



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 7092 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni, rappresentato e difeso dagli avv. Pierluigi Piselli e Amerigo Penta, con domicilio eletto presso l'avv. Pierluigi Piselli in Roma, via G. Percalli, 13;

contro

CPM Gestioni Termiche Srl in proprio e quale Mandataria ATI, ATI-Elyo Italia Srl e in proprio., rappresentati e difesi dagli avv. Andrea Calzolaio e Claudio Baleani, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Medugno in Roma, via Panama, 58;

ATI-Cofatech Servizi Srl e in proprio, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Baleani e Andrea Calzolaio, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Medugno in Roma, via Panama, 58;

Comune di Recanati, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00908/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO GESTIONE IMPIANTI TERMICI

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di CPM Gestioni Termiche Srl in proprio e quale Mandataria ATI e di ATI-Cofatech Servizi Srl e in proprio, di ATI-Elyo Italia Srl e in proprio, e del Comune di Recanati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Penta, Baleani, in proprio e per l'Avvocato Calzolaio, e Lucchetti;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, sez. I, con la sentenza n. 908 del 30 settembre 2009, ha accolto, nei limiti specificati in motivazione, il ricorso proposto dall'odierno controinteressato appellato, per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 765 del 30.10.2008 di aggiudicazione definitiva a

favore dell'attuale appellante, nonché del provvedimento dirigenziale in data 5.11.2008, e (con motivi aggiunti depositati il 26.1.2009), dei verbali di gara n. 6 e 7 delle sedute di gara del 28.7.2008 e del 14.10.2008, della relazione del Dirigente del 10.10.2008, della determinazione di aggiudicazione 30.10.2008 n. 765 del registro generale e 29.10.2008 del registro settoriale, della determinazione dirigenziale n. 132 del 12.3.2008 recante nomina della Commissione di Gara.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che il Comune di Recanati aveva bandito gara di appalto per la gestione del servizio calore, svolto in precedenza dall'odierno controinteressato appellato, gara da ritenersi illegittima in relazione al primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, relativamente al procedimento di valutazione dell'anomalia, sulla base del quale è stata esclusa l'offerta della ricorrente in primo grado (odierno controinteressato appellato) ed aggiudicato la gara alla controinteressata in primo grado (odierno appellante), con specifico riferimento alla violazione dell'art. 88, commi 3 e 4, del d.lgs. 163-06.

Nel caso in esame, secondo il TAR, i vizi del procedimento di valutazione dell'offerta sono individuabili nella scansione temporale tra l'attività istruttoria effettuata dal Presidente della Commissione (nonché Responsabile del servizio) e la successiva riunione del "plenum" della Commissione dove viene valutata la relazione risultato dell'attività istruttoria (n. 7 del 14.10.2008).

Infatti, osserva il TAR, nel verbale di tale riunione si dichiara che l'offerta era anormalmente bassa e quindi da escludere, esclusione in cui si prende atto nella successiva Determinazione Dirigenziale n. 765 del 30.10.2008 dove la gara viene aggiudicata alla controinteressata; quindi, il verbale della Commissione di Gara n. 7 del 14.10.2008 rappresenta la conclusione del procedimento di verifica previsto dai commi 1, 2 e 3 del citato art. 88, nell'ambito del quale sono stati chiesti ulteriori chiarimenti, ai sensi comma 3, all'offerente; tuttavia, con il medesimo verbale, la Commissione si era espressamente vincolata alla convocazione, che deve precedere l'esclusione della ricorrente, ai sensi dell'art. 88, comma 4, d. lgs. 163/2006, stabilendo anche la data del colloquio e di tale convocazione non c'è alcuna traccia in atti.

Secondo il TAR, tale convocazione ex art. 88 non potrebbe essere individuabile nella convocazione della parte effettuata dal Responsabile del Servizio in data ben anteriore alla riunione del 14.10.2008, poiché la convocazione deve essere effettuata dall'organo competente a disporre l'esclusione, quindi dalla Commissione di Gara, che si era obbligata a tale convocazione con verbale del 14.10.2008 e poiché il procedimento di valutazione dell'anomalia prevede una prima fase di valutazione dell'offerta anomala e di seguito, eventualmente, la richiesta di ulteriori giustificazioni.

Infatti, osserva conclusivamente il TAR, la legge ha stabilito che

“Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile”; nel caso in esame, invece, al momento della convocazione della ricorrente, effettuata dal solo Presidente della Commissione (nonché Dirigente dell'Area Tecnica), era ancora in corso la fase della valutazione dell'offerta anomala, tanto che nella convocazione stessa, in atti, non vi è riferimento ad alcun giudizio sull'anomalia od al citato art. 88 comma 4.

Secondo l'appellante, che articola le sue censure nei motivi aggiunti, dopo aver inizialmente impugnato il solo dispositivo della sentenza del TAR, il TAR avrebbe erroneamente omissso di considerare che si sarebbe comunque svolta la fase orale di valutazione dell'anomalia in seguito alla conclusione del procedimento scritto.

La controinteressata si costituiva in appello, chiedendo il rigetto del medesimo e presentando ricorso incidentale in cui riproponeva le censure assorbite in primo grado.

Si costituiva anche l'Amministrazione appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello principale sia fondato.

