta, nell'ambito della quale la legge di gara prevedeva la determinazione del tempo offerto per l'esecuzione solo ai fini della attribuzione del

punteggio.

4.1.- La Sezione non può valutare positivamente la censura in esame, sia perché la circostanza che la offerta della appellante era stata definita non valida anziché anomala è da considerare irrilevante (trattandosi di mera imprecisione linguistica) e sia perché la indicazione del tempo di esecuzione dei lavori previsto dalla Opra Costruzioni s.r.l. con la sua offerta, anche se richiesta ai fini della attribuzione del punteggio, ben poteva essere oggetto di verifica di anomalia, stante la rilevante esiguità, circa la metà, rispetto al tempo di esecuzione stabilito dal bando al punto 5 e senza necessità di particolare motivazione al riguardo, considerato che la circostanza era di tale rilevanza che non poteva che essere considerata idonea a far sorgere dubbi sulla attendibilità dell'offerta.

5.- Con l'appello è stato riproposto anche il motivo di ricorso in prime cure con il quale era stato dedotto che nella gara di cui trattasi dapprima era stata seguita la procedura secondo la quale il procedimento di verifica della anomalia della offerta consisteva in un subprocedimento, collocato dopo la fase della apertura delle buste e prima della aggiudicazione, effettuato dalla Commissione, mentre, con riguardo alla appellante, è stata adottata una procedura totalmente difforme.

E' stato infatti delegato il r.u.p. a chiedere alla A.T.I. prima classificata giustificazioni ulteriori a quelle già fornite, a seguito delle quali esso ha ritenuto non valida la offerta di essa A.T.I., ha avviato

le procedure per la aggiudicazione dei lavori alla attuale appellante ed ha trasmesso il provvedimento alla Regione Veneto per la somministrazione del relativo contributo.

Ma era stata così chiusa definitivamente la prima fase della gara, dovendosi poi procedere, secondo quanto previsto a pag. 10 del disciplinare, solo alla verifica successiva alle operazioni di gara sul possesso dei requisiti di ammissione e sulla insussistenza delle cause di esclusione.

Non sarebbe stata inoltre formulata alcuna dichiarazione relativa alla anomalia della offerta della appellante e le giustificazioni da essa fornite non sono state esaminate né dalla commissione e né dal r.u.p., con violazione del principio di garanzia della par condicio.

5.1.- La censura non può essere oggetto di valutazione positiva da parte della Sezione in primo luogo per le medesime ragioni indicate in precedenza circa la legittimità della delega al r.u.p. da parte della stazione appaltante ad effettuare la verifica di anomalia della offerta della appellante, e della procedura di verifica da esso avviata, stante la riserva contenuta nella determinazione di detto r.u.p. n. 17 del 2009, che non ha comportato alcuna chiusura della fase di verifica delle offerte, verifica poi conclusasi, contrariamente a quanto dedotto con l'atto di appello, con la declaratoria di non validità della offerta della Opra Costruzioni s.r.l..

In secondo luogo perché la affermazione della parte appellante che le sue giustificazioni non erano state esaminate dalla Commissione di

gara è irrilevante, in quanto era stato delegato il r.u.p. dalla stazione appaltante ad effettuare la verifica in questione, e perché la affermazione che esso r.u.p. non aveva esaminate esse giustificazioni è da valutare generica e priva di adeguato riscontro probatorio.

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

7.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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