



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2982 del 2010, proposto da:
Almar Elettrotecnica S.r.l. in ATI con Pagano e Ascolillo S.p.A.,
rappresentate e difese dall'avv. Ettore Notti, con domicilio eletto
presso l'avv. Iginò Rugiero in Milano, Via S. Damiano, 4

contro

Anas S.p.A. - Compartimento della Viabilità della Lombardia,
rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato,
domiciliata per legge in Milano, Via Freguglia, 1

nei confronti di

Gemmo S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo
Tanzarella ed Elena Tanzarella, con domicilio eletto presso il loro
studio in Milano, Piazza Velasca, 5;

Dab Sistemi Integrati S.r.l., non costituita

per l'annullamento

del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui individuano il T.A.R. Lazio quale giudice competente;

dei verbali di gara nn. 1, 2, 3, 4 e 5 rispettivamente del 16.9 - 4.10 - 4.10 II seduta - 5.10 - 8.10.2010, relativi alla gara MI021-10, avente ad oggetto i lavori per la progettazione esecutiva, l'esecuzione e la manutenzione annuale degli impianti tecnologici TVCC nella galleria di "Albogasio" e della "Dogana" nel quadro dei lavori di adeguamento da Cima di Porlezza km 46.200 al confine di Stato km 52.300 I e II lotto lungo la S.S. 340 "Regina", nonché dei verbali della commissione tecnica;

della comunicazione di aggiudicazione provvisoria CMI 0046401-P del 11.10.2010;

della nota ANAS prot. CMI 0050096-P del 3.11.2010;

della comunicazione di aggiudicazione definitiva prot. CMI 53921P del 29.11.2010 pervenuta il 29.11.2010, nonché della nota CMI 53923P di aggiudicazione definitiva alla controinteressata, nonché di ogni atto presupposto connesso e consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, con richiesta ex artt. 121 e segg. c.p.a. di inefficacia, nullità o annullamento del contratto e di subentro nell'appalto e di tutti gli atti esecutivi inerenti all'espletamento dei lavori (verbale consegna lavori), nonché di ogni atto antecedente e/o successivo, con espressa riserva di proporre motivi aggiunti,

e per il riconoscimento alla ricorrente del risarcimento in forma

specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori ed il subentro nel contratto di appalto, ovvero in subordine, al risarcimento dei danni in dipendenza dei provvedimenti impugnati, previa declaratoria ex artt. 121 e 122 di inefficacia del contratto e previo accertamento della possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto, con la condanna dell'Ente al pagamento della somma pari all'utile di impresa nella misura del 10% del prezzo netto offerto o di quella somma da determinarsi dal Collegio ai sensi dell'art. 1226 c.c., nonché del danno curriculare, delle spese tutte sostenute in relazione alla gara ed al procedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Gemmo S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso tempestivamente notificato e depositato in data 14 dicembre 2010, la ricorrente impugnava, tra l'altro, l'atto con il quale l'Amministrazione resistente aveva disposto l'aggiudicazione

definitiva a favore della Gemmo S.p.A. della gara di appalto - svolta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - avente ad oggetto i lavori per la progettazione esecutiva, l'esecuzione e la manutenzione annuale degli impianti tecnologici TVCC della galleria di "Albogasio" e della "Dogana".

Deduceva, in particolare, che le offerte delle due controinteressate, graduatesi rispettivamente prima e seconda all'esito della gara espletata, sarebbero dovute essere entrambe escluse - con contestuale aggiudicazione dell'appalto *de quo* alla ricorrente stessa - perché non congrue, in relazione all'importo indicato per le spese di manutenzione pluriennale contabilizzate nell'offerta.

Nella fattispecie, le offerte tecniche presentate da Gemmo S.p.A. e DAB Sistemi Integrati Srl avevano ricevuto un punteggio tale da farle preferire a quella presentata da Almar Elettrotecnica S.r.l., nonostante tali offerte contenessero, a dire della ricorrente, un impegno di manutenzione pluriennale (decennale nel caso della Gemmo S.p.A.) non rispondente al computo metrico di raffronto, alle liste delle lavorazioni e alle analisi, il cui riferimento era ad un solo anno di manutenzione.