Infatti, la convocazione della ricorrente ed odierna appellata in

conferenza personale ai fini della verifica dell'anomalia ex art. 88, comma 4, D. lgs. 163-06 che secondo il TAR sarebbe stata omessa, non tiene conto della circostanza, del tutto acclarata e pacifica, che la fase dell'audizione personale, cui fa riferimento il predetto art. 88, comma 4 e che segue alla fase cd. scritta, si era già tenuta, con la partecipazione della stessa impresa ricorrente in primo grado.

Né è possibile ritenere che sia procedimentalmente indispensabile la convocazione aggiuntiva disposta con verbale n. 7 del 14.10.2008 dalla Commissione, in quanto propedeutica all'esclusione, atteso che, come detto, l'indagine di anomalia è stata compiutamente condotta ammettendo ogni forma di contraddittorio, tanto in audizione personale quanto mediante deposito di memorie illustrative.

Come è noto, la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte ribadito che il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo inutile ed è invece improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente.

In specifico, è necessario, sotto il profilo sostanziale: che il contraddittorio sia effettivo; che non vi siano preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; che mentre l'offerta debba essere immutabile, modificabili siano invece le giustificazioni; che siano ammesse giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione, e a tale momento dia

garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Nel caso in esame, l'ulteriore comparizione in audizione personale della offerente (che non risulta neppure richiesta dall'offerente) è da ritenersi del tutto inutile e, anzi, gravosa per il procedimento, improntato a celerità ed efficienza, con la conseguenza che la sua omissione non può esorbitare in causa di illegittimità, anche ai sensi dell'art. 21-ociotes, comma 2, l. 241-90, trattandosi di una mera inosservanza formale, priva di lesività sostanziale, e non prevista neppure dalla legge, atteso che, come detto, la fase orale del contraddittorio per l'esame dell'anomalia dell'offerta era già stata conclusa.

In specifico, si deve osservare che la parte ricorrente in primo grado aveva fornito le giustificazioni richieste con nota del 26.6.2008 (doc. 21 P.A., fascicolo di primo grado); con ulteriore nota del 10-17.9.2008 (doc. 23 P.A., fascicolo di primo grado) la parte ricorrente forniva altri chiarimenti (non richiesti, ma comunque valutati) e documenti; con nota prot. 39341 del 19.9.2008 (doc. 22 P.A., fascicolo di primo grado) la Stazione Appaltante convocava nell'ambito della procedura di verifica della anomalia della offerta la parte ricorrente; l'audizione si teneva regolarmente in data 22.9.2008 (cfr. nota 29.9-1.10.2008, doc. 24 P.A., fascicolo di primo grado) ed, all'esito della stessa, la parte ricorrente presentava ulteriori chiarimenti scritti e documenti con la predetta ulteriore nota; la

relazione del Presidente della Commissione veniva redatta e illustrata in seduta (verbale n. 7 del 14.10.2008, doc. 14 P.A., fascicolo di primo grado) aprendovi una discussione e, all'esito della stessa e del procedimento di verifica della anomalia attivato, la Commissione procedeva alla esclusione della offerta, assumendo la relativa decisione.

Il procedimento di verifica della anomalia della offerta, pertanto, si deve ritenere conforme alle disposizioni di cui all'art. 88 D.lgs. 163-06.

Con riferimento all'appello incidentale, ritiene il Collegio che il medesimo vada disatteso, poiché le censure ivi articolate sono rivolte, nel riproporre i motivi di ricorso assorbiti in primo grado, a contestare profili indubbiamente attinenti al merito delle valutazioni espresse in sede di procedimento di verifica dell'anomalia.

Come è noto, costituisce ormai orientamento consolidato quello per il quale il Giudice Amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla P.A. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della P.A., in esercizio di discrezionalità tecnica (cfr., di recente, Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; cfr., anche, Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348).

Tale rilievo è apprezzabile sotto tutti i profili di contestazione

riproposti nell'appello incidentale, anche in relazione alla doviziosa disamina degli elementi di inattendibilità dell'offerta svolta dal provvedimento finale di esclusione.

Nel caso in esame, infatti, il Collegio ritiene che sia stato condotto accuratamente il giudizio di anomalia, inteso come giudizio avente natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto, tutte circostanze che non si riscontrano nel caso di specie.

Questo aspetto di correttezza amministrativa della valutazione dell'anomalia riguarda sia le giustificazioni relative alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'ATI per l'esecuzione dei lavori, ove l'appellante incidentale contesta in maniera sostanzialmente apodittica sconti di cui gode l'attuale appellata e su cui la relazione di anomalia si è diffusa analiticamente; sia le giustificazioni del costo orario della manodopera, ove l'anomalia non può emergere, come è noto, dal mero discostarsi da medie tabellari aventi significato statistico; sia, infine, l'incidenza delle spese generali, la valutazione del consumo medio annuo, nonché la valutazione complessiva sulla remuneratività dell'offerta, rispetto alle quali l'appellante incidentale tende inammissibilmente a sostituire sue proprie valutazioni a quelle compiute dalla Commissione, senza

evidenziare l'evidente errore logico o di fatto, che appare così insussistente.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

L'appello incidentale deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Respinge l'appello incidentale.

Compensa, tra le parti, le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2012

IL SEGRETARIO

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