In pratica, e limitando per motivi di semplicità espositiva l'analisi al caso della Gemmo S.p.A., quest'ultima avrebbe offerto, nella relazione tecnica, una estensione del periodo di manutenzione di nove anni - oltre a quello annuale richiesto dal bando -, con correlativa attribuzione di punteggio da parte della commissione di

gara, pur avendo considerato nella busta “offerta economica” un costo specifico per tale voce pari ad € 55.562,67 e riferito, almeno formalmente, ad un solo anno di manutenzione.

Almar Elettrotecnica S.r.l. dava due possibili interpretazioni di questa evidente difformità tra computo tecnico e computo economico, con una conseguenza comunque a sé favorevole, ai fini dell’aggiudicazione: o il punteggio non avrebbe dovuto essere attribuito per assenza di previsione negoziale, nell’offerta economica, di un costo per il periodo di manutenzione successivo al primo, o l’offerta avrebbe dovuto essere esclusa perché non congrua, dal momento che i 55.562 euro sarebbero stati da ripartire su dieci anni (producendo quindi un costo annuo di poco più di 5.000 euro), a fronte, tra l’altro, della necessaria copertura di un costo annuale stimato per la manodopera di circa € 16.500.

La ricorrente chiedeva, sulla base delle predette motivazioni, la sospensione in via incidentale degli atti impugnati e, in ogni caso, la condanna di ANAS S.p.A. al risarcimento dei danni subiti.

Costituitesi in giudizio l’Amministrazione interessata e la Gemmo S.p.A., che resistevano al ricorso, questa Sezione, dopo avere riconosciuto la propria competenza territoriale, con sospensione della clausola del bando di gara attributiva della competenza al Tar Lazio, respingeva l’istanza cautelare, ravvisando un mero errore materiale nelle discrasie tra offerta tecnica ed offerta economica della prima classificata, in ordine al piano di manutenzione pluriennale.

Peraltro, in sede di appello, il Consiglio di Stato riformava la predetta ordinanza ed accoglieva l'istanza cautelare, sostenendo in motivazione che la discordanza tra dichiarazione di offerta tecnica e proposta economica avrebbe comportato un'incongruità strutturale e complessiva delle offerte, con diretta incidenza sui risultati della gara. Nel prosieguo della trattazione della causa, il Collegio disponeva "una verifica ai sensi dell'art. 66 c.p.a. sulla complessiva affidabilità dell'offerta GEMMO S.p.A., onde accertare se la formale discordanza, in essa, tra dichiarazione del periodo di manutenzione contenuto nell'offerta tecnica e costo dello stesso espresso nell'offerta economica" avesse potuto "risolversi nella sostanza in termini di congruità del costo evidenziato da quest'ultima, avuto riguardo alle giustificazioni prodotte dalla Gemmo S.p.A. in ordine alla manutenzione degli impianti".

Una volta depositata la disposta relazione di verifica, la causa veniva discussa e trattenuta per la decisione di merito nella pubblica udienza del 4 aprile 2012.

DIRITTO

Occorre preliminarmente riaffermare, come già avvenuto in sede di trattazione dell'istanza di sospensione, la competenza territoriale di questo Tribunale, in quanto, ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 4 del codice del processo amministrativo, esso è inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti emessi da pubbliche amministrazioni aventi sede nella regione Lombardia,

qualora gli effetti diretti di tali atti siano limitati all'ambito territoriale di interesse, così come è nel caso di specie.

Nel merito, il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

Il parametro normativo di riferimento esplicitamente ed implicitamente valorizzato dalla ricorrente per dedurre le proprie censure di legittimità contro i provvedimenti che, nell'ordinaria sequenza procedimentale, hanno portato all'aggiudicazione dell'appalto a favore di Gemmo S.p.A., è costituito dagli articoli 81 e seguenti del codice dei contratti pubblici.

La ricorrente ha, in particolare, evidenziato come l'aggiudicazione disposta fosse in contrasto con le norme in materia di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di espulsione delle offerte anormalmente basse e non congrue.

Al riguardo, pare opportuno rammentare che il sistema di valutazione della congruità dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come delineato dal codice dei contratti pubblici, è ancorato ad una previa individuazione di anomalità del ribasso contenuto nell'offerta stessa.

Tale anomalità "deve" portare necessariamente alla valutazione di congruità quando risulta dall'applicazione del criterio aritmetico di cui al comma 2 dell'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006, "può" condurre alla predetta valutazione in presenza di elementi specifici e significativi, da esaminare caso per caso (art. 86, comma 3, dello stesso decreto legislativo).

E' posto, in ogni caso, a carico degli enti aggiudicatori, l'obbligo di verificare, nella valutazione dell'anomalia delle offerte, che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza; quest'ultimo costo, peraltro, non può mai essere soggetto a ribasso d'asta (art. 86, commi 3 e 3-bis del d.lgs. n. 163/2006).

In sede di controllo giurisdizionale, il giudice amministrativo può certamente sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza (al fine di verificare la presenza delle relative figure sintomatiche di eccesso di potere) e della congruità dell'istruttoria all'esito della quale l'amministrazione ha proceduto alle proprie valutazioni (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2010 n. 1040). In tali sensi e limiti, il giudice può anche considerare i singoli elementi o voci dell'offerta come elementi concreti suffraganti la verifica della suddetta sussistenza dei profili di completezza dell'istruttoria, nonché di ragionevolezza e logicità della valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione V - sentenza 23/06/2011 n. 3807).

Peraltro, ancorché nella compresenza del classico strumentario a disposizione della giurisdizione per il sindacato sull'esercizio del potere, deve tuttavia rilevarsi che la cognizione che vi si associa nella presente sede di giurisdizione esclusiva quanto all'accertamento dei fatti e di ogni valutazione suscettibile di essere indagata se del caso tramite una verifica ovvero una consulenza tecnica d'ufficio

ben può compendiarsi nell'accertare se il potere dell'amministrazione appaltante, oltre ad essere stato esercitato con l'utilizzazione di regole tecniche correttamente applicate e con puntuale apprezzamento dei fatti, si sia infine concretato nell'operare valutazioni attendibili (C.d.S., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658; sez. V, 3 dicembre 2005, n. 7059; sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607).

D'altra parte, la cosiddetta "attendibilità dell'offerta" va valutata nella sua globalità, poiché l'art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 - quando statuisce che, all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante dichiara l'eventuale esclusione dell'offerta che risulta, "nel suo complesso", inaffidabile - deve essere inteso nel senso che la valutazione della stazione appaltante deve appuntarsi sull'affidabilità globale dell'offerta mediante un giudizio sintetico sulla serietà o meno dell'offerta stessa nel suo insieme (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 29/3/2011, n. 1925).

Svolte queste necessarie premesse di ordine giuridico e di inquadramento dogmatico della problematica affrontata, con riferimento al caso di specie occorre evidenziare che, all'esito della verifica condotta dal Provveditorato interregionale alle Opere pubbliche del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il tecnico incaricato ha ritenuto l'offerta presentata dalla Gemmo S.p.A. nel suo complesso affidabile, "esaminata la documentazione in atti e quella prodotta dalle parti, analizzata la discordanza tra dichiarazione

del periodo di manutenzione contenuto nell'offerta tecnica e costo dello stesso espresso nell'offerta economica, avuto riguardo alle giustificazioni prodotte" dalla società aggiudicataria.

Al di là delle valutazioni espresse dal perito, su cui più avanti si tornerà, non vi è dubbio che, anche con riferimento ai canoni interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss. del codice civile, la discrasia rilevata in sede di esame dell'offerta della Gemmo S.p.A. tra prospetto tecnico ed impegno economico vada risolta nel senso di un mero errore materiale. In pratica, il costo indicato con riferimento alla manutenzione non era riferibile ad una sola annualità, ma, in conformità con la proposta tecnica, all'annualità richiesta dalla lex specialis più altri nove anni offerti come miglioria tecnica.

D'altra parte, concorrono a spingere in questa direzione altre due considerazioni. Da un lato, invero, la stessa aggiudicataria, con volontà negoziale sanante e di interpretazione autentica rispetto a quanto dedotto nella procedura concorsuale, ha ammesso, nel suo primo intervento processuale, l'errore materiale commesso. Dall'altro, trattandosi di appalto a corpo e non a misura, le eventuali conseguenze economiche negative di tale errore materiale, in termini di congruità della cifra esposta e di remuneratività dell'appalto conseguito, ricadranno sulla stessa offerente, la quale dovrà comunque garantire l'esecuzione dell'opera nei termini e con le modalità esposte nella propria offerta tecnica.

Pur tenendo conto di quanto accennato in premessa sul fatto che la

valutazione di congruità di un'offerta debba essere operata globalmente – ciò che già consentirebbe un agevole superamento delle censure mosse dalla ricorrente -, va evidenziato che, in assenza di una verifica della commissione giudicatrice su eventuali profili di anomalia dell'offerta proposta dell'aggiudicataria, tale operazione è stata compiuta dal perito incaricato dal Provveditorato alle Opere Pubbliche.

Questi ha concluso, anche sulla scorta dell'esame delle giustificazioni prodotte dalla controinteressata in contraddittorio, per l'affidabilità complessiva dell'offerta presentata dalla Gemmo S.p.A.; in effetti, la memoria tecnica del 22 novembre 2011 prodotta dall'aggiudicataria ha evidenziato la congruità (anche) del prezzo indicato per la manutenzione decennale offerta, per effetto della valorizzazione degli aspetti afferenti, tra l'altro, alle sinergie ed economie che sarebbero derivate dall'aver proposto una soluzione tecnica per il 90% uguale a quella già adottata nel Progetto di Finanza per la ristrutturazione e messa in sicurezza delle gallerie di tutte le strade statali della Lombardia, con relativa gestione e manutenzione.

Vi è anche da sottolineare, con riferimento alle specifiche contestazioni della ricorrente, che la somma indicata da Gemmo S.p.A. non ha in nessun modo leso il principio della irriducibilità del costo attinente agli oneri di sicurezza, mentre per ciò che concerne gli oneri afferenti alla manodopera, la normativa impone un rispetto incondizionato dei contratti collettivi di categoria e non delle

previsioni operate dal bando, che possono essere tranquillamente disattese qualora, come nel caso di specie, si verificano economie di scala tali da ridurre sensibilmente e lecitamente il costo del "lavoro". In definitiva, dunque, l'appalto è stato legittimamente aggiudicato e il ricorso per l'annullamento di tale aggiudicazione va conseguentemente respinto.

Ai sensi dell'art. 66 c.p.a. il compenso del verificatore, trattandosi di perizia in materia amministrativa, va liquidato - tenuto conto della difficoltà e della completezza della prestazione fornita - con riferimento ai minimi tabellari di cui all'art. 2 del d.m. 30 maggio 2002, e nei limiti dell'importo massimo dell'ultimo scaglione previsto da tale normativa; il predetto compenso può dunque essere determinato in una somma complessiva lorda pari ad € 5.200,00.

Sussistono ad ogni modo gravi motivi, a fronte della peculiarità del caso esaminato e dell'andamento della fase cautelare, per compensare tutte le spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, nei termini di cui in motivazione.

Liquida in favore del verificatore una somma complessiva lorda pari ad € 5.200,00, che pone a carico della ricorrente.

Compensa, per il resto, le spese di lite.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 aprile

2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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